TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

VI e VI Settimana di Diritto amministrativa
Un compitino o tema a settimana
PRIMA PARTE

1. **Compitino (O TEMA) : Gli atti presidenziali governativi del Presidente della Repubblica**
2. **Compitino (O TEMA) : Il principio della riserva di legge** nell'organizzazione dei Ministeri
3. **Tema: Il candidato, premessi brevi cenni sui criteri di identificazione degli enti pubblici, dia concreta esemplificazione degli istituti di privilegio a loro riservati.**
4. **Tema: la tutela giurisdizionale della concessione di servizi pubblici alla luce della normativa europea e del codice degli appalti del 2016.**
5. **Tema: la funzione di controllo analogo nelle società pubbliche.**

Sommario: 1. L'organizzazione amministrativa dello Stato. 2. L'amministrazione statale. 3. Il presidente della Repubblica. 4. Il Governo. L'organizzazione ministeriale. L'organizzazione periferica dello Stato. 5. L'attuale assetto istituzionale dei ministeri. 6. I comitati interministeriali 7. Le conferenze permanenti. 8. L'Avvocatura dello stato. 9. L'organizzazione periferica dello stato (p.38) . 10. Gli enti pubblici (p. 43). 11. Gli organismi di diritto pubblico (p. 58). 12. Le società in house. 13. Le società pubbliche. 14. il rapporto organico. 15. Organi ed uffici amministrativi (p.108). 16. La competenza amministrativa. 17. Delegazione, avvalimento (p. 111). 18. Il funzionario di fatto (p. 118). 19. Il principio di sussidarietà (p. 121). 20. Organizzazione politica e amministtrativa nelle regioni (p. 131). 21. Province e città metropolitane (p. 143). 22. L'organizzazione del lavoro nelle amministrazioni pubbliche (rapporto di impiego) (p. 152)

1.L'organizzazione amministrativa dello Stato
2. L'amministrazione Statale

Sono due formule organizzative attraverso cui può essere organizzato un ente: decentrata, con l'attribuzione di poteri decisionali non solo agli uffici centrali ma anche a quelli periferici o attraverso la formula accentrata, con l'attribuzione delle potestà decisionali ai soli uffici centrali. Gli uffici periferici si trovano in un rapporto gerarchico di subordinazione con gli uffici centrali.
Nella nostra Costituzione, è l'art. 5 che definisce il nostro modello organizzativo, affermando che "la Repubblica (…) attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento". Tale principio è stato ancora ampliato con la riforma del titolo V con la legge costituzionale n.3 del 2001.

Il decentramento consiste nel distacco di determinate attribuzioni, prevalentemente deliberative, dalla sfera di competenza degli organi centrali dello Stato, con conseguente passaggio ad organi od enti locali.
Il decentramento può riguardare ogni funzione dello Stato ed infatti si può parlare di:

- decentramento politico con riferimento al riconoscimento agli enti territoriali esponenziali degli interessi delle rispettive comunità della funzione di indirizzo politico – amministrativo (cfr. art. 115 Cost. novellato dalla Legge costituzionale 3/2001);
- decentramento legislativo con riferimento all'attribuzione di potestà legislativa alle Regioni (cfr. art. 117 novellato dalla Legge cost. 3/2001);
- decentramento giurisdizionale con riferimento all'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali come organi di giustizia amministrativa di primo grado (cfr art. 125, comma 2 Cost.);
- decentramento amministrativo con riferimento al conferimento di compiti e funzioni di natura amministrativa dallo Stato ai poteri locali (cfr. art. 118 Cost. novellato dalla L. cost. 3/2001).

All'interno dell'unitaria nozione di decentramento amministrativo è possibile distinguere tra:

- decentramento autarchico, quando le funzioni vengono trasferite ad enti diversi dallo Stato e dotati di autarchia, vale a dire della capacità di porre in essere atti amministrativi che abbiano la stessa natura e la stessa efficacia degli atti statali;
- burocratico, quando agli uffici periferici vengono trasferite potestà decisionali (con relative responsabilità) e non soltanto compiti preparatori o esecutivi;
- funzionale, quando determinate funzioni vengono attribuite a strutture compiute che, pur rimanendo assorbite nell'organizzazione complessiva dell'ente di riferimento, godono di una certa autonomia operativa, finanziaria e contabile (aziende speciali).

Il collegamento fra lo Stato e gli enti pubblici si attua nei seguenti modi:

- decentramento autarchico: comprende i casi in cui lo Stato affida il perseguimento di fini suoi propri ed esclusivi ad enti diversi da esso (enti strumentali);
- policentrismo autarchico comprende i casi in cui lo Stato affida il perseguimento di fini suoi propri ma non esclusivi (enti ausiliari);
- pluralismo autonomistico, riguarda gli enti autonomi che non esplicano un'attività amministrativa rivolta alla realizzazione di fini propri dello Stato, ma finalità sociali autonome rispetto ai fini dello Stato, ma da questo riconosciute meritevoli di tutela (enti territoriali

L'Italia, al momento della sua unità, ha scelto il sistema della concentrazione, vale a dire della riunione delle competenze, al livello massimo possibile, in capo ad un solo organismo, cioè il Ministero. Tale riunione di competenze in capo al Ministero rispondeva perfettamente al modello napoleonico dell'amministrazione che ispirava il legislatore dell'epoca. La scelta operata era del tutto adeguata alla struttura centralistica dello Stato tanto che le attribuzioni riservate ai comuni ed alle province erano realmente limitate e sottoposte ad attenti controlli Le cause dell'erosione di tale sistema risiedono in varie eventi quali: (i) il progresso tecnico seguito alle leggi di unificazione; (ii) l'ingigantirsi dei compiti pubblici; (iii) i fenomeni centrifughi al livello dello Stato - apparato; (iv) il pluralismo autonomistico della pubblica amministrazione; (v) la regionalizzazione. Quest'ultima avrebbe dovuto comportare, stante il dettato dell'articolo 117 della Costituzione e delle relative norme degli statuti, il trasferimento ai nuovi enti autonomi, di tutta una serie di funzioni amministrative. L'attuazione del dettato costituzionale era di grande difficoltà tanto che il trasferimento delle funzioni è avvenuto in due fasi, prima con il D.P.R. 15.1.1972, n. 8 e poi con il D.P.R. 24.7.1977, n. 616. Il principio utilizzato per il riparto delle attribuzioni tra Stato e Regioni è stato quello dell'elencazione esplicita delle competenze dello Stato, mentre tutto ciò che ne è al di fuori è di spettanza regionale. Ai sensi dell'articolo 118 della Costituzione, nella formulazione antecedente alla riforma costituzionale del Titolo V della parte II, alla Regione spettavano le funzioni amministrative nelle stesse materie oggetto di competenza legislativa ex articolo 117(previgente).
Tale corrispondenza tra le aree di competenza legislativa e le aree di competenza amministrativa si esprimeva nella cosiddetta regola del parallelismo, per cui il soggetto che detta la disciplina di un determinato ambito oggettivo, ne cura necessariamente anche l'attuazione a livello amministrativo.

3. Il Presidente della Repubblica

Il Presidente della Repubblica, come organo amministrativo si presenta come un organo di "amministrazione attiva" anche se bisogna precisare che non tutti gli atti che sono attribuiti formalmente al Capo dello Stato sono da attribuire alla sua volontà ma a quella di altri organi (a questo proposito, la dottrina distingue tra atti presidenziali e atti non presidenziali).
Nello specifico, gli atti del presidente si possono distinguere in atti Presidenziali e Governativi. Gli atti presidenziali, o sostanzialmente presidenziali, sono provvedimenti la cui competenza spetta in modo esclusivo e autonomo al Presidente della Repubblica e che non richiedono l'iniziativa o il consenso del Governo.

Gli atti governativi, o soltanto formalmente presidenziali, sono provvedimenti che il Presidente della Repubblica deve emanare si iniziativa e consenso del Governo o, nelle materie di sua competenza o di un singolo ministro. Al presidente della Repubblica non viene riconosciuto nessun potere e svolge una funzione di intervento e di controllo: Possiamo classificare tali poteri in legislativo, esecutivo e giudiziario.

Rientrano nel potere legislativo: 1. Invio di messaggi alle Camere (atto presidenziale) 2. Indizione delle elezioni e fissazione della prima riunione con il nuovo parlamento (entro 70 giorni dalla fine della legislatura e entro 20 giorni delle elezioni. 3. Indizione di Referendum Popolari Convocazione Straordinaria delle Camere (atto sostanzialmente presidenziale) 4. Scioglimento di una o di entrambe camere (atto sostanzialmente presidenziale), il presidente prima di sciogliere le camere si consulta con i Presidente, tuttavia i presidenti non possono impedire lo scioglimento. Lo scioglimento delle camere non può avvenire alla fine dei 6 mesi del mandato presidenziale. 5. Promulgazione delle leggi. La dichiarazione solenne da parte dello Stato che la legge è giuridicamente perfetta. Tuttavia il presidente può esercitare il diritto di Veto sospensivo e rinviare alle camere la legge richiedendone un esame tale procedimento può avvenire una sola volta, la seconda volta passa ugualmente. Qualora la legge viola i principi della Costituzione il Presidente come garante di essa deve richiedere le dimissioni.6. Nomina di cinque senatori a vita. (atto presidenziale)

Rientrano nella funzione esecutiva: 1. Nomina del Presidente del Consiglio dei ministri (atto presidenziale), La nomina dei singoli ministri invece avviene tramite accordo del Presidente con il Presidente del Consiglio e si dice atto governativo. 2. Autorizzazione della presentazione al Parlamento dei disegni di legge, in quanto esegue un controllo preventivo. 3. Emanazioni di atti aventi forza di legge e di regolamenti. Effettua uno controllo preventivo di legittimità. 4. Nomina dei funzionari statali di grado elevato. (Ambasciatori, i prefetti, Capo di stato maggiore), tali atti sono formalmente presidenziali perché decisi dal Governo. 5. Rappresentanza dell'Italia nei rapporti internazionali e dichiarazione dello Stato di Guerra. Atto formalmente presidenziale poiché deciso dal Parlamento. 6. Comando delle forze armate e presidenza del Consiglio Supremo di difesa. 7. Conferimento delle onorificenze della Repubblica. 8. Scioglimento dei consigli regionali, provinciali e comunali.

Rientrano nella funzione giudiziaria la Presidenza del consiglio superiore della Magistratura

***

La figura del Presidente della Repubblica è disciplinata dal titolo II della parte II della nostra Costituzione.

"L'elezione del Presidente della Repubblica ha luogo per scrutinio segreto a maggioranza di due terzi dell'assemblea. Dopo il terzo scrutinio è sufficiente la maggioranza assoluta."

All'elezione partecipano tre delegati per ogni Regione eletti dal Consiglio regionale in modo che sia assicurata la rappresentanza delle minoranze. La Valle d'Aosta ha un solo delegato."
"Il Presidente della Repubblica è eletto dal Parlamento in seduta comune dei suoi membri."
"Il Presidente della Repubblica è il Capo dello Stato e rappresenta l'unità nazionale."

***

 Il Presidente della Repubblica costituisce, nell'ordinamento italiano, un "potere neutro" che non partecipa all'attività di indirizzo politico del Paese ma che, attraverso le attribuzioni ad esso conferite, svolge un ruolo di garanzia della Costituzione e di rappresentanza dell'unità nazionale. Egli, quindi, assume una posizione super partes nei riguardi degli altri poteri costituzionali.
In tale ottica, le modalità di elezione del Presidente della Repubblica assumono uno specifico rilievo, essendo chiaro che il momento della elezione costituisce il presupposto su cui si fonda il futuro operato istituzionale dello stesso Presidente. In virtù di ciò, la nostra Carta costituzionale non ha fatto ricorso alla formula dell'elezione popolare diretta adottata nei sistemi di tipo presidenziale, nonché in alcuni ordinamenti a forma di governo parlamentare (Austria, Finlandia), ma ha attribuito la potestà di elezione del Presidente della Repubblica al Parlamento riunito in seduta comune dei suoi membri, integrato da tre delegati regionali (uno per la Valle d'Aosta) eletti dai rispettivi Consigli regionali. Il modello di elezione prescelto mira, dunque, ad evitare un collegamento diretto tra il Presidente della Repubblica ed il corpo elettorale, che avrebbe comportato una necessaria rispondenza dell'azione politica perseguita dal Presidente alle istanze di quella parte della popolazione che ne ha determinato l'elezione.
Per svincolare il Presidente della Repubblica dall'appartenenza ad una definita maggioranza politica, il terzo comma dell'articolo 83 Cost., richiede una maggioranza qualificata dei due terzi dell'assemblea per eleggere il Presidente. Solo se nei primi tre scrutini tale maggioranza, che necessariamente presuppone il coinvolgimento dell'opposizione parlamentare, non viene raggiunta, si può procedere all'elezione del Presidente con la maggioranza dei componenti dell'assemblea (c.d. maggioranza assoluta). Lo stesso comma, prevedendo esplicitamente lo scrutinio segreto per l'elezione del Presidente della Repubblica, contiene un'altra importante disposizione che sempre persegue la medesima finalità di garantire al Presidente un'ampia sfera di autonomia dalle forze politiche che lo hanno eletto.
***
Per quanto concerne i requisiti richiesti dalla Costituzione per accedere alla carica di Presidente della Repubblica, l'art. 84, comma 1, Cost., così recita:
Può essere eletto Presidente della Repubblica ogni cittadino che abbia compiuto cinquant'anni d'età e goda dei diritti civili e politici

Dunque, oltre al godimento dei diritti civili e politici, richiesti per l'accesso a tutti gli uffici pubblici, è sufficiente avere un'età superiore ai cinquanta anni per essere eletti Presidente della Repubblica.
Particolarmente restrittiva è, poi, la disciplina del comma 2 dell'art. 84 Cost., che regola i casi di incompatibilità dell'ufficio di Presidente della Repubblica con altre cariche. A norma di tale articolo, infatti:
"L'ufficio di Presidente della Repubblica è incompatibile con qualsiasi altra carica."
***

DURATA DEL MANDATO

"Il Presidente della Repubblica è eletto per sette anni."
La durata in carica del Presidente della Repubblica è quindi fissata in sette anni, due in più della durata delle Camere del Parlamento. La scelta di un termine così lungo per la permanenza in carica del Presidente della Repubblica risponde a due ordini di motivi:
 Il primo concerne la funzione che il Presidente della Repubblica è chiamato a svolgere nell'assetto istituzionale italiano. Non si tratta di una funzione di rappresentanza politica, come avviene per i membri dell'organo legislativo, ma di un ruolo di garanzia che il Presidente è chiamato a svolgere e per il quale non diviene necessaria una ravvicinata manifestazione di volontà del corpo elettorale (si pensi a quanto accade nell'ordinamento presidenziale degli Stati Uniti dove il Presidente della Repubblica, dotato di notevoli poteri di direzione politica, viene eletto ogni quattro anni.)
 Il secondo è inerente alla volontà di rinforzare la posizione di indipendenza del Presidente della Repubblica rispetto alle forze politiche che lo hanno eletto. La maggior durata del mandato presidenziale rispetto a quello parlamentare impedisce, infatti, al Presidente della Repubblica di contare sull'appoggio della maggioranza politica che lo ha eletto per l'intera durata della sua carica e, soprattutto, in caso di una sua eventuale ricandidatura.
***

IRRESPONSABILITÀ

Cessazione dall'ufficio

La cessazione dall'ufficio, oltre che per scadenza del settennio, può avvenire per:
 Impedimento permanente, qualora il Presidente sia impossibilitato ad esercitare le sue funzioni.
 Morte.
 Dimissioni.
 Decadenza dalla carica, in seguito a condanna o a perdita della cittadinanza.

Al fine di evitare situazioni di prorogatio dell'ufficio di Presidente della Repubblica, la nostra Costituzione prevede all'art. 85, comma 2, che trenta giorni prima della scadenza del termine, il Presidente della Camera convoca in seduta comune il Parlamento e i delegati regionali, per eleggere il nuovo Presidente della Repubblica. Aggiunge il comma successivo dell'art. 85 Cost., che se le Camere sono sciolte, o manca meno di tre mesi alla loro cessazione, la elezione ha luogo entro quindici giorni dalla riunione delle Camere nuove.
Nei casi sopra descritti di impedimento permanente, morte, dimissioni o decadenza dalla carica, spetta al Presidente della Camera dei Deputati, a norma dell'art. 86, comma 2, Cost., indire nuove elezioni entro quindici giorni, salvo il caso in cui le Camere siano sciolte o manchi meno di tre mesi alla loro cessazione. Inoltre, non essendo prevista nel nostro ordinamento la figura del vice- Presidente della Repubblica, il primo comma dell'art. 86 Cost., affida al Presidente del Senato la supplenza del Presidente della Repubblica in tutti i casi in cui questi non possa adempiere le sue funzioni.
In quanto potere neutro, posto in posizione super partes rispetto agli altri organi costituzionali, il Presidente della Repubblica è politicamente irresponsabile.
Potrebbe aversi, eventualmente, una forma di responsabilità c.d. diffusa del Presidente della Repubblica, consistente in una generica manifestazione di critica politica nei suoi riguardi, che verrebbe, però, ad essere considerevolmente limitata da una regola convenzionale in base alla quale
le forze politiche si asterrebbero dal muovere censure politiche al Presidente della Repubblica esigendo, in cambio, una posizione di estraneità alle vicende politiche tra i partiti da parte di quest'ultimo (Rescigno).

CONTROFIRMA MINISTERIALE
"Nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità."
La responsabilità degli atti presidenziali viene sempre assunta da un ministro o dal Presidente del Consiglio dei ministri. Lo strumento per mezzo del quale si verifica tale assunzione di responsabilità è costituito dalla controfirma ministeriale prevista dall'art. 89 Cost, il quale dispone, al primo comma, che:
Pertanto, ogni atto del Presidente della Repubblica deve essere controfirmato dal ministro proponente (o da quello competente per materia se manca la proposta), il quale ne assume la responsabilità.
Inoltre, in base al secondo comma dell'art. 89 Cost.:
Gli atti che hanno valore legislativo e gli altri indicati dalla legge sono controfirmati anche dal Presidente del Consiglio dei ministri."
Si è inteso, in tal modo, coinvolgere anche il Presidente del Consiglio dei ministri nella responsabilità di quegli atti di maggiore rilievo politico, ossia, gli atti aventi valore legislativo e gli altri atti indicati dalla legge.

Diversa dalla irresponsabilità politica del Presidente della Repubblica è l'irresponsabilità giuridica (in ambito civile e penale).

A norma dell'art. 90, comma 1, Cost.:

IRRESPONSABILITÀ GIURIDICA

"Il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione. In tali casi è messo in stato di accusa dal Parlamento in seduta comune, a maggioranza assoluta dei suoi membri."

L'irresponsabilità giuridica del Presidente della Repubblica è, dunque, limitata a quegli atti che concernono l'esercizio delle funzioni presidenziali ed è esclusa per i reati di "alto tradimento" e "attentato alla Costituzione", per i quali è prevista la messa in stato d'accusa dal Parlamento in seduta comune, a maggioranza assoluta dei suoi membri. Vista la peculiarità delle funzioni presidenziali svolte, le ipotesi di reato imputabili al Presidente della Repubblica non potrebbero, essere determinate secondo i parametri del diritto penale comune.

Così, in riferimento al reato di "alto tradimento", dovrebbe intendersi un comportamento doloso consistente in una violazione del giuramento di fedeltà alla Repubblica, mentre per "attentato alla Costituzione" ogni comportamento doloso che violi deliberatamente la Costituzione o sia diretto al sovvertimento delle istituzioni costituzionali.

In caso di messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica ad opera del Parlamento in seduta comune, l'art. 134, ultimo comma, Cost., prevede che sia la Corte costituzionale a giudicare sulle accuse mosse. In tale evenienza, il settimo comma dell'art. 135 prevede che la composizione della Corte costituzionale è integrata con l'aggiunta di altri 16 membri (giudici aggregati) tratti a sorte da un elenco di cittadini, aventi i requisiti per la eleggibilità a senatore, che il Parlamento compila ogni nove anni mediante elezione.

Al di fuori dell'esercizio delle proprie funzioni, come privato cittadino, il Presidente della Repubblica è, invece, responsabile sia civilmente che penalmente. L'immunità presidenziale si estende, infatti, ai soli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni del Presidente della Repubblica, o ad essi strumentali o accessori, mentre è esclusa in riferimento ad atti che abbiano natura extrafunzionale.

La suddetta interpretazione dell'art. 90 della Costituzione è stata fatta valere dalla Corte di cassazione (III sez. civile, sentt. 8733 e 8734 del 2000, riguardante il giudizio civile in cui era chiamato a rispondere l'ex Presidente della Repubblica Cossiga, per alcune dichiarazioni rese durante la sua presidenza) e sostanzialmente confermata dalla Corte costituzionale nella recente sentenza n. 154 del 2004 (emessa nel giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sorto a seguito delle citate sentenze della Corte di cassazione)

In caso di reati penali, il Presidente ne risponde solo al termine del suo ufficio e salvo la scadenza dei termini di prescrizione del reato.

Le attribuzioni del Presidente della Repubblica possono essere di seguito considerate in relazione ai tre poteri dello Stato a cui afferiscono.
A norma dell'art. 87 Cost. il Presidente della Repubblica:
 Può inviare messaggi alle Camere. Attraverso il potere di messaggio il Presidente della Repubblica può segnalare alle Camere le situazioni di particolare urgenza per cui si renda opportuno l'intervento del legislatore.
Il messaggio del Presidente della Repubblica, vista la posizione super partes che egli assume nell'ordinamento, non deve consistere in una presa di posizione politica su determinate questioni, ma dovrebbe limitarsi ad una comunicazione oggettiva delle necessità che interessano il Paese.
 Indice le elezioni delle nuove Camere e ne fissa la prima riunione.
 Autorizza la presentazione alle Camere dei disegni di legge di iniziativa del governo. In tale fase, il Presidente della Repubblica può esercitare un controllo di legittimità (e solo limitatamente di merito) degli atti del governo potendone richiederne il riesame ma non potendone impedire la presentazione alle Camere se il Governo insiste.
 Promulga le leggi ed emana i decreti aventi valore di legge e i regolamenti.
 Indice il referendum popolare nei casi previsti dalla Costituzione. (In caso di referendum abrogativo, secondo quanto dispone l'art. 75 Cost., ed in caso di referendum costituzionale secondo quanto previsto dall'art. 138 Cost.).
***
Inoltre, l'art. 88 Cost. disciplina il potere di scioglimento delle Camere:
 Oltre che alla scadenza naturale della legislatura (cinque anni), il Presidente della Repubblica può sciogliere le Camere in altre ipotesi.
Innanzitutto, lo scioglimento può essere disposto dal Presidente della Repubblica qualora il Governo venga colpito da una mozione di sfiducia da parte del Parlamento e il contrasto tra i due organi titolari dell'indirizzo politico sia reputato insanabile dallo stesso Presidente. In tale evenienza si parla di scioglimento successivo, proprio perché intercorso a seguito di una espressa mozione di sfiducia. V'è da dire che in caso di rottura del rapporto fiduciario che lega il Governo al Parlamento, il Presidente della Repubblica non è obbligato a sciogliere le Camere e a indire nuove elezioni, ma ben potrebbe procedere a nuove consultazioni per giungere alla formazione di un altro Governo. Tuttavia, il passaggio dal sistema elettorale proporzionale a quello prevalentemente maggioritario, dovrebbe rendere meno frequente quest'ultima soluzione, che pure si è verificata nelle due scorse legislature sotto la presidenza Scalfaro prima (formazione dei Governi Dini nel 1996, D'Alema I nel 1998 e D'alema II nel 1999) e Ciampi dopo (formazione del Governo Amato II nel 2000).

Infatti, la modifica del sistema elettorale ha avuto importanti effetti sulla forma di governo, avendo determinato una più immediata partecipazione del corpo elettorale alle scelte sulla formazione dei Governi, attraverso le figure dei leader politici posti a capo delle due maggiori coalizioni partitiche, a cui è corrisposto un notevole affievolimento del ruolo politico del Capo dello Stato.

 Lo scioglimento delle Camere ad opera del Presidente della Repubblica può anche essere anticipato (o preventivo). Ricorre tale ipotesi quando lo scioglimento non segue il verificarsi di una formale crisi di governo in Parlamento, ma è determinato dall'assenza di una maggioranza parlamentare che determina il susseguirsi di diverse crisi extraparlamentari, ovvero se, in seguito a ripetuti tentativi non si riesce a costituire una compagine governativa che goda della fiducia delle due Camere o ancora, ma ciò sarebbe quasi un caso limite, quando, successivamente ad avvenute consultazioni amministrative in gran parte del territorio nazionale, appaia chiaramente che il Parlamento abbia ridotto significativamente la propria rappresentatività tanto da non rispecchiare più la volontà popolare.

***

 Il potere di scioglimento delle Camere incontra alcuni limiti esplicitamente previsti dalla Costituzione. In primo luogo, l'art. 88 Cost. prevede che prima di procedere allo scioglimento delle Camere il Presidente della Repubblica debba consultare i Presidenti delle due Camere. Trattasi in tal caso di un parere obbligatorio, perché deve essere necessariamente richiesto, ma non vincolante, in quanto il Presidente della Repubblica può decidere in maniera difforme dalle indicazioni dei Presidenti delle Camere.

 Oltre al suddetto limite procedurale, il potere in questione incontra un altro limite al suo esercizio, posto dal secondo comma dell'art. 88 Cost. ove è fatto divieto al Presidente della Repubblica di sciogliere le Camere nell'ultimo semestre del suo mandato (c.d. semestre bianco) salvo che essi coincidano in tutto o in parte con gli ultimi sei mesi della legislatura.

***

Secondo gli artt. 73 e 74 Cost.:

"Le leggi sono promulgate dal Presidente della Repubblica entro un mese dall'approvazione."

"Il Presidente della Repubblica, prima di promulgare la legge, può con messaggio motivato alle Camere chiedere una nuova deliberazione.

Se le Camere approvano nuovamente la legge, questa deve essere promulgata."

Nel nostro ordinamento al Presidente della Repubblica viene attribuito un potere di veto meramente sospensivo sulle leggi approvate dal Parlamento. Il Presidente della Repubblica può, infatti, rimettere alle Camere, con messaggio motivato, una legge approvata dal Parlamento, ma è obbligato a promulgarla qualora le Camere la riapprovino nel medesimo testo.

Infine, l'art. 59, comma 2, Cost., attribuisce al Presidente della Repubblica il potere di:
"Nominare senatori a vita cinque cittadini che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario."
In passato si è discusso se la disposizione in esame dovesse intendersi nel senso di attribuire ad ogni singolo Presidente della Repubblica il potere di nominare fino a cinque senatori a vita o se, diversamente, si dovesse fare riferimento al Presidente della Repubblica come organo costituzionale e, quindi, il numero di cinque indicato dalla Costituzione dovesse intendersi come limite massimo di senatori che complessivamente potessero essere nominati anche da differenti Presidenti. Nella prassi è stata accolta la prima di tali interpretazioni.
Il Presidente della Repubblica può, inoltre, convocare le Camere in via straordinaria (art. 62 Cost.).
In relazione al potere esecutivo, l'art. 87 Cost. dispone che:
 Nomina, nei casi indicati dalla legge, i funzionari dello Stato.
 Accredita e riceve i rappresentanti diplomatici.
 Ratifica i trattati internazionali, previa quando occorra, l'autorizzazione delle Camere.
 Ha il comando delle Forze armate.
 Presiede il Consiglio supremo di difesa costituito secondo la legge.
 Dichiara lo stato di guerra deliberato dalle Camere.
Inoltre, a norma dell'art. 92, comma 2, Cost.:
Il potere di nomina del Presidente del Consiglio dei ministri può assumere differenti connotazioni in relazione alle situazioni politiche contingenti. Infatti, se in passato, la composizione del Parlamento caratterizzata da una notevole frammentazione delle forze politiche (tanto da far parlare di tendenze assembleari per la nostra forma di governo parlamentare), dava spazio ad una certa discrezionalità del Presidente della Repubblica nella nomina del Presidente del Consiglio, l'attuale assetto politico, basato su due principali coalizioni di partiti guidate da un proprio leader, riduce la discrezionalità di scelta del Presidente della repubblica al leader della coalizione risultata vincitrice alle elezioni. Tuttavia, come si è avuto modo di osservare nelle due scorse legislature, il Presidente della Repubblica può rivestire un ruolo chiave in caso di crisi di governo intervenute in corso di legislatura. In tal caso al Presidente della Repubblica spetterebbe individuare la figura politica in grado di convogliare su di sé il consenso della maggioranza delle forze politiche, ovvero, scegliere di procedere allo scioglimento delle Camere e indire nuove elezioni.
In relazione al potere giudiziario, il Presidente della Repubblica, secondo l'art. 87 Cost.:
 Presiede il Consiglio superiore della magistratura.
 Può concedere grazia e commutare le pene.

Nonostante la concessione della grazia abbia tradizionalmente costituito un'attribuzione del Presidente della Repubblica, ormai, tale potere pare doversi annoverare tra gli atti sostanzialmente complessi del Presidente della Repubblica, in cui si registra un concorso di volontà da parte del Presidente e del governo. Una conferma in tal senso sembra derivare dalla formulazione della proposta da parte del ministro della giustizia al quale, secondo la legislazione ordinaria, compete lo svolgimento della fase istruttoria del procedimento.
A norma dell'art 135 Cost., il Presidente della Repubblica nomina cinque giudici della Corte costituzionale. Tale nomina viene effettuata in completa autonomia dal Presidente della Repubblica, senza che egli possa subire condizionamenti politici da parte del Governo e, indirettamente, dalla maggioranza parlamentare che già elegge cinque giudici della Corte costituzionale.
In tale ottica, l'attribuzione del suddetto potere di nomina al Presidente della Repubblica contribuisce a rendere più equilibrata la composizione della Corte costituzionale, evitando di far assumere un peso decisivo alla scelta operata dal Parlamento, ovvero dalle magistrature, nella nomina degli stessi giudici costituzionali.
Gli atti del Presidente della Repubblica possono essere classificati in tre distinte categorie in relazione alla effettiva partecipazione del Presidente della Repubblica e del Governo alla determinazione del loro contenuto.

Atti formalmente e sostanzialmente presidenziali

Pertanto si distinguono:
Vengono definiti formalmente e sostanzialmente presidenziali quegli atti il cui contenuto è determinato dal Presidente della Repubblica e che, comunque, discendono dalla sua autonoma volontà. Rientrano in tale categoria gli atti di:
- Promulgazione delle leggi;
- Rinvio al Parlamento delle leggi;
- Messaggio al Parlamento;
- Nomina di cinque senatori a vita;
- Nomina di cinque giudici costituzionali;
- Nomina di otto esperti quali componenti del CNEL.

Atti formalmente presidenziali e sostanzialmente governativi
Rientrano in tale categoria quegli atti che, seppure assumono la forma del decreto del Presidente della Repubblica, vengono predisposti dal Governo per quel concerne il loro contenuto. Rispetto a tali atti il Presidente della Repubblica esercita un mero controllo di legittimità.
Essi sono:
- I decreti presidenziali aventi contenuto normativo e , dunque, sia i decreti legge e i decreti legislativi (aventi forza di legge), sia i regolamenti governativi (con efficacia subordinata alla legge);
- Gli atti di nomina di alti funzionari dello Stato;

 Gli atti che siano espressione dell'attività di indirizzo politico (ad es. la nomina dei ministri).

Atti formalmente presidenziali e sostanzialmente complessi

A quest'ultima categoria appartengono quegli atti alla cui determinazione sostanziale concorrono sia il Presidente della Repubblica che il Governo.

Tali atti, di cui si è già detto, sono:

 La nomina del Presidente del Consiglio;
 Lo scioglimento delle Camere;
 La concessione della grazia.

4. Il Governo

Il Governo è un organo costituzionale che partecipa alla funzione di direzione politica e gode della fiducia della maggioranza al parlamento che lo sostiene. Secondo quanto previsto dalla nostra Costituzione, in particolare all'art.92, il governo è composto dal Presidente del Consiglio dei Ministri, dai Ministri e dal Consiglio dei Ministri. La legge 400 del 1988 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri) prevede poi altri organi non necessari, come il consiglio di Gabinetto, Comitati di Ministri e Comitati Interministeriali, vicepresidenti del Consiglio, Ministri senza portafoglio, Sottosegretari di Stato e Commissari del Governo.

Sempre la legge 400/88 rafforza le attribuzioni del Consiglio dei Ministri. Secondo quanto previsto dall'art.2 della legge 400 "il Consiglio dei ministri determina la politica generale del Governo e, ai fini dell'attuazione di essa, l'indirizzo generale dell'azione amministrativa; delibera altresì su ogni questione relativa all'indirizzo politico fissato dal rapporto fiduciario con le Camere" e dirime le controversie tra i ministri. Il Consiglio dirime le controversie tra i Ministri.. Spettano inoltre al Consiglio le decisioni sulle scelte normative del governo. È sempre quest'organo che determina l'atteggiamento del Governo nei confronti delle Regioni.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri viene nominato con decreto del Presidente della Repubblica e controfirmato dal Presidente del Consiglio entrante. Il presidente del Consiglio sceglie i suoi collaboratori e propone la loro nomina al Presidente della Repubblica. È in una posizione di supremazia nei confronti dei Ministri ma non in una vera e propria superiorità gerarchica nei confronti dei Ministri. In base all'art. 95, il Presidente del Consiglio "dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promovendo e coordinando l'attività dei ministri".

Il Consiglio dei Ministri, in quanto organo collegiale, riveste un ruolo di assoluto rilievo nell'ambito dell'organo complesso Governo. Esso è, naturalmente, presieduto dal Presidente del Consiglio ed è composto da tutti i Ministri con o senza portafoglio. Ad eccezione del Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, che esercita le funzioni di segretario del collegio, nessun altro Sottosegretario di Stato ha titolo per partecipare alle sedute del Consiglio. In forza di specifiche disposizioni i Presidenti delle regioni statuto speciale (Val D'Aosta, Sardegna, Sicilia, Friuli Venezia Giulia, Trentino Alto Adige) e delle due province autonome (Trento e Bolzano) possono prendere parte alle sedute del Consiglio dei Ministri, con voto consultivo, qualora siano trattate materie di loro interesse.
In base all'art.2 della legge n.400/88, il Consiglio dei Ministri determina la politica generale del Governo e, ai fini della sua attuazione, l'indirizzo generale dell'azione amministrativa. Esso delibera, inoltre, su ogni altra questione relativa all'indirizzo politico fissato dal rapporto fiduciario con le Camere e provvede a dirimere i conflitti di attribuzione tra i Ministri. Infine, il Consiglio dei Ministri esprime l'assenso all'iniziativa del Presidente del Consiglio di porre la questione di fiducia dinanzi alle Camere. La legge 400/88, al terzo comma dell'art. 2, individua, infine, puntualmente gli atti sottoposti alla deliberazione del Consiglio.
Il Consiglio dei Ministri è convocato dal Presidente che ne stabilisce anche l'ordine del giorno. La verbalizzazione delle riunioni è curata dal Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio, designato a svolgere le funzioni di Segretario; quest'ultimo è tenuto anche a curare la conservazione del registro delle deliberazioni. In caso di assenza o impedimento temporaneo del Presidente, le riunioni del Consiglio sono presiedute dal Vicepresidente e, qualora vi siano più Vicepresidenti, dal più anziano secondo l'età. Qualora il Vicepresidente non venga nominato, trattandosi di figura eventuale nella composizione del Governo, tali funzioni sono svolte dal Ministro più anziano per età. La disciplina del funzionamento interno del Consiglio dei Ministri è contenuta in un apposito regolamento adottato con decreto del Presidente del Consiglio il 10/11/1993, previa deliberazione del Consiglio stesso, il 10/11/93 .
Il regolamento disciplina sia la partecipazione alle riunioni del Consiglio sia le modalità di convocazione dello stesso.
I ministri costituiscono uno degli organi del Governo.

Sono nominati dal Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio e sono responsabili, individualmente, degli atti adottati dai dicasteri loro affidati e, collegialmente, delle deliberazioni del Consiglio dei Ministri. Ciascun ministro può essere coadiuvato da più sottosegretari che da lui ricevono apposite deleghe per l'esercizio delle loro funzioni. Spetta ai ministri la funzione di indirizzo politico, e cioè la definizione degli obiettivi e dei programmi da attuare e una funzione di controllo sulla rispondenza dei risultati della gestione amministrativa alle direttive generali impartite. La gestione finanziaria, tecnica e amministrativa spetta ai dirigenti cui compete l'adozione di tutti gli atti che impegnano il ministro verso l'esterno.
Sotto il profilo organizzativo, oltre che degli uffici del proprio ministero, i ministri si avvalgono di una struttura di diretta collaborazione, denominata Ufficio di Gabinetto, che è costituita da personale di staff, scelto secondo il criterio del rapporto fiduciario con lui.

L'organizzazione Ministeriale

Ogni Ministero ha una competenza per un ramo dell'attività amministrativa e per determinate materie e affari. Sulla base della delega prevista dalla legge 59/1997, è stata emanato dal governo il decreto n.300 del 1999 (modificato dal d.l. 181/2001 e convertito nella l.233/2006) con cui è stata attuata la riorma dei ministeri, portandoli da 18 a 14 Ministeri.
Le più recenti riforme (l.244/2007, la legge finanziaria del 2008) hanno poi ridotto ulteriormente il numero dei Ministeri, fino ad arrivare ad un massimo di 12. In ogni caso, il numero dei componenti del governo (tra ministri con o senza portafoglio vice Ministri e Sottosegretari) non può superare il numero di 60). Il d.lgs. 300/1999 ha interamente ridisegnato l'organizzazione interna dei Ministeri. Alcuni sono suddivisi al loro interno per dipartimenti, altri per direzioni generali. Secondo questa riforma organizzativa, ad ogni ministero è assegnata una "missione fondamentale". Le strutture di primo livello in ogni Ministero sono i dipartimenti o le direzioni generali al cui apice può essere nominato un direttore generale organo di raccordo tra il Ministero e il personale ministeriale. Il Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio, può nominare alcuni Ministeri "senza portafoglio", Ministri non preposti ad un dicastero e quindi senza compiti amministrativi né responsabilità.
I sottosegretari di Stato, sono organi non contemplati dalla Costituzione. Sono previsti però dalla legge ordinaria (l.400/1988). Fanno parte del Governo e hanno il compito di coadiuvare il lavoro dei Ministri. 1 Come viene precisato ultra, par. 2 alcuni Ministeri erano stati creati anche con decreto legge, ma ciò rappresentava l’eccezione rispetto alla regola dell’uso della legge.

Struttura del governo: l'organizzazione dei Ministeri

ELISABETTA CATELANI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Profili formali dell'organizzazione ministeriale: la riserva di legge e gli altri atti normativi. – 3. Profili sostanziali dell'organizzazione ministeriale nel disegno unitario formulato in attuazione della legge delega n. 59/1997. – 4. Il processo di attuazione della riforma nella XIV Legislatura. – 5. Lo «spacchettamento» dei Ministeri: contraddittorietà di una riforma. – 6. Ritorno al passato: la riviviscenza della riforma Bassanini. – 7. L'anomalia dei d.P.C.M. di organizzazione dei Ministeri.

1. Premessa

Negli ultimi anni l'organizzazione dei Ministeri è stata caratterizzata da una forte instabilità e da un ricorrente intervento legislativo al fine di rideterminare il numero, le attribuzioni e il loro assetto generale. Si è trattato non tanto di leggi in senso formale di disciplina di nuovi Ministeri (o di modifica dell'organizzazione preesistente), come era avvenuto prevalentemente per cinquant'anni dall'approvazione della Costituzione 1, bensì di atti con forza di legge elaborati e voluti a livello governativo che definiscono in generale l'organizzazione dei Ministeri, i loro rapporti e le loro competenze. Tali provvedimenti si sono succeduti in modo molto incalzante negli ultimi anni ed in particolare all'inizio delle due ultime legislature e con interventi normativi intermedi di vario genere, indicativi forse di una difficoltà a determinare in modo netto e preciso l'assetto ministeriale e la necessità di adattarlo ad esigenze di natura strutturale e, più spesso, di tipo politico. Cosicchè la situazione attuale deve tener conto di questa successione di atti che non sono, peraltro, indicati vi di un assetto stabile, bensì ed al contrario, di una ricerca di un'organizzazione congrua che valuti le esigenze, anche politiche, che nel corso del tempo si possono porre.

Le frequenti affermazioni sull'opportunità di tornare alla struttura predisposta nelle c.d. leggi Bassanini ed al dettato contenuto nel d.lgs. n. 300/1999, si sono poi trasformate in una norma legislativa contenuta nel comma 376 della legge n. 244/2007 (legge finanziaria 2008) che ha previsto la riduzione dei Ministeri a dodici, ossia al numero predisposto nell'originaria formulazione del d.lgs. n. 300/1999, esplicitando così l'insoddisfazione per l'organizzazione ministeriale allora in vigore, inadeguata e comunque troppo vasta per un assetto governativo snello ed efficiente. A parte la inusuale collocazione dell'individuazione del numero dei Ministeri nella legge finanziaria, si tratta di una norma assai generica che si limita a far riferimento al numero dei Ministeri e dei componenti totali del governo, mentre non abroga tutte le leggi successive al 1999, che avevano determinato le funzioni e distribuito, in modo anche abbastanza complesso, le varie competenze fra i Ministeri nuovi e vecchi, creando così un certo livello di incertezza in ordine alle competenze di ciascun Ministero, che sono state quindi oggetto di una migliore precisazione nel d.l. 16 maggio 2008, n. 85, convertito in legge 14 luglio 2008, n. 121. Pare quindi opportuno dinanzi a tale incertezza organizzativa, cercare di ricostruire l'evoluzione normativa degli ultimi dieci anni, sia da un punto di vista formale, ossia della tipologia di atti che devono e/o sono stati utilizzati, sia da un punto di vista sostanziale, cercando di delineare i vari passaggi delle riforme che si sono succedute, le finalità che stavano dietro a ciascuna di esse, le caratteristiche dei nuovi organismi burocratici, ma anche le incongruenze ed i problemi che ciascuna di esse ha comportato. Tale indagine viene svolta da un punto di vista dell'organizzazione costituzionale, tenendo conto sia dei limiti e dei vincoli che la Costituzione pone a tale disciplina, sia delle conseguenze che derivano nei rapporti con gli altri organi ed in particolare con il ruolo del presidente del Consiglio e del Consiglio dei ministri.

2. Profili formali dell'organizzazione ministeriale: la riserva di legge e gli altri atti normativi

L'art. 95, comma 3, Cost. rappresenta sicuramente la base di partenza formale per poter parlare dell'organizzazione dei Ministeri, che introduce una riserva di legge in ordine alla disciplina dei singoli Ministeri. Sulla natura di tale riserva di legge vi è stato un ampio dibattito in dottrina, spesso collegando le caratteristiche della riserva contenuta nell'art. 95, comma 3, Cost. con quella prevista nel comma 1 dell'art. 97 Cost., affermandosi che mentre la prima configurerebbe una riserva assoluta, la seconda invece sarebbe relativa e consentirebbe una disciplina regolamentare Se la dottrina è in genere concorde nel sostenere che il numero e le attribuzioni, intese come individuazione delle competenze, devono essere individuate e determinate esclusivamente nella legge , diversa è invece l'interpretazione che può essere data al concetto di organizzazione dei Ministeri, perché difficile è distinguere l'organizzazione dei Ministeri che sarebbe soggetta ad una riserva di legge assoluta, dall'organizzazione degli uffici degli stessi Ministeri su cui sarebbe legittimato un intervento autonomo del governo. Cosicché la dottrina costituzionalista è giunta a negare l'utilità della distinzione delle due tipologie di riserve, in base all'identità della materie.

La riserva di legge contenuta nell'art. 95, comma 3, Cost. pone, tuttavia, un altro problema connesso alla necessità di delineare il contenuto essenziale dell'organizzazione ministeriale solo con la legge, piuttosto che con decreti legge, tenendo conto che la riserva di legge di cui all'art. 95 Cost. «pone una garanzia di certezza ordinamentale della istituzione governo dalle incursioni contingenti della politica». Si riconosce cioè la legittimità dell'adozione di decreti legislativi per l'organizzazione dei Ministeri e, viceversa, dubbi in ordine all'opportunità costituzionale dell'adozione di un decreto legge.

Le incertezze teoriche si sono trasformate in realtà in occasione di almeno tre interventi normativi del governo avvenuti prima con d.l. 12 giugno 2001, n. 217, convertito in legge 3 agosto 2001, n. 317 e poi con il d.l. n. 181/2006, convertito in legge 17 luglio 2006, n. 233 e poi da ultimo con il d.l. 16 maggio 2008, n. 85, convertito in legge 14 luglio 2008, n. 121 10.

Mentre quest'ultimo decreto si limita a contenere una redistribuzione di competenze, sostanzialmente imposta dalla genericità del contenuto legislativo dei commi 376 e 377 della legge finanziaria prima richiamata, i primi due decreti sono stati adottati dal governo al momento della propria nomina, all'inizio della Legislatura e prima del voto di fiducia delle Camere, per ampliare il numero dei Ministeri. Si è in ogni caso intervenuti in una fase particolare in cui l'esecutivo, pur essendo titolare di tutti i suoi poteri, dovrebbe autolimitarsi per motivi di opportunità politica e di rispetto nei confronti del Parlamento. In altre parole, si era detto, il governo avrebbe dovuto attendere la fiducia prima di modificare l'organizzazione ministeriale ed in particolare il numero dei Ministeri.

Il vincolo derivante dalla riserva di legge pare forse superabile, perché la Corte Costituzionale ormai da tempo ha parificato l'uso degli atti aventi forza di legge con l'atto legislativo del Parlamento . D'altra parte la non eccessiva rigidità da un punto di vista formale può essere anche giustificata per alcuni profili di carattere istituzionale, ossia in particolare per la necessità che il voto di fiducia del Parlamento debba intervenire sul governo nella sua interezza e non su una parte di esso. Un ampliamento del numero dei Ministeri con un atto legislativo successivo determinerebbe una legittimazione del governo solo parziale, in assenza di un voto di fiducia sui nuovi ministri successivamente nominati. In definitiva, l'ampiezza e la rilevanza politica ed istituzionale degli atti che il governo deve porre in essere nei primi momenti della sua vita non escludono anche l'introduzione di un diverso assetto organizzativo con decreto legge, che, d'altra parte, il Parlamento, con il voto di fiducia, sostanzialmente avalla.
Se quindi si può trovare una giustificazione istituzionale ed anche giuridica alla prassi che si è realizzata in questo campo di emanare decreti legge di riordino e di creazione di nuovi Ministeri, rimane tuttavia il dubbio in ordine all'opportunità che ad ogni governo sia consentito definire ex novo il numero e le competenze di ciascun Ministero, anche perché con decreto legge tali determinazioni possono essere solo sommarie, mentre la riserva di legge contenuta nell'art. 95 Cost. fa riferimento ad una legge che indichi nelle linee generali anche l'organizzazione di essi, al fine di consentire al legislatore di fare un quadro completo della materia.
La necessità di una normativa unitaria e generale deriva, d'altra parte, anche dal fatto che l'insieme degli atti normativi che intervengono nella disciplina dell'organizzazione ministeriale è particolarmente complessa, in quanto varie sono le tipologie di intervento e ciascuna ad un livello di competenza diverso. Il presupposto di tale pluralità di fonti deriva in buona parte dal contenuto dell'art. 17, comma 4 bis, della legge n. 400/1988, con cui si è autorizzato in via definitiva l'esecutivo a disciplinare con regolamenti governativi «emanati ai sensi del comma 2» (e quindi ad effetto delegificante) l'organizzazione e la disciplina interna dei Ministeri. La norma è oggetto di varia interpretazione e di dubbi di legittimità costituzionale, in quanto in un primo momento si riteneva di poter desumere da essa l'introduzione di una riserva di regolamento a favore del governo, senza che il Parlamento avesse la possibilità di precisare via via e con riguardo alle situazioni concrete i principi ed i criteri per l'emanazione di tali regolamenti con i conseguenti problemi di compatibilità con il combinato disposto dagli artt. 95, comma 3 e 97 Cost. e con le riserve di legge ivi previste

Da ultimo, invece, si è addirittura affermato che «lo speciale potere normativo del governo di provvedere a definire l'organizzazione e la disciplina dei Ministeri adottando i regolamenti indicati dall'art. 17, comma 4 bis, della legge n. 400/1988 [doveva] intendersi consumato ed esaurito con l'adozione dei decreti legislativi emanati in attuazione della primitiva delega conferita dall'art. 12» della legge n. 59/1997 .

In definitiva si può affermare che è stata introdotta una sorta di «scala» di diversi atti di organizzazione, estesa anche dall'art. 16, lett c), del d.lgs. n. 165/2001, che ha attribuito ai dirigenti generali la possibilità di adottare «gli atti relativi all'organizzazione degli uffici di livello dirigenziale non generale», con la conseguente coesistenza di due tipi di atti e di due competenze nello stesso settore. Ciò ha infatti determinato un problema interpretativo della compatibilità delle due norme (comma 4 bis, lett. e, dell'art. 17, legge n. 400 e l'art. 16 sopra richiamato), in quanto la stessa materia viene contemporaneamente affidata a due soggetti parimenti legittimati a disciplinarla.

Da tutto ciò si può desumere che l'organizzazione ministeriale dovrebbe essere affidata quantomeno a quattro livelli di normazione: un atto legislativo di istituzione del singolo Ministero, che fissa l'organizzazione generale; regolamenti governativi che disciplinano gli uffici di livello generale; decreti ministeriali non regolamentari che fissano i compiti degli uffici dirigenziali non generali ed infine atti del dirigente generale (che in genere sono decreti) che regolano l'organizzazione di questi ultimi uffici.

L'uso del condizionale deriva dal fatto che la legislazione più recente in materia di organizzazione dei Ministeri ha posto accanto a questo quadro di fonti normative, ormai assestato e legittimato ad intervenire sulla materia, anche decreti del presidente del Consiglio, non qualificati come normativi, ma che di fatto ne presentano le caratteristiche, autorizzati ad individuare le strutture trasferite, gli uffici strumentali e di diretta collaborazione, che spettano a ciascun Ministero. Un'ulteriore tipologia di atti che si è inserita, sia pur provvisoriamente, ma che ha inciso ancora una volta in un complesso normativo già eccessivamente articolato e di difficile conoscibilità.

3. Profili sostanziali dell'organizzazione ministeriale nel disegno unitario formulato in attuazione della legge delega n. 59/1997

Una volta analizzato da un punto di vista formale, la competenza normativa di disciplina dell'organizzazione ministeriale affidata ai vari livelli di governo, occorre ora verificare quali sono state, da un punto di vista sostanziale, le conseguenze che sono derivate sulla struttura amministrativa, tenendo conto sia delle finalità che la legge delega aveva delineato,nonché degli obiettivi raggiunti.

La legge delega n. 59/1997, meglio nota come «Bassanini 1», aveva stabilito che la razionalizzazione dovesse avvenire attraverso il «riordino», la «soppressione» e la «fusione» di Ministeri e, nel fissare le direttive di riforma del governo, aveva precisato che era necessario tener conto delle esigenze derivanti dall'appartenenza dello Stato all'Unione Europea e delle nuove competenze regionali. Era stato poi attribuito il potere di ridisegnare le strutture di primo livello, «anche mediante istituzione di dipartimenti o di amministrazioni ad ordinamento autonomo ed infine «diversificare le funzioni di staff e di line, e fornire criteri generali e princìpi uniformi per la disciplina degli uffici posti alle dirette dipendenze del Ministro, in funzione di supporto e di raccordo tra organo di direzione politica e amministrazione e della necessità di impedire, agli uffici di diretta collaborazione con il Ministro, lo svolgimento di attività amministrative rientranti nelle competenze dei dirigenti ministeriali».
L'attuazione di tali principi direttivi è avvenuta attraverso una pluralità di decreti legislativi, che in vario modo hanno riorganizzato tutta l'amministrazione, fra i quali si possono ricordare, perché aventi un carattere generale, il d.lgs. n. 300/1999 con la riduzione del numero dei dicasteri, la nuova determinazione delle funzioni ad essi affidate, nonché delle linee generali della loro organizzazione, il d.lgs. n. 286/1999 con il riordino ed il potenziamento dei meccanismi di controllo sulle amministrazioni pubbliche ed i due d.lgs. n. 80/1998 (prima) e n. 165/2001 (poi) di disciplina dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni.
È stato elaborato in altre parole un disegno unitario con una nuova determinazione e forte riduzione delle competenze del presidente del Consiglio ricollocate nei nuovi dodici Ministeri, si è introdotto poi un complesso disegno di riforma delle unità di comando, con una preferenza di organizzazione per dipartimenti, anziché per direzioni, così da attribuire una posizione di rilievo e di responsabilità diretta ai dirigenti generali posti al vertice di essi. Tale quadro organizzativo è poi strettamente collegato alla necessità di mantenere una distinzione fra le competenze di indirizzo e quelle di gestione: le prime affidate ai ministri con il contributo degli uffici di diretta collaborazione (i c.d. uffici di staff), che hanno il compito di coadiuvare il ministro non solo nella determinazione degli indirizzi, ma anche nel controllo dell'attuazione, dell'efficacia e dell'eventuale nuovo adattamento di essi, mentre le funzioni di gestione vengono affidate agli uffici di line, che sono diretti, ai vari livelli, dai dirigenti e dirigenti generali. Questi ultimi, oltre che essere a capo dell'attività di gestione, costituiscono un tramite, un momento di passaggio e di coordinamento fra la funzione di indirizzo e quella amministrativa, limitatamente al proprio settore di competenza. In questo modo è esclusa la nomina di segretari generali a capo dell'organizzazione amministrativa del singolo Ministero, che permangono solo nei Ministeri organizzati per direzioni.

Ciò consente ai dirigenti generali posti a capo dei dipartimenti di avere un ambito di intervento più limitato (rispetto a quello che veniva attribuito al segretario generale), ma con una più agevole possibilità di coordinamento e di direzione dei vari uffici amministrativi subordinati . Tale attività amministrativa deve poi essere oggetto di verifica da partendi un complesso insieme di organismi di controllo interno e di gestione, previsti dal d.lgs. n. 286/1999, che, cercando di adattare gli strumenti utilizzati nelle imprese private, introduce anche nelle pubbliche amministrazioni criteri di verifica sia ex ante che ex post per misurare prima l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'attività amministrativa, la determinazione degli obiettivi e, successivamente, l'attuazione di questi, la eventuale necessità di ridefinire la programmazione e l'azione, nonché per verificare le eventuali responsabilità dei dirigenti. E ciò deve avvenire, sia attraverso organismi di controllo interno a ciascuna Amministrazione, sia con un'attività di coordinamento della presidenza del Consiglio dei ministri.

Il presupposto di questo processo di pianificazione e controllo di gestione è dato dall'attribuzione al ministro delle funzioni di indirizzo politico- amministrativo precisate nell'art. 4 del d.lgs. n. 165/2001, che sono esplicitate attraverso direttive periodiche ed almeno una direttiva annuale da adottarsi entro dieci giorni dalla pubblicazione della legge di bilancio e quindi strettamente connessa alla destinazione delle risorse economiche affidate a quell'amministrazione. Nello stesso decreto legislativo sono poi contenute tutte le norme di disciplina dell'organizzazione degli uffici, i poteri e le funzioni dei dirigenti e dirigenti generali, i meccanismi per far valere la responsabilità dirigenziale ed i meccanismi della contrattazione collettiva.

Un ulteriore ed importante intervento normativo, che ha inciso sull'organizzazione ministeriale, è rappresentato, poi, dalla legge n. 81/2001 che ha introdotto la nuova figura dei vice ministri, ossia sottosegretari di Stato ai quali è delegata un'area o un progetto di competenza del Ministero.

Tale nuovo soggetto non nasce tanto al fine di ampliare la formazione governativa, dato che i vice ministri non hanno diritto di voto all'interno del Consiglio dei ministri e possono solo partecipare alle riunioni di esso, quanto per compensare la riduzione del numero dei Ministeri e consentire una riorganizzazione efficiente, ma diversificata, delle singole Amministrazioni interessate al nuovo assetto. Questo intervento normativo era quindi in linea con il più generale quadro di riforma della pubblica amministrazione al fine di garantire una più esile e più efficiente organizzazione dei Ministeri.

4. Il processo di attuazione della riforma nella XIV Legislatura

Il lungo processo di realizzazione della riforma ministeriale deve tener conto di due momenti significativi di attuazione che incidono in modo significativo sul processo di adattamento della riforma alle varie esigenze che sopraggiungono. La prima è rappresentata dall'immediato aumento del numero dei Ministeri all'inizio della XIV Legislatura, mentre la seconda è costituita dall'approvazione di una nuova legge delega di riordino dei Ministeri, che trova una giustificazione formale nella necessità di adattamento delle competenze statali con le nuove funzioni affidate alle regioni dal nuovo titolo V della Costituzione, ma che in realtà esprime la volontà di ridefinire in modo diverso l'organizzazione dei Ministeri.
Le linee fondamentali della riforma del governo introdotta dal d.lgs. n. 300/1999 dovevano entrare in vigore solo con la prima Legislatura successiva all'emanazione del decreto legislativo, anche se alcuni Ministeri iniziarono, fin da subito, ad emanare regolamenti interni di organizzazione(ex art. 17, comma 4 bis). Una volta che il governo fu nominato (10 giugno 2001), il Consiglio dei ministri decise tuttavia di ampliare il numero dei Ministeri da dodici a quattordici, reintroducendo il Ministero della sanità e quello delle comunicazioni con d.l. 12 giugno 2001, n. 217 (art. 6), convertito in legge 3 agosto 2001, n. 317, tenendo conto dei rilievi già emersi in precedenza in ordine all'eccessiva estensione della competenza del Ministero del welfare e comunque a seguito di valutazioni anche a carattere prevalentemente politico. Di conseguenza, solo il 12 giugno il presidente della Repubblica con tre decreti successivi ha potuto provvedere alla nomina dei ministri mancanti e cioè del Ministro dellecomunicazioni, della sanità e del lavoro e delle politiche sociali.
Il secondo momento importante di riforma del governo è rappresentato dall'approvazione della legge delega 6 luglio 2002, n. 137 e dai successivi decreti attuativi con cui si è ulteriormente modificata l'organizzazione di alcuni Ministeri anche alla luce della riduzione delle competenze statali a favore di quelle regionali. La riforma del titolo V della Costituzione e la conseguente accentuazione del decentramento regionale e locale delle funzioni amministrative, infatti, avrebbe dovuto ridurre notevolmente le competenze ministeriali di gestione ed era quindi utile rimodulare le competenze di ciascun Ministero, mantenendo in ogni caso in capo ai singoli ministri la funzione di indirizzo. In base a tale legge delega è stata modificata con decreti legislativi la disciplina di otto Ministeri, nonché l'ordinamento della presidenza del Consiglio, della Scuola regionale anche ai fini di una attività di coordinamento fra le varie regioni (cfr. art. 2, d.lgs. n. 152/2003). In dottrina giustamente si è sollevato il dubbio che tali scelte politiche siano giustificate, da una parte, dall'esigenza di «incrementare i posti (secondo il noto princisuperiore della P.A. e l'organizzazione degli uffici territoriali del governo. In realtà in tali decreti poco si è tenuto conto delle competenze regionali, seguendo, spesso, un percorso opposto di ampliamento delle strutture di vertice .

Con uno dei primi decreti legislativi (n. 287/2002), sono stati fissati anche nuovi principi in ordine alle strutture organizzative delle Amministrazioni ed in particolare si è introdotta la possibilità dei singoli Ministeridi organizzarsi in direzioni ovvero in dipartimenti, mettendo in discussione una delle scelte organizzative fondamentali introdotta con il d.lgs. n. 300, che invece individuava in modo preciso il tipo di organizzazione del singolo Ministero. Il d.lgs. n. 287/2002, invece, eliminando la disposizione che distingueva i Ministeri organizzati per dipartimenti e quelli per direzioni, ha lasciato la scelta alla decisione del governo.
Viene poi alterato anche il parallelismo – precedentemente istituito - fra dipartimenti/dirigente generale e direzioni/segretario generale al fine di assicurare la presenza di un soggetto che costituisse il tramite fra la funzione di indirizzo esercitata dal ministro e la funzione di gestione.
Il d.lgs. n. 287/2002, da un lato ha ribadito che i Ministeri organizzati per dipartimenti non possono istituire la figura del segretario generale, mentre in quelli organizzati per direzioni generali, l'istituzione del segretario generale è soltanto facoltativa, ma la scelta se istituire o meno questa figura unica di coordinamento pare lasciata al caso senza regole predeterminatee senza una motivazione nel momento in cui è stata istituita.
Sempre con la medesima legge delega n. 137/2002 sono poi stati fissati criteri di forte ampliamento degli uffici di diretta collaborazione, che rappresentavano originariamente uno strumento di efficienza e di influenza sulle scelte politiche del ministro. La dilatazione di questi uffici confermata ed accentuata nei singoli decreti legislativi di attuazione e nei regolamenti organizzativi poi emanati, rischia di snaturare le caratteristiche di questi uffici, che con maggiore difficoltà possono costituire un organo unitario di collaborazione alla determinazione dell'indirizzo politico del Ministero.
Vari aspetti sono poi da segnalare sotto il profilo dell'uso un po' «disinvolto » degli atti normativi: innanzitutto l'iniziale delega legislativa per il riordino dei Ministeri, conferita con la citata legge n. 137/2002, che doveva esaurire i suoi effetti temporali il 23 gennaio 2004, è stata prorogata dalla legge n. 186/2004 e poi ancora dalla legge n. 306/2004, prolungando sostanzialmente a tutta la durata della Legislatura la possibilità del governo di modificare la struttura dei vari Ministeri. Questa situazione di instabilità e incertezza normativa su un tema di così ampio rilievo come quello dell'organizzazione dello Stato incide negativamente sui principi costituzionali di buona amministrazione, tenendo conto anche del fatto che le modifiche che incidono sull'organizzazione amministrativa hanno, come noto, tempi assai lunghi di recepimento da parte degli stessi destinatari e una continua modifica normativa accentua la tendenza alla non attuazione. Tale pluralità di atti normativi, di cui non si riesce ad individuare esattamente i limiti di competenza, pone anche dubbi sulla stessa legittimità costituzionale di una delega «ad oltranza» in un settore in cui la Costituzione pone una riserva di legge.

Questa pluralità di atti normativi di organizzazione di uno stesso Ministero rendono ancor più complessa la conoscenza anche esterna delle varie strutture.
A ciò si deve aggiungere che, nonostante la delega legislativa, sono intervenuti altri atti normativi primari per modificare preesistenti assetti organizzativi e, ai fini della disciplina organizzativa di dettaglio, talvolta si è rinviato ai regolamenti ex art. 17, comma 4 bis ed in altri casi a regolamenti ex comma 1 del medesimo articolo 27. In tal modo si è determinata una forte confusione in ordine all'uso sia degli atti legislativi che regolamentari, accentuando così lo stato di instabilità normativa ed organizzativa della materia e rendendo anche difficile predeterminare criteri per la disciplina dei singoli ambiti dell'organizzazione ministeriale.
Il d.lgs. n. 165/2001, confermando una scelta già operata dal d.lgs. n. 80/1998, attribuisce poi al governo, su proposta dei singoli ministri, il compito di disciplinare gli uffici di diretta collaborazione con regolamenti adottati ex art. 17, comma 4 bis (art. 14, comma 2) 28 e ai dirigenti il potere di «adottare gli atti relativi all'organizzazione degli uffici di livello dirigenziale non generale» (art. 16, comma 1, lett. c), permanendo, peraltro, anche la competenza del ministro di emanare, sempre ex art. 17, comma 4 bis, lett. e), decreti ministeriali di natura non regolamentare per la definizione dei compiti delle unità dirigenziali nell'ambito degli uffici dirigenziali generali. Tutto ciò rende particolarmente complesso il rapporto fra gli atti normativi di organizzazione dei vari Ministeri con criteri che possono essere anche molto diversi fra loro.
È da segnalare, fra l'altro, che, mentre il decreto di nomina del 17 maggio è emanato dal presidente della Repubblica sulla proposta del solo presidente del Consiglio, così come previsto dall'art. 92 Cost., quello del giorno successivo avviene «visto l'art. 92 Cost.», visto il d.l. n. 181/2006 e «sulla proposta del Consiglio dei ministri» e quindi non più del solo presidente del Consiglio. I presupposti richiamati per tale seconda nomina, che giustificano l'emanazione del decreto, sono assai atipici e vanno «oltre » la previsione costituzionale.

5. Lo «spacchettamento» dei Ministeri: contraddittorietà di una riforma

L'uso improprio degli atti normativi non è cambiato, ma anzi ha subito un'ulteriore conferma all'inizio della XV Legislatura proprio nella fase di formazione del governo. Anche in questo caso, come nella precedente Legislatura, è stato emanato un decreto legge di ampliamento del numero di Ministeri che da quattordici è balzato a diciotto, ritornando così alla fase pre-riforma, ma aggiungendo anche un iter procedurale assai discutibile, se non illegittimo.

Il presidente del Consiglio ed i venticinque ministri sono stati infatti tutti nominati con due d.P.R. 17 maggio 2006 29: il primo decreto conteneva la nomina di tutti i ministri, di cui quattordici con portafoglio e undici senza portafoglio. Fra questi ultimi vi erano anche i ministri che non avrebbero avuto una delega da parte del presidente del Consiglio (così come normalmente avviene per tutti i ministri senza portafoglio), bensì un vero e proprio Ministero, che il governo aveva intenzione di creare. In data 18 maggio il Consiglio dei ministri ha infatti approvato il d.l. n. 181/2006 con cui sono stati istituiti i quattro nuovi Ministeri (commercio internazionale, trasporti, istruzione, solidarietà sociale). In conseguenza di ciò il presidente della Repubblica ha emanato un nuovo decreto di nomina dei ministri tenendo conto della trasformazione della denominazione di alcuni dei Ministeri originari e la creazione dei nuovi .

L'anomalia è rappresentata dal fatto che sono cambiate le caratteristiche della nomina dei ministri senza portafoglio che, per loro natura, sono parte integrante della presidenza del Consiglio e sono nominati in quanto destinatari di una delega di competenze presidenziali. In questa ipotesi non potevano né essere destinatari di una delega, né far capo ad un Ministero. Non potevano essere direttamente posti a capo del Ministero che gli si intendeva attribuire perché, come prevede l'art. 95, comma 3, Cost., è compito della legge quello «di determinare il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei Ministeri», numero quindi che doveva essere predefinito dall'atto legislativo che ancora mancava, né, d'altra parte, su uno stesso Ministero poteva avvenire la nomina di due soggettidiversi.

Parimenti impropria era la nomina come ministri senza portafoglio, in quanto occorre ricordare, riguardo a tale figura, che l'art. 9 della legge n. 400/1988 stabilisce che all'atto della costituzione del governo, il presidente del Consiglio può nominare, presso la presidenza, ministri senza portafoglio, i quali svolgono le «funzioni delegate dal presidente del Consiglio » e non, quindi, funzioni delegate dai singoli ministri. Ed infatti dal 1948 ad oggi tutti i ministri senza portafoglio hanno sempre avuto deleghe presidenziali e fatto riferimento alle strutture della presidenza essendo a capo di un dipartimento, ovvero destinatari di una missione (art. 7, commi 2 e 4, d.lgs. n. 303/1999). Tutto ciò trova conferma anche nel d.P.C.M. 23 luglio 2002 che disciplina l'ordinamento delle strutture generali della presidenza del Consiglio, facendo spesso riferimento alle deleghe di competenze a favore di ministri senza portafoglio.

La procedura seguita, pertanto, è quantomeno atipica e può rappresentare un precedente scomodo, non solo perché quelle stesse forze politiche, che hanno utilizzato questo procedimento, avevano criticato l'emanazione di un decreto legge in questa materia, ritenendolo contrario all'art. 95 Cost., ma piuttosto perché in questa ipotesi il d.p.r. 17 maggio 2006 di nomina del governo «aggira» anche i principi contenuti nell'art. 9 della legge n. 400/1988, prima richiamato. Si potrebbe a ciò obiettare che spesso in passato la nomina di ministri senza portafoglio aveva una funzione sperimentale di preparare un nuovo dicastero (partecipazioni statali, turismo, beni culturali, ambiente), ma anche in quei casi si trattava innanzitutto di funzioni originariamente presidenziali o non attribuite ad alcun Ministero e comunque giustificate da una lunga sperimentazione.
In definitiva la nomina, quali ministri senza portafoglio, di coloro che solo il giorno successivo sono stati posti a capo di un dicastero, ha rappresentato un escamotage inutile, dannoso ed espressione di un uso eccessivamente disinvolto degli strumenti di organizzazione per una finalità prettamente politica, dato che vi era una strada alternativa, più corretta formalmente, rappresentata da una posticipazione della nomina di quei quattro ministri nei giorni successivi.
Oltre a seri dubbi procedurali e alle critiche in ordine all'uso del decreto legge in questa materia, già formulate con riguardo al d.l. 12 giugno 2001, n. 217 31, occorre poi sottolineare che la scelta di aumentare in modo così considerevole il numero dei Ministeri è fortemente criticabile per molte ragioni.
Innanzitutto, da un punto di vista sostanziale, il decreto, poi convertito nella legge 17 luglio 2006, n. 233, ha fatto venir meno la ratio di tutta la riforma ministeriale e dei principi contenuti nella legge n. 59/1997, che hanno giustificato l'emanazione dei dd.llgs. nn. 300 e 303/1999 . Una delle finalità principali era infatti rappresentata dalla necessità di razionalizzare l'organizzazione di vertice della P.A. attraverso «il riordino, la soppressione e la fusione dei Ministeri», che con questo atto viene cancellata.
Non solo: attualmente la disciplina dell'organizzazione ministeriale è particolarmente confusa e di difficile determinazione, perché è espressione di una pluralità di atti succedutisi dal 1999 ad oggi e fra loro non coordinati, in quanto è mancata spesso una abrogazione esplicita delle norme precedenti. Tanto che, in fase di conversione in legge (del d.l. n. 181/2006) il Parlamento ha delegato il governo ad emanare, entro due anni, decreti legislativi con mere finalità «di coordinamento» per la «puntuale individuazione del testo vigente delle norme» (art. 1, comma 2) 33. Tutto ciò sta ad indicare che, con quest'ultimo atto, non solo non si è avuto un riordino, ma le competenze di ciascun Ministero e l'organizzazione interna non poteva essere predeterminata in quella fase.

La crescita del numero dei Ministeri poi, oltre ad azzerare quel processo di riforma del governo, può rendere più complessa anche l'attività di indirizzo e coordinamento del presidente del Consiglio. Infatti tale organizzazione può incrementare il rischio di interferenze di competenza fra ministri e la conflittualità fra loro, cosicché il presidente si trova a dover svolgere anche una funzione di arbitro fra gli opposti o anche concorrenti interessi . Il Consiglio dei ministri, viceversa, più difficilmente può essere chiamato a risolvere e dirimere questioni procedurali o amministrative, dovendo già svolgere quella funzione di scelta della politica di governo che è sicuramente più complessa e di difficile determinazione in un Consiglio con una composizione pletorica e molto differenziata. Occorre quindi chiedersi se, dietro a tali interventi organizzativi, ne derivino anche conseguenze nei rapporti interni del governo: se il ruolo del presidente subisca modifiche ed un'accentuazione del suo peso o, viceversa, se vi sia il rischio di un ritorno verso una ministerializzazione (pericolo sempre presente nel nostro ordinamento) o, ancora, se il carattere collegiale del governo sia accentuato e la soluzione degli eventuali conflitti di competenza debba avvenire in sede consiliare.
Un altro aspetto che va contro la scelta di aumentare il numero dei Ministeri è connesso ad esigenze comunitarie. La riduzione era stata decisa anche per adeguare il nostro ordinamento a quello degli altri paesi comunitari, così da semplificare l'attività del Consiglio dell'Unione composto via via dai ministri competenti per materia. La creazione, ad esempio, del Ministero dello sviluppo economico, accanto a quello del commercio internazionale, così come la presenza, sia del Ministero delle infrastrutture, che dei trasporti interferisce inevitabilmente sulla linearità dell'attività di indirizzo politico a livello europeo.
L'incremento del numero dei Ministeri nella XV Legislatura ha reso, poi, poco giustificabile la nomina dei vice ministri che, trovando fondamento nella originaria riduzione dei dicasteri, possono essere considerati come un ulteriore appesantimento della struttura amministrativa, con il rischio di una sottrazione di competenze al ministro a cui fanno riferimento. Ai vice ministri, infatti, «sono conferite deleghe relative all'intera area di competenza di una o più strutture dipartimentali, ovvero di più direzioni generali» (art. 1, comma 1, legge n. 81/2001), sottraendole al ministro, il quale, pur permanendo l'unico titolare dei poteri di indirizzo politico e della responsabilità del Ministero, di fatto, può essere influenzato in modo rilevante dal vice ministro appartenente ad altra forza politica della coalizione. In tal modo, tuttavia, si è alterata la funzione essenzile dell'istituzione di questa nuova figura, permanendo soltanto uno scopo, fortemente discutibile da un punto di vista istituzionale, rappresentato dalla necessità di consentire, in sede di formazione del governo, una adeguata distribuzione di cariche e di «aree di influenza» ai vari partiti della maggioranza, attraverso un «bilanciamento» fra ministri e vice ministri 37, con un ulteriore aggravio burocratico e un appesantimento della compagine ministeriale .

6. Ritorno al passato: la riviviscenza della riforma Bassanini

L’ultimo anello di questa lunga catena di atti normativi che hanno modificato l’organizzazione ministeriale è frutto di un insieme di interventi che hanno determinato il ritorno, anzi la prima attuazione, dell’originario disegno della riforma Bassanini (mai reso operativo nella sua integrità), così come previsto in parte in uno dei tanti commi della oscura legge finanziaria 2008 39 che reintroduce i dodici Ministeri, previsti nel nel testo pubblicato nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 203 del 30 agosto 1999. Il numero totale dei componenti del governo a qualsiasi titolo, ivi compresi ministri senza portafoglio, vice ministri e sottosegretari, non può essere superiore a sessanta e la composizione del governo deve essere coerente con il principio stabilito dal secondo periodo del primo comma dell’articolo 51 della Costituzione.
Anche se la legge finanziaria pare lo strumento normativo meno adatto per determinare il numero e l’organizzazione dei Ministeri, i due commi sopra citati sono tuttavia significativi per una serie di profili: innanzitutto perché hanno costituito l’input essenziale per una moratoria nell’eccesso della compagine governativa, sia con riguardo al numero dei ministri, sia più in generale agli altri componenti del governo (ministri senza portafoglio, viceministri e sottosegretari) e dall’altro perché si è introdotto per la prima volta, in una norma che riguarda le nomine governative, la necessità, non tanto del rispetto, quanto della «coerenza» con il principio stabilito dal secondo periodo del comma 1 dell’articolo 51 della Costituzione.
Per quanto riguarda la riduzione a dodici Ministeri, il comma 376 della legge n. 244/2007, prevede una riviviscenza del contenuto del d.lgs. n. 300/1999 nella sua stesura originaria e l’abrogazione di conseguenza (prevista nel successivo comma 377) di tutte le disposizioni non compatibili con tale riduzione. Si è trattato, tuttavia come vedremo, di un’opera di non facile realizzazione, per tre motivi principali: perché nel corso di questi anni, numerose sono state le sovrapposizioni normative che si so no succedute e quindi tornare ad un passato, mai attuato, significa anche non avere gli strumenti normativi secondari, l’organizzazione delle amministrazioni (dei dipartimenti, delle direzioni, degli uffici) idonea a realizzare tale riforma, che ora è infatti tutta da ridefinire e disciplinare.

Un ulteriore motivo di perplessità è derivato dalla necessità di adattamento della prima formulazione del d.lgs. n. 300/1999 con alcune norme successivamente emanate e che vengono fatte salve dalla finanziaria 2008. Si tratta di un lungo elenco di articoli della ultima legge di conversione del decreto sullo «spacchettamento» dei Ministeri (legge n. 233/2006), che non vive autonomamente, ma che è collegato alle modifiche nel frattempo intervenute e che quindi impongono un'interpretazione della nuova distribuzione delle competenze in modo armonico. Un esempio a tale riguardo è rappresentato dal nuovo Ministero dello sviluppo economico (prima denominato Ministero delle attività produttive) che rimane inalterato con riguardo alla sua attribuzione di competenze e all'organizzazione, competenze in parte provenienti dal Ministero dell'economia (dipartimento per le politiche di sviluppo e di coesione), in parte già modificate con la legge n. 317/2001 (ampliamento dei Ministeri da 12 a 14 nella precedente Legislatura) e con il d.lgs. n. 34/2004 che ha disciplinato ex novo le funzioni e la struttura organizzativa del Ministero delle attività produttive.
Il secondo aspetto rilevante disciplinato nel comma 376 della legge finanziaria 2008 attiene al numero massimo di componenti del governo a qualsiasi titolo, ivi compresi ministri senza portafoglio, vice ministri e sottosegretari, che non può essere superiore a sessanta.
Si tenga conto che l'ultimo governo Prodi era formato da 103 membri (più precisamente vi erano 26 ministri, 10 vice ministri e 66 sottosegretari, oltre al presidente del Consiglio), ossia una composizione superiore a tutti i governi che si ricordano nella storia repubblicana.
Essere arrivati al culmine, ha indotto giustamente il legislatore a porre per la prima volta in una norma di legge il numero massimo di componenti del governo, che, fino ad ora, era lasciato alla discrezionalità del presidente del Consiglio e del Consiglio dei ministri.
Infine una grande novità, rispetto alla situazione preesistente, è rappresentata dal richiamo alla necessità di «coerenza» della composizione del governo «con il principio stabilito dal secondo periodo del comma 1 dell'articolo 51 della Costituzione», ossia con il principio delle pari opportunità.
Da un lato ciò costituisce una importante innovazione, perché introduce per la prima volta con una norma di legge un vincolo di genere per la composizione del governo, dall'altro tuttavia, la formulazione utilizzata è abbastanza sibillina, tale da poter dare spazio alle più varie interpretazioni ed adattamenti alle esigenze contingenti. La «coerenza» con l'art. 51 Cost. imporrebbe infatti il pieno rispetto delle pari opportunità, ossia richiederebbe la nomina di un governo formato per metà da donne, mentre, in realtà, tale inciso è stato interpretato in modo eccessivamente riduttivo, nel senso che la presenza femminile è stata considerata come «eventuale» e non «necessaria»o, meglio, si è ritenuto di poter soddisfare il contenuto della norma con la presenza di una rappresentanza di ciascun genere, senza alcun riguardo all'ampiezza di questa rappresentanza

Tale dichiarazione di intenti veniva comunque considerata come un'importante apertura verso un'evoluzione sostanziale nell'applicazione dell'art. 51 e quindi la nomina del nuovo governo doveva rappresentare una buona occasione per dimostrare che la normativa sulle pari opportunità non fosse un insieme di auspici, ma uno strumento effettivo di tutela dei diritti di genere.
La realtà dei fatti ha dimostrato, invece, che il tema delle pari opportunità rimane in Italia come un problema ancora da risolvere sia a livello di rappresentanza politica, sia con riguardo alle nomine governative o comunque nei settori di alta amministrazione.
Con l'inizio della XVI Legislatura il nuovo governo non ha perso la brutta abitudine di adottare decreti legge di organizzazione del governo, anche se in quest'ultima ipotesi il d.l. n. 85/2008 si limita a modificare parzialmente la denominazione di alcuni Ministeri , a ridefinire meglio la distribuzione di competenze della presidenza del Consiglio e dei vari Ministeri, con riguardo sia alle strutture amministrative da attribuire a ciascuno, sia ai tempi e modi di trasferimento delle risorse strumentali, finanziarie e del personale .
Si tratta, in realtà, di un decreto abbastanza snello che non risolve tutti i problemi organizzativi, ma appunto cerca di delineare i profili che, più urgentemente, richiedono una soluzione, rinviando poi a regolamenti adottati ex art. 17, comma 4 bis della legge n. 400/1988 l'individuazione del numero massimo delle strutture di primo livello. Tale ridefinizione dovrà comunque comportare non solo una riduzione dei Ministeri, ma anche delle nuove strutture, cosicchè le spese di funzionamento siano ridotte almeno del 20%.

7. L'anomalia dei d.P.C.M. di organizzazione dei Ministeri

L'aspetto che tuttavia pare più anomalo di tale decreto è il rinvio a decreti del presidente del Consiglio dei ministri di disciplinare, in via provvisoria, l'organizzazione degli uffici funzionali, strumentali e di diretta collaborazione dei Ministeri oggetto dell'accorpamento.

L'uso di questi strumenti normativi non è nuovo per il governo in quanto già previsto nell'art. 1, comma 10 del d.l. n. 181/2006, conv. in legge n. 233/2006, ossia il decreto sullo «spacchettamento» dei Ministeri.
L'anomalia deriva dall'incongruenza rispetto al principio di carattere generale indicato nel comma 4 bis dell'art. 17 della legge n. 400/1988 (richiamato anche dall'art. 4 del d.lgs. n. 300/1999), che doveva costituire il punto di riferimento per ogni atto di organizzazione del governo (salvo gli atti di rilegificazione a cui avevamo fatto riferimento in precedenza).
In questo caso, infatti, l'atto che avrebbe dovuto regolare la materia era la competenza a determinare con proprio decreto il numero e le competenze delle sezioni dei Ministeri, nonché d.P.R. 30 giugno 1972, n. 505, con riguardo al numero dellesezioni del Ministero del bilancio e della programmazione economica

Se, quindi, da un punto di vista formale, non si può rilevare alcunché, rimane tuttavia il problema di cercare di comprendere la ratio di tale spostamento di competenza, sia pur provvisorio, da un regolamento governativo a favore di un d.P.C.M. e quale sia la vera natura di questo atto.
L'uso di un d.P.C.M. semplifica in parte la procedura di adozione, perché espressione della volontà del solo presidente e non richiede l'approvazione del Consiglio dei ministri, nè la complessa fase precedente di accordo nel pre-consiglio. Parzialmente diversa è tuttavia la procedura che il presidente del Consiglio deve seguire per adottare tali decreti, in quanto la legge del 2006 faceva riferimento ad un d.P.C.M. emanato «in via amministrativa » «d'intesa con il Ministro dell'economia e delle finanze e sentiti i ministri interessati», avvicinandosi così ad un provvedimento interministeriale.
Si prevedeva poi che i decreti fossero corredati da una relazione tecnica e sottoposti per il parere alle Commissioni parlamentari competenti per materia e alle Commissioni bilancio del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati per i profili di carattere finanziario . Con la legge n. 121/2008, invece l'atto è adottato dal presidente su proposta del Ministro competente, sentito il Ministro dell'economia e delle finanze, semplificando così sostanzialmente la procedura.
Rimane tuttavia il dubbio in ordine alla natura di tali atti, qualificati della legge n 233/2006 come «amministrativi» e senza precisazione alcuna, invece, nell'ultima legge.
Al di là della qualificazione formale, non pare tuttavia che la materia su cui tali decreti debbano intervenire possa consentire l'emanazione di un atto a carattere meramente amministrativo. I d.P.C.M., che sono stati adottati nella precedente Legislatura, non sono, infatti, soltanto ricognitivi di competenze già determinate nella loro interezza dalla legge, ma individuano, attraverso un'ampia attività interpretativa i contenuti del decreto legge e della legge di conversione che hanno creato i nuovi Ministeri.
Uno degli atti emanati ex art. 1, comma 10 del d.l. n. 181/2006 è rappresentato dal d.P.C.M. 5 luglio 2006 che contiene l'Organizzazione del Ministero delle infrastrutture . Già il titolo è indicativo della volontà di delineare nelle sue linee generali il Ministero e quindi di non costituire un semplice atto amministrativo attuativo di altre norme ed infatti, in questo decreto, non solo si sono individuate le competenze del Ministero delle infrastrutture, ma anche di quelle attribuite al Ministero dei trasporti, prima unificato. La determinazione di tali competenze è particolarmente dettagliata e desunta dal combinato disposto del d.lgs. n. 300/1999 (artt. 41 e 42), nonché del d.l. n. 181/2006, così da abrogare sostanzialmente gli originari artt. 41 e 42 e formulare ex novo le competenze dei due Ministeri. Sono stati poi individuati gli uffici di diretta collaborazione dei due ministri e l'articolazione in dipartimenti delle strutture di gestione, ossia vengono prese decisioni organizzative certamente di carattere normativo.

Questo atto non è stato invece qualificato come regolamento nel titolo ed anzi, nel preambolo, si è richiamato il carattere amministrativo dell'immediata ricognizione delle strutture trasferite: una sorta cioè di provvedimento d'urgenza per dare pronta attuazione al decreto legge, che attribuisce in modo dettagliato le funzioni ai Ministeri interessati e ai dipartimenti istituiti, lasciando immaginare la necessità di un successivo intervento normativo a carattere definitivo. Ed infatti con d.P.R. 19 novembre 2007, n. 254 il governo è nuovamente intervenuto a disciplinare l'organizzazione del Ministero delle infrastrutture, eliminando i dipartimenti, creando undici nuove direzioni generali, trasformando in modo sostanziale tutta l'organizzazione del Ministero .

Un altro interessante esempio di attuazione di tale «delega» normativa è rappresentato dal d.P.C.M. 28 giugno 2007, che in attuazione degli artt. 1, comma 2 e 10 del d.l. n. 181/2006 ha disciplinato il trasferimento, dal Ministero dell'economia e delle finanze al Ministero dello sviluppo economico, delle strutture del dipartimento per le politiche di sviluppo e di coesione, cosicché si è giunti all'anomalia di avere un Ministero organizzato per direzioni ed al cui interno si inserisce un dipartimento, anomalia che è stata ora sanata con il nuovo d.P.R. 14 novembre 2007, n. 225, che ha previsto la distribuzione delle competenze del Ministero in tre dipartimenti

Nonostante il fondamento legislativo che consente l'emanazione di questa tipologia di atti, permangono i dubbi sia sulla loro legittimità costituzionale, sia sull'anomalia di tale legittimazione. **Vi è, infatti, il problema formale, più volte evidenziato, della riserva di legge prevista in tema di determinazione delle attribuzioni e dell'organizzazione, che, anche se relativa, richiede alla legge di rinviare ad un atto normativo secondario il compito di disciplinare la materia e dovrebbe contenere criteri sufficientemente determinati per indirizzare l'atto**.

Ciò nonostante si può giustificare, in via sostanziale, l'adozione di questi atti organizzativi in via provvisoria e di urgenza da parte del presidente del Consiglio nell'esercizio delle sue funzioni di coordinamento fra ministri, in attesa di un intervento definitivo, rispettivamente, del governo per l'organizzazione delle strutture dirigenziali generali e del ministro

In definitiva, nonostante gli obiettivi effetti positivi che stanno derivando da un accorpamento dei Ministeri, sia di carattere organizzativo ,economico e di immagine nei confronti dell'Unione Europea, la situazione di incertezza permane ancora. Incertezza derivante da questi continui cambiamenti normativi, che inevitabilmente incide sulla stabilità dell'amministrazione e sulla continuità nell'organizzazione degli uffici, delle direzioni e dei dipartimenti. Per garantire la vigenza di quei principi costituzionali di efficienza e di stabilità dell'amministrazione è necessario che si consenta una certa durata sia della presenza delle persone fisiche che ricoprono gli incarichi, sia delle competenze, delle funzioni ad essi attribuite. L'operatività dell'amministrazione è garantita inevitabilmente anche da una stabilità nell'organizzazione.

D'altra parte, la normazione in questo settore che può apparire meramente burocratica e priva di rilevanza nelle scelte di indirizzo politico del governo, ha messo in luce, viceversa, una forte influenza sia sulla politica generale del governo, sia sulla determinazione dei rapporti fra l'organo collegiale, il suo presidente ed i singoli ministri. I profili organizzativi, in definitiva, non possono essere considerati neutri, ma devono essere messi in relazione ai principi generali che regolano la materia.

Se quindi si volesse, dopo questo lungo processo di riforma, individuare i vari livelli di normazione dell'organizzazione ministeriale, non dovremmo più limitarci alle quattro tipologie di atti, a cui si faceva riferimento alla fine del secondo paragrafo, ma ad almeno cinque livelli:

1. una legge ad hoc di istituzione del singolo Ministero e che fissa l'organizzazione generale;

2. regolamenti governativi che disciplinano gli uffici di livello generale ex art. 4, d.lgs. n. 300/1999;

3. decreti del presidente del Consiglio dei ministri di disciplina delle strutture trasferite ai vari Ministeri e di individuazione del contingente minimo degli uffici strumentali e di diretta collaborazione ex art. 1, comma 23 del d.l. n. 181/2006 (conv. legge n. 233/2006) .

4 decreti ministeriali non regolamentari che fissano i compiti degli uffici dirigenziali non generali

5 ed infine atti del dirigente generale (che in genere sono decreti) che regolano l'organizzazione di questi ultimi uffici.

5. L'attuale assetto istituzionale dei ministeri

L'ORGANIZZAZIONE MINISTERIALE

I ministeri sono uffici complessi dotati di personale e mezzi propri che operano in settori di intervento omogenei.

Si diversificano per tipi di funzioni, per soluzioni strutturali interne ed esterne, per dimensioni e per disciplina.

Tuttavia, abitualmente, si tende a non tener conto delle differenze esistenti, ma piuttosto a considerare l'ordinamento dei ministeri come un corpo informato ad identico schema funzionale ed organizzativo.

Ciò, probabilmente, anche per effetto del principio costituzionale (forse non più congruo nella realtà odierna) della pari dignità dei componenti del Consiglio dei Ministri.

Il Ministero è la ripartizione fondamentale dell'Amministrazione centrale cui si accompagnano vari enti strumentali quali le aziende autonome, gli enti pubblici e le autorità indipendenti.

Ogni Ministero è competente per un ramo di attività e per determinate materie e affari. L'art. 95 della costituzione assegna alla legge ordinaria il compito di determinare il numero, le attribuzioni, e l'organizzazione dei Ministeri, configurando così una riserva di legge assoluta (diversa da quella relativa prevista dall'art. 97 della costituzione in materia di organizzazione dei pubblici uffici).
Tenuto conto delle citate disposizioni costituzionali, il legislatore ordinario ha dettato per la prima volta nella storia repubblicana regole uniformi per l'organizzazione dei Ministeri, deteminandone, il numero (che viene decisamente ridotto) le attribuzioni e la struttura interna per grandi aree di funzioni. Ciò è avvenuto con il Decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, le cui determinazioni sono state successivamente modificate con la legge n. 317 del 2001 e Decreto legge n. 343 del 2001.
L'organizzazione interna ai Ministeri, nonché le norme di dettaglio sul funzionamento dei singoli uffici, invece, a norma dell'art. 97 della costituzione, sono state rimesse ad appositi regolamenti da adottarsi ai sensi dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988.

LA STRUTTURA MINISTERIALE

La tradizionale struttura organizzativa per Ministeri risale alle riforme cavouriane del 1853 e si è caratterizzata per una suddivisione di ogni Ministero in direzioni generali, e di queste, in direzioni centrali (articolate a loro volta, in servizi, e questi in divisioni, fino alla cellula fondamentale della sezione o ufficio).
Si tratta di una struttura complessa, non sempre rispondente alle necessità amministrative in rapida evoluzione e che, soprattutto, favorisce la frammentazione delle competenze nonché la difficoltà di ricondurre delle funzioni a pochi, chiari, centri decisionali.
In molti casi, i Ministri si sono serviti, per poter incidere efficacemente nella realtà amministrativa, dei loro uffici di gabinetto, diretti sovente da persone estranee all'amministrazione. Tali uffici, aventi l'originaria funzione di staff, posti a supporto delle funzioni di coordinamento e di indirizzo politico spettanti ai Ministri, si sono trasformati in inutili organismi che hanno espropriato funzioni amministrative di spettanza delle direzioni generali.
Altri limiti della struttura tradizionale sono:

1. la mancanza di flessibilità di fronte alle mutevoli esigenze cui far fronte con gli strumenti organizzativi;
2. notevole confusione normativa, contraddistinta da una congerie di norme stratificatesi nel tempo che ha disciplinato disorganicamente i diversi Ministeri creando non di rado duplicazioni di organi e sovrapposizioni di competenze.

Il Decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, con il dichiarato obiettivo di superare i limiti segnalati, ha disegnato una nuova struttura organizzativa per tutti Ministeri, accorpandone gli uffici in pochi centri decisionali competenti per grandi aree di funzioni e semplificandone l'articolazione interna.

Lo stesso decreto ha poi ridimensionato il ruolo degli uffici di staff posti alle dirette dipendenze dei Ministri riconducendone le funzioni all'originaria missione e prevedendo che l'organizzazione interna sia rivista con cadenza biennale, introducendo così nell'ordinamento un importante principio di flessibilità.

Il decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, ha operato in tre diverse direzioni:
1)
- E' stata operata una riduzione degli apparati ministeriali;
- Sono state limitate le singole unità di comando, identificandole con precisione (segretari generali, dipartimenti, direzioni generali);
- È stato sancito il principio della flessibilità nell'organizzazione, stabilendo - salvo per quanto attiene al numero, alla denominazione, alle funzioni dei ministeri e al numero delle loro unità di comando - un'ampia delegificazione in materia (assetto variabile delle strutture e procedura particolarmente snella ai fini dell'adozione dei regolamenti amministrativi);

2)
- Sono state istituite 12 agenzie (6 delle quali con personalità giuridica) con funzioni tecnico – operative, che richiedono particolari professionalità e conoscenze specialistiche, nonché specifiche modalità di organizzazione del lavoro;

3)
- Si è provveduto alla concentrazione degli uffici periferici dell'amministrazione statale. In particolare si è previsto che, a completamento della trasformazione autonomista dello Stato, in periferia, accanto ad amministrazioni specializzate che operano nei settorei della sicurezza, della difesa, della finanza, della giustizia, della scuola e dei beni culturali, vengano istituite strutture a carattere generale, attraverso la trasformazione delle prefetture in uffici territoriali di governo.

Sono sei le principali linee di fondo seguite dal nuovo assetto organizzativo:
1. Il numero dei ministeri è stato ridotto a 12 e ad ognuno è affidata una missione fondamentale di ampia portata (in realtà inizialmente la riduzione prevedva un passaggio da 18 a 12 ministeri, riportati poi a 14 con la legge n. 317 del 2001. Con il Governo Prodi Bis, ed in particolare con la legge 233 del 2006 il numero dei ministeri è stato riportato a 18 e soltanto con la legge finanziaria per il 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244) all'art. 1, comma 376 è stato previsto che dal prossimo Governo il numero massimo dei ministeri sarebbe stato 12 e il numero dei componenti che ne fanno parte (ministri senza portafoglio – ovvero non titolari di dicasteri – vicemistri e sottosegretari) non potrà essere superiore alle 60 unità);
2. Le strutture di primo livello nei ministeri sono alternativamente i dipartimenti o le direzioni generali
3. Nei MINISTERI ORGANIZZATI IN DIPARTIMENTI
- il segretario generale, ove previsto da precedenti leggi è soppresso;

- ad ogni dipartimento, al cui capo c'è un dirigente generale, è asseganta una grande area di funzioni da svolgere nel rispetto del principio di separazione fra attività di indirizzo politico e gestione amministrativa;
- il Capo dipartimento è nominato con decreto del Presidente della Repubblica su delibera del Consiglio dei Ministri e proposta del ministro competente a cui risponde dei risultati raggiunti sulla base degli obiettivi assegnati;
- ogni dipartimento è articolato in uffici dirigenziali generali (le attuali direzioni centrali) ai cui vertici si trovano i dirigenti generali nominati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del ministro competente ed indicazione del capo del dipartimento;
- gli uffici dirigenziali generali sono a loro volta articolati in uffici dirigenziali, variamente denominati, diretti da dirigenti dello Stato, nominati dai dirigenti generali dai quali dipendono ed ai quali rispondono del raggiungimento degli obiettivi assegnati;

4. al di fuori dei dipartimenti possono esistere soltanto gli uffici di staff con funzione di assistenza diretta all'attività di indirizzo politico e di controllo della gestione di competenza del ministro (attuali uffici di gabinetto). A capo di tali uffici può essere posto anche un dirigente estraneo all'amministrazione.
5. I MINISTERI NON ARTICOLATI IN DIPARTIMENTI, sono divisi in DIREZIONI GENERALI, le quali fanno capo ad un Segretario generale, organo di vertice burocratico che ha la funzione di collegamento tra il ministro e la struttura amministrativa sottostante;
6. Tutto il personale ministeriale, rientrante nel cosi detto "comparto ministeri" è assegnato a ruoli amministrativi unici per dicasteri, in modo da assicurarne la mobilità interna, con le seguenti eccezioni che godono di ordinamenti speciali: dirigenti dello Stato, funzionari della carriera diplomatica e della carriera prefettizia ed il personale delle forze dell'ordine (Polizia di Stato, Carabinieri, Guardia di Finanza, Polizia penitenziaria e Corpo forestale dello Stato), delle forze armate (Esercito, Marina ed Aeronautica) e dei vigili del fuoco.

Dunque, sotto il profilo funzionale i ministeri si configurano adesso come un ordinamento ben più compatto rispetto al passato: questo perché c'è una migliore distribuzione delle competenze che fa riferimento ad aree organiche e non ad interessi settoriali.
Sotto il profilo organizzativo, invece, i ministeri sono regolati da una disciplina comune ancorché non uniforme poiché articolati su modelli differenti, come le direzioni generali e i dipartimenti.
Al vertice sono collocati organi politici quali ministri e viceminitri. Tali organi si avvalgono di uffici di diretta collaborazione con funzioni di supporto e di raccordo con l'amministrazione (gabinetto, ufficio legislativo ecc.).

Infine va evidenziato che, in ottemperanza all'art. 95 della costituzione è stata prevista una disciplina differenziata per l'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che non può essere assimilato ad un ministero. La sua organizzazione è regolamentata dalla legge n. 400 del 1988 e dal Dlgs. 300 del 1999, che ne prevede una articolazione in dipartimenti ed uffici posti alle dipendenze del Segretario generale, con l'eccezione di quelli che di volta in volta vengono affidati ai ministri senza portafoglio.
L'assetto interno è variabile in quanto il Presidente del Consiglio dei ministri con proprio decreto, può istituire altre unità organizzative per l'esercizio di compiti espressamente previsti dalla legge.
AI SINGOLI MINISTERI …… VANNO AGGIUNTI, il Dipartimento della funzione pubblica e quello per il coordinamento delle politiche comunitarie, strutture organizzative istituite con legge in via permanente e autonoma (rispettivamente legge n. 93 del 1983 e legge n. 183 del 1987) alle quali può essere preposto un ministro.

6. I Comitati Interministeriali

Sono costituiti da più ministeri per curare settori determinati dell'amministrazione. Il progressivo aumento dei compiti dello stato ha infatti reso necessario l'esistenza di questi organi collegiali. I comitati in quanto organi "interni" si costituiscono mediante decreto del Consiglio dei Ministri o del Presidente del Consiglio dei Ministri. È necessaria invece una legge per istituire quelli con rilievo esterno.
CIACE Sigla di Comitato Interministeriale per gli Affari Comunitari, istituito con l. 11/2005. È presieduto dal presidente del Consiglio dei ministri o dal ministro per le Politiche comunitarie; vi partecipano il ministro degli Esteri, il ministro per gli Affari regionali e gli altri ministri aventi competenza nelle materie oggetto dei provvedimenti e delle tematiche inserite all'ordine del giorno. Possono partecipare ai suoi lavori anche il presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, quando si trattino materie che interessano anche le regioni e le province autonome, e i presidenti delle associazioni rappresentative degli enti locali, per le materie di competenza degli enti locali. Ha il compito di coordinare le linee politiche del governo italiano nel processo di formazione della posizione italiana nella fase di predisposizione degli atti comunitari e dell'Unione europea. Per la preparazione delle riunioni si avvale di un comitato tecnico permanente istituito presso il dipartimento per le politiche comunitarie.

CIPE Sigla del Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica, organo collegiale di programmazione economica costituito con l. 48/27 febbraio 1967. La sua composizione e le sue funzioni sono state riformate dal d.legisl. 430/5 dicembre 1997. Presieduto dal presidente del Consiglio dei ministri, è costituito dal ministro dell'Economia e delle Finanze, che ne è vicepresidente, e dai ministri degli Affari esteri, degli Affari regionali, dell'Ambiente, dei Beni e Attività culturali, delle Infrastrutture, dell'Istruzione, del Lavoro, delle Politiche agricole, delle Politiche comunitarie, della Salute, dello Sviluppo economico, dei Trasporti, dell'Università. Alle sue sedute possono essere invitati a intervenire il governatore della Banca d'Italia e il presidente dell'Istituto centrale di statistica.

Il CIPE definisce le linee di politica economica in ambito nazionale, comunitario e internazionale, individuando gli specifici indirizzi e gli obiettivi prioritari di sviluppo economico e sociale, delineando le azioni necessarie per il conseguimento degli obiettivi prefissati, tenuto conto anche dell'esigenza di perseguire uno sviluppo sostenibile sotto il profilo ambientale, ed emanando le conseguenti direttive per la loro attuazione e per la verifica dei risultati. Inoltre definisce gli indirizzi generali di politica economica per la valorizzazione dei processi di sviluppo delle diverse aree del paese, con particolare riguardo alle aree depresse, e ne verifica l'attuazione, attraverso una stretta cooperazione con le Regioni, le Province autonome e gli enti locali interessati. A tale fine approva, fra l'altro, piani e programmi di intervento settoriale e ripartisce, su proposta delle amministrazioni interessate, le risorse finanziarie dello Stato da destinare, anche attraverso le intese istituzionali di programma, allo sviluppo territoriale. Svolge anche funzioni di coordinamento e di indirizzo generale in materia di intese istituzionali di programma e di altri strumenti di programmazione negoziata, per il raggiungimento degli obiettivi generali di sviluppo fissati dal governo e del pieno utilizzo delle risorse destinate allo sviluppo regionale, territoriale e settoriale. Procede, inoltre, periodicamente a ridefinire obiettivi e indirizzi in base all'efficacia degli interventi attuati.

Provvedimenti legislativi successivi al d. legisl. 430/1997, hanno precisato le competenze del CIPE in materia di commercio estero, ricerca scientifica e tecnologica, finanziamento delle infrastrutture, infrastrutture strategiche, investimenti per lo sviluppo ecc. Parte delle sue funzioni, prima del 1993, erano svolte da comitati interministeriali con compiti specifici, soppressi dalla l. 537/24 dicembre 1993, tra cui: il CIP (Comitato Interministeriale dei Prezzi), con il compito di determinare i prezzi massimi di alcuni beni e servizi di importanza essenziale; il CIPES (Comitato Interministeriale per la Politica Economica Estera), con il compito di indirizzare la politica del commercio estero; il CIPI (Comitato Interministeriale per la Politica Industriale), con il compito di determinare gli indirizzi di politica industriale; il CIR (Comitato Interministeriale per la Ricostruzione), con il compito di determinare i criteri generali della ricostruzione e di ordinare i piani predisposti dalle varie amministrazioni.

Le agenzie e aziende autonome

Le agenzie pubbliche istituite con il d.lgs.300/1999 si configurano come il braccio operativo di ogni dicastero per le attività a carattere tecnico. Sono vigilate e controllate dai ministeri ma godono di piena autonomia operativa e di bilancio. Le aziende autonome sono organismi atipici, solitamente privi di personalità giuridica ma con una propria organizzazione amministrativa.

Gli organi di rilievo costituzionale

Sono organi espressamente previsti dalla costituzione ma non disciplinati dalla stessa. Essi sono:

- Consiglio nazionale economia e lavoro: è previsto dall'art.99 della Costituzione. È composto da esperti rappresentati delle associazioni di promozione sociale, delle organizzazioni di volontariato e delle categorie produttive. È un organo di consulenza delle camere e ha iniziativa legislativa.
- Consiglio supremo di difesa: è un organo collegiale, con funzioni consultive e deliberative. È presieduto dal Presidente della Repubblica.
- Consiglio superiore della Magistratura: è un potere dello stato, e svolge le funzioni amministrative in riferimento alla categoria dei magistrati (in attuazione del principio costituzionale dell'indipendenza dei giudici e dell'autonomia funzionale ed organizzatoria della Magistratura). È presieduto dal Presidente della Repubblica ed è composto da 24 membri (10 scelti tra i giudici di merito, 4 tra i P.M., 2 fra i magistrati di Cassazione e 8 nominati dal Parlamento in seduta comune). Vengono eletti ogni 4 anni.

- Consiglio di Stato: è composto da 7 sezioni e ha funzioni consultive, esprimendo pareri obbligatori o facoltativi in materia giuridico-amministrativa e funzioni giurisdizionali, rappresentando la giurisdizione amministrativa di secondo grado avverso le sentenze dei TAR e in primo grado per il giudizio di ottemperanza quando, al fine di evitare l'impugnativa successiva, il Governo provoca la decisione del Consiglio di Stato su un provvedimento non ancora emanato.
- Corte dei Conti: esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del governo e quello successivo sulla gestione del bilancio dello stato. Partecipa inoltre al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria.
- Consigli dei giudici speciali:
- Consiglio della magistratura militare
- Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa
- Consiglio di presidenza della Corte dei Conti
- Consiglio di presidenza della giustizia tributaria

7. Le conferenze permanenti

Sono organi collegiali con funzioni consultive e decisionali di cui ne fanno parte rappresentanti dello Stato, delle Regioni e degli enti locali. Sono ispirate alla principio di leale collaborazione fra Stato e Regioni, principio costituzionalizzato dall'art. 120. Al fine di armonizzare le rispettive legislazioni e il conseguimento di obiettivi comuni, il governo fa ricorso alle intese in sede di Conferenza Stato-Regioni o di Conferenza unificata. Esistono 3 tipi di conferenze: conferenza permanete per i rapporti tra Stato, Regioni, e le Province autonome, Conferenza permanente Stato – città e autonomie locali e la Conferenza unificata.

8. L'Avvocatura dello Stato

È l'organo con carattere ausiliario e competenza generale a cui è affidata la rappresentanza e la difesa in giudizio di tutte le amministrazioni dello Stato. È posta alle dipendenze del Presidente del Consiglio dei Ministri.

9. L'Organizzazione periferica dello Stato

L'amministrazione dello stato si avvale anche di uffici amministrativi distribuiti su tutta la nazione: questi uffici costituiscono l'amministrazione periferica dello Stato.

Il Prefetto

Organo alle dipendenze del Ministro dell'Interno che rappresenta il governo sul territorio. È nominato con decreto del Presidente della Repubblica. È tenuto ad uniformarsi alle direttive governative. Il D.P.R. 180/2006 definisce i compiti di tale organi. Il Prefetto ha il compito generale di garantire l'esercizio coordinato dell'attività amministrativa degli uffici periferici dello Stato e vigilare sulle autorità amministrative operanti nella Provincia, oltre ad esercitare rilevanti funzioni proprie nel campo dell'ordine e sicurezza pubblica, dell'immigrazione, della protezione civile, dei rapporti con gli enti locali, della mediazione sociale e del sistema sanzionatorio amministrativo.

Cenni storici

L'organizzazione di tali enti, ha attraversato negli anni importanti cambiamenti; nel 1999, con la riforma dell'organizzazione del Governo (decreto legislativo 30 luglio 1999, n.300), la prefettura è stata trasformata in ufficio territoriale del governo, mantenendo tutte le funzioni di competenza e assumendone delle nuove. Con il decreto legislativo 21 gennaio 2004 n. 29, che ha introdotto modifiche alla precedente organizzazione, è stata assunta la denominazione di Prefettura - Ufficio territoriale del Governo.

Le prefetture sono così articolate:

- Prefetto: è il titolare della Prefettura - UTG
- Vicario del prefetto: è il viceprefetto anziano che normalmente coordina gli uffici della prefettura e che sostituisce il prefetto in caso di assenza o impedimento;
- Gabinetto del prefetto: è l'ufficio del personale sottoposto al prefetto, coordinato da un capo di gabinetto (che è un viceprefetto aggiunto o un viceprefetto a seconda delle dimensioni della sede);
- Area I: Ordine e sicurezza pubblica (diretta da un viceprefetto);
- Area II: Autonomie locali e affari elettorali (diretta da un viceprefetto);
- Area III: Sistema sanzionatorio amministrativo (diretta da un viceprefetto o da un viceprefetto aggiunto, si occupa dell'applicazione delle sanzioni amministrative, cioè delle sanzioni afflittive non aventi natura penale, soprattutto in ambito della circolazione stradale, degli assegni a vuoto, delle norme postali e delle telecomunicazioni);
- Area IV: Diritti civili e immigrazione (diretta da un viceprefetto o da un viceprefetto aggiunto, è l'area "sociale" delle Prefetture - UTG);
- Area V: Protezione civile (diretta da un viceprefetto o da un viceprefetto aggiunto);
- Servizio I: Affari economico-finanziari e contabilità (diretto da un dirigente amministrativo);
- Servizio II: Affari amministrativi e contrattuali (diretto da un dirigente amministrativo).

Le prefetture italiane sono organizzate secondo un modello detto a matrice, che distingue unità organizzative di livello dirigenziale (cioè con rilevanza esterna e con capacità di "impegnare" esternamente la volontà dell'amministrazione) di line a destinatario esterno, di line a destinatario interno e di staff.
Le aree sono uffici di line, cioè unità organizzative i cui processi di competenza sono a prevalente destinatario esterno (si pensi alle attività sanzionatorie connesse all'applicazione del codice della strada, o ai permessi di circolazione in deroga, alle requisizioni e alle confische, alle ordinanze di necessità, alla gestione delle emergenze di soccorso pubblico e protezione civile o ancora alle concessioni di cittadinanza, ai mutamenti del nome e ai numerosi procedimenti concessori e autorizzatori in materia di polizia amministrativa).
I servizi sono uffici, anch'essi di line, ma trasversali all'intera struttura della prefettura, i cui processi di competenza sono a prevalente destinatario interno (si pensi al pagamento degli stipendi, alla gestione contabile, alla gestione degli immobili e all'amministrazione del personale).
Il Gabinetto del prefetto è ufficio di supporto, poiché si pone in diretta collaborazione con il titolare della prefettura e lo assiste nell'esercizio delle funzioni sue proprie (troppo articolate e complesse per essere esercitate senza assistenza di alto livello).
Il modello è flessibile: nelle sedi più piccole le aree sono accorpate (di solito la IV confluisce della seconda e la V nella I, ma vi sono eccezioni); nelle sedi più grandi le aree sono sdoppiate (vi sono quindi un'Area I e un'Area I-bis, ecc.); inoltre i due servizi amministrativi sono accorpati, in 80 sedi su 103, in un unico ufficio (detto SEF, Servizio economico-finanziario).
Funzioni e competenze
Il Prefetto del capoluogo di regione è rappresentante dello Stato per i rapporti con il sistema delle autonomie locali (art. 10 della legge 5 giugno 2003 n. 131). In questo caso, è coadiuvato da una conferenza permanente, che presiede, composta anche dai dirigenti regionali delle strutture periferiche regionali dello Stato.
In ambito provinciale, le Prefetture – Uffici territoriali del Governo svolgono un'azione propulsiva, di indirizzo, di mediazione sociale e di intervento, di consulenza e di collaborazione, anche rispetto agli enti locali, in tutti i campi del 'fare amministrazione', in esecuzione di norme o secondo prassi consolidate, promuovendo il processo di semplificazione delle stesse procedure amministrative.
I prefetti, titolari delle Prefetture - UTG, sono coadiuvati nelle nuove complesse funzioni da una Conferenza permanente (dPR 17.5.2001 n. 287), presieduta dai medesimi e composta dai responsabili delle strutture periferiche dello Stato. Tra le competenze amministrative attribuite alle prefetture, figurano le seguenti:

- anagrafe;
- rilascio certificazioni antimafia;
- attività di contrasto al racket e all'usura;
- cittadinanza;

- elezioni;
- immigrazione;
- rilascio di licenza di porto di armi in Italia;
- ordine pubblico e pubblica sicurezza (es. allerta maltempo ai comuni e province, in comunicazione con la Protezione Civile);
- nucleo operativo per le tossicodipendenze;
- patente di guida;
- persone giuridiche;
- rilascio di licenze ed autorizzazioni per guardie giurate, istituti di vigilanza privata ed investigatori privati.

Inoltre, ai sensi dell'art. 26 del D.L. 113/2018, al Prefetto dovrà essere inviata, nei casi previsti, copia della Notifica Preliminare di cui all'art. 99 del D.Lgs. 81/2008 per ciò che concerne la gestione dei cantieri temporanei e mobili.

Il provvedimento tipo del prefetto è l'ordinanza ingiunzione prefettizia

Nel caso – non infrequente – in cui le ordinanze – ingiunzione prefettizie sono formulate a mò di mera clausola di stile, è stata sostenuta, presso gli operatori, la tesi della illegittimità per carenza del fondamentale requisito di motivazione previsto dall'art. 3, legge 7 agosto 1990 n. 241, come modificato dalla recente legge 11 febbraio 2005 n. 15, il quale recita: Articolo 3 – Obbligo di motivazione "1. Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.2. La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale. 3. Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama".

Nel disciplinare il contenuto minimo della motivazione, la suddetta legge, precisa che essa debba indicare presupposti di fatto e ragioni di diritto, dovrà tener conto, dunque, anche delle argomentazioni esposte dall'interessato nella memoria difensiva.

L’ordinanza ingiunzione rappresenta un vero e proprio provvedimento sanzionatorio con cui si applica la sanzione amministrativa. In considerazione del fatto che soltanto l’ordinanza ingiunzione è l’atto che incide sulle posizioni giuridiche soggettive dei destinatari, la legge ne prevede una tutela giurisdizionale, allorchè secondo le regole generali sull’invalidità riflessa, i vizi degli atti endoprocessuali (atti interni al procedimento finalizzati all’emanazione dell’atto) si riflettono in termini di validità sull’atto finale.Vero è che, in generale l’art. 3, comma 3 della legge 241/90 ammette che le ragione della decisione possano risultare da altro atto richiamato dalla decisione stessa, tuttavia tale disposizione impone altresì che l’atto richiamato sia indicato e reso disponibile dall’autorità amministrativa che ha emanato il provvedimento motivato per relationem., non ricorrendo dunque ad un mero richiamo ma, perlomeno facendo riferimento a quegli elementi logico-giuridici sulla base del quale è stata adottata l’impugnata decisione.

È noto che presso gli operatori del diritto vi sia oggi concordia di opinioni nel riconoscere valenza prioritaria al citato requisito della motivazione degli atti amministrativi, assolutamente servente al rispetto del principio del contraddittorio, la cui cittadinanza è pure riconosciuta nella materia del procedimento amministrativo.Oltretutto l'art. 18, 2° comma della legge 24 Novembre 1981 n. 689 impone l'obbligatoria motivazione dell'ordinanza con cui si determina la somma dovuta a titolo di sanzione amministrativa.Motivare un atto significa manifestare le ragioni che hanno condotto ad adottare una determinata scelta richiamando le circostanze di fatto nonché il processo logico seguito per pervenire ad una determinata decisione. La funzione della motivazione è duplice: da una parte porre l'interessato in condizione di esercitare le proprie difese, ripercorrendo l'iter logico e giuridico che hanno portato l'autorità amministrativa a ritenere fondato l'accertamento ed ad applicare la sanzione; dall'altro lato consentono al giudice di eseguire un controllo sulla validità formale e sostanziale dell'ingiunzione stessa.Tali considerazioni trovano autorevole conforto nella unanime recentissima giurisprudenza della Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione Sent. 519/2005, di cui qui ci si limita a riportarne la massima: << Ove l'interessato si sia avvalso della facoltà di proporre il ricorso al Prefetto ex articoli 203 e 204 del Cds, l'ordinanza ingiunzione, implicandone il rigetto, deve essere a pena di illegittimità, motivata, sia pure succintamente, sia in relazione alla sussistenza della violazione, sia in relazione alla infondatezza dei motivi allegati con il ricorso».Ciò, in quanto, con riferimento alle violazioni attinenti alla circolazione stradale, gli articoli 203 e 204 del Cds attribuiscono, a colui a cui sia stata contestata la trasgressione, la facoltà di proporre ricorso al Prefetto, imponendo a tale organo della PA l'emissione, entro un termine predeterminato, dell'ordinanza «motivata» relativa alla eventuale ingiunzione dì pagamento della sanzione irrogata.La ratio di tale normativa, secondo la cennata sentenza è "quella di risolvere, per quanto possibile, dette controversie in sede amministrativa, deflazionando l'accesso alla giurisdizione, scopo che resterebbe frustrato ove si negasse ogni rilievo alla mancata motivazione sulle doglianze fatte valere in tale sede, in difformità dall'esplicito dettato normativo e, comunque, dal principio generale secondo il quale la violazione delle norme procedimentali attinenti alla formazione degli atti amministrativi ne determina la illegittimità" (Cass. 391/99, e la recentissima 13 gennaio 2005 n. 510). Più in dettaglio, motiva la Cassazione, l'inottemperanza a tali dettami porterebbe all'abnorme seguente conseguenza: "la motivazione sarebbe meramente fittizia e nasconderebbe solo un apparente esame del caso controverso, equivalente al suo mancato compimento nei termini previsti dalla legge. Insomma, il principio secondo il quale nel procedimento di opposizione a sanzione amministrativa il sindacato del giudice si estende alla validità sostanziale del provvedimento irrogativo dì essa, attraverso un autonomo esame della ricorrenza dei presupposti di fatto e di diritto dell'infrazione, non esclude affatto che in tale procedimento possano farsi valere anche i vizi del procedimento irrogativo della

sanzione. Tra essi, ove sia stato proposto il ricorso previsto dall'articolo 203 del Cds, deve annoverarsi anche quello relativo alla carenza assoluta di motivazione, in quanto dimostrativa del mancato esame del caso controverso sottoposto all'autorità pubblica, poiché entro questi limiti l'obbligo dì motivazione è previsto dalla legge come condizione di legittimità dell'atto irrogativo della sanzione amministrativa. Di conseguenza, in mancanza di tale dimostrazione scritta, il giudice dell'opposizione, che non trovi il riscontro dell'esame (obbligatorio) dei presupposti del rapporto sanzionatorio, da parte dell'autorità amministrativa preposta a tale controllo, deve annullare detto provvedimento per violazione di legge". (orientamento confermato anche dalla sentenza 9.02.2005 gdp di Pozzuoli).

Per quanto attiene al giudizio di merito, le Sezioni Unite delineano con notevole completezza un'articolata ricostruzione del processo ex art. 22, osservando che: a) l'oggetto di tale giudizio è formalmente costruito come giudizio di impugnazione dell'atto, ma tende all'accertamento negativo della pretesa sanzionatoria, nel senso che l'atto è il veicolo d'accesso al giudizio di merito, al quale si perviene per l'appunto tramite la sua impugnazione; b) che il giudizio concerne anzitutto la legittimità formale e sostanziale dell'ordinanza-ingiunzione e che, nel caso che sia accertata l'illegittimità del provvedimento, il giudizio deve definirsi con l'annullamento del provvedimento sanzionatorio, senza possibilità che la P.A. possa pretendere una pronunzia sulla sussistenza della sua pretesa sanzionatoria, con una sua consacrazione in una statuizione sostitutiva del giudice c) che la struttura del procedimento ex art. 22 l. 689/81 in punto di poteri del giudice in ordine all'attività di allegazione, deve ricostruirsi tenendo conto che si tratta di un procedimento che deve ricondursi nell'alveo del processo civile, le cui regole generali debbono trovare applicazione, con la conseguenza che i limiti dell'esame giudiziale debbono reputarsi segnati dal contenuto della domanda introduttiva dell'opposizione, essendo possibile soltanto che il giudice fondi la decisione sulla causa petendi prospettata dall'opponente ed essendo, invece, precluso al giudice il porre a fondamento della decisione una causa petendi diversa da quella dedotta dall'opponente, sulla base di una propria attività di accertamento ed allegazione.

La pronuncia delle Sezioni Unite ha, dunque, ricondotto il giudizio di opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione nell'ambito del modello generale del processo civile, sancendo, in particolare, la piena applicabilità ad esso del principio della domanda e del principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

Il Sindaco come ufficiale di governo

Esercita funzioni statali in veste di ufficiale di governo nel proprio comune. Dipende gerarchicamente dal prefetto e quindi anche dal ministero dell'interno.

10. GLI ENTI PUBBLICI

1. L'irrilevanza dell'attribuzione di pubblicità ad un ente ad opera del legislatore.

Come è noto, l'organizzazione pubblica nel suo complesso consta di una pluralità di organizzazioni, in genere dotate di propria personalità giuridica, e come tali idonee ad essere titolari di poteri amministrativi.
Per Amministrazioni pubbliche (in senso soggettivo) possono intendersi gli apparati che svolgono le attività che costituiscono l'Amministrazione pubblica in senso oggettivo, cioè le attività svolte nell'interesse dei cittadini, in attuazione dell'indirizzo degli apparati politici e nel rispetto di specifici
principi costituzionali e di una articolata disciplina che ne costituisce svolgimento.
Una elencazione abbastanza esaustiva delle pubbliche Amministrazioni nel nostro ordinamento è quella contenuta nell'art. 1, comma 2, del D. Lgs.vo 30 marzo 2001 n. 165, recante "norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", laddove, nel dichiarato fine di disciplinare "l'organizzazione degli uffici e i rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", si precisa che "per amministrazioni pubbliche si intendono 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 e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e 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 negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300".
Come si vede, si tratta di una elencazione di una serie di figure soggettive previste dal sistema, nell'ambito della quale si fa un generico riferimento, tra l'altro, a "tutti gli enti pubblici non economici", la cui individuazione dovrebbe essere effettuata dall'ordinamento positivo. Il problema dell'individuazione dell'ente pubblico da parte dell'interprete non dovrebbe quindi sorgere nelle ipotesi in cui sia il diritto positivo ad affermare espressamente la natura giuridica di un soggetto.
Tuttavia, neppure la qualificazione operata dalla legge risulta sempre decisiva, tanto è vero che Corte Cost., 28 dicembre 1993 n. 466[2], ha dichiarato la spettanza alla Corte dei Conti del potere di controllo sulla gestione finanziaria delle società per azioni costituite a seguito di trasformazione di enti pubblici economici (Iri, Ina, Eni, Enel), fino a quando sussista una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato al capitale azionario. Vale a dire che la pubblicità, che è il naturale presupposto del controllo della Corte dei Conti (la quale, ex art. 100 Cost., "partecipa, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria"), permane anche in presenza di una persona giuridica formalmente privata.

In quel caso, la cui soluzione è risultata poi determinante per lo sviluppo successivo in tema di responsabilità erariale, il problema si poneva per l'applicazione della L. 21 marzo 1958 n. 259, relativa alla "partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria", il cui art. 12 dispone che "il controllo previsto dall'art. 100 della Costituzione sulla gestione finanziaria degli enti pubblici ai quali l'Amministrazione dello Stato o un'azienda autonoma statale contribuisca con apporto al patrimonio in capitale o servizi o beni ovvero mediante concessione di garanzia finanziaria, è esercitato…da un magistrato della Corte dei conti, nominato dal Presidente della Corte stessa, che assiste alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione".
In sostanza, la Corte Costituzionale ha dovuto risolvere la questione se gli enti, sebbene privatizzati, nella loro forma giuridica possano essere ancora oggetto di quel controllo previsto dalla citata norma del 1958 per gli "enti pubblici", precisando a tal fine che "le ragioni che stanno alla base del controllo spettante alla Corte dei conti sugli enti pubblici economici sottoposti a trasformazione non possono…considerarsi superate in conseguenza del solo mutamento della veste giuridica degli stessi enti, ove a tale mutamento formale non faccia seguito anche una modifica di carattere sostanziale nell'imputazione del patrimonio(ora trasformato in capitale azionario) tale da sottrarre la gestione finanziaria degli enti trasformati alla disponibilità dello Stato".
Per quanto riguarda poi il dato letterale, la Corte rileva che "se é vero che l'art. 12 della legge n. 259 riferisce il controllo in questione agli "enti pubblici", é anche vero che la disposizione espressa con tale articolo non può non richiedere un'interpretazione adeguata al dettato costituzionale, anche in relazione alla funzione propria di questo tipo di controllo ed alla evoluzione subita, rispetto al tempo dell'enunciazione della norma, dalla stessa nozione di ente pubblico". Inoltre, "l'art.100, secondo comma, della Costituzione, pur rinviando alla legge ordinaria la determinazione dei casi e delle forme del controllo, riferisce il controllo stesso agli "enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria", senza porre distinzione alcuna tra enti pubblici ed enti privati".
Ed è la stessa Corte a ricordare come "la stessa dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato si sia andata, di recente, tanto in sede normativa che giurisprudenziale, sempre più stemperando: e questo in relazione, da un lato, all'impiego crescente dello strumento della società per azioni per il perseguimento di finalità di interesse pubblico (…); dall'altro, agli indirizzi emersi in sede di normazione comunitaria, favorevoli all'adozione di una nozione sostanziale di impresa pubblica (art.2 direttiva CEE n. 80/723, in tema di trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche; art. 1 direttiva CEE n. 90/531, in tema di procedure di appalto degli enti erogatori di servizi)".

E oltre al fatto che “le società per azioni derivate dalla trasformazione dei precedenti enti pubblici conservano connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica, quali quelle, ad esempio, che si collegano alla assunzione della veste di concessionarie necessarie di tutte le attività in precedenza attribuite o riservate agli enti originari o che mantengono alle nuove società le attribuzioni in materia di dichiarazione di pubblica utilità e di necessità ed urgenza già spettanti agli stessi enti (…)”, un elemento nel senso sostenuto dalla Corte è dato infine dalla “natura di "diritto speciale" che va riconosciuta a dette società e che viene a emergere dal complesso della disciplina adottata al fine di regolare il processo di "privatizzazione": natura che risulta connotata…sia dalla costituzione che dalla struttura e dalla gestione delle nuove società e che viene a specificarsi attraverso la previsione di norme particolari – differenziate da quelle proprie del regime tipico delle società per azioni – sia in tema di determinazione del capitale sociale (…), sia in tema di esercizio dei diritti dell'azionista (spettanti al Ministro del tesoro, ma previa intesa con altri Ministri…), sia infine, in tema di patti sociali, poteri speciali, clausole di gradimento, modifiche statutarie, quorum deliberativi nelle assemblee, limiti al possesso di quote azionarie da parte dei terzi acquirenti (…)”; senza considerare “il vincolo esterno connesso al fatto che i ricavi derivanti dalla cessione dei cespiti da dismettere vanno destinati alla riduzione del debito pubblico (…)”.

Ma come non lo è quando un ente viene espressamente definito privato, la qualificazione operata dalla legge non risulta decisiva neppure nei casi in cui di un ente viene sancita la pubblicità.

Il carattere sostanziale della distinzione tra enti pubblici ed enti privati, con la possibilità quindi del contrasto con tale carattere della qualificazione che eventualmente la norma dia dell’ente in modo esplicito, emerge infatti anche da Corte Cost., 7 aprile 1988 n. 396[6], che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della L. 17 luglio 1890 n. 6972 ("Norme sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza" – IPAB), nella parte in cui non prevede che le IPAB regionali e infraregionali possano continuare a sussistere assumendo la personalità giuridica di diritto privato, qualora abbiano i requisiti di un'istituzione privata.

2. Il problema della individuazione dell’ente pubblico in assenza di una definizione legislativa.

La necessità di individuare gli istituti positivi che formano la disciplina generale degli enti pubblici.

Emerge quindi che, al di là della definizione normativa, possa comunque essere ritenuto tale, nel senso che le definizioni legislative non vincolano l’interprete, il quale dovrà determinare la natura dell’ente indipendentemente dalla sua denominazione, per cui la stessa qualificazione esplicita è irrilevante se in contrasto con l’effettiva natura.

Ma l'ordinamento non sempre afferma esplicitamente la natura pubblica di un soggetto, facendo sorgere così il problema di stabilire, a fronte di determinate figure soggettive, se esse siano ascrivibili al genere degli enti pubblici ovvero delle persone giuridiche private; oppure, in altri casi, di stabilire, a fronte di determinate figure soggettive, certamente di carattere pubblico, se esse siano ascrivibili al genere degli enti pubblici non economici (perché per quelli economici la disciplina applicabile è diversa, ed è riconducibile quasi interamente all'area del diritto privato).
In questi casi si pone cioè il problema di individuare il carattere, pubblico o privato, economico o non economico, di una singola figura soggettiva.
Ora, "l'identificazione in concreto dell'ente pubblico (la predicabilità in concreto di un determinato ente come pubblico), laddove incerta, deve essere fatta analizzando la disciplina giuridica propria di esso (gli elementi di disciplina certi); ricavando da questi elementi, in base a parametri normativi predeterminati, l'essere pubblico dell'ente; ciò da cui a sua volta deriva l'applicabilità all'ente stesso di altri elementi di disciplina, che viceversa sono incerti e che sono quelli propri degli enti pubblici in quanto tali. …Ma se si scende al concreto e si vede come avviene questa identificazione, cioè si scende all'applicazione in concreto di questo procedimento interpretativo, ci si scontra con una difficoltà assai grave: che non risultano positivamente stabiliti questi "parametri normativi predeterminati" in base ai quali interpretare gli elementi di disciplina certi propri di un ente come quelli tali da designarne la pubblicità. Con altre parole, si può dire che non esistono parametri predeterminati. E' intanto necessario precisare che la qualificazione di un ente come pubblico è importante perché comporta conseguenze giuridiche di rilievo, anche se poi la presenza di qualcuna di tali conseguenze è spesso considerata come indice rivelatore della pubblicità, per cui vi è una certa sovrapposizione tra presupposti e conseguenze.
Alle Amministrazioni pubbliche, infatti, si applica in via generale una disciplina del tutto propria, che non trova invece applicazione alle figure riconducibili al diritto privato, nel senso che "esistono complessi normativi, alcuni di rilevante spessore, la cui applicazione agli "enti pubblici" è espressamente prevista da norme dell'ordinamento positivo ovvero da principi giurisprudenziali ormai consolidati".
In primo luogo, la qualificazione di un apparato organizzativo come Amministrazione pubblica comporta, in generale, che è destinatario dell'insieme di norme che possono considerarsi svolgimento di quegli specifici principi costituzionali che fondano il diritto amministrativo, e che hanno come riferimento il fatto che il compito di ogni Amministrazione pubblica è la realizzazione di pubblici interessi. In dottrina si è effettuata una classificazione in categorie, avente carattere descrittivo, degli istituti positivi, a cui si farà di seguito riferimento citandone alcuni, che formano la disciplina generale degli enti pubblici.
3. Le limitazioni di capacità dell'ente pubblico.

Così, la prima categoria comprende i c.d. "istituti di deminutio della capacità", che comportano l'incapacità in capo all'ente a porre in essere determinati atti, ovvero obblighi di compiere determinati atti od operazioni, in deroga al diritto comune.
Tra questi istituti uno dei più importanti (tanto da essere considerato il carattere più qualificante del regime degli enti pubblici) è la perdita della capacità di disporre di sé stessa da parte della preesistente organizzazione, cioè l'indisponibilità della propria esistenza. Tale carattere necessario dell'ente pubblico comporta innanzitutto l'impossibilità per l'ente di autoscioglimento, o di decisione autonoma di privatizzazione, come l'impossibilità di sottrarre i beni alla loro destinazione. Indisponibilità della propria esistenza che è soltanto una conseguenza della doverosità del perseguimento dell'interesse pubblico, perché l'ente pubblico è istituito con quella che viene definita una precisa "vocazione" allo svolgimento di una specifica attività di rilevanza collettiva.
Gli enti pubblici sono tenuti al rispetto di determinate norme per quanto riguarda redazione del bilancio, utilizzo dei mezzi finanziari, assunzione di personale.
La loro attività deve conformarsi alle norme del D. Lgs.vo n. 165/2001, recante "norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", per quanto riguarda l'organizzazione degli uffici e i rapporti di impiego.
Le persone fisiche legate da un rapporto di servizio con un ente pubblico sono soggette ad un particolare regime di responsabilità penale, civile ed amministrativa, e sono tenute al rispetto del segreto d'ufficio. Per esse sono spesso poste specifiche incompatibilità, la cui previsione è tipica dell'esistenza di funzioni pubbliche delicate, che il legislatore vuole salvaguardare, nel loro svolgimento, da interferenze e attività che potrebbero farle deviare dal rispetto delle norme e dei principi costituzionali che governano ogni attività amministrativa.
Gli enti pubblici sono tenuti al rispetto dei principi applicabili alle pubbliche Amministrazioni, e alcuni loro beni sono soggetti ad un regime speciale. Anche l'attività posta in essere utilizzando gli strumenti del diritto privato è disciplinata da regole speciali, finalizzate ad assicurare che la scelta del contraente avvenga nel rispetto dei principi di imparzialità e di economicità.
4. La posizione di privilegio delle pubbliche Amministrazioni e l'applicazione delle norme speciali.
Nella seconda categoria rientrano i c.d. "istituti di privilegio", che sottraggono l'ente all'applicazione di determinate norme di diritto comune, in genere poste a tutela dei terzi, e finalizzate a consentire all'ente determinate facoltà derogatorie rispetto alla normativa comune.
Vi rientra perciò la sottrazione al regime fallimentare, stabilita per gli enti pubblici che esercitano attività di impresa (art. 2221 cod.civ.; art. 1 R.D. 16 marzo 1942 n. 267 – L.fallim.).

Ai beni dell'ente, in quanto destinati ad una funzione o servizio pubblico o alla stessa sua sede, non trovano applicazione tutti quegli istituti di diritto comune che ne comportino la sottrazione alla destinazione stessa, e in particolare l'esecuzione forzata da parte dei creditori.
Tale conclusione viene tratta, innanzitutto, dall'art. 4 della L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, ai sensi del quale "quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'Autorità amministrativa, i Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio", e "l'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti Autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso".
Tale disposizione va poi integrata dal successivo art. 5, secondo cui "in questo, come in ogni altro caso, le Autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi" (la c.d. disapplicazione).
La norma è stata sempre intesa in modo estensivo dalla giurisprudenza, come impediente, più in generale, il sindacato e l'ingerenza del giudice ordinario sull'esercizio della discrezionalità amministrativa.
Inoltre, l'art. 828 cod. civ., relativo alla "condizione giuridica dei beni patrimoniali", al comma 2 dispone che "i beni che fanno parte del patrimonio indisponibile non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano", e il successivo art. 830, relativo ai "beni degli enti pubblici non territoriali", al comma 2 dispone che "ai beni di tali enti che sono destinati a un pubblico servizio si applica la disposizione del secondo comma dell'articolo 828".
La possibilità di ottenere coattivamente quanto dovuto, in caso di inadempimento di una pubblica Amministrazione, anche laddove possibile incontra comunque delle limitazioni.
Infatti, l'art. 14 del D.L. 31 dicembre 1996 n. 669, convertito in L. 28 febbraio 1997 n. 30, relativo alla "esecuzione forzata nei confronti di pubbliche amministrazioni", dispone, al comma 1, che "le amministrazioni dello Stato e gli enti pubblici non economici completano le procedure per l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali aventi efficacia esecutiva e comportanti l'obbligo di pagamento di somme di danaro entro il termine di centoventi giorni dalla notificazione del titolo esecutivo.
Prima di tale termine il creditore non può procedere ad esecuzione forzata né alla notifica di atto di precetto".
Di rilievo è anche l'art. 159 ("norme sulle esecuzioni nei confronti degli enti locali"), del D. Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (Testo unico leggi sull'ordinamento degli enti locali), il quale dispone che:

1. “Non sono ammesse procedure di esecuzione e di espropriazione forzata nei confronti degli enti locali presso soggetti diversi dai rispettivi tesorieri. Gli atti esecutivi eventualmente intrapresi non determinano vincoli sui beni oggetto della procedura espropriativa”.
2. “Non sono soggette ad esecuzione forzata, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio dal giudice, le somme di competenza degli enti locali destinate a:
a) pagamento delle retribuzioni al personale dipendente e dei conseguenti oneri previdenziali per i tre mesi successivi;
b) pagamento delle rate di mutui e di prestiti obbligazionari scadenti nel semestre in corso;
c) espletamento dei servizi locali indispensabili”.
3. “Per l'operatività dei limiti all'esecuzione forzata di cui al comma occorre che l'organo esecutivo, con deliberazione da adottarsi per ogni semestre e notificata al tesoriere, quantifichi preventivamente gli importi delle somme destinate alle suddette finalità”.
4. “Le procedure esecutive eventualmente intraprese in violazione del comma 2 non determinano vincoli sulle somme né limitazioni all'attività del tesoriere”. Inoltre (comma 3), “non sono ammessi atti di sequestro o di pignoramento ai sensi del presente articolo presso le sezioni di tesoreria dello Stato a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Gli atti di sequestro o di pignoramento eventualmente notificati non determinano obbligo di accantonamento da parte delle sezioni medesime nè sospendono l'accreditamento di somme nelle contabilità speciali intestate alle prefetture ed alle direzioni di amministrazione ed in quelle a favore dei funzionari delegati degli enti militari”.

Una importante deroga alla normativa comune si ha, per gli enti pubblici, anche in materia di cessione di crediti.

Secondo la disciplina dettata dall’art. 1260 del codice civile, infatti, “il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito, anche senza il consenso del debitore, purché il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato dalla legge. Le parti possono escludere la cedibilità del credito; ma il patto non è opponibile al cessionario, se non si prova che egli lo conosceva al tempo della cessione”.

Già l’art. 70, comma 3, del R.D. 18 novembre 1923 n. 2440 (“disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato”), disponeva invece che “per le somme dovute dallo Stato per somministrazioni, forniture ed appalti”, dovessero “essere osservate le disposizioni dell'art. 9,

Tale art. 9 disponeva che “sul prezzo dei contratti in corso non potrà aver effetto alcun sequestro, né convenirsi cessione se non vi aderisca l'amministrazione interessata”.

Da ultimo, il D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ("Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"), all'art. 117, relativo appunto alla "cessione dei crediti derivanti dal contratto", al comma 1 dispone che "le disposizioni di cui alla legge 21 febbraio 1991, n. 52, sono estese ai crediti verso le stazioni appaltanti derivanti da contratti di servizi,
forniture e lavori di cui al presente codice, ivi compresi i concorsi di progettazione e gli incarichi di progettazione. Le cessioni di crediti possono essere effettuate a banche o intermediari finanziari disciplinati dalle leggi in materia bancaria e creditizia, il cui oggetto sociale preveda l'esercizio dell'attività di acquisto di crediti di impresa".
Inoltre, "ai fini dell'opponibilità alle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche, le cessioni di crediti devono essere stipulate mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata e devono essere notificate alle amministrazioni debitrici" (comma 2), "le cessioni di crediti da corrispettivo di appalto, concessione, concorso di progettazione, sono efficaci e opponibili alle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche qualora queste non le rifiutino con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario entro quindici giorni dalla notifica della cessione" (comma 3), "le amministrazioni pubbliche, nel contratto stipulato o in atto separato contestuale, possono preventivamente accettare la cessione da parte dell'esecutore di tutti o di parte dei crediti che devono venire a maturazione" (comma 4), ed infine "in ogni caso l'amministrazione cui è stata notificata la cessione può opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente in base al contratto relativo a lavori, servizi, forniture, progettazione, con questo stipulato" (comma 5).
È indubbio che alle pubbliche Amministrazioni sono comunque conservate alcune posizioni di privilegio anche per quanto riguarda le obbligazioni pecuniarie che le riguardino, in generale. E questo sia se si trovino a rivestire i panni del debitore che quelli del creditore. Come debitore, infatti, si afferma ancora che "il principio espresso dall'art. 1194, c.c., secondo il quale i pagamenti parziali si imputano prima agli interessi e poi al capitale, è di dubbia applicazione nei confronti della pubblica amministrazione, attesa la particolarità del suo procedimento contabile, e, comunque, si applica solo per i pagamenti spontanei e non per quelli coattivi, come quelli imposti da un giudicato".

La giurisprudenza ha tradizionalmente richiesto, al fine di riconoscere gli interessi moratori, una previa messa in mora, o una domanda giudiziale, affermandosi che, "con riguardo ai debiti pecuniari delle p.a., per i quali le norme sulla contabilità pubblica stabiliscono, in deroga al principio di cui all'art. 1182, comma 3, c.c., che i pagamenti si effettuano presso gli uffici di tesoreria dell'amministrazione debitrice, la natura "querable" dell'obbligazione comporta che il ritardo del pagamento non determina automaticamente gli effetti della mora ex re ai sensi dell'art. 1219, commi 2 e 3, c.c., occorrendo invece la costituzione in mora mediante intimazione scritta di cui all'art. 1219 cit., affinchè sorga la responsabilità da tardivo adempimento con conseguente obbligo di corresponsione degli interessi moratori e di risarcimento dell'eventuale maggior danno".

Si ritiene inapplicabile alle pubbliche Amministrazioni l'art. 1181 c.c. ("il creditore può rifiutare un adempimento parziale anche se la prestazione è divisibile, salvo che la legge o gli usi dispongano diversamente"), cosicché il creditore privato non può rifiutare un adempimento parziale di una di esse, il che può avvenire quando in bilancio non sia stanziata una somma sufficiente a pagare l'intero debito.

Gli enti pubblici possono utilizzare procedure privilegiate per la riscossione delle entrate patrimoniali, come quelle previste dal R.D. 14 aprile 1910 n. 639 (T.U. delle disposizioni di legge relative alla procedura coattiva per la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato e degli altri enti pubblici), che consentono alle pubbliche Amministrazioni di avvalersi di strumenti privilegiati di riscossione coattiva che, anziché realizzarsi mediante procedure giurisdizionali, si fondano su atti delle Amministrazioni stesse (le c.d. ingiunzioni fiscali).

Altra regola peculiare è quella relativa alla possibilità, riconosciuta a favore degli enti pubblici, ma non dei privati nei loro confronti, di operare compensazioni tra propri crediti e debiti.

5. La titolarità di poteri amministrativi. L'equiparazione tra soggetti pubblici e soggetti privati che svolgano attività amministrativa, o siano tenuti all'applicazione della normativa comunitaria. La giurisdizione sugli atti. Le relazioni tra enti.

La terza categoria di istituti positivi che formano la disciplina generale degli enti pubblici è una specificazione della precedente, cioè di quella relativa agli istituti di privilegio, perché attiene alla titolarità, in capo all'ente, di poteri amministrativi in senso tecnico (anche se, come si è già detto, l'espressa attribuzione legislativa di poteri amministrativi è considerata uno dei sintomi di pubblicità dell'ente, qualora sia incerta).

Come in giurisprudenza si è sempre precisato, in ogni caso tutti gli enti pubblici, in quanto tali, sono titolari di un minimo di poteri amministrativi, e in particolare della potestà statutaria.

Soltanto gli enti pubblici possono emanare provvedimenti che hanno efficacia autoritativa sul piano dell'ordinamento generale, impugnabili dinanzi al giudice amministrativo, e soltanto ad essi è riconosciuta la potestà di autotutela, intesa come il potere di risolvere un conflitto di interessi (vedi l'autotutela demaniale), e di sindacare la validità di propri atti, con l'emanazione di provvedimenti di secondo grado.
E gli atti attraverso i quali l'ente provvede alla propria organizzazione, ed esercita la propria attività, sono considerati veri e propri atti amministrativi, in quanto tali soggetti alla disciplina generale sul procedimento amministrativo e sul diritto di accesso, di cui alla L. 7 agosto 1990 n. 241, ed alla giurisdizione del giudice amministrativo.
Per i soggetti formalmente privati (enti pubblici privatizzati, società miste, ecc.) tale principio vale, quanto meno, per quella parte di attività con la quale l'ente realizzi pubblici interessi. Ed infatti, l'art. 1 della L. 241/90, al comma 1-ter – aggiunto dall'art. 1 L. 11 febbraio 2005 n. 15 – dispone che "i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei princìpi di cui al comma 1", ai sensi del quale "l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai princìpi dell'ordinamento comunitario".
Il successivo art. 22, poi, nel fornire la definizione di pubblica amministrazione, al fine dell'esercizio del diritto di accesso, precisa che per «pubblica amministrazione» si intende "tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario".
Anche al fine dell'applicazione della normativa in materia di appalti, i soggetti privati sono ormai equiparati ai soggetti pubblici. Ed infatti, l'art. 3 del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), dopo aver premesso, al comma 3, che "i «contratti» o i «contratti pubblici» sono i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori", ai commi 29 e 31 precisa che "gli «enti aggiudicatori»…comprendono le amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche, e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti", e che "gli «altri soggetti aggiudicatori»,…sono i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del presente codice".

In base allo stesso criterio, l'art. 244 del medesimo Codice ha disposto che "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale".
Gli enti pubblici sono poi soggetti all'applicazione della normativa in materia di semplificazione amministrativa, di cui al D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa), il cui art. 2 dispone che le norme del testo unico "disciplinano la formazione, il rilascio, la tenuta e la conservazione, la gestione, la trasmissione di atti e documenti da parte di organi della pubblica amministrazione; disciplinano altresì la produzione di atti e documenti agli organi della pubblica amministrazione nonché ai gestori di pubblici servizi nei rapporti tra loro e in quelli con l'utenza, e ai privati che vi consentono".
Si pone ad esempio il problema se anche alcuni enti privati possano essere ritenuti equiparabili, al fine dell'applicazione della citata normativa, "agli organi della pubblica amministrazione", ai quali possono essere prodotti atti e documenti ai sensi del citato DPR. Infatti, anche l'art. 19 di tale DPR, relativo alle "modalità alternative all'autenticazione di copie", prevede che "la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà di cui all'articolo 47 può riguardare anche il fatto che la copia di un atto o di un documento conservato o rilasciato da una pubblica amministrazione…sono conformi all'originale".
In base allo stesso criterio prima enunciato, è da ritenere che anche quegli enti privati che svolgano attività di pubblico interesse siano soggetti all'applicazione di quella normativa, e, almeno da quel punto di vista, debbano essere considerati "organi della pubblica amministrazione", con la duplice conseguenza che, da una parte, tali enti sono tenuti a consentire ai privati la presentazione di dichiarazioni sostitutive e, dall'altra, che i privati stessi, ad esempio in sede di partecipazione ad una gara d'appalto, possono attestare con propria dichiarazione sostitutiva la conformità all'originale anche di copie o di documenti rilasciati da quegli enti.
Infine, come quarta categoria di istituti positivi attinenti alla disciplina generale degli enti pubblici, vengono individuati i c.d. istituti di ingerenza, inerenti alla soggezione ad altri poteri amministrativi di cui altri enti sono titolari. Gli enti pubblici sono infatti soggetti a particolari rapporti o relazioni (con lo Stato, la Regione, ecc.), la cui intensità (strumentalità, dipendenza, ecc.) varia in relazione all'autonomia dell'ente. Tra questi emerge il potere, ritenuto dalla giurisprudenza di portata generale, di annullamento degli atti amministrativi, ad opera dell'ente titolare del potere di vigilanza, e il c.d. potere di annullamento straordinario.

Infatti, anche dopo le modifiche al titolo V della Costituzione, resta salvo quanto previsto dall'art. 2, comma 3, lett. p) della L. 23 agosto 1988 n. 400, ai sensi del quale il Consiglio dei Ministri mantiene il potere di annullamento straordinario, a tutela dell'unità dell'ordinamento, degli atti amministrativi illegittimi di qualsiasi Amministrazione, previo parere del Consiglio di Stato.

6. Le diverse tipologie di enti, e la necessità di utilizzare i vari indici di riconoscimento in maniera combinata. I soggetti pubblici nell'ordinamento comunitario e in quello nazionale: il controllo pubblico e la funzionalizzazione dell'attività.

Al fine di affrontare il discorso relativo al modo di individuare un ente pubblico, sembrano ancora attuali le considerazioni di Federico Cammeo, secondo cui "persona giuridica pubblica è quella che ha per scopo l'esecuzione di una pubblica funzione", con la precisazione che "pubblica funzione, positivamente parlando dal punto di vista giuridico, è il dispiegamento di attività per soddisfare bisogni sentiti da una pluralità di persone che il diritto reputa in un determinato momento storico e in determinate contingenze debba esercitarsi dallo Stato o direttamente o indirettamente a mezzo di altra personalità".

È certamente curioso il fatto che già quasi un secolo addietro lo stesso Cammeo potesse rilevare che "non vi è un tipo speciale e fisso di persona giuridica pubblica", e che "è impossibile determinare a priori quali sono funzioni pubbliche e quali no per desumere direttamente dalla natura della funzione la natura dell'ente".

La difficoltà di definire l'ente pubblico deriva dal fatto che l'articolazione della sfera pubblica non consente più di definire il "pubblico" come concetto omogeneo, perché non esiste, in effetti, un solo modo di essere "pubblico", in quanto un soggetto pubblico può essere manifestazione di un ente territoriale o di un corpo sociale diverso, e può esercitare o meno poteri autoritativi.

"Ma dappoichè dalla natura intrinseca della funzione esercitata non si può desumere se essa sia pubblica o no, e d'altro canto è dalla natura della funzione che si caratterizza l'organo, per non cadere in una petizione di principio, bisogna dedurre da un qualche dato estrinseco la natura della funzione. Questo dato è l'obbligo della persona giuridica verso lo stato o altra persona giuridica pubblica di adempiere il proprio scopo, obbligo che deve essere inerente alla stessa natura dell'ente, cioè nascere dalla sua stessa costituzione indipendentemente da un successivo e speciale vincolo giuridico e deve esser fondato sopra una norma di legge scritta o di consuetudine avente forza di legge. Ma siccome quest'obbligo non è formulato espressamente così bisogna desumerlo anch'esso da altri dati estrinseci". Vale a dire che occorre individuare diverse radici della natura pubblica degli enti, e soprattutto compiere analisi dei diversi tipi, anziché forzarli in un unico schema, che risulterebbe poco rappresentativo.

Il problema che allora si pone, e la cui soluzione è variata storicamente, è quello di stabilire quali possono essere considerati gli elementi di disciplina, cioè gli istituti positivi, sintomatici della pubblicità di un ente.
Come evidenziato in dottrina, si è passati nel tempo da una concezione sostanzialistica di tali elementi sintomatici (individuati ad esempio nella circostanza che alla persona giuridica fossero attribuiti dalla legge poteri amministrativi in senso tecnico, o comunque compiti specifici di cura di interessi pubblici), ad una concezione che, senza abbandonare la prima, si presenta più formale e organizzatoria di tali indici esteriori (individuati nella disciplina organizzativa concernente la persona giuridica, e quindi, ad esempio, nel potere di nomina o revoca degli amministratori, nel potere di controllo sul funzionamento degli organi o sulla legittimità di certi atti, la previsione di finanziamenti stabili, ecc.).
Avendo però presente, come peraltro da più parti è stato sottolineato, che di tali indici esteriori, utilizzati in dottrina e giurisprudenza per riconoscere un ente pubblico, nessuno può essere ritenuto, da solo, sufficiente, mentre invece essi vengono ritenuti idonei ove considerati nel loro complesso, cioè combinati tra loro.
Ed infatti, in giurisprudenza si trova precisato che la natura pubblica di una persona giuridica dipende dall'inquadramento istituzionale della stessa nell'apparato organizzativo della p.A., cioè dal rapporto in cui tale soggetto di diritto, in conseguenza dell'attività espletata, viene a trovarsi rispetto allo Stato o all'ente territoriale di riferimento; pertanto, la qualificazione di un ente come pubblico o privato, allorché la sua natura non sia dichiarata espressamente, costituisce il risultato di una ricerca ermeneutica che ha per oggetto le norme legislative, regolamentarie e statutarie.

Tenendo presente che deve dirsi comunque pubblico un ente tutte le volte che dalla ricostruzione sistematica della sua disciplina legislativa risulti che le situazioni giuridiche che l'ordinamento gli attribuisce, e la sua stessa soggettività che tale ordinamento istituisce o riconosce, siano causate, o improntate al principio di necessaria funzionalità dell'attività amministrativa rispetto ai fini pubblici che la legge gli impone di perseguire. Mentre non può che dirsi privato, viceversa, un ente per il quale una tale funzionalizzazione non sia riscontrabile.

Necessaria funzionalità del suo essere e del suo agire, con riferimento ai valori di cui all'art. 97 Cost., che impedisce all'Amministrazione, anche all'interno dei limiti con i quali l'ordinamento generale le attribuisce i poteri, di esercitarli in modo libero, nel senso nel quale i privati possono esplicare liberamente la loro capacità negoziale, perché quel principio le impone di esercitare tali poteri per il perseguimento dei fini per i quali l'ordinamento generale glieli ha attribuiti. Precisazione, questa, che vale anche per tutte le ipotesi in cui non di veri e propri poteri si tratti, ma di svolgere l'attività per la quale l'ente è stato previsto. Infatti, come si crede di aver già precisato, la mancata attribuzione ad un ente di poteri pubblicistici non esclude affatto che, ciò nonostante, esso debba essere così qualificato, perché quel che è essenziale, per la sua pubblicità, è appunto tale sua funzionalizzazione, che non deve inerire necessariamente a poteri pubblicistici.
Sembra quindi cogliere nel segno la tesi secondo cui, anziché ricostruire una figura unitaria di ente pubblico, deve piuttosto individuarsi il minimo comune denominatore delle varie figure pubbliche, cioè il criterio base sottostante alle diverse qualificazioni pubblicistiche, individuabile, per ciascuna figura giuridica pubblica, nella valutazione, da parte dell'ente di riferimento (Stato o Regione), della necessità dell'esistenza di tale figura, nel senso che va considerato pubblico l'ente la cui esistenza è considerata necessaria dall'ente territoriale, che vi intrattiene quindi rapporti connessi a tale valutazione. Le valutazioni circa il carattere necessario dell'ente hanno, ovviamente, carattere politico e quindi sono non solo storicamente determinate ma anche variabili, in connessione ai diversi indirizzi politici. Le finalità che portano alla istituzione di enti pubblici, o al conferimento della natura giuridica pubblica a organismi già esistenti, possono essere le più varie, e vanno dalla volontà di disporre di un organismo volto a realizzare gli stessi fini che potrebbero essere perseguiti dall'Amministrazione diretta, ma che si ritiene preferibile realizzare con strumenti organizzativi più flessibili, fino alla volontà di tutelare interessi che non sono propri dell'ente territoriale ma ai quali si ritiene di dover accordare una tutela rafforzata. È chiaro che tale valutazione dell'ente territoriale non è effettuata discrezionalmente dagli amministratori dell'ente, ma è manifestata con atto normativo.

È infine da sottolineare come l'individuazione formale dell'ente pubblico nel nostro ordinamento sia in parte superata, o comunque ridotta ad una rilevanza molto inferiore, a fronte della nozione di origine comunitaria, ma pienamente accolta nell'ordinamento nazionale, degli "organismi di diritto pubblico", "istituiti per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e avente personalità giuridica e la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico"

Ora, mentre in ambito nazionale si è tradizionalmente tentato di elaborare, nei termini sopra evidenziati, una concezione tendenzialmente unitaria di soggetto pubblico, nell'ordinamento comunitario, invece, la nozione di soggetto pubblico non è intesa come categoria unitaria.

Come è stato infatti rilevato, "al contrario, per affermazione della stessa Corte di Giustizia, tale nozione viene elaborata settore per settore, tanto sul piano normativo quanto nell'interpretazione giurisprudenziale, adattandola, quindi, alle esigenze sottese alla normativa delle singole materie nelle quali il riferimento al soggetto pubblico è necessario ed obbligato, sì da estenderne o ridurne, caso per caso, l'ampiezza".

Così, ad esempio, al fine di stabilire l'ambito di operatività della deroga al principio della libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (ex art. 39, par. 4, relativo al potere degli Stati membri di riservare ai propri cittadini gli impieghi nella "pubblica amministrazione", e art. 45, par. 1, del Trattato CE, che prevede una deroga alla libertà di stabilimento quando l'attività comporti l'<<esercizio anche occasionale di pubblici poteri>>), il giudice comunitario ha sostenuto in modo restrittivo che la nozione di pubblica amministrazione debba essere elaborata ricorrendo ai criteri della "partecipazione diretta o indiretta all'esercizio dei pubblici poteri e alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato e delle altre collettività pubbliche".

Mentre allo scopo di individuare gli apparati degli ordinamenti dei singoli Stati membri nei cui confronti devono considerarsi operanti gli obblighi e i divieti previsti dal diritto comunitario, in modo da poter imputare ai relativi Stati di appartenenza le eventuali violazioni commesse, si è affermato, più genericamente, "che fa comunque parte degli enti ai quali si possono opporre le norme di una direttiva idonea a produrre effetti diretti un organismo che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con un atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone a questo scopo di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli".

L'accennata evoluzione, registrabile nell'ordinamento italiano, sia del concetto di ente pubblico che della stessa tipologia di enti considerabili quali soggetti pubblici, nonché il modo in cui è intesa nell'ordinamento comunitario la nozione di "pubblico potere" o di "pubblica amministrazione", consentono di individuare, in entrambi gli ambiti normativi, un minimo comune denominatore, costituito dalla visione sostanzialistica del fenomeno: nel senso che all'individuazione dei soggetti pubblici non si procede con riferimento a precisi criteri formali di definizione, bensì sulla base di parametri di tipo sostanziale, dati in particolare, per quanto riguarda l'ambito comunitario, dalla sottoposizione del soggetto ad un controllo pubblico, di carattere funzionale o strutturale, e per l'ordinamento nazionale dalla funzionalizzazione dell'attività della persona giuridica alla realizzazione di finalità di interesse generale e dall'inquadramento istituzionale della stessa, sebbene in senso lato, in quello che una volta, quando era ancora possibile una concezione unitaria di pubblica Amministrazione, poteva essere definito l'apparato organizzativo della p.A., che adesso si estrinseca in una tipologia diversificata sia dei soggetti (pubblici e privati) che del modo di realizzare interessi pubblici. E anche quando nella realizzazione di tali interessi sono coinvolti soggetti formalmente privati, questi sono ormai ritenuti obbligati, in quanto "preposti all'esercizio di attività amministrative", a perseguire "i fini determinati dalla legge", ed a conformare la propria azione a "criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza", nonché ai "princìpi dell'ordinamento comunitario" (art. 1 L. 241/90).

11. GLI ORGANISMI DI DIRITTO PUBBLICO (categoria giurisprudenziale europea)

1. L'origine dell'organismo di diritto pubblico

Al fine di analizzare la definizione di organismo di diritto pubblico è necessario partire dalla sua ratio, richiamando, quindi, le finalità sottese alla normativa sugli appalti pubblici.

Se l'obiettivo principale della Comunità è la realizzazione di un mercato unico concorrenziale, la conseguenza immediata è la sottoposizione al rispetto delle procedure di evidenza pubblica di soggetti che, benché formalmente privati, non agiscono nel mercato seguendo le logiche concorrenziali. Questo, infatti, sarebbe l'unico modo per evitare che tali soggetti operino animati da finalità diverse, compromettendo la piena realizzazione di un mercato unico.

La direttiva comunitaria 71/305/CEE, in materia di appalti pubblici di opere, limitava il suo ambito soggettivo di efficacia alle sole amministrazioni aggiudicatrici individuate nello Stato, negli enti pubblici territoriali e nelle persone giuridiche enumerate nell'allegato I, avente carattere tassativo . Un criterio del genere avrebbe l'indubbio merito di garantire la certezza del diritto.

In realtà, visto l'elevato numero di soggetti giuridici operanti nell'ambito dei singoli Stati membri che, pur avendo connotazioni pubblicistiche, non erano tuttavia qualificabili come pubblici alla stregua di valutazioni formali, non essendo riconducibili al novero delle persone giuridiche tassativamente individuate, un siffatto criterio risultò lacunoso e inadeguato. In tali circostanze fu necessario l'intervento della Corte di Giustizia che arrivò a considerare come non esaustivo l'elenco, scontrandosi con l'inequivocabile dato testuale. La Corte affermò, infatti, che "la finalità della direttiva, consistente nell'effettiva attuazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi in materia di appalti di lavori pubblici, sarebbe compromessa se l'applicazione del regime della direttiva dovesse essere esclusa per il solo fatto che un appalto di lavori pubblici è stato aggiudicato da un ente che, pur essendo stato creato per svolgere funzioni attribuitegli dalla legge, non rientra formalmente nell'amministrazione statale. Di conseguenza, si deve ritenere che un organismo le cui funzioni e la cui composizione sono contemplate dalla legge e che dipende dalla pubblica amministrazione per quanto riguarda la nomina dei suoi membri, la garanzia degli obblighi derivanti dai suoi atti ed il finanziamento degli appalti che esso ha il compito di aggiudicare, rientri nella nozione di Stato, anche se formalmente non fa parte dello Stato". Detta pronuncia, i cui risultati influenzeranno le successive direttive in materia, rappresenta la svolta decisiva verso una interpretazione funzionale di amministrazione aggiudicatrice. È proprio su questo terreno, e con il chiaro intento di colmare le lacune che la precedente direttiva faceva sorgere, che viene elaborata la direttiva 89/440/CE, non modificata dalle successive direttive per quel che riguarda la delimitazione dell'ambito soggettivo di efficacia. L'art. 1, lett. b, della direttiva stabilisce che si considerano amministrazioni gli istituti superiori scientifici e culturali, gli osservatori astrofisici, geofisici, vulcanologici; gli enti di riforma fondiaria; le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico".

Per organismi di diritto pubblico devono intendersi quei soggetti istituiti al fine di soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale, dotati di personalità giuridica e la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è sottoposta a controllo di quest'ultimi, oppure i cui organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico. Con tale definizione il legislatore comunitario ha modificato l'impostazione iniziale, sostituendo il criterio enumerativo con il riferimento ad una categoria, quella di "organismo di diritto pubblico", di cui vengono forniti solo degli indici, e la cui concretizzazione è rimessa caso per caso al giudice. E'ormai pacifico che i tre indici caratterizzanti l'organismo di diritto pubblico hanno carattere cumulativo. Ciò vuol dire non solo che questi indici rivelatori devono coesistere, ma anche che essi si integrano e si compenetrano a vicenda, di modo che l'uno serve a meglio definire ed a completare il senso degli altri. L'obiettivo che la direttiva vuole raggiungere è evidentemente quello di snidare la pubblicità reale che si nasconde sotto diverse forme, al fine di realizzare un mercato comune nell'ambito del quale la concorrenza non risulti falsata da comportamenti di soggetti che sotto la veste formale di diritto privato agiscano non seguendo le normali logiche imprenditoriali.
L'effetto di questa impostazione è stato quello di estendere il più possibile la nozione di amministrazione aggiudicatrice. L'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, infatti, è stata orientata a massimizzare l'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti, di talché l'ampliamento della nozione di amministrazione pubblica mediante la categoria dell'organismo di diritto pubblico è specificamente funzionale alla necessità di rispettare questa normativa, nell'ipotesi di appalti superiori alla soglia comunitaria. E'stata sacrificata la certezza del diritto per tutelare il più possibile il mercato unico.
Risulta chiaro, infatti, come il grado di promozione della concorrenza sia strettamente correlato alla delimitazione del campo soggettivo di applicazione delle direttive. Su queste basi è stato indispensabile l'apporto della Corte di Giustizia che ha cercato di chiarire l'esatta portata dell'istituto "organismo di diritto pubblico", fissando alcuni principi cardine nell'interpretazione dei requisiti caratterizzanti.

Se si pone mente a tutte le considerazioni appena fatte si comprende perchè l'organismo di diritto pubblico non possa essere considerato come una nuova soggettività giuridica che si colloca tra ente pubblico ed ente privato. Si tratta, piuttosto, di una nozione rilevante giuridicamente solo in alcun settori ed in apparenza non estensibile, data la sua connotazione prettamente funzionale e non soggettiva. È, quindi, un "contenitore" di figure giuridiche, anche molto diverse tra loro, ma accomunate dal possesso simultaneo dei tre requisiti. La qualificazione come organismo di diritto pubblico non ha, dunque, una vis espansiva tale da configurare in senso pubblicistico un soggetto. Va, infatti, rimarcato che la ratio della definizione di organismo di diritto pubblico contenuta nelle direttive comunitarie consiste nel fatto di attribuire rilievo non già alla natura giuridica di un dato soggetto, sia essa pubblica o privata, amministrativa o non amministrativa, bensì all'attività che esso concretamente svolge.
Del resto, non interessa scoprire la "vera" natura giuridica di un soggetto, ma verificare quali norme dirette alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati.

2. I requisiti dell'organismo di diritto pubblico

Le direttive comunitarie in tema di appalti pubblici individuano gli organismi di diritto pubblico attraverso l'indicazione i tre requisiti. Si tratta, in buona sostanza, di "un organismo istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica e dipendente strettamente dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico"

Alla luce delle considerazioni svolte al riguardo, in ambito comunitario, sia dalla giurisprudenza sia dalla dottrina, sembrerebbe che non sorgano dubbi interpretativi sostanziali per quanto concerne le ultime due condizioni. Infatti, la personalità giuridica di un organismo è sempre chiaramente manifestata dall'ordinamento nazionale a cui esso appartiene. In realtà, la questione non è mai stata del tutto lineare. Si è assistito, invero, ad una annosa querelle dottrinale tra chi sosteneva che doveva parlarsi solo di personalità giuridica di diritto pubblico e chi, invece, riteneva sufficiente la personalità giuridica di diritto privato per avere come soddisfatto tale requisito. Questo dibattito, che rifletteva le oscillazioni della giurisprudenza nazionale sul punto, è stato definitivamente sopito dal Codice degli appalti pubblici del 12 aprile 2006. Infatti, nel Codice è prevista espressamente la possibilità che l'organismo di diritto pubblico possa assumere la forma giuridica di società. In tal modo è stata codificata l'interpretazione data dalla recente giurisprudenza nazionale in ossequio ai risultati cui la Corte di giustizia era già da tempo giunta. Tuttavia, se, da un lato, sembrano essere stati risolti i dubbi sulla natura della personalità giuridica, dall'altro lato, resta ancora aperto un problema centrale. Ci si chiede, infatti, come può conciliarsi la forma societaria di un soggetto con il primo requisito. Cioè, sostanzialmente, come si può arrivare ad affermare che una società, ad esempio, per azioni possa essere un soggetto istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generali non avente carattere industriale o commerciale.
La portata della nozione di "stretta dipendenza" risulta, invece, sostanzialmente illustrata, in termini conformi, da tutte le direttive. Inoltre, la Corte di Giustizia con una celebre sentenza ha precisato in termini chiari e puntuali il significato che occorre attribuire al concetto di "finanziata in modo maggioritario". Allo stato manca, invece, un comune e generale consenso sul significato da attribuire alla prima condizione posta dalle suddette direttive per il riconoscimento degli organismi in questione.
La giurisprudenza ha constatato come il concetto di "bisogni di interesse generale" non rappresenti da solo un elemento sufficiente ad individuare gli organismi di diritto pubblico.
L'attenzione deve essere, quindi, rivolta verso il requisito negativo rappresentato dal carattere non industriale o commerciale.
L'estrema genericità dei testi comunitari e di trasposizione nazionale hanno, tuttavia, causato numerosi problemi interpretativi attorno a questo punto.
In particolar modo, la Corte si è chiesta se tale carattere negativo deve essere riferito ai bisogni di interesse generale ovvero all'attività esercitata. La rilevanza di tale requisito deriva non solo dal fatto che rappresenta il punto più controverso della nozione, ma anche che costituisce, in sostanza, il vero elemento caratterizzante la nozione di organismo di diritto pubblico. Infatti, anche nella definizione dell'impresa pubblica si riscontrano i requisiti della personalità giuridica e della stretta dipendenza dal pubblico potere, definita come "influenza dominante".

Ciò che, invece, rappresenta la linea di confine tra questa e l'organismo è appunto il requisito finalistico. Solo se l'attività viene condotta con metodo imprenditoriale il soggetto non può rientrare nella categoria di organismo di diritto pubblico e sarà, invece, classificato come impresa pubblica.

2.1. Il requisito teleologico: la non industrialità o commercialità

Il concetto di "bisogni di interesse generale" presente nella definizione di organismo di diritto pubblico è stato ripreso dall'ordinamento francese . Ma dalle direttive sembra non potersi evincere in modo definito cosa sia un interesse generale.

Nella ricerca dei confini della generalità dell'interesse sono state proposte diverse tesi, per alcuni punti totalmente contrapposte tra loro. Da un lato, c'è chi sostiene che la generalità dell'interesse deve avere un carattere transnazionale, e quindi coincidere con un superiore interesse della comunità. Dall'altro lato, viene ritenuto che tale carattere si riferisce ai bisogni di ogni singolo Stato membro, mutando, di fatto, i suoi contorni da Stato a Stato. A queste due tesi contrapposte se ne affianca nei fatti una terza, che potremmo definire come intermedia. La questione è stata affrontata in termini chiari nella causa Truley , in cui la Corte afferma che un'interpretazione basata esclusivamente sul diritto comunitario risulta necessaria non soltanto per garantire l'autonomia del diritto comunitario stesso, ma anche per assicurare la sua omogenea applicazione.

L'uniformità dell'ordinamento giuridico comunitario sarebbe compromessa qualora il concetto di «bisogni di interesse generale » fosse interpretato da ogni Stato membro in modo diverso.

Una medesima attività non può essere considerata di interesse generale in uno Stato membro e non di interesse generale in un altro. Se così fosse, infatti, probabilmente in uno Stato un ente sarebbe tenuto a bandire gare, mentre non lo sarebbe un altro ente, con gli stessi incarichi, in un altro Stato. Ciò potrebbe provocare distorsioni della concorrenza, in netto contrasto con lo scopo perseguito dalla direttiva di creare una concorrenza nel settore degli appalti pubblici.

Prima di concludere l'esame della prima parte del requisito n questione vale la pena sottolineare l'interpretazione che la Corte ha dato della espressione "istituito per soddisfare specificatamente…". L' interpretazione letterale della norma farebbe ritenere che il solo elemento decisivo sia la missione affidata al momento della istituzione del soggetto. Ma una tale conclusione¬ non viene condivisa dal giudice comunitario. Nella causa Universale-Bau Ag, infatti, la Corte afferma che "al fine di accertare se un ente soddisfi la condizione enunciata all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino della direttiva 93/37, occorre prendere in considerazione le attività effettivamente svolte" . Il giudice sottolinea, in proposito, che l'effetto utile della direttiva 93/37 non sarebbe pienamente garantito se l'applicazione della disciplina della direttiva ad un organismo che soddisfa le condizioni enunciate all'art. 1, lett. b), secondo comma, potesse escludersi per il solo fatto che sin dalla sua istituzione non gli erano state affidate le attività di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale da esso svolte in pratica. ve soddisfare non è da solo sufficiente ad integrare il requisito in questione. si sosteneva che tutti i bisogni di interesse generale fossero privi del carattere industriale o commerciale. La conseguenza immediata di questo approccio era la centralità della prima parte del requisito e la totale irrilevanza del carattere negativo. Detta impostazione è stata però ben presto abbandonata dalla giurisprudenza, sia comunitaria che nazionale. Anzi, si arrivò ad una posizione diametralmente opposta e si sostenne che il carattere non industriale o commerciale assumesse senza dubbio una maggiore importanza qualificatoria. Infatti, la necessaria funzionalizzazione degli organismi in questione al soddisfacimento di interessi di rilievo collettivo può normalmente ricavarsi già dall'altro indice costituito dalla sottoposizione dell'ente all'influenza dell'autorità pubblica. Interessante sul punto risulta l'analisi della prima questione su cui la Corte di giustizia fu chiamata a pronunciarsi nella sentenza BFI Holding . Il giudice a quo chiese, infatti, chiarimenti in ordine al rapporto tra i termini "bisogni di interesse generale" e "aventi carattere industriale o commerciale". In particolare, venne chiesto se quest'ultima locuzione era diretta a limitare la nozione di bisogni di interesse generale a quelli aventi carattere diverso da quello industriale o commerciale, ovvero se, al contrario, doveva essere intesa nel senso che tutti i bisogni di interesse generale rivestono tale carattere. Il Giudice europeo afferma che "dal tenore letterale dell'art. 1, lett. b), secondo comma della direttiva 92/50 emerge che il carattere non industriale o commerciale costituisce un criterio diretto a precisare la nozione di bisogni di interesse generale ai sensi di tale disposizione". La Corte giustifica tale interpretazione sulla base della considerazione che questo possa essere, di fatto, l'unico modo in grado di garantire l'effetto utile dell'articolo in questione. Infatti, se il legislatore comunitario avesse ritenuto che tutti i bisogni di interesse generale rivestano il carattere non industriale o commerciale, non l'avrebbe specificato, poiché in tale prospettiva questo secondo elemento della definizione non presenterebbe alcuna utilità. Dalle conclusioni dell'Avv. generale La Pergola emerge non solo che è

necessario tenere distinti i due caratteri, ma addirittura che tale secondo carattere sia veramente essenziale ai fini della qualificazione dell'organismo di diritto pubblico.
Questi afferma che la centralità della non commercialità deriva dal fatto che la categoria dei bisogni di interesse generale varia sensibilmente da uno Stato membro all'altro e secondo il momento storico in cui la si considera.
Da tutto quanto affermato deriva che è necessario effettuare un duplice accertamento: in prima analisi si deve verificare che l'attività esercitata dal soggetto in questione sia diretta al soddisfacimento di un interesse generale. In seconda analisi bisogna verificare se sussiste l'altra parte del primo requisito, ossia che la natura del bisogno sia non commerciale o non industriale.
Questa presa di coscienza si è anche ottenuta in seguito ad una profonda evoluzione nella giurisprudenza italiana. In un primo momento, in occasione di una controversia relativa all'affidamento da parte dell'Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano di un appalto per la costruzione di nuovi padiglioni espositivi, il Consiglio di Stato ha considerato come centrale il soddisfacimento di bisogni di interesse generale, non attribuendo alcun valore alla seconda parte del primo requisito. In tale occasione, infatti, è stato affermato che l'Ente Fiera "pur espletando attività di carattere commerciale va qualificato come organismo di diritto pubblico" . È chiaro come il Giudice abbia, in questo caso, dato rilevanza esclusivamente alla prima parte del requisito, senza riconoscere alcuna importanza al requisito negativo, in modo, davvero, difficilmente conciliabile con il dato normativo.
Qualche anno più tardi, recependo evidentemente i risultati cui la giurisprudenza comunitaria nel frattempo era giunta, il Consiglio di Stato giunse ad una conclusione diametralmente opposta. Venne esclusa, infatti, la qualificabilità dell'Ente Fiera Milano in termini di organismo di diritto pubblico facendo leva sulla connotazione commerciale dell'attività fieristica "legata alla promozione e alla commercializzazione di prodotti e servizi, complementare all'attività produttiva imprenditoriale".
Sembra, tuttavia, non essere immediatamente chiaro a cosa vada riferita la industrialità o commercialità. In verità, la formulazione letterale sembrerebbe propendere verso la tesi secondo cui tale carattere negativo debba essere riferito ai bisogni di interesse generale. Analizzando l'art. 3 ("definizioni") del nuovo "Codice dei contratti pubblici" del 2006 si nota come la formulazione letterale spinga nel senso suindicato. Si legge, infatti, che per "organismo di diritto pubblico si intende qualsiasi organismo, anche in forma societaria, istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale". Come si vede, la virgola tra le due parti del requisito de quo, e l'utilizzo del participio presente "aventi" fanno ritenere che il carattere non industriale o non commerciale vada riferito, grammaticalmente, alle esigenze di interesse generale.

Questa interpretazione letterale veniva di fatto sostenuta da quella parte della giurisprudenza e della dottrina che dava la massima centralità ai bisogni e che considerava il requisito negativo come una esplicazione di questi. Ma da un punto di vista logico una tale interpretazione sembra non poter essere condivisa. In realtà, non sono i bisogni che possono avere questo carattere, bensì l'attività attraverso cui il soggetto opera al fine di soddisfare tali bisogni di interesse generale . Sarebbe stato, sicuramente, più semplice se la norma comunitaria avesse imposto l'evidenza pubblica nella scelta degli appaltatori solo a quegli enti che non avessero esercitato un'attività di tipo industriale o commerciale e che, quindi, non si fossero confrontati con le altre imprese in reciproca concorrenza. Infatti, quando il soggetto, ancorché legato alla P.A., fosse davvero condizionato dal mercato, non vi sarebbe alcun motivo di coltivare un sospetto di discriminazione e di nutrire una tale preoccupazione .
Questa soluzione, infatti, sarebbe la più compatibile con la ratio delle direttive appalti. Il legislatore comunitario, infatti, vuole salvaguardare il libero mercato in un settore che ritiene strategico e interviene imponendo, appunto, il modello concorsuale di scelta oltre la sfera di soggettività pubblica solo perché possono esistere casi in cui vi siano analoghi rischi di discriminazione tra le imprese. Al di fuori di questi casi deve essere dato libero spazio all'autonomia privata. Detta interpretazione teleologica, del resto, è coerente con il principio dell'effetto utile, il quale è di ostacolo ad una applicazione indiscriminata di un modello di impronta pubblicista come l'evidenza pubblica.
Inoltre, dal punto di vista sistematico, l'intera disposizione comunitaria che stabilisce i tre requisiti deve potersi leggere in modo unitario. La qualità industriale del bisogno deve essere ricostruita in armonia con gli altri elementi dell'istituto ed in particolare con la stretta dipendenza dal potere pubblico. Il vincolo pubblicistico, infatti, può coincidere con il finanziamento maggioritario o con il controllo o con l'incidenza sull'amministrazione, la direzione o la vigilanza mediante organi costituiti in misura non inferiore a metà da componenti designati daipubblici poteri. Si tratta, come risulta chiaro, sempre e comunque di una influenza che concerne l'attività e che sull'attività inevitabilmente si proietta. Tale stretta dipendenza, infatti, non inciderebbe in nessuna misura ed in nessun caso sulla natura dei bisogni di interesse generale, ma muterebbe il modo di operare del soggetto.
Tanto il canone teleologico, quanto quello sistematico, propendono, quindi, per una interpretazione non letterale della norma in questione, spostando il requisito negativo dai bisogni all'attività.

Al riguardo, inoltre, è stato autorevolmente osservato che l'espressione "carattere industriale e commerciale" è stata trapiantata nel diritto comunitario dall'ordinamento francese. In tale ordinamento essa sta ad indicare la natura economica dell'attività o, per essere più precisi, il suo carattere imprenditoriale. La formulazione francese, che risale agli anni '40 del secolo scorso, ha il suo corrispondente esatto in Italia nell'espressione "ente pubblico economico". In altre parole, ente "a carattere industriale o commerciale" indica un ente che svolge attività di impresa .
La fondatezza di detta diversa interpretazione del requisito negativo viene di fatto confermata dalla più recente evoluzione giurisprudenziale. Pure in questo caso, l'intervento della Corte di giustizia è stato centrale per spingere in tal senso anche le successive pronunce nazionali.

2.2. L'evoluzione della giurisprudenza

La prima importante tappa nella evoluzione giurisprudenziale del requisito de quo è rappresentata dalla sentenza Mannesmann. In tale occasione la Corte sostenne che il carattere non commerciale o industriale derivi dalla funzionalizzazione dell'attività alle esigenze istituzionali dello Stato.
Tale conclusione sembra essere molto deludente. La Corte, infatti, dimostra in definitiva di non dare alcun rilievo alla seconda parte del requisito. Le modalità di gestione attraverso cui l'ente realizza le proprie finalità sembrano essere state considerate come irrilevanti. Qualche chiarimento in più si può trarre dalle conclusioni dell'Avv. generale Leger. Questi, infatti, ha posto in evidenza la distinzione tra le imprese sottoposte alla concorrenza degli altri operatori economici e quegli organismi che, perseguendo fini di interesse generale, rifuggono dalla logica del mercato, non potendo essere sottoposti a criteri di economicità, né a scopo di lucro.
In realtà ciò che, ad una attenta analisi, delude maggiormente non è tanto il risultato cui la Corte giunge, quanto, piuttosto, il ragionamento su cui si è basata. Il giudice sembra privilegiare, infatti, l'aspetto "interesse generale" come elemento base per rilevare la sussistenza del primo requisito, privando di ogni importanza la seconda parte.
In realtà, il risultato cui si giunge non sarebbe affatto sbagliato ma avrebbe dovuto essere ottenuto partendo da presupposti diversi. Nel caso di specie, infatti, sembra possibile desumere il carattere non commerciale o non industriale dell'attività svolta da altri due aspetti messi in rilievo dal giudice, ma in tutt'altra prospettiva.
Il primo aspetto riguarda la remunerazione dell'incarico. Dalla sentenza si legge, infatti, che "i prezzi degli stampati che l'OS è obbligata a produrre sono fissati da un organo composto in maggioranza di membri nominati dalla Cancelleria federale o da diversi ministeri e un ufficio di controllo statale è incaricato di vigilare sugli stampati soggetti ad un regime di sicurezza"

Il secondo aspetto consiste nel fatto che l'organismo in parola è sottoposto al controllo della Corte dei Conti nazionale. Tutto ciò lascia intendere che si tratta di un ente che, in concreto, opera al di fuori dei principi della normale gestione commerciale, in quanto unito ai poteri pubblici da un legame strutturale di natura economica. Infatti, da un lato, la sua sopravvivenza è garantita da un volume di introiti opportunamente prefissati e versati dallo Stato. Lo Stato, dall'altro lato, viene sincerato dal suo organo di controllo che tali fondi pubblici siano amministrati correttamente per gli scopi previsti.
Un piccolo passo avanti in questo senso, sebbene ancora del tutto insufficiente per fornire delle nozioni generali, è stato compiuto dalla Corte con la celeberrima sentenza BFI Holding, relativa all'interpretazione degli artt. 1 e 6 della direttiva 92/50 del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. Ciò che rende questa sentenza interessantissima è l'affermazione da parte della Corte di Giustizia di due principi destinati ad assumere importanza decisiva per l'orientamento successivo della giurisprudenza, non solo comunitaria, ma anche nazionale. Da un lato, il Giudice esclude a chiare lettere che possa avere rilievo ostativo alla riconducibilità dell'ente nella nozione in esame la sua veste societaria; dall'altro lato, pone l'accento sulla natura e consistenza dei bisogni per il cui soddisfacimento l'ente è istituito. Nella sentenza si focalizza, inoltre, l'attenzione sulla concorrenza. Infatti, viene affermato che "l'esistenza di una concorrenza articolata e, in particolare, la circostanza che l'organismo interessato agisca in situazioni di concorrenza sul mercato può costituire un indizio a sostegno del fatto che non si tratti di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale". In definitiva, tale circostanza pur sintomatica della natura commerciale ed industriale dei bisogni soddisfatti dall'ente, non è sempre decisiva, posto che lo stesso genere di attività può essere talvolta istituzionalmente diretta ad appagare bisogni di altra natura.
Quindi, il requisito della non industrialità o commercialità sembra, ancora, essere riferito ai bisogni di interesse generale per la cui soddisfazione l'ente è istituito ed opera, anziché alle modalità attraverso le quali l'ente opera.
Il passo decisivo verso una esaustiva definizione del carattere negativo del requisito viene compiuto dalla Corte in occasione della sentenza Taitotalo
La pronuncia verte sulla qualificazione giuridica di una società per azioni, la Taitotalo, la quale affida in appalto servizi di qualificazione e di costruzione allo scopo di realizzare edifici destinati ad essere locati ad imprese. Il grande apporto di questa sentenza consiste nella attenzione che il Giudice ha riposto sul carattere non industriale o commerciale, analizzato, questa volta, con esplicito riferimento alle modalità di gestione e in particolar modo alla scopo di lucro.

Nella ricerca degli elementi che qualificano l'organismo di diritto pubblico la Corte afferma che "occorre in particolare verificare se l'organismo in esame esercita la propria attività in regime di concorrenza, dato che l'esistenza di tale concorrenza può costituire un indizio a sostegno del fatto che un bisogno di interesse generale ha carattere industriale o commerciale". Inoltre aggiunge che "se l'organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue lo scopo di lucro e subisce le perdite connesse all'esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere non industriale o commerciale" (39). Infatti, la Corte spiega che "in una tale ipotesi le direttive comunitarie relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici non si applicherebbero perché un organismo che persegue uno scopo di lucro e che si assume i rischi connessi alla propria attività non si impegnerà di regola in un procedimento di aggiudicazione di un appalto a condizioni che non siano economicamente giustificate".
Il punto davvero innovativo della sentenza in esame sta nel fatto che per la prima volta vengono forniti al giudice nazionale criteri determinati da valutare caso per caso al fine di accertare la non industrialità o non commercialità dell'attività.
In definitiva, quindi, il giudice nazionale deve valutare la sussistenza del requisito negativo tenendo conto, da un lato, delle circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo e, dall'altro lato, delle condizioni in cui l'organismo esercita la sua attività. Per quanto concerne queste ultime, secondo la Corte, la prima operazione da effettuare, sebbene non risolutiva, è verificare se l'organismo esercita la propria attività in regime di concorrenza. Inoltre, è necessario verificare se l'ente in questione persegua lo scopo di lucro e subisca le perdite connesse all'esercizio della sua attività. Quindi, il dato dirimente per valutare la natura di organismo di diritto pubblico è che questo non sopporti il rischio di impresa, La sua gestione, dunque, dovrà essere condotta sulla base di logiche diverse rispetto a quelle della economicità. Pertanto, qualora un soggetto svolga attività a fine di lucro, sia pure eventuale, sulla base di criteri di economicità ed autonomia finanziaria, sopportando integralmente il rischio economico dell'attività stessa e le conseguenze delle proprie scelte operative e soggiacendo ai principi della normale gestione commerciale, esso non rientrerà nella nozione di organismo di diritto pubblico. In definitiva, l'organismo di diritto pubblico si caratterizza proprio in ragione del suo non essere un soggetto imprenditoriale che, in quanto tale, potrebbe eludere le regole del mercato e le logiche imprenditoriali, non essendo condizionato né al perseguimento del lucro, né alla sopportazione del rischio di impresa (42).
Da questa sentenza in poi, quindi, la non industrialità o commercialità viene riferita all'attività e consiste sostanzialmente nell'assenza di rischio .

3. Assenza di rischio: profili problematici

L’assenza di rischio d’impresa consiste, quindi, nella sopravvivenza di un soggetto in spregio dei principi della normale gestione commerciale. Affinché questa situazione si realizzi è necessario che esista una connessione strutturale e, dunque, una interdipendenza tra il bilancio di tale soggetto e il bilancio dello Stato o di un qualsiasi altro ente pubblico. Tale situazione di dipendenza economica esiste non solo quando la pubblica autorità sovvenzioni sistematicamente un organismo, ma anche quando quest’ultimo operi in condizioni economico-finanziarie equilibrate. In questi casi è naturale che anche per lunghi periodi non si verifichino apporti finanziari da parte dell’autorità pubblica. Al limite potrebbe aversi addirittura il caso inverso in cui le eccedenze di bilancio verrebbero trasferite dall’organismo alla autorità pubblica. Anche in questo caso, infatti, ciò che rileva è l’esistenza della possibilità di un flusso di fondi dalla pubblica autorità all’organismo in questione. In una situazione del genere non viene difficile immaginare, quindi, che l’organismo in questione agisca sul mercato non seguendo pedissequamente le normali logiche concorrenziali. La sua sopravvivenza sarebbe, infatti, assicurata non da una corretta gestione finanziaria della propria attività, ma dall’intervento sistematico dello Stato o di un qualsiasi altro ente pubblico.
Questo legame strutturale tra i due bilanci, funzionale alla eliminazione del rischio imprenditoriale, fa sorgere chiaramente una situazione di dipendenza economica nei confronti dell’autorità pubblica. In sostanza, quindi, è necessario che coesista con il terzo requisito e cioè con l’influenza dominante da parte dei pubblici poteri. È chiaro che non ci sarebbero i presupposti per considerare un soggetto come organismo di diritto pubblico allorché l’apporto finanziario sia ricollegabile ad un legame di natura diversa, come può verificarsi per esempio nel caso di enti assistenziali.
Ancora rileva sottolineare come il legame strutturale a cui si è fin qui fatto riferimento, in realtà, non si verifica solo quando ci sia un trasferimento di risorse da un bilancio ad un altro.
Questo forse è il caso più chiaro e forse anche il più comune.
Tuttavia, perché si possa verificare questo legame sarebbe sufficiente che la pubblica autorità rinunciasse in maniera stabile e continuativa in favore di un organismo di diritto pubblico a percepire diritti, canoni, contributi o retribuzioni che le sarebbero spettati se essa non avesse delegato al suddetto organismo l’esercizio dell’attività da cui derivano i suddetti proventi. Inoltre, è chiaro che occorre, anche, che la cessione di tali proventi consenta all’organismo di sopravvivere in spregio dei principi della normale gestione commerciale. Un’ipotesi del genere si realizza allorché l’autorità pubblica consenta ad un organismo di diritto pubblico di esercitare un’attività di servizio pubblico applicando tariffe tali da eliminare ogni rischio connesso all’attività stessa .

L'intervento della pubblica autorità che sistematicamente ripiana le perdite di gestione potrebbe porre, però, una questione di non poco momento. Ad una prima analisi, un sistema così fatto sembrerebbe in contrasto con alcuni istituti di diritto societario.
Per essere più precisi, si ponga mente al fatto che per classificare un soggetto quale organismo è assolutamente irrilevante la forma giuridica di tale soggetto. Potrebbe, quindi, darsi (e, anzi, questo è il caso più comune) che l'organismo assuma la forma giuridica di una società per azioni. In un caso del genere, ci troveremmo di fronte ad un soggetto (la S.P.A., appunto) che trova una rigida disciplina nel nostro Codice civile, ma che per essere considerata come organismo di diritto pubblico deve avere i tre requisiti di cui sopra. E, quindi, per il profilo che a noi qui interessa, la società dovrebbe avere come soddisfatto anche il requisito della non industrialità o commercialità.
Il problema sembra essere evidente nel caso in cui l'amministrazione partecipante ad una s.p.a. mista annulli il rischio di impresa attraverso un apporto sistematico di risorse, in modo tale che ripiani le eventuali perdite che si generano nel bilancio della s.p.a.
Per considerare, quindi, una società come organismo, questa non deve subire le eventuali perdite di gestione. Solo così, infatti, un soggetto del genere potrebbe agire sul mercato in modo del tutto anomalo rispetto ad altri soggetti societari. Supponiamo, pertanto, che una società chiuda l'anno contabile con una perdita. A questo punto, diventa dirimente ai nostri fini vedere quale sia la sorte di tale perdita. Se la società, dopo aver intaccato le riserve, riduce il capitale sociale, abbiamo una situazione in cui le partecipazioni di tutti i soci vengono ridotte, con la palese conseguenza che la società nel suo complesso ha visto concretizzarsi il rischio di impresa, subendo le conseguenze di una cattiva (o, semplicemente, sfortunata!) gestione. Tale società non potrà essere considerata come organismo di diritto pubblico.

Al di là dello scopo sociale, infatti, che può anche essere la soddisfazione dell'interesse generale, il soggetto svolge la propria attività come un normale soggetto privato, e nel nostro caso come una normale società, subendone tutti i rischi connessi. Ma se, invece, quando la società subisce perdite di esercizio, queste non incidono sul capitale sociale dei singoli soci privati perché l'amministrazione copre sistematicamente ogni perdita, allora si può affermare che la società sia un organismo di diritto pubblico e come tale sia soggetta alla normativa pubblica sugli appalti. Senonché, almeno in linea teorica il problema si complica notevolmente. Uno schema societario così fatto, infatti, sembrerebbe in contrasto con l'art. 2265 c.c. secondo cui: " E' nullo il patto con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite". Il problema del "patto leonino" si pone con riferimento al contratto di società, escludendosi una sua applicazione ad altri istituti limitrofi (es. contratto di cointeressenza), indipendentemente dal tipo di società prescelto, attenendo alle condizioni essenziali del contratto di società. Sebbene l'art. 2247 c.c. non preveda espressamente la partecipazione del socio alle perdite, la giurisprudenza, ormai costante, ritiene necessaria che la partecipazione del socio si estenda anche alle perdite .Il patto leonino deve essere valutato in senso sostanziale e non formale. Quindi, indipendentemente dalla forma che il patto assume, se il risultato è che uno o più soci non subiscono le perdite derivanti dalla normale attività imprenditoriale per l'intervento di un altro socio, allora è senza dubbio integrata la fattispecie de qua .
Tutte le considerazioni fatte sembrano indirizzare verso un reale problema di conciliabilità tra la forma societaria mista che non abbia carattere industriale o commerciale in cui il socio di maggioranza, cioè l'amministrazione, ripiana le perdite che si generano, eventualmente, in corso di esercizio, e il divieto di patto leonino. Le soluzioni possibili di questo contrasto potrebbero, però, essere diverse.
Si potrebbe arrivare alla conclusione della disapplicazione automatica del divieto del patto leonino, perché in contrasto con la ratio e le finalità delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici. Le direttive comunitarie in tema di appalti, infatti, hanno esteso l'ambito soggettivo di applicazione dell'evidenza pubblica anche a quei soggetti che, indipendentemente dalla forma giuridica utilizzata, fossero stati istituiti per soddisfare specificamente interessi di carattere generale e la cui attività non avesse carattere industriale o commerciale. La ratio evidente di una tale previsione è quella di sottoporre alle procedure di evidenza pubblica anche soggettività nazionali, difficilmente individuabili una volta per tutte e a priori a livello comunitario, che, per loro sostanziale natura, non operano nel mercato come normali soggetti privati. Questa esigenza fu sentita come preminente quando ci si rese conto che gli interessi pubblici non solo potevano essere soddisfatti da soggetti diversi dalle amministrazioni, ma che era, addirittura, auspicabile un intervento diretto di soggetti privati. Tale necessità nasce proprio da logiche riflessioni di opportunità ed economiche.

A non diversa soluzione si perverrebbe se si facesse riferimento al principio della preminenza del diritto comunitario sul diritto nazionale. Principio cardine cui la giurisprudenza comunitaria è giunta già da molto tempo e che, sebbene dopo qualche iniziale tentennamento della Corte costituzionale, è oggi pacificamente condiviso anche in Italia.
Da un altro punto di vista, si ponga mente al fatto che il problema della violazione del divieto di patto leonino sussiste solo se alcuni soci siano totalmente esclusi dalle perdite, cioè solo se la partecipazione di questi non subisca alcun tipo di attacco dal verificarsi nella normale gestione di perdite di esercizio. Questo si ha solo se si verificano simultaneamente due condizioni: a) che le perdite vengano appianate dalla sola amministrazione e, b) che da un punto di vista contabilistico ciò non comporti alcuna variazione nella partecipazione dei soci privati. Sul punto sub a) sembra esserci concordia in dottrina nell'affermare che la società se è tenuta immune dalle perdite, lo è proprio grazie ad un sistematico intervento da parte dell'amministrazione stessa. La questione può assumere connotazione diversa a seconda di come si concretizzi l'intervento della P.A. A questo punto è necessario, però, fare una riflessione sulle modalità attraverso cui può avvenire la copertura della perdita. Senza entrare nel merito di questioni attinenti la contabilità ed il bilancio, che esulerebbero dall'oggetto del presente lavoro, possiamo passare in rassegna le principali forme di intervento in questo senso.

Oltre al "rinvio a nuovo" della perdita, uno strumento che potrebbe essere utilizzato è l'aumento immediato del capitale sociale. Tralasciando le forme estreme per porre rimedio alla perdita (come, ad esempio, il mutamento della veste giuridica o lo scioglimento anticipato della società), soffermiamo l'attenzione su quello che sicuramente rappresenta lo strumento più utilizzato per casi del genere e che fa sorgere i problemi maggiori al riguardo: i versamenti a fondo perduto. Si tratta di versamenti di somme necessarie per la copertura del deficit accertato. Tali somme, costituendo una sopravvenienza attiva, consentono di eliminare la perdita prima ancora della sua formazione, ovvero di reintegrarla, qualora sia già stata accertata in bilancio. Tenendo conto di quanto affermato, quindi, si può notare che il problema della lesione del divieto di patto leonino si presenterebbe solo in tale ultima modalità. Se, infatti, alla chiusura dell'esercizio, verificatasi una perdita, l'amministrazione decidesse di ripianarla direttamente attraverso, appunto, un versamento a fondo perduto, si può facilmente dire che non avendo la perdita intaccato la partecipazione dei singoli soci, è stato violato il divieto di patto leonino. Ma ben può aversi il caso che l'amministrazione agisca sul capitale sociale attraverso la sottoscrizione di un aumento . In questo caso, sebbene sia la sola P.A. a neutralizzare gli effetti che la perdita ha avuto sul capitale sociale, non si può dire che si sia verificata la violazione dell'art. 2265 c.c. Infatti, il socio privato, sebbene non abbia direttamente e concretamente provveduto all'esborso della cifra necessaria per sopperire alla perdita, ne ha subito tutti gli effetti Si noti che questa, in realtà, sembra essere l'unica ipotesi presa in considerazione dalla giurisprudenza. Si prenda in considerazione, infatti, l'ordinanza di rimessione all'adunanza plenaria n. 1831 del 2003. Al punto 15.3. si legge, infatti, che: "se dalle concrete circostanze si evince che l'ente pubblico che partecipa alla società, ove necessario, procede ad una ricapitalizzazione della società in perdita per consentirle la continuazione della sua funzione…". Da tale contesto sembra chiaro, quindi, che l'unica pratica utilizzata sia la modifica del capitale sociale.

4. Considerazioni conclusive sulla rilevanza dell'organismo didiritto pubblico

La nozione di organismo di diritto pubblico, sebbene sia stata creata per costringere alla gara pubblica soggetti con determinate caratteristiche, ha avuto una importantissima eco in ambito processuale. L'organismo ha finito per incidere, quindi, sul sistema del riparto di giurisdizione. Il legislatore italiano, infatti, al fine di garantire una tutela rapida, efficace ed effettiva, ha recepito le c.d. "direttive ricorsi" attraverso l'introduzione dell'art. 13 della legge 142/92. All'art. 13 si legge che "i soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme di recepimento possono chiedere all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno. La domanda di risarcimento è proponibile dinnanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo". Già da questa norma si evince il tentativo di superare il binomio ente pubblico – giudice amministrativo. L'attenzione viene spostata sulla necessaria sottoposizione alle regole di evidenza pubblica, anche se l'appaltante sia un soggetto privato. Insomma, sembra già delinearsi una situazione in cui la discriminante non sia più la posizione giuridica soggettiva vantata (interesse legittimo o diritto soggettivo), bensì le categorie di amministrazione aggiudicatrice.
Dalla formulazione dell'articolo 13 si è innescato un annoso dibattito giurisprudenziale e dottrinale. La questione centrale era definire che natura avessero gli atti emessi da soggetti che, benché formalmente privati, svolgessero attività volte alla cura di pubblici interessi.
Nel nostro ordinamento è prevalsa negli ultimi tre quarti di secolo una posizione di tendenziale chiusura riguardo alla possibilità, per i privati, di porre in essere atti amministrativi. Questo dibattito è stato sopito una volta per tutte dall'art. 6 della legge n. 205/2000. In forza di tale disposizione sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavoro, di servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale".
Da questa norma è chiaro come sia stato superato il binomio provvedimento amministrativo – giudice amministrativo. Ciò che rileva ai fini della giurisdizione, quindi, non è più la natura (appunto, amministrativa) del provvedimento emesso dal soggetto.
Se la procedura di affidamento è seguita da un soggetto, anche formalmente privato, che rientri nella nozione di amministrazione aggiudicatrice, allora le controversie saranno decise dal giudice amministrativo. Con tale legge si supera quindi la tendenza, fatta palese dal Consiglio di Stato, secondo cui la procedura di evidenza pubblica sarebbe oggettivamente pubblica, chiunque la ponga in essere.

Da tutto quanto precede si evince in modo chiaro che l'istituto de quo, così come interpretato nella prassi giurisprudenziale, ha contribuito in modo notevole a mutare le caratteristiche del nostro ordinamento. Si deve ritenere superata la rigida dicotomia tra soggetto pubblico e soggetto privato e, quindi, tra diritto pubblico e diritto privato. Non è più valido l'assioma secondo cui ad un soggetto privato si applica il diritto privato e ad un soggetto pubblico si applica il diritto pubblico. In un quadro così delineato si fa strada un tertium genus, cioè il diritto dell'economia europea, caratterizzato dal fatto che vengono utilizzati gli istituti idonei al raggiungimento delle finalità preposte.
Se, quindi, il diritto europeo ha prodotto questo risultatoda un punto di vista sostanziale, un simile mutamento ha avuto parimenti origine sul piano della tutela giurisdizionale. Infatti, in un sistema così fatto non avrebbe più ragion d'essere un criterio di riparto che dalla natura del soggetto deducesse il regime giuridico degli atti.
Storicamente si sosteneva che "l'atto amministrativo si presenta nei nostri ordinamenti come atto di pubblica autorità, dotato di imperatività e assistito dall'autotutela; per la sua imperatività, esso è idoneo a produrre l'effetto di ridurre o cancellare diritti soggettivi dell'amministrato… e per l'autotutela esso è tale da potere essere eseguito dallo stesso suo autore".
Del resto, anche, la stessa Costituzione agli articoli 103 e 113 qualifica come amministrativi solo gli atti emanati da una pubblica amministrazione.
Ed è proprio questo il punto più delicato della questione. La figura dell'organismo di diritto pubblico è nata essenzialmente per assoggettare all'evidenza pubblica alcuni soggetti "ibridi". Questo ha prodotto, però, degli effetti considerevoli sull'intero ordinamento giuridico italiano. Per fornire una adeguata tutela, infatti, si è imposta una lettura estensiva di atto amministrativo e di pubblica amministrazione, così come definite una volta per tutte nella Carta costituzionale. In sostanza, quindi, il concetto di pubblica amministrazione, seppure identico nel contenuto letterale, si evolve nel significato materiale ed effettuale, per adeguarsi alle differenti realtà di fatto. l rapporto organico indica una relazione organizzativa tra l'organo (o l'ufficio) ed il soggetto ad esso preposto o assegnato, il rapporto di servizio indica, invece, il rapporto esterno esistente tra il dipendente pubblico e l'ente.

12. Le società in house: profili giuridici e dubbi interpretativi
14 dicembre 2017
Vincenzo Varchetta

Abstract
La natura giuridica delle società cosiddette "in house" rimane uno degli argomenti più controversi e dibattuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza all'interno del nostro ordinamento. Con il Decreto Legislativo n. 175/2016 il legislatore è intervenuto al fine di disciplinare la materia delle società partecipate, riservando diverse norme ad hoc alle società in house, senza tuttavia dipanare i principali dubbi ermeneutici sollevati da numerose sentenze emesse dalla Corte di Cassazione e dal contributo di autorevole dottrina. I giudici nomofilattici, in particolare, con la nota sentenza a Sezioni Unite, 25 novembre 2013, n. 26283 e con successive pronunce hanno gettato profondi dubbi sull'istituto in parola, arrivando a mettere in discussione l'opportunità e l'efficacia di quelli che sembrano essere meri moduli organizzativi della P.A. "mascherati" da enti societari di diritto comune.

Le società in house: profili giuridici e dubbi interpretativi

L'intervento del legislatore. Il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica di cui al d.lgs., n. 75/2016 (da ora in avanti Testo Unico), in armonia con la legge delega (la quale, ai sensi dell'articolo 18, comma 1, esortava il legislatore a considerare, nella stesura del Testo Unico, della "distinzione tra tipi"), ha incluso una serie di previsioni dedicate in modo specifico alle società cosiddette in house, orientate, in primo luogo, a definire - sulla base di consolidati orientamenti interpretativi - le modalità di affidamento diretto del servizio e le relative condizioni minime e, in secondo luogo, a rendere compatibile le norme sulle società di capitali con l'"assetto organizzativo" qualificante la figura societaria in parola.

Allo scopo, il legislatore, conferendo all'autonomia statutaria la facoltà di derogare ex art. 16, comma 2, le norme che regolano sul versante codicistico la ripartizione di competenze tra soci ed amministratori (al fine di permettere l'esercizio del c.d. controllo analogo, che con riferimento all'in house costituisce elemento caratterizzante), affronta il vulnus della disciplina, ma non lo scioglie, riservando all'interprete il delicato compito.

Rimane irrisolta (e, a ben vedere, neppure dipanata), la questione di base concernente la qualificazione giuridica della fattispecie di in house (la cui "anomalia" rispetto ai principi di diritto societario operanti nel nostro ordinamento è stata ben afferrata, nei termini che si analizzeranno, dalla ben nota sentenza della Corte

di Cassazione, Sezioni Unite, 25 novembre 2013, n. 26283).

Profili giuridici: l'in house providing e il diritto societario. Tra i numerosi profili della materia meritevoli di un approfondimento è opportuno chiedersi se l'intervento del legislatore abbia espunto tout court l'incompatibilità genetica sussistente tra l'in house e i principi del nostro ordinamento societario. A tal'uopo, considerando che le stesse previsioni della nuova disciplina, come si avrà modo di appurare, inducono a ricondurre le società a partecipazione pubblica, incluse - sia pure con qualche evidente contraddizione in nuce - le società in house, nell'alveo del diritto societario, facendo sì che esse vengano attratte, salvo espresse deroghe di legge, dalla relativa disciplina, è desumibile che detto conflitto non solo persista, ma ne risulti in una certa misura acuito.

La società in house, sulla falsariga di un'interpretazione ormai pacifica della giurisprudenza, preserverebbe della società solo la forma esteriore, costituendo, in realtà, «un'articolazione in senso sostanziale della pubblica amministrazione da cui promana e non un soggetto giuridico ad essa esterno e da essa autonomo [Corte di Cassazione, Seconda Sezione Civile, 14 marzo 2016, n. 4938]. Una tale configurazione, che trova le proprie origini nel diritto comunitario, si giustifica in base al fatto che solo quando la società affidataria è interamente partecipata dall'ente pubblico, esercita in favore del medesimo la parte più importante della propria attività ed è soggetta al suo controllo in termini analoghi a quello in cui si esplica il controllo gerarchico dell'ente sui propri stessi uffici, non sussistono esigenze di concorrenza e quindi si può escludere il preventivo ricorso a procedure di evidenza pubblica [tra le più recenti sentenze in tal senso, Corte di Giustizia UE, Quinta Sezione, 8 maggio 2014, causa C-15/13].

Tale fenomeno giuridico, come precisa la sopracitata sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, n. 28283, risulta però anomalo per il nostro ordinamento, non solo in quanto le società in house sono "società di capitali non destinate (se non in via del tutto marginale e strumentale) allo svolgimento di attività imprenditoriali a fini di lucro, così da dover operare necessariamente al di fuori del mercato", ma soprattutto per l'estrema difficoltà di conciliare con la configurazione della società di capitali (intesa come persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa agisce) una fattispecie che, invece, si caratterizza per "la totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale" I suoi organi sociali, in quanto assoggettati a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, non potrebbero perciò essere considerati titolari di un mero "munus" privato, ma risulterebbero legati a quest'ultima da un vero e proprio rapporto di servizio, non diversamente da quanto vale per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico.

La stessa società in house, infine, sarebbe addirittura priva di quell'autonomia giuridica che caratterizza qualsiasi altra società di capitali la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva"; l'uso del termine "società" starebbe a giustificare il paradigma organizzativo tipico modello societario ma, in tale fattispecia, non è più possibile rintracciare elementi distintivi delle società di capitali, individuabili nell'autonomia della persona giuridica, anche intesa come centro decisionale, di cui sia possibile individuare un interesse proprio.

La natura giuridica delle società in house: orientamenti giurisprudenziali. Recentemente il Consiglio di Stato, in sede di Adunanza della Commissione Speciale, ha ricordato come «sulla natura giuridica dell' in house sussistano essenzialmente due orientamenti, l'uno, che qualificandolo come mera articolazione interna della pubblica amministrazione, lo assoggetta (sia pure con i necessari adattamenti) al regime delle pubbliche amministrazioni e l'altro che, considerandolo come persona giuridica di diritto privato, ne afferma invece la riconducibilità al regime privatistico (salvo le "deroghe" operanti per tutte le altre società partecipate)».

Qualunque sia la prospettazione seguita, chiosa il Consiglio di Stato, è certo che la società in house mantenga «una forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo, che la rende non riconducibile al modello generale di società quale definito dalle norme di diritto privato» [Consiglio di Stato, Adunanza Commissione Speciale, 16 marzo 2016, n. 438].

Rileva, dunque, la necessità di approfondire il tema della qualificazione giuridica della società in house, nonché il grado di "resistenza" della ricostruzione giurisprudenziale prospettata, alla luce dei nuovi sviluppi legislativi, che, invece, sembrano suggerire diverse conclusioni. In definitiva, questione interpretativa fondamentale concerne l'accertamento dei requisiti della società in house, imprescindibili per ritenerla mera "longa manus" della P.A. partecipante, analizzata, come è ovvio e doveroso, avendo riguardo ai principi enunciati dalla Corte di giustizia, sui quali è sembrato quindi opportuno soffermarsi.

Secondo l'esplicitazione fornita dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 25 novembre 2013,n. 26283 e da quelle successive, occorre:

a. «in primo luogo, che il capitale sociale faccia capo ad un ente pubblico, anche ad una pluralità di essi,ferma la necessità dell'inibizione statutaria alla partecipazione al capitale sociale di soci privati [Corte diCassazione Sezioni Unite, 24 febbraio 2015, n. 3677], salva la possibilità di non tenere conto di una taleprevisione, qualora sia nulla per incompatibilità con norme speciali di carattere pubblico ed imperativo [Corte di Cassazione Sezioni Unite, 22 luglio 2014, n. 16622];

b. in secondo luogo, «è imprescindibile la prevalente destinazione dell'attività in favore dell'ente o degli enti partecipanti alla società che, pur presentando innegabilmente un qualche margine di elasticità, postula in ogni caso che l'attività accessoria non sia tale da implicare una significativa presenza della società quale concorrente con altre imprese sul mercato di beni o servizi [Corte di Cassazione Sezioni Unite, 10 marzo
2014, n. 5491];
c. «in terzo luogo, è necessario accertare l'esistenza del cosiddetto controllo analogo, che consiste nel potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica, così da non identificarsi con l'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società, dovendo trattarsi di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile» [Corte di Cassazione Sezioni Unite, 22 luglio 2014, n. 16622].

Dubbi interpretativi. La chiarezza e, per certi versi, la ratio del principio non permettono, peraltro, di negare quella che, in tutta evidenza, risulta un'anomalia ordinamentale, che dà vita ad un vero e proprio paradosso giurisprudenziale, poiché un istituto nato per valorizzare il mercato e la parità delle condizioni degli operatori diviene, al contrario, «strumento di estensione del settore pubblico», senza neppure essere imposto dal diritto comunitario. La società in house, infatti, trova le sue origini nell'ordinamento comunitario, che a sua volta si ispira all'ordinamento giuridico anglosassone e dal common law, in cui la nozione in parola è stata elaborata al fine di garantire l'obiettivo «di assicurare la libera circolazione dei servizi e l'apertura dei mercati ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri» [Corte di giustizia, 19 giugno 2008, C-454/06].

Tuttavia, nella dimensione giuridica e fenomenologica dell'in house, «la natura societaria finisce con il divenire meramente definitoria, evocativa di una categoria, ma non di un regime giuridico; l'elemento distintivo, sostanziale è caratterizzato esclusivamente dalla natura pubblica dell'azionista e delle risorse che da esso affluiscono alla società; l'azionista pubblico viene posto in una situazione differente, sia per ciò che concerne le tutele patrimoniali, sia per quanto riguarda l'autonomia nella decisione di avviare l'azione di responsabilità. Pertanto, per la società in house, ipso iure, si inverte il rapporto fra regola ed eccezione, perché la disciplina del codice civile diviene puramente residuale, mentre le norme speciali dettate per ciascuna società pubblica vengono messe in primo piano e divengono decisive per individuare la disciplina applicabile secondo i diversi profili giuridici con si intende analizzarle.

Il cammino verso il distacco dalle società di diritto comune sembra così definitivamente compiuto, al punto che, come evidenziato nella citata sentenza n. 26283 del 2013 della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, «l'uso del vocabolo società qui serve solo allora a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario», ma «di una società di capitali intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponde un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare».
Tribunale Bologna 24.07.2007, n.7770 - ISSN 2239-7752
In definitiva, affermano le Sezioni Unite, le società in house hanno della società di capitali «solo la forma esteriore», ma sono in realtà una "longa manus" della P.A. e per esse «la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva». Il risultato è l'impossibilità di distinguere la titolarità del patrimonio dell'ente pubblico e della società, essendo gli amministratori legati all'ente da un vero e proprio rapporto di servizio, con conseguente ricorrenza dei presupposti della giurisdizione della Corte dei conti sulle azioni in esame. La domanda che, sostanzialmente, parte della dottrina oggi ancora si pone è quella che induce a «dubitare dell'opportunità di moduli organizzativi della P.A. che dovrebbero garantire efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa e che, invece, non di rado, da un canto, appaiono preordinati a rappresentare un aggravio della spesa pubblica, dall'altro, introducono elementi di incertezza ed irrazionalità e appaiono suscettibili di cagionare gli interessi di quanti con tali strutture entrano in rapporti giuridici». [SALVATO L., Società pubbliche, responsabilità degli amministratori eriparto della giurisdizione)

13.Le società pubbliche – D.Lgs. n. 175/2016 e il correttivo del 2017

Di Maria Casillo

1. Premessa

Il fenomeno delle società pubbliche[1] sottende l'attuale dibattito sul rapporto tra diritto pubblico e diritto privato, ossia l'utilizzo da parte del diritto amministrativo degli schemi tipici del diritto privato.
A tal proposito una nota sentenza del Consiglio di Stato[2] ha precisato che "è compito dell'interprete individuare le possibili ipotesi di convivenza di schemi lontani fra loro, nella consapevolezza che non bisogna mai trasporre, per un malinteso senso delle simmetrie giuridiche o per un'artificiosa reductio ad unitatem dell'intero sistema giuridico, categorie civilistiche nel diritto amministrativo".
Le ragioni che hanno ispirato il T.U. in materia di società a partecipazione pubblica sono rappresentate dalla necessità di semplificare e razionalizzare un numero impressionante di società pubbliche[3]; problema che, invece, era sconosciuto all'epoca della legge di unificazione del 1865.

Orbene, ai fini dell'analisi della disciplina oggi contenuta nel d.lgs. 175/2016, occorre dare una definizione, di soggetto pubblico e, pertanto, è necessario principiare dai modelli di enti pubblici che si sono conosciuti nel corso del tempo.

2. L'evoluzione del concetto di soggetto pubblico

L'organizzazione amministrativa dello Stato liberale era semplice ed era caratterizzata da pochi enti territoriali: Stato, Province e Comuni. Erano, altresì, pochissimi gli enti pubblici economici diversi dagli enti territoriali, che per lo più erano caratterizzati da una struttura associativa (es. ordini professionali).

Tale Stato (c.d. "Stato guardiano notturno") si preoccupava essenzialmente di controllare l'ordine pubblico interno e la difesa del territorio da nemici esterni, lasciando libero il mercato di ricercare il suo equilibrio.

Verso la fine del XIX secolo e l'inizio del XX secolo si è assistito al potenziamento dello Stato, con la relativa crescita dei Ministeri e delle Agenzie che iniziarono ad occuparsi dei servizi pubblici.

Questo momento storico segna l'avvio del processo di dilatazione delle strutture organizzative originarie dello Stato, con la nascita, a livello statale, delle AZIENDE AUTONOME (enti inseriti in ambito ministeriale dotati di autonomia di gestione e di una diversa disciplina finanziaria, contabile e dei controlli); mentre a livello locale, delle AZIENDE MUNICIPALIZZATE (quali diramazione degli enti territoriali che svolgevano, ai livelli più vicini al cittadino, le medesime funzioni delle aziende autonome); nonché con la moltiplicazione degli enti pubblici funzionali, che ha determinato una progressiva differenziazione e moltiplicazione degli enti pubblici.

Si passa, in questo modo, da uno Stato controllore ad uno "interventista".

A seguito della crisi del 1929, così come nel dopoguerra, si è registrato un forte intervento dello Stato nell'economia a causa delle difficoltà economiche consequenziali a tali eventi storici.

In particolare, lo Stato ha iniziato a rilevare i pacchetti azionari di società private in dissesto al fine di evitarne il fallimento (es. l'acquisto di partecipazioni azionarie da parte dell'IRI, istituto per la ricostruzione industriale).

Si è così passati ad un modello di Stato imprenditore e finanziatore.

Con l'entrata in vigore della Costituzione il panorama degli enti pubblici si è arricchito di un altro ente: la REGIONE (ente pubblico dotato di potestà legislativa e statutaria in determinate materie elencate dall'art. 117 Cost.) e con la riforma del Titolo V le funzioni amministrative sono state redistribuite in un'ottica di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza[4].

Nella stessa prospettiva di evoluzione della compagine dei soggetti pubblici, la legge sul parastato (l. 70\1975) ha continuato l'opera di trasformazione mediante una proliferazione incontrollata di enti pubblici necessari, qualificati come parastatali, che operavano in settori importanti come la ricerca scientifica, la cultura e la promozione economica.

Tale quadro ha reso arduo dare un'unica definizione di Pubblica Amministrazione; la persona giuridica pubblica ha assunto una rilevanza tale che ne è divenuto difficile discernere il complesso panorama.
Oggi si parla, infatti, di PLURALISMO DELLE PA o PA A GEOMETRIA VARIABILE.
Tale pluralismo organizzativo si presenta come:

- pluralismo di pubblici poteri (Stato, Regioni ed enti locali),
- pluralismo dell'organizzazione statale (pluralità di ministeri),
- pluralità di ENTI PUBBLICI (ossia organizzazioni differenziate dai pubblici poteri in senso stretto e dotate di propria personalità giuridica, ma ad essi collegate da più o meno intensi legami organizzativi).

L'uniformità ha lasciato il posto alla diversificazione di modelli, prospettandosi un sistema di amministrazione non più ruotante attorno allo Stato-apparato, bensì ispirato al principio del pluralismo istituzionale, in virtù del quale accanto allo Stato, ente pubblico per antonomasia, operano altri soggetti dotati di capacità giuridica di diritto pubblico e deputati al perseguimento di finalità di pubblico interesse.
L'intervento così penetrante dello Stato nell'economia ha determinato un incremento incontrollabile del debito pubblico, imponendo un peculiare processo di liberalizzazione e privatizzazione al fine di ridurlo.
Tale fenomeno si è articolato in due fasi:

- privatizzazione fredda: trasformazione degli enti pubblici in società per azioni controllate in tutto o in parte dallo Stato (fase realizzatasi con successo);
- privatizzazione calda: dismissione totale o parziale dei pacchetti azionari in mano pubblica (fase mai giunta a completo compimento in quanto il socio pubblico ha continuato a mantenere il controllo sull'ente c. d. Golden share).

Si è tornati a politiche liberali e antistataliste, dando vita ad modello di Stato Arbitro e regolatore, di cui esempio sono le Autorità Amministrative Indipendenti, preposte a regolare diversi settori sensibili.
Con il processo di privatizzazione di cui sopra, però, sono sorti problemi di inquadramento formale della disciplina; infatti, all'interno del sintagma "società pubbliche" possono, nella pratica, essere racchiuse figure tra loro profondamente eterogenee, come:

- società totalmente pubbliche, pubbliche maggioritarie o minoritarie;
- società partecipate in modo diretto o indiretto;
- società che esercitano attività amministrative in forma privata (ossia società che integrano moduli organizzativi di funzioni amministrative);
- società che operano sotto la protezione pubblica;
- società monopolistiche in settori ancora non liberalizzati o imprese pubbliche che sottostanno alla legge del mercato.

In virtù di tale variegato quadro, parte della dottrina[5] ha operato una macro distinzione tra:
–>società a partecipazione pubblica che svolgono attività di impresa, in cui si registra una separazione effettiva tra socio e società, con la conseguenza che la qualificazione pubblicistica dell'azionista non si estende alla società. Per tali compagini sociali non si pongono particolari problemi, in quanto l'unico collegamento con lo Stato e gli enti pubblici si riferisce alla titolarità pubblica del pacchetto azionario o di una sua parte consistente: la PA è azionista. Pertanto si tratta di soggetti che mantengono la loro natura privata essendo pubblico solo il socio che partecipa ad esse;
–>e società deputate allo svolgimento di funzioni pubbliche, caratterizzate da un particolare rapporto tra socio e società, tant'è che, in alcuni casi, si discorre di propagazione della mano dell'azionariato pubblico sulla natura e sul funzionamento della società[6].
Nel concetto di PUBBLICHE FUNZIONI rientrano tutte le attività – non solo svolte da soggetti pubblici a ciò istituzionalmente designati, ma anche da soggetti privati a ciò deputati per legge – finalizzate alla cura di interessi collettivi mediante l'esercizio di poteri amministrativi di stampo pubblicistico. È per tale motivo che non può più accogliersi una nozione statica di ente pubblico, anzi, deve darsi atto del fatto che recentemente il CDS (con sentenza n. 2660\2015) si è orientato verso una "nozione funzionale e cangiante di ente pubblico: uno stesso soggetto può avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti e può, invece, non averla ad altri fini, conservando, rispetto ad altri istituti, regimi normativi di natura privatistica".
Questa seconda categoria di società, a differenza di quanto si è detto per la prima, ingenera rilevanti problemi, in particolar modo per quanto attiene alla disciplina applicabile.
Infatti alla qualificazione pubblicistica di un ente si connettono rilevanti conseguenze.
In primo luogo il soggetto pubblico deve rispettare una serie di principi:

- il principio di imparzialità (art. 97 Cost.) in virtù del quale l'azione amministrativa non può esercitarsi in modo arbitrario ed è sempre finalizzata al raggiungimento di determinati scopi secondo un procedimento decisionale ragionevole e trasparente, in misura più o meno articolata, predeterminato dalla normativa. La PA quando agisce deve tener conto anche degli interessi dei terzi;
- il principio del buon andamento, in virtù del quale l'azione amministrativa deve produrre risultati utili per la collettività. A tal fine essa ha bisogno di un'organizzazione efficiente che possa dare luogo ad azioni efficaci e produttive di risultati utili per la collettività, in termini pratici e con riferimento agli interessi di vita, lavoro, benessere, nonché a quelli economici di tutti i cittadini coinvolti nell'esercizio di una determinata azione amministrativa;

- il principio dell'economicità dell'azione amministrativa e della sua gestione finanziaria in virtù del quale non si possono produrre ottimi risultati per i cittadini spendendo troppo, al di fuori delle compatibilità finanziarie dell'ente;
- i principi di diritto comunitario.

In secondo luogo, laddove una società venga qualificata come pubblica, in virtù dei fini (pubblicistici) che la stessa persegue, viene assoggettata, oltre alle regole codicistiche (proprie di quella forma), anche alla disciplina ordinaria pubblicistica, che deroga a quella di diritto comune per quanto concerne la disciplina: -dell'accesso (art. 22 legge 241/1990); -del procedimento (art. 29 legge 241/1990, per le società a maggioranza pubblica); -della sindacabilità degli atti (in virtù del d.lgs. 104\2010); -degli appalti (art. 3 d.lgs. n. 50/2016); -della selezione del personale (art. 18 d.l. n. 112/2008, cd. decreto Tremonti); -del controllo contabile (Corte Cost. n. 466/1993); –della responsabilità erariale (Cass., Sez. Unite n. 5848/2015).

In considerazione della mole di deroghe cui sono assoggettate le società c.d. pubbliche, rispetto alla disciplina comune prevista nel codice civile, la dottrina maggioritaria ha spesso evocato il termine di semi-amministrazioni: società formalmente private, ma sostanzialmente sottoposte a un regime pubblicistico.

Per tale motivo si è posto il dubbio sulla ammissibilità di enti pubblici in forma societaria e dunque della compatibilità dello schema societario (tipico del diritto privato) col perseguimento del pubblico interesse (tipico del diritto amministrativo).

3. Compatibilità dello strumento societario e dello scopo di lucro con le finalità pubblicistiche

Sul punto si sono registrate due teorie:

TESI PRIVATISTICA: la veste societaria è incompatibile con l'ente pubblico; lo scopo di lucro non può essere in alcun modo obliterato, poiché, diversamente ragionando i soci privati vedrebbero sacrificata la redditività dei loro investimenti. Del resto il codice civile è perentorio nell'indicazione del fine, di ripartizione degli utili (art. 2247 c.c.), che la società si propone di perseguire. Disconoscere questo aspetto, trasformando la società in uno schema neutro vuol dire, secondo quest'orientamento, violare il principio di democraticità degli azionisti, il principio di maggioranza, il potere di controllo all'interno della società, nonché eliminare il forte rischio insito nelle società di capitali. Tale ricostruzione sarebbe suffragata dalla Relazione al codice civile nella parte in cui afferma che lo Stato può partecipare ad una società per azioni, ma in questi casi deve sottoporsi alla disciplina prevista dal codice civile, salvo che non sia diversamente stabilito.

TESI PUBBLICISTICA (accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie) secondo cui vige il principio di neutralità delle forme giuridiche, pertanto il modello societario è compatibile con la gestione della cosa pubblica. La società è un contenitore neutro idoneo a perseguire interessi pubblici, nel senso che tale necessità ha trasformato la società commerciale in uno strumento utilizzabile anche per finalità differenti (es. società cooperative contrassegnate dallo scopo mutualistico, art. 2511 c.c.). D'altronde lo stesso c.c. all'art. 2332 tra le cause di nullità delle società non contempla la mancanza dello scopo di lucro. Di tale compatibilità può darsi prova facendo riferimento anche alla l. 887\1984 che ha previsto la costituzione dell'AGECONTROL s.p.a., una società per azioni con personalità di diritto pubblico.
La giurisprudenza più recente ha avallato questo secondo orientamento ritenendo indifferente il nomen iuris, e ponendo maggior attenzione agli aspetti sostanziali ed economici; pertanto, anche laddove una società venga privatizzata nella forma, restando soggetta al controllo dello Stato e funzionalizzata al fine pubblico da perseguire con moduli amministrativistici, dovrà considerarsi un ente pubblico ed essere soggetta alla relativa disciplina.
Acclarata la possibilità per la PA di ricorrere allo strumento societario per il perseguimento dell'interesse pubblico, vanno individuati i criteri identificativi che permettono di qualificare la società partecipata dallo Stato quale ente pubblico, distinguendola, così, dalle società di diritto civile.
Gli indici elaborati dall'orientamento maggioritario sono: -costituzione ad iniziativa pubblica (requisito non ritenuto da solo sufficiente); -predeterminazione dello scopo da perseguire da parte dello Stato; -assoggettamento ad un sistema di controlli pubblici; -ingerenza dello Stato o di altra PA nella nomina e nella revoca dei dirigenti dell'ente e\o nella sua amministrazione; -partecipazione dello Stato, o della diversa PA, alle spese di gestione; -esercizio da parte dello Stato, o di diversa PA, di un potere di direttiva sugli organi dell'ente ai fini del perseguimento di determinati obiettivi; -corresponsione di finanziamenti pubblici.
Detto ciò occorre capire se le società pubbliche debbano, o meno, essere considerate degli enti pubblici in assoluto. Ebbene, secondo la tesi preferibile, le stesse vanno considerate come veri e propri enti pubblici solo laddove operino come pubbliche amministrazioni, ossia in base al fine perseguito.
Emerge, in tal modo, una nozione elastica di ente pubblico che non è tale in ogni sua sfera di azione o manifestazione, infatti queste società:
-seguono le regole privatistiche in materia di organizzazione: atti di auto-organizzazione, funzionamento dei servizi e degli uffici, organi sociali, rapporti tra soci e rapporti di lavoro,

-essendo, invece, considerate enti pubblici per ciò che riguarda i singoli istituti che derogano alla normativa di diritto comune, ossia in riferimento all'accesso, alle gare di appalto, alla selezione del personale, al controllo contabile, alla responsabilità; d'altronde una società pubblica può essere un ente pubblico solo nei campi in cui operi una norma espressa che, in conformità ai principio di riserva di legge e di legalità, lo doti di poteri pubblici e di uno statuto di diritto pubblico.

4. La riforma

Il quadro normativo, in materia di società pubbliche, ante riforma del 2016, rappresentava il risultato di una serie di interventi frammentari adottati in contesti storici diversi per perseguire finalità di volta in volta imposte da esigenze contingenti[7]. La situazione presentava un forte disordine normativo che ha caratterizzato negativamente la disciplina delle partecipazioni societarie detenute dalle pubbliche amministrazioni. In considerazione di ciò è stato necessario introdurre una disciplina unitaria finalizzata a risolvere i problemi di inquadramento e di regime giuridico di tali soggetti.

È per questo motivo che il Parlamento, con la legge del 7 agosto 2015[8], ha delegato il Governo ad adottare un decreto di riforma della pubblica amministrazione nel suo complesso[9]. Lo scopo della riforma, secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato nel parere n. 968/2016, è quello di "semplificare e razionalizzare le regole vigenti in materia, attraverso il riordino delle disposizioni nazionali e la creazione di una disciplina generale organica".

Questi i punti essenziali dell'intervento delegato dalla Riforma Madia:

- innanzitutto, limitare la costituzione di nuove società pubbliche; rendere trasparenti i bilanci delle società in controllo pubblico; ridurre il numero di società pubbliche; impedire il proliferare di società non necessarie;
- in secondo luogo, ridurre le aree di intervento delle società pubbliche; eliminare o limitare le società pubbliche non in equilibrio economico; ridefinire il sistema di gestione del personale delle società a controllo pubblico; garantire che l'attività delle società a partecipazione pubblica sia maggiormente efficiente;
- infine, migliorare i servizi erogati a cittadini e imprese; dando maggiore credibilità e trasparenza alla pubblica amministrazione; favorendo il migliore utilizzo delle risorse pubbliche, mediante l'efficiente allocazione delle stesse e la rimozione delle fonti di spreco.

È questo il quadro in cui si inserisce il d.lgs. 175\2016.

Il Testo Unico si articola sostanzialmente in quattro tipologie di intervento:

- disposizioni introduttive recanti: l'indicazione dell'oggetto e dell'ambito di applicazione del T.U.; la formulazione delle definizioni; l'individuazione dei tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica;

- disposizioni volte a stabilire condizioni e limiti delle partecipazioni pubbliche, nonché a ridefinire le regole per la costituzione di società o per l'assunzione o il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche, e di alienazione di partecipazioni pubbliche;
- disposizioni in materia di organi di amministrazione e di controllo delle società a controllo pubblico;
- disposizioni volte ad incentivare l'economicità e l'efficienza mediante l'introduzione di procedure di razionalizzazione periodica e di revisione straordinaria, di gestione del personale, di specifiche norme finanziarie per le partecipate degli enti locali e di promozione della trasparenza.

Il decreto ha, poi, subìto una modifica ad opera del correttivo, d.lgs. n. 100/2017 pubblicato sulla GU n. 147 del 26 giugno 2017, con il quale il Governo da un lato, ha dato completa attuazione alla legge delega n. 124/2015, dall'altro, ha adeguato la disciplina contenuta nel d.lgs.175/2016 alla recente sentenza della Corte Costituzionale n. 251/2016, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale delle legge delega (124/2015) per quanto attiene alla modalità procedurale di adozione dei decreti attuativi della riforma, nella parte in cui era previsto che i decreti legislativi attuativi della c.d. riforma di semplificazione della P.A. fossero adottati previa acquisizione del parere reso in Conferenza unificata, anziché previa intesa.

D'altronde la disciplina organica delle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche, come ha sottolineato la Corte Costituzionale, "coinvolge inevitabilmente, profili pubblicistici, che attengono alle modalità organizzative di espletamento delle funzioni amministrative e dei servizi riconducibili alla competenza residuale regionale, … e profili privatistici, inerenti alla forma delle società partecipate, che trova nel codice civile la sua radice, e aspetti connessi alla tutela della concorrenza, riconducibile alla competenza esclusiva del legislatore statale". Considerando che non si può individuare un ambito prevalente tra materie di competenza statale e materie di competenza regionale, la disciplina va regolata mediante applicazione del principio di leale collaborazione, perciò il Testo Unico sulle partecipate può trovare attuazione solo dopo idonee trattative tra Stato ed enti locali, da formalizzare non con il mero parere, ma attraverso l'intesa in sede di Conferenza unificata.

5. Analisi del Testo Unico

Come precisato sopra, il decreto 175/2016 interviene su quattro punti fondamentali, di seguito analizzati.

Tra le disposizioni introduttive particolare attenzione va posta:

–Sull'indicazione dell'oggetto e dell'ambito di applicazione del T.U. (art. 1). La riforma ha ad oggetto la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, estendendo la disciplina anche alle società quotate ove espressamente previsto.
–Sulla formulazione delle definizioni (art.2).
Il T.U., all'art. 2, opera un'importante distinzione tra:

- società PARTECIPATE da una PA qualora quest'ultima sia titolare di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi; tale partecipazione può essere anche indiretta nella misura in cui sia detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica;
- società CONTROLLATE da una PA ove versino in una situazione di controllo come descritta nell'art. 2359 c.c.. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.

Si precisa poi che:

- il CONTROLLO ANALOGO è quella "situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante" (cd. in house a cascata)[10];
- mentre il CONTROLLO ANALOGO CONGIUNTO è la "situazione in cui l'amministrazione esercita su una società, congiuntamente con altre amministrazioni, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi"[11].

–Sull'individuazione dei tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica (art. 3). La partecipazione pubblica è ammessa nelle società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni e società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa. L'individuazione delle tipologie di società è completata dagli artt. 16, 17 e 18, dedicati, rispettivamente, alle società in house, alle società miste pubblico-private, al procedimento di quotazione di società a controllo pubblico in mercati regolamentati.
Il fenomeno delle SOCIETA' IN HOUSE nasce nella giurisprudenza europea, con la storica sentenza della CGUE, in causa Teckal (1999), con la finalità di limitare le ipotesi in cui si può derogare alle regole della "concorrenza per il mercato"[12] mediante il ricorso a forme di affidamenti diretti di compiti relativi alla realizzazione di opere pubbliche o alla gestione di servizi pubblici.
I giudici sovranazionali, in quella sede, indicarono, tra i requisiti necessari ai fini della configurazione dell'in house: -la partecipazione interamente pubblica; -l'esercizio da parte dell'amministrazione di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; -lo svolgimento dell'attività prevalentemente a favore dell'amministrazione controllante.
Il legislatore europeo ha poi trasfuso l'esperienza giurisprudenziale nelle direttive del 2014, tratteggiando i requisiti dell'istituto ma modificando, in parte qua, quanto stabilito dalla giurisprudenza gli anni addietro.
La disposizione contenuta nell'art. 12 della direttiva 2014/24/UE è stata recepita, prima nel Codice dei contratti pubblici all'art. 5, poi nell'art. 16 d.lgs. 175/2016 da quale emerge che:
– sono state ammesse, eccezionalmente, forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata;
– è stata prevista la necessità che oltre l'80% dell'attività svolta dall'ente deve essere a favore dell'amministrazione pubblica. Il mancato rispetto di tale limite di fatturato costituisce grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c. e dell'art. 15 d.lgs. 175/2016, ma può esservi una sanatoria laddove, entro tre mesi dalla data in cui si è manifestata l'irregolarità, la società rinunci ad una parte dei rapporti di fornitura con soggetti terzi o rinunci agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci;
– ferma, poi, la previsione di forti poteri di gestione del socio pubblico nella forma del controllo analogo, elemento che, in riferimento all'assetto organizzativo della società, deroga la disciplina del codice civile.

In considerazione di tali caratteri, la prevalente giurisprudenza ha ritenuto che in riferimento alla società in house manca il requisito dell'alterità soggettiva rispetto all'amministrazione pubblica, pertanto, più che collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, è una sua articolazione interna, una sorta "longa manus della pubblica amministrazione", ne consegue che l'affidamento pubblico in tali casi neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo, ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa[13].
L'art. 17 del T.U. in commento reca specifiche disposizioni relative alle SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE MISTA PUBBLICO-PRIVATA, costituite per la realizzazione e la gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale, attraverso un contratto di partenariato di cui all'art. 180 d.lgs. 50/2016, con un imprenditore che sia stato selezionato con una gara a doppio oggetto[14], ossia una gara che riguarda sia la scelta del socio, sia l'affidamento del contratto d'appalto o di concessione, oggetto esclusivo dell'attività della società mista.
Quanto ai criteri di scelta del socio privato nelle società miste, questa deve essere rimessa al principio dell'evidenza pubblica, considerato un principio immanente nell'ordinamento italiano anche dalla giurisprudenza amministrativa, in particolare si richiama una sentenza del TAR Lazio del 2016 secondo cui "La scelta del socio privato non si può sottrarre ai principi di concorrenzialità e par condicio, sia che si tratti di società miste di maggioranza che miste di minoranza. Dunque, la conformità al diritto eurounitario del modello delle società miste impone che la selezione del socio privato sia oggetto di una procedura trasparente e concorrenziale".
Il soggetto scelto deve possedere i requisiti di qualificazione previsti dalle norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita. Il bando di gara deve specificare l'oggetto dell'affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, nonché il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per la PA che ha indetto la procedura. All'avviso pubblico sono allegati la bozza dello statuto e degli eventuali accordi parasociali, nonché degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante.

Una volta individuato il socio privato ed affidato a lui l'appalto o la concessione, il rapporto con la PA si limita alla durata del lavoro, servizio o fornitura. Quanto, poi, all'individuazione del giudice competente a conoscere delle controversie sorte a seguito dell'annullamento degli atti della procedura ad evidenza pubblica che si riflettono sui contratti di società stipulati a valle, le SS. UU. hanno affermato che *"la giurisdizione in materia di controversie aventi ad oggetto l'attività unilaterale prodromica alla vicenda societaria spetta al G.A., in quanto la delibera di costituire una società, provvedendo anche alla scelta del socio privato, è una determinazione di natura pubblicistica. Sono invece attribuite alla giurisdizione del G.O. le controversie aventi ad oggetto gli atti societari a valle, interamente assoggettate alle regole di diritto commerciale proprie del modello recepito".*

Per completare il quadro relativo alle tipologie di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica, occorre rilevare che l'art. 18 del T.U., come sopra già accennato, prevede la possibilità della quotazione in mercati regolamentati, per le società a controllo pubblico.

Proseguendo nell'analisi dei punti fondamentali della disciplina in materia di società pubbliche, gli artt. 4-10 del T.U. stabiliscono condizioni e limiti delle partecipazioni pubbliche e ridefiniscono le regole per la costituzione di società o per l'assunzione o il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche, e di alienazione di partecipazioni pubbliche.

L'art. 4 interviene sul delicato aspetto inerente le finalità perseguibili attraverso le società partecipate e pone un vero e proprio vincolo teleologico.

Riprendendo quanto sancito già dalla finanziaria per il 2008 (legge n. 244/2007), dispone che le pubbliche amministrazioni non possono, direttamente o indirettamente, detenere partecipazioni, acquisire o mantenere società aventi ad oggetto attività di produzioni di beni e servizi non strettamente necessarie alle proprie finalità istituzionali. Fermo restando quanto detto, il comma 2, prevede espressamente che le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società ovvero mantenere o acquisire partecipazioni solo per le sotto elencate attività: a) produzione di un SIG[15], inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi stessi; b) progettazione e realizzazione di un'opera in base ad un accordo di programma fra PP.AA. e, ove opportuno, attraverso la costituzione di una società pubblica di progetto, senza scopo di lucro, anche consortile, partecipata dai soggetti aggiudicatori e dagli altri soggetti pubblici interessati (art. 193 del d.lgs. n. 50/2016); c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica o di un SIG mediante la costituzione di società mista, avente ad oggetto esclusivo l'attività inerente l'appalto o la concessione, con imprenditore privato selezionato mediante procedura ad evidenza pubblica a c.d. doppio oggetto, avente quota di partecipazione non inferiore al 30% del capitale; d) autoproduzione di beni e servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti; e) servizi di committenza a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni dello Stato, enti pubblici territoriali, altri enti pubblici non economici, organismi di diritto pubblico, associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti (art. 3, c.1, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016).

Al fine di comprimere la discrezionalità amministrativa nella costituzione di strutture societarie, il legislatore ha previsto l'obbligo di osservare una serie di vincoli procedimentali, sia nella costituzione delle società che nell'acquisto di quote societarie.

Infatti, a norma comma 1 dell'art. 5, rubricato Oneri di motivazione analitica, è previsto che, ad eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso l'aumento di capitale, avvenga in conformità ad espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di società mista o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. Ciò in ossequio al canone di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost..

Inoltre, ai sensi del co. 2, l'atto deliberativo di cui al comma 1 deve dare atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate.
L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta alla Corte dei Conti, a fini conoscitivi, e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287.
L'art. 6 dispone che le società a controllo pubblico, qualora svolgano attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, insieme con attività svolte in regime di economia di mercato, non è necessaria una separazione societaria, ma è fondamentale che adottino sistemi di contabilità separata, al fine di favorire un'effettiva trasparenza finanziaria nei rapporti tra l'ente pubblico e le imprese da questo controllate, evitando, così, distorsioni della concorrenza.
Dalla disciplina contenuta nel T.U. in materia di società pubbliche, emerge la necessità che, qualora una società ottenga pagamenti o altre forme di compensazione da parte dell'ente pubblico, finalizzate alle attività di interesse pubblico, tali somme non siano, poi, utilizzate dalle stesse società come un indebito vantaggio, determinando, in tal modo, una discriminazione ai danni degli altri operatori economici.
A norma dell'art. 7, poi, la costituzione di tali società deve avvenire secondo forme particolari e qualora ciò non avvenga, ovvero la delibera di cui al co. 1 sia dichiarata nulla o venga annullata, l'amministrazione partecipante dovrà liquidare la propria partecipazione societaria; laddove, poi, detta partecipazione risulti essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale, la nullità o l'assenza della deliberazione travolge necessariamente l'intera compagine societaria, ed in tal caso troveranno applicazione le disposizioni di cui all'art. 2332 c.c. in tema di nullità della società (art. 7 comma 6).
Allo stesso modo in caso di acquisto di una partecipazione pubblica in società già costituite, la mancanza o l'invalidità dell'atto deliberativo produrrà l'inefficacia del contratto di acquisto della partecipazione da parte dell'amministrazione partecipante (art. 8).
L'art. 9 si preoccupa di individuare i soggetti deputati a esercitare i diritti dell'azionista: – per le partecipazioni statali, il Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministeri competenti per materia; – per le partecipazioni regionali, la Presidenza della Regione, salvo diversa disposizione di legge della Regione titolare delle partecipazioni; – per le partecipazioni degli enti locali, il Sindaco o il Presidente o un loro delegato; – in tutti gli altri casi le partecipazioni sono gestite dall'organo amministrativo dell'ente.

L’art. 10, infine, riguarda la procedura di alienazione delle partecipazioni sociali, che va effettuata nel rispetto dei princìpi di pubblicità e trasparenza. Solo in casi eccezionali, ed in presenza di una convenienza economica dell’operazione, l’alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente.

Il terzo punto fondamentale attiene alle disposizioni in materia di organi di amministrazione e di controllo delle società a controllo pubblico, con riferimento ai seguenti profili:

–Governance societaria, requisiti dei componenti degli organi di amministrazione e compensi dei membri degli organi sociali (art. 11).

Nella scelta degli amministratori deve essere assicurato il rispetto del principio di equilibrio di genere ed i componenti devono possedere i requisiti di onorabilità, professionalità ed autonomia.

La disciplina in materia di inconferibilità e incompatibilità è contenuta nel decreto legislativo n. 39 del 2013:

– le cariche di amministratore delegato e di presidente di organi amministrativi di società a controllo pubblico non possono essere attribuite a chi ricopre incarichi dirigenziali, interni e esterni, nelle medesime pubbliche amministrazioni o enti pubblici che hanno conferito l’incarico;

– vi è incompatibilità tra gli incarichi di componente degli organi di indirizzo negli enti di diritto privato in controllo pubblico da parte della Regione, nonché di Province, Comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti (o forme associative di comuni aventi la medesima popolazione) e gli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico di livello provinciale o comunale;

– infine, è vietato conferire incarichi in organi di governo di società controllate dalle amministrazioni pubbliche a soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza, con l’eccezione dei casi in cui detti incarichi siano svolti a titolo gratuito.

–Regime di responsabilità dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti (art. 12).

La norma prevede che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali. È fatta salva, invece, la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. La norma, poi, dà una definizione di danno erariale stabilendo che è quel danno, patrimoniale o non patrimoniale, subìto dagli enti partecipanti, nonché il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che nell’esercizio dei diritti di socio hanno – con dolo o colpa grave – pregiudicato il valore della partecipazione. La giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale è di competenza della Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica.

La formulazione della disposizione riflette gli approdi cui è pervenuta, nel corso degli anni, la giurisprudenza.
1°FASE: SS. UU. 1998: "A carico degli amministratori o funzionari di enti pubblici economici (o anche di enti a partecipazione pubblica) la giurisdizione contabile della Corte dei Conti sussiste limitatamente agli atti esorbitanti l'esercizio di attività imprenditoriale ed integranti espressione del potere autoritativo di autorganizzazione, ovvero di funzioni pubbliche svolte in sostituzione di amministrazioni dello Stato o di enti pubblici non economici. Ciò in virtù del fatto che gli enti pubblici economici non hanno il requisito della natura pubblica. Questi, pur perseguendo finalità di carattere pubblico, normalmente svolgono la loro attività nelle forme del diritto privato e in tale svolgimento sono soggetti alla disciplina dell'imprenditore privato. Il rigore del controllo della contabilità pubblica mal si addice alla loro natura".
2° FASE: SS. UU. 2003: "Ai fini del riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale, non deve aversi riguardo alla qualità del soggetto che gestisce il denaro pubblico – che può essere un privato o un ente pubblico non economico -, bensì alla natura, pubblica o privata, delle risorse utilizzate, nonché alla natura del danno. Qualora l'amministratore di un ente privato cui sono erogati fondi pubblici, per sue scelte negative svia le finalità perseguite provocando un danno all'ente, risponde del relativo danno erariale".
3° FASE: SS. UU. 2004: "Il rapporto di servizio che si viene ad istaurare tra la società e l'ente che vi partecipa implica l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità patrimoniale per danno erariale, non rilevando la natura privatistica dell'ente affidatario e\o dello strumento contrattuale con il quale si è costituito ed attuato il rapporto in questione".
4° FASE: SS. UU. 2009: "Premesso che non esiste un rapporto di servizio tra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore della società partecipata, in presenza di un atto di mala gestio perpetrato dagli organi societari, non è configurabile un danno erariale, quale pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico partecipante al capitale sociale".
5° FASE: SS. UU. 2015: "Non si configurano come erariali le perdite della società, in quanto l'autonomia patrimoniale della stessa esclude ogni rapporto di servizio tra agente ed ente pubblico eventualmente danneggiato. Tuttavia non può dirsi del tutto esclusa la giurisdizione della Corte dei Conti, in ordine ad eventuali comportamenti illegittimi imputabili agli organi delle società a partecipazione pubblica laddove sia scaturito un danno per il socio pubblico. Spetta al G.O. la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subìti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti, mentre si radica la giurisdizione della Corte dei conti:
– nei confronti di colui il quale abbia consapevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio pregiudicando il valore della partecipazione,

– e qualora i comportamenti tenuti dall'amministratore abbiano compromesso la stessa partecipazione dell'ente pubblico à c.d. danno all'immagine dell'ente pubblico".

–Regime di controllo, con riguardo:

-All'attivazione del controllo giudiziario (art. 13).

Nelle società a controllo pubblico, ciascuna PA socia, indipendentemente dall'entità della partecipazione di cui è titolare, è legittimata a presentare denunzia al Tribunale laddove riscontri irregolarità poste in essere dagli amministratori, in deroga a quanto previsto ai sensi dell'art. 2409 c.c. che, invece, attribuisce tale azione solo ai soci che rappresentano 1/10 del capitale sociale.

-Alla prevenzione della crisi di impresa (art. 14).

La norma stabilisce espressamente che le società partecipate sono soggette alla disciplina fallimentare, al concordato preventivo – e se vi sono le condizioni – all'amministrazione straordinaria; nonché prevede uno o più indicatori di crisi aziendale nelle società a controllo pubblico, definiti nell'ambito di programmi di valutazione del rischio, dettando specifiche procedure per prevenire l'aggravamento della crisi, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause fra cui, in primo luogo, un piano di risanamento che l'organo amministrativo della società deve adottare.

L'inerzia nell'adozione di tale piano costituisce grave irregolarità (ai sensi dell'art. 2409 c.c.).

La previsione di ripianamento delle perdite da parte del socio pubblico può, quindi, essere considerata un provvedimento adeguato solo ed esclusivamente se accompagnata da un piano di ristrutturazione aziendale dal quale si evincano chiaramente concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività.

È fatto divieto alle amministrazioni di effettuare aumenti di capitale (o trasferimenti secondari, aperture di credito o rilascio di garanzie) – salvo perdite di oltre 1/3 del capitale e la riduzione di quest'ultimo al di sotto del minimo stabilito – per le società per azioni e le società a responsabilità limitata (escluse le quotate e gli istituti di credito) che hanno registrato per 3 anni consecutivi perdite di esercizio ovvero che hanno utilizzato riserve per il ripiano di perdite anche infrannuali.

Sono, invece, consentiti i trasferimenti straordinari alle società, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure siano previste in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei Conti che preveda l'equilibrio finanziario entro 3 anni.

Inoltre, il Presidente del Consiglio dei Ministri, su richiesta dell'amministrazione interessata, può comunque autorizzare con decreto i succitati interventi a sostegno delle società partecipate nei casi in cui ciò sia necessario per salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità.

Infine, è previsto che nei 5 anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico affidataria diretta, le PA controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, se queste ultime gestiscono i medesimi servizi di quella dichiarata fallita.
Sulla FALLIBILITA' DELLE SOCIETA' IN HOUSE deve essere richiamata la sentenza della Cassazione n. 3196\2017.
Il Collegio[16] afferma il seguente principio: "In tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità." D'altronde l'art.1 della legge fallimentare esenta i soli enti pubblici dalle procedure concorsuali, non anche le società pubbliche. La Corte precisa che il profilo pubblicistico della società in house, in cui l'ente pubblico esercita sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ed uffici, appare ispirato dal mero obiettivo di dispensare l'affidamento diretto (della gestione di attività e servizi pubblici a società partecipate) dal rispetto delle norme concorrenziali, ma senza che possa dirsi nato, ad ogni effetto e verso i terzi, un "soggetto sovraqualificato" rispetto al tipo societario eventualmente assunto. Anzi, su tale società si determina anche una responsabilità aggiuntiva (contabile) rispetto a quella comune, ma senza il prospettato effetto di perdere l'applicazione dello statuto dell'imprenditore. Le norme speciali volte a regolare la costituzione della società, la partecipazione pubblica al suo capitale e la designazione dei suoi organi, non possono dunque incidere sul modo in cui essa opera nel mercato, né possono comportare il venir meno delle ragioni di tutela dell'affidamento di terzi contraenti contemplate dalla disciplina civilistica[17]. Invero, il sistema di pubblicità legale, mediante il registro delle imprese, determina nei terzi un legittimo affidamento sull'applicabilità alle società ivi iscritte di un regime di disciplina conforme al nomen juris dichiarato; affidamento che, invece, verrebbe aggirato ed eluso qualora il diritto societario venisse disapplicato e sostituito da particolari disposizioni pubblicistiche.
Una volta adottata, anche da parte dell'ente pubblico, la forma societaria, la scelta di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali (e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico) comporta, in primo luogo che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, in secondo luogo che non siano esentate dalla disciplina relativa al fallimento.
-Al controllo e monitoraggio da parte del Ministero dell'economia e delle finanze (art. 15).

Si tratta di istituire una struttura centrale con funzioni di indirizzo, monitoraggio e controllo, anche attraverso strumenti ispettivi, e di realizzare elenchi di dette società.
L'ultimo punto cui è rivolta la disciplina contenuta nel d.lgs. 175/2016 attiene alle disposizioni volte a incentivare l'economicità e l'efficienza mediante l'introduzione:
–Di procedure di razionalizzazione periodica e di revisione straordinaria (artt. 20 e 24).
Il principale strumento attraverso cui è stata perseguita l'esigenza di ridurre la spesa pubblica si ravvisa negli obblighi di razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche, cui sono tenute annualmente le amministrazioni.
Il decreto dispone all'art. 20 che siano effettuati annualmente piani di razionalizzazione, mediante messa in liquidazione, alienazioni e dismissioni di società. Tali piani di razionalizzazione, corredati dalla relazione tecnica sono adottati se, in sede di analisi, l'amministrazione riscontra anche uno solo dei seguenti elementi: – partecipazioni societarie in categorie non ammesse ai sensi dell'articolo 4 del decreto; – società prive di dipendenti, ovvero con numero amministratori superiore ai dipendenti; – partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o simili ad altre società o enti pubblici strumentali; – partecipazioni in società che nel triennio precedente hanno conseguito un fatturato medio non superiore a 1 milione di euro; – partecipazioni in società per servizi diversi da SIG aventi 4 risultati negativi su 5 esercizi; – contenimento dei costi di funzionamento; – necessità di aggregare società esercenti attività consentite ai sensi del provvedimento.
A completamento del procedimento di riordino, l'art. 24 del decreto disciplina e regola la procedura per la revisione straordinaria obbligatoria delle partecipazioni detenute, direttamente o indirettamente, dalle amministrazioni pubbliche, per l'alienazione ovvero la razionalizzazione di alcune fattispecie di società.
–Di gestione del personale (artt. 19 e 25).
L'art. 19 dispone che al personale delle società a controllo pubblico, si applicano le disposizioni del Codice civile e le norme previste dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, incluse quelle relative ad ammortizzatori sociali, ai sensi della vigente normativa e del CCNL di riferimento.
Le società a controllo pubblico stabiliscono con propri provvedimenti – da pubblicare obbligatoriamente sul sito istituzionale della società stessa, pena le specifiche sanzioni di cui al d.lgs. 33/2013 – criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi normativi validi per le PP.AA.

Ai fini retributivi – fatto salvo quanto previsto dall'art. 2126 c.c. – la mancanza di provvedimenti di reclutamento da parte delle società determina la nullità dei contratti di lavoro, fermo restando la giurisdizione ordinaria in materia. È, inoltre, previsto che le amministrazioni pubbliche socie debbano fissare, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, delle società controllate anche mediante contenimento degli oneri contrattuali, le assunzioni di personale o di eventuali divieti o limitazioni in tal senso.
Le società a controllo pubblico devono garantire il concreto perseguimento dei succitati obiettivi tramite propri provvedimenti da recepire, ove possibile, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, in sede di contrattazione di secondo livello.
Prima di poter effettuare nuove assunzioni, le amministrazioni pubbliche, nel caso di reinternalizzazione di funzioni o servizi prima affidati ad una società partecipata, procedono – nei limiti dei posti vacanti nelle dotazioni organiche e nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili – al riassorbimento delle unità di personale già dipendenti dall'amministrazione e transitate alle dipendenze della società interessata da tale reinternalizzazione, utilizzando specifici processi di mobilità.
È, infine, previsto che le disposizioni in materia di gestione delle eccedenze di personale delle società partecipate, di cui alla legge di stabilità per il 2014, trovano applicazione esclusivamente alle sole procedure in corso alla data di entrata in vigore del decreto.
A norma dell'art. 25 le società a controllo pubblico devono effettuare, entro il 30 settembre 2017, una ricognizione del personale in servizio al fine di individuare eccedenze, trasmettendo, poi, il relativo elenco alla Regione nel cui territorio ha sede la società.
Fino al 30 giugno 2018, le società a controllo pubblico non possono assumere a tempo indeterminato se non attingendo da questi elenchi; chiaramente si deve tener conto di una eccezione, ossia l'ipotesi in cui si verifichino casi di infungibilità. Tale disciplina, inoltre, non si applica alle società a prevalente capitale privato che producono servizi di interesse generale e che abbiano ottenuto un risultato positivo nei tre esercizi precedenti l'assunzione.
–Di specifiche norme finanziarie per le partecipate degli enti locali (art. 21).
Qualora le società partecipate dalle PA locali presentino un risultato di esercizio negativo, l'ente pubblico è tenuto ad accantonare, nell'anno successivo, in un apposito fondo vincolato, un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione.
Nel caso di risultato negativo è possibile, in un'ottica di contenimento dei costi degli organi sociali, ridurre i compensi degli amministratori, i quali possono essere revocati per giusta causa laddove si sia determinato il conseguimento di un risultato economico negativo per due anni consecutivi.
–Di promozione della trasparenza (art. 22).

L'art. 22, richiamando le disposizioni del d.lgs. n. 33 del 14 marzo 2013, prevede espressamente che le società a controllo pubblico sono tenute ad assicurare il massimo livello di trasparenza sull'uso delle proprie risorse e sui risultati ottenuti.
In proposito è utile ripercorrere l'iter argomentativo della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 13\2016 inerente il diritto di accesso – a norma degli articoli 22 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241, come successivamente modificata ed integrata – dei dipendenti di Poste Italiane s.p.a., con riferimento al rapporto di impiego (di natura privata) in corso fra gli stessi e la citata società.
È noto come, sul piano soggettivo, la società Poste Italiane sia subentrata, con intenti di efficientamento del servizio, alla preesistente amministrazione centrale, nata dopo l'Unità d'Italia con legge 5 maggio 1862, n. 604 (cosiddetta riforma postale, che prevedeva l'offerta di servizi a tariffa unica su tutto il territorio nazionale), assumendo prima la forma di ente pubblico economico, poi di società per azioni.
L'attuale società per azioni è concessionaria del cosiddetto servizio postale universale.
Sussistono, dunque, sul piano soggettivo, sufficienti elementi per qualificare la società Poste Italiane come organismo di diritto pubblico; ciò rende pacifica l'estensione a detta società delle norme in tema di accesso, ma non chiarisce i limiti entro cui l'attività societaria deve ritenersi di "pubblico interesse".
Appare difficile negare che il rapporto di lavoro implichi lo "svolgimento di un'attività strettamente connessa e strumentale alla quotidiana attività di gestione del servizio pubblico"[18], inoltre è evidente che i dipendenti della società, incaricata di tale servizio vantino un "interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento a cui si chiede l'accesso"[19], ma allo stesso modo configura una disparità di trattamento l'attuazione di modalità differenziate di tutela del predetto interesse, a seconda che si tratti di utenti o di lavoratori.
L'Adunanza Plenaria ritiene che non si possa prescindere dal recente rafforzamento del principio di trasparenza[20] definita come "livello essenziale….delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili", anche con specifico riferimento a "concorsi e prove selettive per l'assunzione di personale", nonché alle "progressioni in carriera"[21].
Con la modifica dell'art. 1, comma 1 ter della legge n. 241 del 1990, quello di trasparenza è stato inserito tra i principi generali dell'attività amministrativa, pertanto anche i soggetti privati, "preposti all'esercizio di attività amministrative", devono fornire "un livello di garanzia non inferiore a quello a cui sono tenute le pubbliche amministrazioni…".

Tuttavia, nel settore lavorativo di cui trattasi opera l'accezione restrittiva rilevata per l'applicazione della direttiva 2004/17/CE, riferita agli enti erogatori di acqua e di energia, nonché a quelli che forniscono servizi di trasporto e servizi postali. Tali enti – in quanto titolari di diritti speciali ed esclusivi – agiscono nell'ambito dei settori sopra indicati, ma svolgono anche attività in pieno regime di concorrenza, direttamente esposti alle regole del mercato e possono, per tale ragione, vedere in qualche misura attenuata la disciplina propria delle amministrazioni pubbliche.
In considerazione di tale percorso argomentativo, l'Adunanza Plenaria afferma i seguenti principi di diritto:
a) la società Poste Italiane s.p.a. è soggetta alla disciplina, di cui agli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, con riferimento al pubblico servizio di cui è affidataria;
b) il diritto di accesso è esercitabile dai dipendenti della medesima società, limitatamente alle prove selettive di accesso, alla progressione in carriera ed ai provvedimenti di auto-organizzazione degli uffici, incidenti in modo diretto sulla disciplina, di rilevanza pubblicistica, del rapporto di lavoro.
Completano l'intervento delegato una serie di norme contenenti:

- una clausola di salvaguardia per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome (art. 23);
- un intervento di coordinamento con la normativa vigente (art. 27);
- e le disposizioni in materia di partecipazioni societarie che vengono abrogate perché confluite nel d.lgs. 175/2016 o ritenute non più necessarie (art. 28).

È evidente la complessità del fenomeno contenuto nel T.U. delle società partecipate.
La disciplina, infatti, va letta non in maniera asettica ma con l'ausilio del compendio normativo vigente, in particolare ponendo l'attenzione al nuovo Codice dei contratti pubblici, che contiene una serie di norme di fondamentale importanza per la definizione di istituti affini.
Note
[1] SOCIETA' A PARTECIPAZIONE PUBBLICA: fenomeno in cui lo strumento societario, tipico del diritto privato, vede la partecipazione, più o meno ampia, al capitale della medesima società, della mano pubblica, intesa quale PA in senso ampio. Si assiste ad una compenetrazione tra diritto privato e diritto amministrativo che, di conseguenza, induce l'interprete a verificare come il diritto amministrativo sia capace di adattarsi all'utilizzo di istituti che, normalmente, non appartengono al suo modus agendi.
[2] Consiglio di Stato sentenza n.4364\2013

[3] Un rapporto Istat del 2014 evidenzia la presenza di moltissimi enti societari nei quali sono impiegati all'incirca 977.972 lavoratori. Di questi il 25,6% è partecipato al 100% da soggetti pubblici, il 29,1% per una quota compresa tra il 50 e il 99,9%, il 18% per una quota tra il 20% e il 50%, mentre il 27,1% per una quota inferiore al 20%. È, altresì emerso, che attualmente in Italia ci sono 7.757 organismi attivi a partecipazione pubblica, non tutti aventi forma societaria, con a carico complessivi 953.100 impiegati, di questi organismi all'incirca 5.000 sono società pubbliche, in prevalenza partecipate da enti territoriali con a carico più di 500.000 unità. Con riferimento a queste ultime società la Corte dei Conti ha evidenziato che meno della metà svolgono attività di servizio pubblico: soltanto 1.700 svolgono un servizio pubblico, le restanti si occupano esclusivamente di attività strumentali. Inoltre, tra le società pubbliche censite, ben 988 hanno un numero di impiegati inferiore ai membri del consiglio di amministrazione: circa 2.479 società partecipate risultano avere un numero di impiegati inferiore a 20 unità, e quasi 1.600 delle società in questione hanno una produzione inferiore al milione di euro.
[4] Art. 5 Cost. La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento.
Art. 118 Cost. Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.
I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.
La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell'articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali.
Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà.
[5] F. Caringella, Il sistema di diritto amministrativo, DIKE GIURIDICA EDITORE
[6] In questa categoria rientrano anche le c.d. SOCIETA' IN HOUSE.

[7] Si segnalano in proposito: l. 142/1990, l. 448/1992, D.lgs. 267/2000 (che fanno espresso ricorso al modello societario); l. 127/1997 (in materia di obbligo di trasformazione societaria di aziende speciali e consortili); diverse leggi finanziarie fino alla l. 311/2004 (di incentivazione alla esternalizzazione anche attraverso società di attività e servizi); d.l. 223/2006 (che regola la disciplina sulle società strumentali e tutela della concorrenza rispetto alle attività esercitate attraverso soggetti a partecipazione pubblica); l. 244/2007, d.l. 78/2010 e l. 190/2012 (che ammettono il ricorso a società); d.l. 112/2008, d.l. 138/2011 e d.l. 179/2012 (in materia di interventi di tipo restrittivo per le società che gestiscono servizi pubblici locali); l.296/2006, d.l. 78/2010 e d.l. 95/2012 (disciplina su costi della politica e azioni di spending review); l. 147/2013, d.l. 16/2014, d.l. 90/2014 e l. 190(2014 (introduzione di vincoli più stringenti e sostanziali, soprattutto di natura finanziaria, per gli enti locali; definizione più chiara di limiti e opportunità. In materia finanziaria e organizzativa, a cui sono assoggettati società e altri organismi partecipati da enti pubblici).
[8] Deleghe al governo per la riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.
[9] In particolare l'art. 16, comma 4, della legge 7 agosto 2015 delega il Governo ad adottare decreti legislativi di semplificazione dei seguenti settori: a) lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e connessi profili di organizzazione amministrativa; b) partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche; c) servizi pubblici locali di interesse economico generale. Nell'esercizio della delega il Governo si deve attenere ai seguenti principi e criteri direttivi generali: a) elaborazione di un Testo unico delle disposizioni in ciascuna materia, con le modifiche strettamente necessarie per il coordinamento delle disposizioni stesse, salvo quanto previsto nelle lettere successive; b) coordinamento formale e sostanziale del testo delle disposizioni legislative vigenti, apportando le modifiche strettamente necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e per adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo; c) risoluzione delle antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia; d) indicazione esplicita delle norme abrogate, fatta salva l'applicazione dell'articolo 15 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile; e) aggiornamento delle procedure, prevedendo la più estesa e ottimale utilizzazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, anche nei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa.

Invece a norma dell'art. 18 «1. Il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche è adottato al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza, con particolare riferimento al superamento dei regimi transitori, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi, che si aggiungono a quelli di cui all'articolo 16: a) distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa; b) ai fini della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale; applicazione dei principi della presente lettera anche alle partecipazioni pubbliche già in essere; c) precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate; d) definizione, al fine di assicurare la tutela degli interessi pubblici, la corretta gestione delle risorse e la salvaguardia dell'immagine del socio pubblico, dei requisiti e della garanzia di onorabilità dei candidati e dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, anche al fine di garantirne l'autonomia rispetto agli enti proprietari; e) razionalizzazione dei criteri pubblicistici per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, finalizzati al contenimento dei costi, tenendo conto delle distinzioni di cui alla lettera a) e introducendo criteri di valutazione oggettivi, rapportati al valore anche economico dei risultati; previsione che i risultati economici positivi o negativi ottenuti assumano rilievo ai fini del compenso economico variabile degli amministratori in considerazione dell'obiettivo di migliorare la qualità del servizio offerto ai cittadini e tenuto conto della congruità della tariffa e del costo del servizio; f) promozione della trasparenza e dell'efficienza attraverso l'unificazione, la completezza e la massima intelligibilità dei dati economico-patrimoniali e dei principali indicatori di efficienza, nonché la loro pubblicità e accessibilità; g) attuazione dell'articolo 151, comma 8, del Testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, in materia di consolidamento delle partecipazioni nei bilanci degli enti proprietari; h) eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo; i)

possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento; l) regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate secondo i criteri di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato; m) con riferimento alle società partecipate dagli enti locali: 1) per le società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative, definizione di criteri e procedure per la scelta del modello societario e per l'internalizzazione nonché di procedure, limiti e condizioni per l'assunzione, la conservazione e la razionalizzazione di partecipazioni, anche in relazione al numero dei dipendenti, al fatturato e ai risultati di gestione; 2) per le società che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale, individuazione di un numero massimo di esercizi con perdite di bilancio che comportino obblighi di liquidazione delle società, nonché definizione, in conformità con la disciplina dell'Unione europea, di criteri e strumenti di gestione volti ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico e ad evitare effetti distorsivi sulla concorrenza, anche attraverso la disciplina dei contratti di servizio e delle carte dei diritti degli utenti e attraverso forme di controllo sulla gestione e sulla qualità dei servizi; 3) rafforzamento delle misure volte a garantire il raggiungimento di obiettivi di qualità, efficienza, efficacia ed economicità, anche attraverso la riduzione dell'entità e del numero delle partecipazioni e l'incentivazione dei processi di aggregazione, intervenendo sulla disciplina dei rapporti finanziari tra ente locale e società partecipate nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica e al fine di una maggior trasparenza; 4) promozione della trasparenza mediante pubblicazione, nel sito internet degli enti locali e delle società partecipate interessati, dei dati economico-patrimoniali e di indicatori di efficienza, sulla base di modelli generali che consentano il confronto, anche ai fini del rafforzamento e della semplificazione dei processi di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle amministrazioni pubbliche partecipanti e delle società partecipate; 5) introduzione di un sistema sanzionatorio per la mancata attuazione dei principi di razionalizzazione e riduzione di cui al presente articolo, basato anche sulla riduzione dei trasferimenti dello Stato alle amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni in materia; 6) introduzione di strumenti, anche contrattuali, volti a favorire la tutela dei livelli occupazionali nei processi di ristrutturazione e privatizzazione relativi alle società partecipate; 7) ai fini del rafforzamento del sistema dei controlli interni previsti dal Testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, revisione degli obblighi di trasparenza e di rendicontazione delle società partecipate nei confronti degli enti locali soci, attraverso specifici flussi informativi che rendano analizzabili e confrontabili i dati economici e industriali del servizio, gli obblighi di servizio pubblico imposti e gli standard di qualità, per ciascun servizio o attività svolta dalle società medesime nell'esecuzione dei compiti affidati, anche attraverso l'adozione e la predisposizione di appositi schemi di contabilità separata».

[10] Si tratta della medesima definizione contenuta nella direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici. Il "controllo analogo" è un controllo effettivo e strutturale sui soggetti in house da parte dell'ente pubblico. La Corte costituzionale, con sentenza n. 46/2013, ha precisato che si configura tale forma di controllo allorquando manca "un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante e affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la longa manus del primo". La terminologia nasce nella giurisprudenza comunitaria, in particolare con la pronuncia della CGUE, in causa Parking Brixen (2005), laddove si afferma che sul soggetto concessionario deve essere esercitato "un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti". Tale definizione, codificata prima nell'art. 12, par. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2014/24/UE in materia di appalti pubblici, è poi stata recepita dal legislatore italiano sia nell'art. 5, comma 2, del nuovo codice dei contratti pubblici sia nell'art. 2 d.lgs. 175/2015.
[11] Detta situazione si verifica al ricorrere delle condizioni di cui all'articolo 5, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, a norma del quale "a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata devono essere composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti; b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti".
[12] In diritto comunitario è particolarmente avvertita la necessità che sia rispettato il principio di concorrenza, finalizzato ad assicurare la "libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi, e dei capitali" (art. 26 TFUE). Pertanto sono dettate tre tipologie di regole:

Le regole antitrust (artt. 101 e 107 TFUE) che 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 falsare o minacciare di falsare la concorrenza, concedendo aiuti o risorse, sotto qualsiasi forma, solo a talune imprese. Occorre, dunque, rispettare il principio di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private. Infatti, considerando che, a norma dell'art. 106 TFUE "gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei Trattati", un eventuale trattamento di favore per le sole imprese private potrebbe comportare una grave violazione delle regole della concorrenza. Per tale motivo è risultato di fondamentale importanza separare le attività di impresa dalle attività amministrative, che godono di privilegi pubblici, così da evitare che l'impresa possa utilizzare i vantaggi che le derivano dall'essere considerata una PA, con tutto ciò che ne deriva in materia di agevolazioni.

àLa concorrenza nel mercato presuppone, invece, l'adozione di misure di liberalizzazione finalizzate ad eliminare o ridurre barriere di accesso al mercato per assicurare l'esercizio delle libertà fondamentali. Non si può consentire allo Stato membro di dar vita a forme di monopoli o oligopoli legali, che possano riconoscere e/o attribuire, a talune imprese, una posizione particolarmente agevolata dalla quale trarre vantaggi che altre imprese normalmente non sono in grado di ottenere.

àInfine, la concorrenza per il mercato si preoccupa di fornire la disciplina di diritto pubblico relativa alla scelta del soggetto che può erogare una determinata prestazione di servizi; considerando, però, la particolare eccezione rappresentata dalla possibilità di rivolgersi direttamente ad alcune imprese, laddove siano solo alcuni i soggetti in grado di svolgere quella specifica attività, in quanto resta necessario assicurare determinate prestazioni. Ma ciò sempre nel rispetto dei principi fondamentali del diritto europeo.

[13] Cass. civ., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283; id., 10 marzo 2014, n. 5491; 26 marzo 2014, n. 7177; 9 luglio 2014, n. 15594; 24 ottobre 2014, n. 22609; 24 marzo 2015, n. 5848; si v. anche Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1

[14] Si tratta di un modello di affidamento dapprima previsto in ambito giurisprudenziale europeo. Infatti nella pronuncia della CGUE, in causa Acoset S.p.A (2009) si legge che le norme comunitarie "non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni". Si è, poi, espressa anche la giurisprudenza interna. Sul punto, Consiglio di Stato (sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555), ha precisato che "Le condizioni che devono sussistere affinché il ricorso ad una società mista, sia legittimo sono: 1) che esista una norma di legge che autorizzi l'amministrazione ad avvalersi di tale "strumento"; 2) che il partner privato sia scelto con gara; 3) che l'attività della costituenda società mista sia resa, almeno in via prevalente, in favore dell'autorità pubblica che ha proceduto alla costituzione della medesima; 4) che la gara (unica) per la scelta del partner e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi "determinati"); 5) che la selezione della offerta migliore sia rapportata non alla solidità finanziaria dell'offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto; 6) che il rapporto instaurando abbia durata predeterminata". Il principio della gara a doppio oggetto ha trovato codificazione, nel comma 12 dell'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148 del 2011, fino, poi, ad essere trasfuso nella disciplina di cui al d.lgs. 175/2016.

[15] Servizio di interesse generale quale "attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbe svolta dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbe svolta a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale" (art. 2). Questi ultimi, invece sono definiti, sempre all'art. 2 d.lgs. 175/2016, come quei "servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato".

[16] In conformità al precedente n. 22209 del 2013

[17] Sul punto già Cass. 21991/2012 aveva precisato che, ai fini dell'esclusione di una società mista dal fallimento, non è di per sé rilevante la soggezione al potere di vigilanza e di controllo pubblico, che consista nella verifica della correttezza dell'espletamento del servizio comunale svolto, riguardando, pertanto, la vigilanza l'attività operativa della società nei suoi rapporti con l'ente locale o con lo Stato, non nei suoi rapporti con i terzi e le responsabilità che ne derivano.
[18] Ad. Plen. n. 4/1999
[19] A norma dell'art. 22, comma 1, lettera "b" della legge n. 241/1990
[20] Operato col già richiamato d.lgs. n. 33 del 2013
[21] Di cui all'art. 24 del d.lgs. n. 150 del 2009

14.Il rapporto organico, il rapporto di servizio, il dovere d'ufficio

Il rapporto organico si costituisce mediante l'atto di assegnazione, il rapporto di servizio mediante l'atto di nomina o mediante l'assunzione.
Il rapporto organico, di norma, presuppone già esistente il rapporto di servizio anche, se talvolta, quest'ultimo potrebbe mancare (come nel caso in cui l'atto di nomina sia stato annullato).
Sia il rapporto organico che il rapporto di servizio possono costituirsi di fatto; per la ricorrenza del rapporto organico di fatto debbono concorrere i presupposti per la configurazione del funzionario di fatto. Come già evidenziato, il rapporto di servizio può costituirsi di diritto o eccezionalmente di fatto.
Il rapporto di servizio può, poi, costituirsi volontariamente e in via coattiva, nei casi tassativamente indicati dalla legge (cfr. l'art. 23 Cost.). Il rapporto di servizio volontario, a sua volta, può essere impiegatizio o onorario a seconda se si concretizzi in un rapporto di impiego o tragga origine da un incarico onorifico o elettivo.
Il rapporto di servizio costituisce, in capo al dipendente pubblico, il dovere d'ufficio di svolgere la propria attività nell'ambito dell'ufficio del quale compone la dotazione organica.

Dal dovere d'ufficio deve distinguersi il munus pubblico che compete ad una persona fisica titolare di una funzione pubblica sulla base di una previsione di legge al verificarsi di determinati presupposti di fatto e di diritto contemplati dalla legge (la concessione di servizio o di opera pubblica, il superamento di un concorso - ad es. il notatio - il superamento di un esame d'abilitazione - ad es. l'avvocato). Il regime giuridico degli atti e dell'attività posti in essere dal titolare del munus prevede, da una parte, la loro riferibilità al soggetto esercente la pubblica funzione e non all'amministrazione pubblica e, dall'altro, l'esercizio, da parte di questa, di un potere di controllo nei riguardi del titolare del munus. Con riferimento agli atti, nei riguardi dei concessionari di servizi, essi sono stati ritenuti impugnabili nella misura in cui incidano su posizioni di interesse legittimo. E' stata, poi, ritenuta applicabile la disciplina sull'accesso agli atti di cui agli artt. 23 e s della L. n. 241 del 1990.

Nell'ambito del diritto amministrativo, sussisteva, per la dottrina e la giurisprudenza tradizionali, un principio generale di prorogatio degli organi in forza del quale, qualora il rapporto organico con il titolare dell'organo veniva a scadenza prima che si fosse provveduto alla sua sostituzione, il medesimo titolare proseguiva l'espletamento delle sue funzioni sino alla sua sostituzione.

Con la sentenza n.208 del 4 maggio 1992, tale assunto è stato sottoposto a revisione critica in quanto la consulta ha rilevato come le norme di settore che prevedono la prorogatio degli organi sine die in caso di scadenza del preposto all'organo senza la sua contestuale sostituzione, in attuazione di un presunto principio di necessità di continuità dell'attività amministrativa, si pongano in contrasto con il principio della riserva di legge nell'organizzazione degli uffici.

La l. n. 444 del 15 luglio 1994 disciplina la prorogatio degli organi dell'amministrazione dello Stato, degli enti pubblici e delle società a prevalente partecipazione pubblica stabilendo che il regime di proroga dura 45 giorni dalla scadenza dell'organo e che l'organo scaduto possa adottare gli atti di ordinaria amministrazione nonchè gli atti urgenti ed indifferibili. Gli atti di straordinaria amministrazione non urgenti o indifferibili nonchè quelli adottati dopo la scadenza del 45° giorno sono, invece, radicalmente nulli.

I soggetti che detengono il potere di designazione dei sostituti dei preposti agli organi scaduti, in caso di infruttuosa scadenza del periodo di prorogatio, hanno la responsabilità dei danni che l'amministrazione subisce a causa del ritardo nella ricostituzione dell'organo. a competenza amministrativa indica la quota di poteri e funzioni pubbliche attribuite ad un determinato organo della PA e, dunque, ne delimita compiti e potestà.

In base a quanto stabilito dall'art. 97 Cost. la competenza amministrativa degli organi viene individuata sulla base della legge; si tratta di una riserva di legge relativa.

15. Organi e uffici amministrativi

Sotto il profilo organizzativo, l'unità organizzativa minima degli enti pubblici è costituita dall'ufficio amministrativo; si tale unità minima costituisce una specie l'organo amministrativo che si caratterizza per la sua attitudine ad esprimere e/o a manifestare la volontà dell'ente. In tale prospettiva l'organo amministrativo può anche definirsi come un ufficio di imputazione.

L'organo amministrativo è, dunque, titolare di una specifica quota della competenza amministrativa dell'ente del quale fa parte e si avvale, nell'esercizio della potestà nell'ambito della sfera di competenza assegnata, dell'attività strumentale dell'ufficio amministrativo servente e, cioè, del complesso di beni e persone strumentali all'esercizio delle potestà attribuite all'organo amministrativo medesimo.

Sotto il profilo dogmatico, dell'organo amministrativo si sono fornite diverse ricostruzioni. In chiave soggettiva, l'organo viene identificato con il suo titolare (tale tesi è stata criticata in quanto non riesce a distinguere quando la persona fisica agisca in qualità di organo a quando a titolo personale); sotto il profilo oggettivo, invece, l'organo viene identificato come un compleso di attribuzioni (tale teoria, tuttavia, non spiega tutta la casistica delle incompatibilità e dei difetti di legittimazione idonei a viziare l'atto dell'organo). Prevale, dunque, la teoria mista per la quale l'organo è tanto la persona (organo individuale) o il complesso di persone (organo collegiale) titolate all'esercizio delle funzioni rientranti nella sfera di competenza assegnata, sia, sotto il profilo obiettivo, il centro di imputazione di detta competenza amministrativa.

Gli elementi strutturali dell'organo amministrativo sono, dunque, il titolare (il funzionario) che ha, con l'organo medesimo , un rapporto di immedesimazione organica e che esercita la funzione di esprimerne e/o di manifestarne la volontà all'esterno e la potestà che individua le concrete attribuzioni (la sfera di competenza) dell'organo amministrativo ed i poteri per lo svolgimento dell'attività di competenza.

Tra gli organi amministrativi ve ne sono taluni titolari della legale rappresentanza dell'ente dell'attitudine, cioè, a manifestare la volontà dell'ente nei rapporti con i terzi

Con riferimento al rapporto di immedesimazione organica, si tratta di una peculiare forma di rapporto d'organizzazione tra il titolare dell'organo e l'ente del quale l'organo manifesta la volontà che la dottrina ha elaborato onde superare le difficoltà connesse alla tradizionale ricostruzione di tale rapporto come riconducibile nell'alveo della rappresentanza. Tale ultimo istituto non consentiva l'imputazione dell'attività del titolare all'ente cui erano riferibili solo gli effetti giuridici. Attraverso il rapporto di immedesimazione organica, invece, il titolare dell'organo, nell'esercizio dell'attività rientrante nella sfera di attribuzioni assegnate, esprime direttamente la volontà dell'ente è non una volontà propria; ne consegue la riferibilità diretta all'ente pubblico, sia dell'attività, sia dei relativi effetti.

L'ufficio amministrativo è, invece, come già visto, quel complesso di beni strumentali e persone che sono poste al servizio di uno o più organi al fine di consentirne l'espletamento delle funzioni. L'ufficio amministrativo è, dunque, caratterizzato dalle funzioni assegnate (proprie della persona giuridica di cui fa parte) e dall'essere incorporato stabilmente nella struttura della persona giuridica.
Mette conto sottolineare che la distinzione tra organo amministrativo ed ufficio amministrativo, in considerazione della procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, è molto sfumata; in particolare, la dottrina ritiene di poter individuare organi a rilevanza endoprocedimentale i quali, pur se non direttamente capaci di esprimere la volontà dell'ente nei quali sono incorporati strutturalmente, vincolano, tuttavia, l'organo deputato ad esprimerne la volontà e, in tal modo, concorrono alla formazione della volontà medesima; si è parlato, infatti, di organi procedimentali.
Il titolare dell'organo amministrativo ha, dunque, il potere di impegnare l'ente di cui fa parte verso i terzi mentre il titolare dell'ufficio amministrativo non ha tale potere.
Dalla figura del titolare dell'organo amministrativo (o dell'ufficio amministrativo) va mantenuta distinta quella del preposto. Il titolare è sempre preposto all'organo amministrativo ma, in mancanza del titolare, può essere preposto all'organo o all'ufficio amministrativo un supplente o un sostituto.
I titolari e, a maggior ragione, gli alri preposti di organi ed uffici che non ne siano titolari non possono delegare l'esercizio della potestà o delle funzioni attribuite se non nei casi previsti dalla legge.
Il rapporto organico che si instaura tra il preposto all'ufficio e l'ufficio stesso può essere di fatto o di diritto; in quest'ultimo caso, l'atto costituitivo di detto rapporto è l'atto di assegnazione.

16.La competenza amministrativa

La nozione di competenza, nell'ambito del diritto amministrativo, coincide sostanzialmente con quella di attribuzione; con quest'ultimo termine si pone l'accento sul fatto che la sfera di poteri e funzioni costituenti la competenza amministrativa viene attribuita sulla base della legge. Parte della dottrina, peraltro, utilizza il termine di attribuzione in un'accezione più lata come riferentesi alla quota di poteri e funzioni affidati all'amministrazione utilizzando il termine competenza in relazione a poteri e funzioni dei vari organi dell'amministrazione.
La competenza, in senso tecnico, individua la sfera delle attribuzioni dei soli organi con competenza esterna. Le attribuzioni degli uffici amministrativi senza competenze a rilievo esterno possono essere individuate anche sulla base di fonti normative di rango secondario.
La competenza amministrativa, in senso negativo, vale ad individuare il vizio di incompetenza degli atti amministrativi.

La competenza amministrativa (e conseguentemente l'incompetenza), a sua volta, può essere per materia, per territorio o per grado. L'incompetenza per territorio presuppone l'dentità della competenza per materia mentre l'incompetenza per grado presuppone l'identità della competenza amministrativa per materia e per territorio ma il diverso livello gerarchico tra gli organi. Nell'ambito della competenza per materia, una specie è quella della competenza per valore.
L'incompetenza (che, a sua volta, può essere relativa o assoluta) deve distinguersi dalla acompetenza che individua la fattispecie nella quale il soggetto che provvede è privo in via assoluta di potestà e funzioni pubbliche. Tale fattispecie può riscontrarsi:

- nel caso in cui l'agente non abbia mai ricevuto l'investitura;
- nel caso in cui l'investitura sia nulla, divenuta inefficace o sia stata annullata.

L'incompetenza assoluta, che determina il vizio della nullità del provvedimento ex art. 21 septies della L. n. 241 del 1990 si verifica allorchè l'organo provveda in materia sottratta alla competenza amministrativa straripando nell'ambito della sfera riservata ad altri poteri dello Stato.
L'incompetenza assoluta si verifica, altresì, allorchè l'organo emetta un provvedimento riservato ad un organo appartenente a diverso plesso amministrativo (parte della dottrina ritiene, tuttavia, che sussista incompetenza relativa e non assoluta allorchè l'organo, pur adottando un provvedimento riservato ad altro organo di un'amministrazione diversa, sia analogamente competente nella materia oggetto dell'attività provvedimentale posta in essere; l'attenzione si sposta, dunque, dal provvedimento al settore).
L'incompetenza relativa, integrante il vizio d'illegittimità dell'atto amministrativo, si verifica, nella maggior parte dei casi, allorchè tra i diversi organi sussista una diversa competenza per grado, pur non essendo escluso che l'incompetenza relativa possa sussistere anche con riferimento alla materia ed al territorio (soprattutto ove si acceda all'interpretazione sopra delineata secondo cui, ove due organi siano titolari di competenza nella stessa materia, il vizio d'incompetenza sia sempre relativo).
E' possibile, in talune determinate ipotesi previste dalla legge, il trasferimento dell'esercizio delle funzioni oggetto della competenza amministrativa (delega di poteri, avocazione o sostituzione). Nelle segnalate ipotesi, la titolarità della competenza amministrativa rimane inalterata mentre si trasferisce l'esercizio dei relativi poteri.

Sia nell'ipotesi dell'avocazione che in quella della sostituzione, l'organo superiore esercita i poteri costituenti l'oggetto della competenza amministrativa dell'organo inferiore, ponendo in essere i necessari provvedimenti amministrativi. Tuttavia la sostituzione, diversamente dall'avocazione, presuppone che vi sia stata ingiustificata inerzia da parte dell'organo inferiore e che lo stesso sia stato preventivamente ed infruttuosamente messo in mora in maniera formale. L'avocazione presuppone, invece, oltre al rapporto gerarchico, che la competenza amministrativa non sia attribuita in via esclusiva per materia a favore dell'organo inferiore.
L'esercizio del potere di avocazione comporta che l'organo inferiore non possa più esercitare la propria competenza con riferimento all'affare avocato. Ipotesi di sostituzione nell'esercizio delle funzioni costituenti l'oggetto della competenza amministrativa si ha, nell'ambito del pubblico impiego, in favore dei dirigenti generali in caso di inerzia dei dirigenti sottoordinati.
A seguito della privatizzazione (o contrattualizzazione) del pubblico impiego, il Ministro non ha più il potere di sostituzione ed avocazione con riferimento agli atti dei dirigenti, potendo esclusivamente diffidare il dirigente a compiere l'atto del suo ufficio entro un termine perentorio scaduto il quale il Ministro ha la possibilità di nomina di un commissario ad acta per il compimento di tale atto. Articolo

17. Delegazione, conferimento di funzioni amministrative e utilizzazione di uffici altrui

(di Giuseppe Pompella - Ministero dell'Interno-Dipartimento per le Politiche del Personale e per le Risorse Strumentali
e Finanziarie - Ufficio VII - Innovazione Organizzativa - Roma).

****

1 - Premessa
La circostanza che l'organizzazione amministrativa italiana sia molto varia e complessa, perché si articola su modelli diversi che risultano composti da una pluralità di organi ed uffici, favorisce lo sviluppo di un'ampia serie di relazioni, interne ed esterne, tra le varie strutture amministrative.
Tali rapporti costituiscono le relazioni organizzative che sono veri e propri rapporti giuridici, caratterizzati da situazioni soggettive correlate e contrapposte, delle quali sono titolari strutture organizzative diverse (Giannini).

Volendo esaminare più da vicino la vicenda di tali rapporti, occorre premettere in linea generale che è possibile individuare tre tipi di relazioni organizzative: le relazioni tra uffici della stessa struttura (o, il che è lo stesso, della stessa amministrazione), che sono denominate relazioni infrastrutturali (o interne); le relazioni tra strutture (o amministrazioni) diverse, le quali danno luogo a relazioni cd. interorganiche se le amministrazioni interessate non hanno personalità giuridica, ovvero a relazioni intersoggettive, se le amministrazioni interessate hanno personalità giuridica.
Le relazioni organizzative che interessano maggiormente sono quelle che corrono tra strutture diverse: le relazioni interne alle singole strutture si limitano infatti a sostanziare, a grandi linee, quel rapporto di gerarchia che è proprio di qualsiasi struttura organizzata.
Le relazioni tra strutture compiute hanno contenuti diversi, attinenti a potestà diverse (direzione, indirizzo, controllo nelle loro diverse forme, etc.). L'istituto della delegazione (o delega), esaminato sotto il profilo del suo contenuto essenziale, deve essere ricondotto - con la gerarchia e la direzione - nell'ambito dei rapporti di subordinazione, pur essendo presente anche in rapporti diversi da quelli di subordinazione. Occorre, altresì, precisare che le relazioni organizzative riconducibili alle figure della gerarchia e della direzione hanno carattere stabile e riguardano la posizione costante in cui un ufficio, una struttura compiuta o una persona giuridica pubblica si trovano in relazione ad altri uffici, strutture e persone.
Nella concreta vita delle figure soggettive pubbliche (non dei semplici uffici, dove le medesime vicende hanno tutt'altro valore giuridico) possono peraltro verificarsi anche vicende legate all'esercizio delle funzioni; vicende che implicano rapporti di collaborazione tra figure soggettive diverse.
Tali vicende possono raggrupparsi in due modelli fondamentali: la delegazione di funzioni (appunto) e la utilizzazione di uffici altrui, di cui ora ci occupiamo.

2 - La delegazione

Il primo modello (delegazione) ricorre allorchè la figura soggettiva, che è titolare di un potere o di una funzione, ne trasferisce l'esercizio ad altra figura soggettiva. Il delegante, rimanendo titolare dei poteri o delle funzioni, conserva il potere di indirizzo e di controllo sull'attività del delegato.
Giova ricordare a tal proposito che Sandulli inserisce la <<delega di poteri>> nell'ampia categoria dei <<provvedimenti coi quali l'autorità amministrativa attribuisce ad altri (siano soggetti diversi, siano organi della medesima Amministrazione) potestà o facoltà inerenti a diritti suoi propri, che vengono a esserne quindi diminuiti (cosa che non può avvenire se non nei casi in cui la legge ne consenta la possibilità)>>.

Siamo, pertanto, in presenza di una figura che, specie in passato, ha trovato numerose applicazioni nella legislazione positiva, potendosi avere - in relazione a quanto evidenziato in premessa -delegazione sia tra enti diversi (c.d. delegazione intersoggettiva: ad esempio, tra Stato e Regioni,tra Regioni ed enti territoriali minori), sia tra strutture compiute, sia tra organi della stessa struttura (cd. delegazione interorganica).
Nell'ambito delle suddette relazioni, il panorama delle fattispecie di delega si presentava così variegato ed eterogeneo da porre il grave problema se la delega potesse configurarsi come un istituto <<unitario>>, ovvero come un istituto così disarticolato per cui solo poche figure previste dall'ordinamento potevano ricomprendersi nell'istituto della delega mentre le altre assumevano altre configurazioni, quali l'amministrazione impropria, l'amministrazione indiretta, l'affidamento di funzioni, la deconcentrazione, etc. (Giannini).
Guardando al passato appunto, accanto a fattispecie di deleghe nelle quali si riscontrano alcuni caratteri tipici che valgono a caratterizzarla come un istituto unitario (la delega deve trovare il suo fondamento in una norma legislativa espressa; il conferimento della delega non concerne la
titolarità delle funzioni, dei poteri del delegante ma solo il loro esercizio, perché altrimenti si avrebbe trasferimento delle funzioni; la delega comporta una deroga normativamente consentita alle competenze fissate dall'ordinamento positivo; il divieto di subdelegare, salvo disposizioni contrarie; la forma scritta del conferimento; la responsabilità del delegato per le funzioni svolte in tale sua qualità), il nostro ordinamento positivo presenta moltissime fattispecie di deleghe, quanto mai eterogenee. La loro eterogeneità attiene, per esempio, all'ammissibilità o non della subdelega; all'oggetto specifico o generico; ai poteri più o meno ampi di revoca; al potere del delegante di esercitare le funzioni già delegate; alla natura stessa della delega talvolta configurata come un istituto eccezionale e temporaneo, talaltra come uno strumento normale di organizzazione; al rapporto delegatorio il quale può assumere i caratteri di un rapporto sovraordinato o equiordinato, etc.
Nonostante la suddetta eterogeneità, non mancando però mai nelle differenti fattispecie normative qualche elemento comune, la dottrina (Galateria e Stipo) aveva ritenuto di poter configurare la delega come un istituto unitario a modelli differenziati. Di essi assumevano un particolare rilevo:
• Il modello della delega configurato come un istituto eccezionale e temporaneo per far
fronte ad esigenze contingenti;
• Il modello della delega configurato come uno strumento normale di organizzazione per l'esercizio delle varie potestà amministrative;

• Il modello di delega che potrebbe definirsi autoritativo in quanto s'ispira a principi tendenti ad esaltare la supremazia del delegante ed a mortificare, nel contempo, la situazione del delegato, visto quasi come uno "strumento" del delegante stesso. Ed invero vengono attribuiti al delegante il potere di revocare l'atto di delega senza però dei limiti nel suo esercizio, il potere di controllo sugli atti emanati dal delegato sia nella legittimità che nel merito col consequenziale potere di annullarli o riformarli, il potere di provvedere sulla materia delegata anche in costanza di delega in quanto conserva sempre la propria competenza, etc.. Inoltre, l'atto di delega viene concepito come un atto unilaterale ed autoritativo che produce i suoi effetti senza la necessità dell'accettazione da parte del delegato. In conclusione, il rapporto tra delegante e delegato viene costruito come un vero e proprio rapporto di dipendenza (Virga);
• Il modello che potrebbe denominarsi autonomistico, in quanto ispirandosi a principi di autonomia tende – al contrario del modello autoritativo – a ridurre i poteri di supremazia del delegante e ad esaltare nel contempo la posizione di autonomia del delegato con l'effetto di porre il rapporto delegatorio non su posizioni di sovraordinazione ma di equiordinazione.
È appena il caso di sottolineare che i vari modelli di cui sopra non hanno un carattere assoluto ma relativo e storicistico in quanto possono assumere articolazioni diverse in base alle norme positive che li disciplinano. È da sottolineare altresì che, contrariamente a quanto prima facie potrebbe credersi, non vi è necessariamente una corrispondenza tra il modulo di delega e il tipo di rapporto sottostante intercorrente tra le due figure giuridiche soggettive, per cui su un rapporto di gerarchia può innestarsi un modulo di delega autonomistico, e, viceversa, su un rapporto autonomistico può innestarsi un modulo di delega autoritativo.
Ed invero - come è stato esattamente messo in rilievo dal Giannini - <<il rapporto di delega che si instaura è un nuovo rapporto, che prescinde da quello di soprordinazione e di equiordinazione eventualmente intercorrente tra le due autorità>>. Di conseguenza, trattandosi di un nuovo rapporto, non può, per esempio, il superiore gerarchico impartire all'inferiore ordini – inteso il termine nel suo più rigoroso significato tecnico-giuridico – aventi per oggetto le funzioni delegate, ma al più delle direttive, essendo il delegante titolare di una potestà di direzione e non di una potestà ordinatoria come nel rapporto gerarchico.
Tutto ciò premesso, occorre a questo punto guardare al presente con specifico riferimento a quella che è stata l'evoluzione del quadro organizzativo generale, in conseguenza del mutare dei rapporti tra lo Stato e gli enti territoriali.

La delega di funzioni era disciplinata dall'art. 118 della Cost., vecchia formulazione, con riferimento ai rapporti tra Stato e regioni e tra regioni ed enti locali. Queste deleghe erano operate con legge (cfr. art. 118, comma 2). La riforma di cui alla legge costituzionale n. 3/2001 non fa più cenno a siffatta figura - ancora impiegata peraltro dal legislatore ordinario e richiamata dalla Corte costituzionale in alcune sue decisioni (cfr. sent. n. 259/2004) - costituzionalizzando invece l'istituto del conferimento di funzioni amministrative ai vari livelli di governo locale sulla base dei <<principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza>> in un contesto comunque caratterizzato dal fatto che gli enti locali sono <<titolari>> delle funzioni (art. 118 Cost., comma 2, che si riferisce a comuni, province, città metropolitane).
Nell'assetto costituzionale antecedente alla riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione il conferimento della delega non concerne la titolarità delle funzioni del delegante ma solo il loro esercizio. Se si trasferisse la titolarità non ci troveremmo dinnanzi all'istituto della delega bensì al trasferimento delle funzioni, comprensivo sia della titolarità che del loro esercizio. In tale ipotesi, la figura soggettiva alla quale sono state trasferite delle funzioni non le esercita come delegato, con tutte le conseguenze che ne derivano (si pensi a tutte le situazioni giuridiche attive e passive che si riscontrano nel rapporto delegatorio), ma come funzioni proprie, istituzionali, che rientrano nella sua sfera di competenza. La differenza si coglie bene tra il primo e il secondo comma dell'art. 118 Cost., vecchia formulazione. Mentre infatti il primo comma sancisce che <<spettano>> alle Regioni, cioè che sono attribuite, devolute dallo Stato alle Regioni la titolarità e l'esercizio delle funzioni amministrative per le materie elencate nell'art. 117, il secondo comma, distinguendo appunto tra titolarità ed esercizio, sancisce invece che: <<Lo Stato può con legge delegare alla Regione l'esercizio di altre funzioni amministrative>>.
La complessità della riforma costituzionale del 2001 ha come snodo centrale la ricerca di un nuovo equilibrio e di nuovi rapporti istituzionali tra lo Stato, le Regioni e le Autonomie locali.
Nella originaria formulazione dell'art. 118 della Costituzione, le funzioni amministrative degli enti locali erano attribuite alle regioni in base al parallelismo tra competenza legislativa e competenza amministrativa.
Il primo significativo distacco da questo sistema si ha con la legge 15 marzo 1997, n. 59 (cd. Legge Bassanini). L'allocazione delle funzioni tra i vari livelli di governo segue un sistema ispirato al principio di sussidiarietà, in virtù del quale la generalità delle competenze e delle funzioni amministrative deve essere attribuita, in ordine gerarchico inverso, innanzitutto ai Comuni, quindi alle Province e alle Comunità montane, poi alle Regioni e infine allo Stato.

L’esito di questa riforma può essere, quindi, rintracciato nel rovesciamento del criterio di riparto delle attribuzioni tra cento e periferia, ispirato - come sopra detto - ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza: la regola è la competenza in via diretta ed esclusiva dell’ente locale; l’eccezione è la competenza statale, tipizzata in funzione delle materie riservate (si pensi, ad esempio, alle funzioni di puissance, oggetto di legislazione esclusiva statale - moneta, politica estera, difesa dello Stato, ordine pubblico -, che richiedono necessariamente un esercizio uniforme a livello nazionale).
L’assetto delineato dalla legge Bassanini è stato fatto proprio dal legislatore costituzionale e costituisce ora il contenuto del nuovo art. 118 Cost. il cui comma 1 sancisce che <<le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l’esercizio unitario, siano conferite a Province, Città Metropolitane, Regioni e Stato, sulla base del principio di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza>>.
L’art. 7 della legge n. 131/2003 (cd. legge La Loggia) fornisce le linee guida per dare attuazione all’art. 118 Cost., disponendo al comma 1, che lo Stato e le Regioni, sulla base delle loro rispettive competenze, conferiscono le funzioni amministrative da loro esercitate alla data di entrata in vigore della legge sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. In particolare, la legge prevede una competenza generale residuale dei Comuni (tendenzialmente destinatari di tutte le attribuzioni, nella forma del cd. municipalismo d'esecuzione), dal momento che per espressa previsione normativa, alle Province, alle Città Metropolitane, alle Regioni ed allo Stato possono essere conferite soltanto quelle funzioni <<di cui occorra assicurare l’unitarietà di esercizio, per motivi di buon andamento, efficienza o efficacia, dell’azione amministrativa ovvero per motivi funzionali o economici o per esigenze di programmazione o di omogeneità territoriale>>
L’attuazione dell’art. 118 Cost. non può però prescindere dalla individuazione delle funzioni proprie dei Comuni e delle funzioni conferite, nonché dalla distinzione di queste dalle funzioni fondamentali delle Autonomie Locali la cui definizione l’art. 117, comma 2, lett. p) riserva alla legislazione statale esclusiva.
Quanto all’individuazione delle funzioni fondamentali, la legge n. 131/2003 ricomprende tra esse non solo le funzioni di carattere istituzionale, cioè quelle funzioni <<essenziali per il funzionamento di Comuni, Province e Città metropolitane nonché per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento>>, funzioni indefettibili delle Autonomie locali, ma anche quelle di carattere materiale.
Nessun problema interpretativo, al contrario, può rinvenirsi nella definizione delle funzioni conferite: si tratta, infatti, di quelle funzioni la cui titolarità appartiene allo Stato o alle Regioni e che vengono da questi, nell’ambito delle materie di loro competenza, <<attribuite>> agli enti locali. Si tratta, in altre parole, della antica definizione di funzioni delegate.

Da ciò consegue che lo Stato può attribuire agli Enti locali sia funzioni fondamentali, attingendo, oltre che alle materie di competenza legislativa statale, a quelle di competenza legislativa regionale, sia funzioni conferite, attingendo, in questo caso, alle sole materie sottoposte alla sua legislazione esclusiva. E analoghe considerazioni valgono per le Regioni, che possono conferire funzioni agli Enti locali nell'ambito delle materie di propria competenza legislativa. Ferma restando la possibilità per lo Stato o le Regioni di mantenere per sé quelle funzioni per le quali sia imprescindibile, ai sensi del comma 1 dell'art. 118, l'esercizio unitario.
Con riferimento alle funzioni proprie, invece, occorre evitare una interpretazione estensiva di tale espressione che potrebbe privare di giustificazione buona parte delle regole dettate dal nuovo Titolo V in materia di competenze amministrative. Ciò accadrebbe se si considerassero funzioni proprie quelle spettanti ai Comuni in base alla normativa vigente all'entrata in vigore della novella costituzionale. In questo caso, infatti, risulterebbe svuotata la competenza del legislatore statale in materia di funzioni fondamentali e risulterebbero ridimensionate le restanti norme sull'allocazione delle attribuzioni amministrative.
Appare a questo punto più confacente all'attuale assetto costituzionale l'interpretazione secondo la quale l'espressione utilizzata dal legislatore abbia un carattere meramente descrittivo
circoscritto alla disposizione contenuta al comma 1 dell'art. 118 Cost., e cioè che le autonomie locali siano dotate di funzioni amministrative a seconda delle loro rispettive competenze, funzioni che per i Comuni si atteggiano come funzioni proprie, mentre per le Province e le Città metropolitane presentano la natura di funzioni conferite con legge statale o regionale.
3 - L'utilizzazione di uffici altrui
Nel diritto amministrativo vengono utilizzati anche altri strumenti organizzativi diversi ed eterogenei, che vengono raggruppati genericamente (e talora erroneamente) sotto il nome di delega.
L'ipotesi più importante è costituita dalla figura della utilizzazione degli uffici altrui. L'utilizzazione degli uffici di altro ente o altra struttura compiuta viene detta anche, con brutto neologismo, "avvalimento dell'ufficio": una amministrazione pubblica, anziché dotarsi di uffici propri, si avvale degli uffici (del personale e delle attrezzature) di una diversa figura soggettiva, per lo svolgimento dei suoi poteri e delle sue funzioni, e per il raggiungimento dei propri fini.

Questo modello, che mira ad evitare l'inutile proliferazione di strutture ed assetti organizzativi, era previsto in via generale dall'art. 118, ultimo comma, della Costituzione che, nella formulazione precedente alla riforma del 2001, prevedeva che le Regioni esercitassero normalmente le proprie funzioni amministrative "delegandole alle Province, ai Comuni o ad altri enti locali o valendosi dei loro uffici". La disciplina risultante dalla riforma varata con la più volte citata legge cost. n. 3/2001 non ne fa più menzione, ma, in ogni caso, esso è tuttora previsto dalla legge ordinaria (vedi, ad es.,art. 3, comma 1, lett. f), legge n. 59/1997, ove si prevede la codificazione delle <<modalità e delle condizioni con le quali l'Amministrazione dello stato può avvalersi, per la cura di interessi nazionali, di uffici regionali e locali, di intesa con gli enti interessati o con gli organismi rappresentativi degli stessi>>), ed ha avuto importanti applicazioni nella legge di riforma dei Ministeri (d.lgs. n. 300/1999, art. 29, comma 2, nel testo risultante dopo le modifiche di cui al decreto legge n. 181/2006, convertito in legge n. 233/2006) nelle relazioni tra Ministeri e tra Ministeri e Presidenza del Consiglio dei Ministri.
L'utilizzazione degli uffici riguarda, o dovrebbe riguardare, attività istruttorie e preliminari, e non l'esercizio delle funzioni in senso proprio e completo. Tuttavia nella pratica tale modello viene utilizzato anche per trasferire l'intero esercizio delle funzioni. Si ritiene peraltro che, anche in questo caso, la titolarità concreta e la responsabilità connessa con tale esercizio restino in capo alla figura soggettiva che utilizza gli uffici altrui.
Per spiegare il fenomeno Cassese utilizza la nozione di amministrazione impropria, precisando che <<al fine di evitare la moltiplicazione delle strutture organizzative regionali e, quindi, la loro eccessiva burocratizzazione, la Costituzione aveva previsto - con norma ora abrogata dalla legge cost. n. 3/2001 - che le regioni si dovessero avvalere degli organi e degli uffici degli enti minori>>. In linea generale un ente pubblico o utilizza i propri organi oppure si avvale di quelli di altri enti. Nel primo caso, si ha l'organizzazione propria, mentre nel secondo l'organizzazione impropria. A quest'ultima deve essere istituzionalmente riconosciuto il carattere di organizzazione comune a due enti: l'attività che essa svolge si scinde in due parti, che sono imputabili separatamente a ciascuno dei due enti dai quali dipende. Dal punto di vista giuridico, peraltro, questa prospettazione si è rivelata valida soltanto in termini descrittivi, poichè si limita a rilevare che determinate strutture possono avere organizzazioni comuni.
Dal Diritto .it

18. Il funzionario di fatto.

Funzionario di fatto è figura di creazione dottrinale con la quale si suole indicare l'esercizio dell'azione amministrativa da parte di un soggetto privo della relativa legittimazione. La cd. teoria del funzionario di fatto comporta il riconoscere legittimi gli atti compiuti dal funzionario di fatto e "trova vita solo allorquando si tratti di esercizio di funzioni essenziali e/o indifferibili, che per loro natura riguardino i terzi con efficacia immediata e diretta"(CdS, sez. IV, 20 maggio 1999 n. 853) ed, inoltre, è invocabile solo a vantaggio dei terzi medesimi. La figura, infatti, assolve alla duplice esigenza di salvaguardare la continuità della azione amministrativa e di tutelare l'affidamento del soggetto terzo (l'amministrato) che, in buona fede ed incolpevolmente, ha ritenuto legittimo l'esercizio della pubblica funzione.[i] E' una ipotesi di acompetenza: l'atto o l'attività è posta in essere da un soggetto privo della qualità di organo, o perché l'atto di investitura è del tutto inesistente o perché il titolo risulta viziato o comunque inefficace. **S**orge quindi la necessità di verificare cosa accade agli atti posti in essere dal funzionario di fatto. Il regime degli atti non si presenta omogeneo, e per analizzarlo occorre partire dal richiamare le figure giuridiche riconducibili a tale ambito. Occorre distinguere: a) l'usurpatore di pubbliche funzioni, ossia colui che si appropria di poteri funzionali pubblici, fattispecie questa prevista e punita dal codice penale (art. 347 c.p.); a tale figura viene equiparata quella dell'inesistenza dell'atto di investitura o della sua nullità (ovviamente, in tal caso, rispetto all'usurpazione, vi è mancanza di dolo) ; b) l'investitura formale poi caducata retroattivamente perché affetta da vizi di legittimità.

Nell'ipotesi di usurpazione il titolo di investitura è del tutto carente e perciò si ritiene in dottrina che gli atti adottati siano radicalmente nulli perché provenienti da soggetto ab origine privo della qualità di organo amministrativo e, prima ancora, in quanto espressione di un illecito penale.
Occorre poi distinguere l'ipotesi della mancanza originaria del titolo e quella sopravvenuta di carenza dello stesso. Nel primo caso il vizio è ab origine, mentre nel secondo caso l'investitura è fondata su un titolo che in origine è valido ma successivamente risulta viziato. Orbene, secondo un certo orientamento, sia che la legittimazione sia carente per vizio originario sia che per vizio sopravvenuto, gli atti emanati dal funzionario di fatto sarebbero nulli per carenza di potere in astratto. In sostanza, secondo questa posizione, non essendoci nell'ordinamento una norma attributiva del potere ad un soggetto di emanare provvedimenti in nome e per conto della P.A., si configurerebbe una fattispecie assimilabile al difetto assoluto di attribuzioni di cui all'art. 21-septies l.241/90. Precipitato di tale conclusione è che a conoscere delle relative controversie sarà il giudice ordinario, atteso che non verrebbe in rilievo l'esercizio, neanche mediato, di un pubblico potere da parte della P.A..

Altro orientamento invece qualifica le predette ipotesi come carenza in concreto del potere. Invero, in astratto la legge prevede il potere, ciò che manca è il titolo di investitura. Quindi, l'atto posto in essere dal funzionario di fatto si traduce come "cattivo uso" di potere, soggetto all'annullamento ex art. 21octies nel termine di decadenza di 60 giorni, con giurisdizione del G.A..

E' fondamentale a questo punto ricordare, ancora una volta, che la teoria del funzionario di fatto può essere invocata solo a vantaggio del terzo e non quando essa comporti un danno al medesimo (da ultimo, ribadito anche dal Tar Lazio, Roma, sez.II, 15 marzo 2012, n.2550; ma ancor prima, CdS, sez. IV, 20 maggio 1999 n. 853). Occorre quindi distinguere il caso in ci il soggetto terzo risulti destinatario di un atto a lui favorevole da quello in cui ne sia invece pregiudicato.

Nel primo caso si avrà una situazione tipica di apparentia iuris che, come già anticipato in esordio, comporta la tutela del terzo il quale, in buona fede, incolpevolmente e ragionevolmente abbia fatto affidamento sull'attività del funzionario col quale sia entrato in contatto. Soluzione questa rafforzata, altresì, dal cd. principio di continuità dell'azione amministrativa che impone che le funzioni pubbliche non subiscano interruzioni. Alla luce dei richiamati principi, la giurisprudenza è orientata a fare applicazione del principio di conservazione: gli atti del funzionario di fatto vengono considerati efficaci. Nel caso di atti pregiudizievoli per i terzi destinatario, ove si tratti di atti posti in essere dall'usurpatore o dal funzionario investito da un atto inesistente o nullo, viene in rilievo la nullità-inesistenza: l'atto risulta adottato in difetto assoluto di attribuzioni con conseguente irrilevanza dei termini di decadenza a fini impugnatori.

Più complessa la ipotesi in cui vengono in rilievo atti emanati dal funzionario la cui nomina non sia nulla o inesistente originariamente, ma risulti viziata successivamente e quindi caducabile. Ebbene, rileva in questi casi il rapporto tra l'atto presupposto (id est, l'atto di investitura) e l'atto presupponente (id est, l'atto posto in essere dal funzionario di fatto).

Se tra l'atto di investitura e quelli posti in essere dal funzionario di fatto vi è un rapporto di presupposizione univoco, il venir meno dell'atto presupposto non comporta automaticamente la caducazione di quello presupponente. Quest'ultimo risulterà meramente viziato e quindi suscettibile di autonoma impugnazione nell'ordinario termine di decadenza di 60gg. Ne consegue che il terzo che voglia far valere l'illegittimità dell'atto per difetto di competenza può incorrere in preclusione laddove l'atto di nomina, seppur viziato e non ancora caducato, sia divenuto inoppugnabile per decorrenza dei termini. Quando invece l'atto di nomina sia stato già impugnato la sua caducazione si ripercuoterà anche sull'atto adottato presupponente che, in quanto risultante viziato, sarà autonomamente impugnabile dal terzo (effetto cd viziante)

Qualora invece tra l'atto di investitura e gli atti posti in essere dal funzionario di fatto vi sia un rapporto biunivoco, e quindi l'atto presupposto risulti l'unico possibile antecedente del solo atto presupponente, si verifica un collegamento genetico e necessario tale che la caducazione del primo travolge anche l'altro che, evidentemente, non necessiterà di autonoma impugnazione da parte del terzo pregiudicato. L'annullamento (ex tunc) dell'atto presupposto, infatti, provocherà l'automatica caducazione dell'atto presupponente tale per cui non occorrerà l'autonoma impugnativa (effetto cd caducante).
In conclusione, merita un accenno anche la questione relativa alle pretese economiche del funzionario di fatto: ci si chiede se questi abbia diritto ad un compenso per l'attività prestata in favore della P.A. ove questa ne abbia tratto vantaggio. Anche in questo caso si rileva indispensabile distinguere l'ipotesi di titolo di investitura mancante ab origine da quella in cui lo stesso sia successivamente caducato. Nel primo caso si prende in considerazione l'azione di ingiustificato arricchimento ex art 2041 cc. Occorre, ovviamente, per poterla proporre, che ricorrano i presupposti:1) mancanza di azioni tipiche data la vocazione sussidiaria dell'azione de qua,; 2) arricchimento senza causa della P.A.; 3) correlativa deminutio patrimonii del soggetto-funzionario di fatto. Occorre altresì un quid pluris per esperire l'azione di ingiustificato arricchimento contro la Pubblica Amministrazione e precisamente che la stessa abbia riconosciuto l'utilità dell'attività del funzionario di fatto. Tale riconoscimento, si ammette oggi in giurisprudenza, può essere anche implicito, ricavabile da un comportamento concludente della P.A. L'indennizzo ex art 2041 cc è costituito solo dal danno emergente e non anche dal lucro cessante. Da ultimo, per quanto di interesse, si è espressa anche la Cassazione a Sezioni Unite (Cass., Sez. un., 11 settembre 2008 n.23385) statuendo che "deve essere escluso dal calcolo per l'indennità richiesta per la diminuzione patrimoniale subita dall'esecuzione di una prestazione in virtù di un contratto invalido, quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace"
Laddove, invece, l'atto di assegnazione sia stato successivamente caducato, si ritiene che il soggetto-funzionario di fatto abbia diritto alla retribuzione ex art. 2126 cc. E ciò in quanto in presenza di un atto di assegnazione, poi dichiarato nullo o annullato, il soggetto ha pur sempre effettuato delle prestazioni lavorative come tali retribuibili.
Di conseguenza, anche qualora la caducazione dell'investitura illegittima abbia effetto retroattivo, ricorrendo i presupposti o dell'art. 2126 c.c. o dell'art 2041 c.c., è preclusa alla Pubblica amministrazione di richiedere la ripetizione delle somme erogate.

19. IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETA'

Che cosa significa sussidiarietà?

In presenza di diverse versioni, sembra ragionevole prendere le mosse da quella 'ufficiale', vale a dire dal modo in cui il principio di sussidiarietà è entrato nella nostra carta costituzionale a seguito della riforma del 2001. Non che, così facendo, si possano evitare le difficoltà interpretative che lo circondano. Ma la loro discussione ha molto da guadagnare dal riferimento alla formulazione contenuta nel 'nuovo' articolo 118.

Quello che c'è e quello che non c'è nell'art. 118

"Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà".

Subito, da questo testo, si ricava un'indicazione della massima importanza, che in un certo senso definisce il perimetro più esterno del discorso intorno al principio di sussidiarietà, comunque si voglia intenderlo. L'interesse generale non è monopolio dei poteri pubblici. Oltre che di questi ultimi, può essere 'affare' dei cittadini, singoli o associati. Dove il riferimento alla loro autonomia riguarda innanzi tutto la possibilità che essi siano 'iniziatori' di attività ordinate a perseguirlo, ma certamente si riferisce anche alla prospettiva che le organizzino, ne esercitino il controllo, rispondano dei loro risultati, ecc. E dove pure va osservato che l'affermazione conclusiva "sulla base del principio di sussidiarietà" sembra significare che quanto la precede forma appunto il contenuto del principio, piuttosto che introdurre un elemento ulteriore, costitutivo della fattispecie: insomma, una clausola 'dichiarativa', forse un omaggio al dibattito corrente. Tutto, in effetti, si gioca sul nuovo collegamento istituito tra l'interesse generale e l'autonoma iniziativa dei cittadini: tale, nell'art. 118, la sussidiarietà e tali, quindi, i termini nei quali occorre discuterla.

Spesso, quello che si tace non è meno importante di quello che si dice. Pertanto osserviamo subito, anche, che nel dettato costituzionale manca un aspetto che invece era stato largamente presente nelle discussioni precedenti la revisione. Si tratta dell'idea che quando la cura dell'interesse generale può essere affidata a iniziative autonomamente intraprese dai cittadini, piuttosto che all'esercizio dei poteri pubblici, è bene che tale possibilità vada a effetto. Più in breve: l'interesse generale deve essere affidato il più possibile alle capacità di iniziativa dei cittadini. In estrema sintesi: se possono 'occuparsene' i cittadini, è meglio. Come è facile immaginare, non si tratta di un'assenza casuale, della quale dovremo individuare e commentare le ragioni. In ogni caso, siccome si tratta di un aspetto ricorrente delle discussioni intorno alla sussidiarietà, conviene tenerlo presente fin dall'inizio. Tra l'altro, nel suo profilo logico, forma il contenuto essenziale del principio di sussidiarietà verticale, per esempio nella formulazione della Carta europea (art. 4): "l'esercizio delle responsabilità pubbliche deve, in linea di massima, incombere di preferenza sulle autorità più vicine ai cittadini". Come pure è interessante osservare che compare come una sorta di 'diritto di prelazione' nell'ordinamento di un paese importante e di antica tradizione sussidiaria come la Germania, questa volta proprio con riferimento alla dimensione orizzontale: "in virtù del 'principio sussidiario', che è alla base della politica di assistenza sociale tedesca, lo Stato deve intervenire con l'assistenza ai bisognosi solo quando tutte le altre forme di sostegno siano state esperite invano.
Tra le possibili soluzioni figura, in primo luogo, il sostegno che un individuo può ricevere dalla propria famiglia o, in genere, dalla comunità in cui vive; in secondo luogo, il ricorso ai servizi proposti attraverso il volontariato". Ancor più chiaramente: "Le autorità pubbliche non possono creare un servizio a carattere sociale se già esiste un servizio volontario appropriato; semmai possono invitare un'organizzazione volontaria a istituire un servizio per conto proprio". Questo, in effetti, è un modo di ragionare che tipicamente si affaccia all'interno del nostro argomento e dal quale, pertanto, in ogni caso non si può prescindere.

Torniamo alla formulazione dell'art. 118. Il punto più delicato – che 'fa problema' – è costituito proprio dal riferimento alla nozione di interesse generale. La teoria tradizionale è nota. Gli interessi generali sono (i) identificati dalla legge e (ii) fatti valere dall'amministrazione pubblica. Sebbene logicamente successivi, si tratta di due momenti strettamente legati, in quanto il carattere generale di un interesse si 'esprime' proprio nell'attribuirne la cura a un'amministrazione, affinché lo renda operante nella realtà della vita economica e sociale. Del resto, secondo un nesso profondo: l'interesse generale ha un intrinseco carattere di 'necessità' che deve trovare riscontro in un potere obbligato – e idoneo, attrezzato –a perseguirlo, in virtù del quale sarà 'certamente' fatto valere, e presumibilmente in modi adeguati. D'altra parte, l'amministrazione non riceve dalla legge un compito soltanto 'esecutivo'. Come vedremo meglio, perché è un punto essenziale, esiste una sua area di 'discrezionalità' che fa tutt'uno con l'esigenza di ridurre – fino a eliminare – i margini di indeterminatezza inevitabilmente presenti nell'identificazione dell'interesse generale operata dalla legge.

Chiunque abbia familiarità con l'argomento obietterà che la ricostruzione
appena fornita è troppo rigida. E' vero, ma il rilievo non tocca il 'nucleo' della teoria tradizionale: una comunità – identificata su base territoriale: l'Europa, l'Italia, la Lombardia, Milano – che voglia affermare un interesse che la riguardi in quanto tale – e però 'generale', entro i suoi confini – ne affiderà la definizione e il perseguimento alle proprie 'istituzioni'. Per fare un esempio, basti pensare all'ordinamento delle autonomie locali: "Il Comune […] rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo"

Il problema è che la netta impronta pubblicistica di questa visione forma un non trascurabile contrasto con l'attuale testo costituzionale. Se non altro, sembra evidente che occorre esplorarne il rapporto con la novità recata dall'art. 118; come minimo, bisogna 'far posto' all'autonoma iniziativa dei cittadini in un quadro già dominato dal diritto pubblico.

Mercato e pubblici poteri

In realtà, qualche considerazione può essere svolta anche a prescindere dall'118. Al riguardo, sia consentito l'utilizzo di un esempio che si rifà a un passato assai lontano per far emergere uno stato di cose tanto normale, oggi, da passare quasi inosservato. Alla fine del tredicesimo secolo, non appena l'invenzione dell'orologio meccanico determinò nuove possibilità di misurazione del tempo, queste si affermarono subito come un fatto di straordinaria importanza, che subito mobilitò le istituzioni dell'epoca. Ben presto le chiese installarono sui campanili i "mirabili congegni" ai cui rintocchi "si distingue un'ora dall'altra, il che è della più grande utilità per la gente di ogni condizione", mentre nei consigli cittadini cominciava a presentarsi frequentemente l'istanza di costruire "un grande orologio il cui suono possa essere udito da tutti in ogni parte della città", per mezzo del quale "la cittadinanza vivrà più lieta e contenta e condurrà un'esistenza più ordinata". In effetti, quando fecero la loro comparsa, e poi ancora a lungo, gli orologi erano macchine enormemente costose (e anche molto ingombranti) che nessuno o quasi poteva permettersi di possedere privatamente, sicché l'obiettivo di diffondere universalmente il nuovo strumento di misurazione del tempo, e quindi di ottenere l'incomparabile vantaggio di una vita sociale "più ordinata", prese naturalmente la forma della costruzione di impianti a servizio dell'intera comunità: precisamente, della produzione di 'beni pubblici' nel più schietto significato economico del termine. Venendo ai nostri giorni, i mutamenti sono così evidenti che neanche varrebbe

la pena di citarli: in virtù dello sviluppo tecnologico, l'orologio è diventato un oggetto d'uso individuale tra i più comuni e i più a buon mercato, larghissimamente diffuso presso "la gente di ogni condizione", tanto che a nessuno, oggi, verrebbe in mente che una comunità debba preoccuparsi del fatto che i propri membri abbiano a disposizione mezzi idonei a misurare il tempo. Tuttavia, per quanto grandi siano i mutamenti intervenuti sotto altri riguardi, certamente a essi non ha corrisposto il venir meno di un chiaro interesse generale per la possibilità che tutti possano "distinguere un'ora dall'altra" con facilità e sufficiente esattezza, perché casomai si può sostenere che tale interesse è aumentato di pari passo con l'aumento del grado di interdipendenza tra gli individui che ha caratterizzato l'evoluzione della società. Semplicemente, è accaduto che una condizione di vitale importanza per l'"ordinato" sviluppo della vita sociale – testimoniata come tale, fin quando è stato necessario, da un cospicuo impegno delle istituzioni – è ormai il portato di attività produttive e forme di consumo autonomamente garantite dal mercato. Considerazioni analoghe potrebbero essere proposte in molti altri casi: di fatto, valgono per la produzione e lo scambio di moltissimi dei più diffusi beni di consumo. Nessuna legge prescrive quali e quanti generi alimentari debbano essere messi a disposizione della popolazione. Ma non per questo la garanzia che vi siano sufficienti disponibilità di cibo non costituisce un argomento di interesse generale. Il silenzio della legge non significa in alcun modo che la collettività sia disinteressata al problema: semplicemente, la collettività prende atto della circostanza che il problema si risolve sulla base delle attività – di produzione, di scambio e di consumo – che i cittadini svolgono autonomamente, senza bisogno di previsioni normative. Tant'è vero che se tale circostanza non si verifica – come nel caso di una carestia, o dello stato di denutrizione in cui versano intere popolazioni, o delle forme di povertà estrema presenti anche nei paesi più sviluppati – il sentire comune è ben disposto a riconoscere che le istituzioni devono senz'altro intervenire.

Alla luce di queste considerazioni, si può sostenere che la teoria tradizionale si riferisce a un 'caso particolare': quello, appunto, in cui l'interesse generale non è contenuto nelle scelte che i cittadini compiono 'da soli' – senza che glielo dica nessuno, per usare un'espressione molto colloquiale – e proprio per questo occorre che le istituzioni (i) lo enucleino in quanto tale (come alcunché di diverso dagli interessi già perseguiti dai cittadini) e (ii) lo rendano operante in virtù del proprio potere autoritativo.

La sussidiarietà dell'interesse generale

Il problema, dal punto di vista della discussione sulla sussidiarietà, è che questo modo di ragionare rischia di dimostrare troppo. Salvo errore, dimostra che l'interesse generale non è monopolio dei poteri pubblici – il che, certamente, va nel senso del principio di sussidiarietà. Tuttavia, come emerge dagli esempi, allarga la portata dell'argomento fino a includervi molte delle 'normali' attività governate dal mercato, alle quali, invece, occorre che per qualche verso il principio di sussidiarietà si contrapponga – se pure vuole identificare una realtà specifica, dotata di caratteri peculiari e consistenza propria, come certamente è nello spirito del dettato costituzionale.

Per fare un passo avanti, allora, occorre caratterizzare meglio il mercato. Nel suo ambito non accade soltanto che l'interesse generale sia contenuto (quando lo è) in scelte che i cittadini compiono 'da soli', ma anche che sia contenuto (quando lo è) in scelte compiute da individui 'soli', reciprocamente indifferenti. In parte è un problema di motivazioni, nel senso, a tutti noto, che le scelte compiute sul mercato sono fondamentalmente 'auto-interessate', essendo sostenute dall'idea che ognuno pensa soltanto a se stesso.

Il mercato, per dirla con Sen, è popolato da individui "forti e silenziosi, che non parlano mai" e però nemmeno possono mai stabilire di fare qualcosa insieme, ma soltanto scambiarsi i prodotti di quello che ognuno fa per conto suo. E però, conseguito in questo modo, l'interesse generale emerge come un risultato puramente oggettivo, non-intenzionale, che si determina senza che gli orientamenti individuali trovino mai una qualche forma di 'solidarietà': anche qui, sia nel significato più diffuso del termine (un trasferimento di risorse a chi ne ha bisogno e non è in grado di procurarsele da solo), sia in quello, non meno importante, di un operare comune in vista di un obiettivo condiviso (al quale nulla vieta che i partecipanti possano essere personalmente interessati).

Da sempre, questa ‘figura’ dell’interesse generale è al centro della teoria economica (si pensi appunto alla “mano invisibile” di Smith). Senza dubbio, se ne può mettere in rilievo il carattere singolarmente ‘improbabile’, se non proprio paradossale, perché in sostanza quello che accade è che l’interesse generale si affermi per il tramite del suo contrario. E infatti è anche vero che da sempre la teoria economica si interroga circa la misura e il senso in cui il mercato è in grado di promuovere il ‘benessere sociale’, con esiti che includono difese a oltranza e critiche radicali. Per quanto ci riguarda, crediamo che non convenga prendere posizioni estreme, perché il problema è piuttosto del tipo “dare a Cesare quello che è di Cesare”: vale a dire riconoscere l’apporto del mercato – all’interesse generale – sapendo che si tratta soltanto di una delle forme disponibili al fine di renderlo operante. Anzi, come si è visto, si dà il caso che, a partire da un ragionamento sul mercato, la figura ‘classica’ dell’interesse generale – quello enucleato e fatto valere dalle istituzioni pubbliche, in virtù dei loro poteri autoritativi – emerga con tanta più forza ed evidenza, quasi per contraccolpo. Ma soprattutto, adesso, abbiamo abbastanza elementi per identificare una terza figura, che in un certo senso occupa un posto intermedio tra le prime due – e porta dritto al cuore del principio di sussidiarietà.

Come si ricorderà, l’art. 118 dice che si tratta di favorire “l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale”.

La formulazione non è delle più eleganti. In particolare, quel “per”, che unisce l’autonoma iniziativa dei cittadini e lo svolgimento di attività di interesse generale, è un modo di esprimersi un po’ sbrigativo e contratto. Eppure, contiene la soluzione del problema, perché certamente sta a significare un finalismo consapevole, che appunto si contrappone al modo puramente oggettivo, non intenzionale, in cui l’interesse generale è conseguito (quando lo è) dal mercato.

Nel caso del principio di sussidiarietà, precisamente, l’interesse generale è voluto in quanto tale, perseguito soggettivamente, come un’operante motivazione dell’agire, piuttosto che il ‘sotto-prodotto’ di comportamenti orientati in tutt’altra direzione.

Per insistere sull’argomento, si può osservare che la differenza tra l’autonoma iniziativa dei cittadini sul mercato e l’autonoma iniziativa dei cittadini sulla base del principio di sussidiarietà è più sottile – ma non meno significativa – di quella che passa, seccamente, tra interesse privato e interesse generale.

La sussidiarietà delle comunità intermedie

Chi osservasse che la linea di ragionamento seguita fino a questo punto dà luogo a una sussidiarietà piuttosto esigente, che pretende dai cittadini notevoli capacità di visione, non avrebbe torto, anzi avrebbe il merito di mettere in evidenza un tratto peculiare e saliente del modo in cui l’art. 118 interpreta il principio.

Perché in realtà si può uscire dal paradigma degli individui “forti e silenziosi, che non parlano mai” anche senza immaginare individui che ragionino – distintamente – in termini di ‘interesse generale’. Facciamo un esempio. Indubbiamente, l’educazione delle nuove generazioni corrisponde a un’esigenza ‘della società’.

Certamente, il caso resta profondamente diverso da quello del mercato, perché il punto di partenza è costituito da comportamenti che già incorporano, sempre per citare Sen, un senso del 'noi' – nell'esempio, la 'famiglia' – che sul mercato non si registra mai; e però di un noi caratterizzato da un chiaro elemento di 'particolarità'. Né questo carattere è necessariamente il segno di un difetto, perché 'particolare' può anche significare più vicino, più consueto e però, in definitiva, più 'concreto'. Così, almeno, ritiene chi incentra il discorso sul tema dei 'corpi intermedi' – qui esemplificato sul caso della famiglia, ma naturalmente molto più articolato e di portata assai più ampia – e pensa a un interesse generale che si costruisce per gradi, accogliendo una molteplicità di motivazioni pro-sociali che non sono, in se stesse, orientate in modo tanto ampio.

1.5. Una o più fonti dell'interesse generale?

L'interesse generale deve trovare una sola fonte, quella nella pubblica amministrazione perché il momento 'valutativo' resta di competenza delle istituzioni pubbliche. Ciò in quanto gli interessi generali dei cittadini devono prendere forma in luoghi dove i cittadini siano rappresentati (o presenti) nella loro generalità; e luoghi di questo tipo, fino a prova contraria, si trovano soltanto nella sfera pubblica. Piaccia o non piaccia, le forme consolidate della democrazia rappresentativa e quelle in evoluzione della democrazia diretta, che sono anche più pubbliche delle prime, costituiscono tutto quello che abbiamo a disposizione quando si tratta di 'dire' che cosa sia nell'interesse generale di una comunità: una parte di quest'ultima – un gruppo di cittadini, per quanto attivo e per quanto numeroso – non potrà mai farlo in modo legittimo.

Certamente, se le cose vanno bene, possiamo immaginare che la volontà dei cittadini che si esprime per il tramite delle istituzioni pubbliche e le loro autonome iniziative in quanto "singoli o associati" facciano riferimento a un medesimo 'fondo' di valori condivisi, la cui esistenza viene a costituire ex ante una ragione di coerenza dei due momenti. Ma il primo resta comunque essenziale, perché soltanto le forme del processo politico-amministrativo, per quanto imperfette, consentono la manifestazione del volere di una comunità totaliter accepta – e perché senza la base costituita da quest'ultimo la determinazione dell'interesse generale sarebbe esposta a ogni sorta di arbitrarietà.

1.6. Interesse generale e discrezionalità amministrativa

Naturalmente, la questione appena affrontata – chi identifica l'interesse generale? – si pone con particolare evidenza nel caso in cui si determini un conflitto tra un gruppo di cittadini convinto di aver intrapreso un'attività che integra la fattispecie e un'amministrazione di diverso avviso. Eventualità di ovvia importanza teorica, ma anche pratica, appunto perché vi è collegata la concessione o meno del favor previsto dall'articolo 118, che si configura come un vero e proprio diritto dei cittadini impegnati nello svolgimento di attività di interesse generale. Ciò posto, nel caso di contrasto nella valutazione dell'interesse una prima soluzione vede il ricorso "a una valutazione giudiziale":

Tuttavia, la strada "del conflitto e del ricorso al giudice non può essere prospettata come soluzione ordinaria", bensì come ipotesi "di ultima istanza". Ordinariamente, piuttosto, dovrà essere percorsa una via "politica", delineata come segue. "Ove ritenga che l'attività di un piccolo gruppo non integri l'interesse generale, [un amministratore] non potrà opporre una propria personale diversa convinzione, e non potrà farsi scudo del proprio ampio mandato rappresentativo. Egli non potrà dire d'essere interprete di una "maggioranza silenziosa", dovrà invece convocare altri cittadini, ch'egli suppone contrari. Dovrà cioè promuovere la partecipazione, rendere attivi i passivi, farsi garante di confronti, promuovere mediazioni sociali dirette tra cittadini resi tutti più attivi. Al limite, indire una consultazione popolare"

A margine di queste considerazioni è interessante osservare che, nella dottrina consolidata, l'esistenza di un merito che le amministrazioni possono valutare liberamente è riconosciuta proprio al fine di istituire una "zona" sottratta all'intervento della magistratura – come si capisce bene, a partire dalla premessa che circa il concretarsi degli interessi pubblici le leggi non contengono indicazioni univoche, che un giudice possa controllare se sono state "rispettate" o "applicate", ma devono essere, appunto, implementate. "La scelta finale tra più possibili e tutte ragionevoli, è una scelta che deve essere motivata, che non può essere senz'altro arbitraria: ma tale motivo attiene al merito, cioè non può essere oggetto di sindacato. L'individuazione del merito, di codesto ambito di libertà in cui alla fine si estrinseca l'esercizio del potere – la sua individuazione in concreto, lo stabilire se una certa scelta, un certo motivo, attiene al merito – serve proprio a ciò, ad escludere tale ambito dal sindacato esterno (segnatamente del giudice) cui tutta l'attività amministrativa è sottoposta".

1.7. La sussidiarietà come canone organizzativo

Come già si è visto, l'art. 118 Cost esclude che la privata autonoma iniziativa possa perseguire, da sola, l'interesse generale dovendosi limitare a partecipare alla realizzazione dell'interesse generale con la P.A. che, ha nei suoi confronti, l'obbligo di favorirla. La ragione, sembra di capire, sta nella volontà di disinnescare la carica antistatuale potenzialmente contenuta nel principio di sussidiarietà; più in concreto, di evitare che la sua applicazione si risolva in un puro e semplice 'arretramento' delle istituzioni pubbliche, prevedendo anzi che esse non escano mai di scena, perché la novità riguarda piuttosto il loro 'stile' di intervento: aiutare a fare invece di fare (direttamente, in prima persona).
In realtà, nella formulazione riportata, la sussidiarietà si ferma dove cominciano le questioni davvero 'intriganti'. Le istituzioni pubbliche non facciano nulla di ciò che le formazioni sociali possono fare con le proprie forze. A parte ogni altra considerazione, si converrà che fin qui l'argomento è del tutto impregiudicato, perché tutto dipende dalla ampiezza e dal contenuto delle esigenze giudicate alla portata delle formazioni sociali e dalla consistenza dei loro possibili ambiti di competenza

2.4. Il caso dei processi di trasformazione urbana
Un intero filone di studi e di ricerche, nonché un'intera generazione di esperienze, che pure ne annovera molte 'di successo', vertono su questo punto: per essere davvero efficaci, i programmi devono coinvolgere i residenti, devono fare in modo che gli abitanti siano parte attiva sia del disegno che della messa in opera dei cambiamenti (oppure, anche, devono riconoscere e valorizzare i fatti di mobilitazione che prendono forma 'dal basso', senza aspettare i 'programmi' delle istituzioni pubbliche). In sede disciplinare, l''urbanistica condivisa', la 'pianificazione partecipata'; in pratica, per esempio, i 'programmi Urban', i 'contratti di quartiere' e, soprattutto, tante iniziative ispirate allo stesso principio anche al di fuori di cornici normative (e finanziarie) come quelle appena citate.Fissata la fattispecie, domandiamoci: perché? perché mobilitare i residenti, o meglio gli abitanti? Risposta: proprio perché controllano risorse peculiari, non comprese nel bagaglio di competenze degli 'esperti' – i 'pianificatori', cioè gli urbanisti, gli architetti, i sociologi, ecc. – e tuttavia senz'altro pertinenti alla soluzione dei problemi. Intanto, risorse cognitive: la percezione dei luoghi – delle loro condizioni di 'utilizzo' e dei loro 'significati' – che deriva appunto dal fatto di abitarli, di frequentarli nel quadro della vita quotidiana (i 'mondi vitali'…). Proprio per questa sua radice, si tratta di un sapere – variamente detto 'ordinario', 'comune', 'contestuale' – diverso da quello degli esperti, che perloppiù, inoltre, si dà come 'conoscenza tacita', cioè come una conoscenza che non può essere trasmessa nella forma di un 'elenco di istruzioni', sicché quanti la possiedono – gli abitanti –possono renderla disponibile soltanto 'partecipando all'azione': nel nostro caso, partecipando alla redazione dei progetti, alla definizione dei cambiamenti che conviene realizzare. D'altra parte, senza dubbio, insieme agli esperti, a loro volta depositari di un sapere professionale che gli abitanti

non possiedono e che, manco a dirlo, resta comunque necessario. E ancora, senza dubbio, insieme alle istituzioni pubbliche, perché nelle trasformazioni urbane sono in gioco interdipendenze che soltanto queste possono validamente governare. Di qui, appunto, l'idea di 'urbanistica condivisa' e la forma caratteristica delle esperienze, che è quella di un attività comune, fatta proprio sulle carte, sui plastici, sulle fotografie, con gliurbanisti e i cittadini seduti attorno allo stesso tavolo. E con sviluppi interessantissimi dal punto di vista degli strumenti metodologici che consentono la reciproca traduzione dei rispettivi 'linguaggi' (emblematicamente, il planning for real) e, in generale, danno corpo a forme 'evolute' di esame e soluzione dei problemi (si pensi ancora, per esempio, alla cosiddetta 'gestione creativa dei conflitti').Non si tratta soltanto della redazione dei progetti. Il secondo punto caratteristico delle esperienze cui ci riferiamo, infatti, è la convinzione che le trasformazioni fisiche, dello spazio costruito, sono soltanto un aspetto dei programmi (sempreché questi vogliano risultare davvero efficaci); il resto riguarda i servizi, le attività produttive, la vita culturale, la sicurezza, ecc. Punto ormai largamente acquisito, che però ha l'importante implicazione, meno acquisita, di aumentare ancora, considerevolmente, il grado di dipendenza dei programmi (dei loro esiti) dall'effetto di mobilitazione che riescono a generare nella 'società' locale.

2.6. Altri casi

Si potrebbe continuare. Oltre a quello considerato nel paragrafo precedente, moltissimi altri problemi, dentro e fuori i 'settori centrali' del welfare, si prestano a essere affrontati saldando le competenze delle istituzioni pubbliche e dei 'diretti interessati' – con la raccomandazione di leggere il termine 'competenze' in tutte le sue possibili accezioni. Per limitarci a qualche qualche titolo:

(a) nell'ambito scolastico, la questione della lotta alla dispersione (o anche soltanto all'insuccesso) mette alla prova il rapporto tra istituzioni e 'mondi vitali' in modo che non si saprebbe immaginare più impegnativo, e però ne conferma l'assoluta centralità al fine dello sviluppo di strategie che abbiano qualche probabilità di successo;

(b) alla relazione tra istituzioni e 'mondi vitali' possono essere ricondotte anche tutte le strategie che non a caso si dicono di de-istituzionalizzazione (della malattia mentale, della disabilità, della non autosufficienza legata all'età, ecc.), interpretabili, precisamente, come combinazioni di servizi prodotti su base professionale, capacità (siano pure residue) dei destinatari e capacità di cura di quanti stanno loro vicini per ragioni personali (basti pensare al tema dell'assistenza domiciliare);

(c) l'efficacia delle strategie di aiuto alle famiglie che vivono situazioni di difficoltà relazionale (anche acuta) passa per l'offerta di 'spazi' (spesso anche fisici) nei quali possano recuperare le funzioni che in un certo momento risultano compromesse, facendo leva sulle risorse che ancora possiedono e spesso, anche, sulle capacità di aiutarsi a vicenda;

(d) il tradizionale modello dei servizi rivolti all'infanzia (gli asili nido, per intendersi) può essere ripensato secondo l'ipotesi di coinvolgere gli adulti di riferimento dei bambini (compresi i nonni) nell'organizzazione e nel presidio degli spazi destinati ad accoglierli, insieme agli educatori professionali;
(e) le politiche rivolte ai giovani devono certamente essere pensate come un'offerta di 'piattaforme' sulle quali essi possano dar vita a processi largamente autogestiti;
(f) moltissime iniziative testimoniano come i cittadini possano apportare peculiari capacità di cura in materia di beni ambientali (particolarmente il verde pubblico) e culturali, legate a sentimenti di appartenenza, ai valori simbolici che sempre assumono i luoghi in cui si vive, ai tanti interessi (culturali, sportivi, ricreativi) espressi dalle comunità locali;
(g) la raccolta differenziata dei rifiuti può avere successo soltanto se i cittadini 'fanno la loro parte', impiegando tempo e attenzione nel selezionarli e nel conferirli in modo appropriato (incombenze che nel concreto della vita quotidiana non sono di poco conto);
(h) un intero filone di ricerche e di esperienze ha dimostrato come la 'pubblica sicurezza' possa essere garantita meglio e a volte soltanto se le comunità sono impegnate insieme alle forze dell'ordine nelle azioni di rilevazione dei fenomeni, prevenzione, segnalazione degli eventi, sostegno delle vittime;
(i) analogamente, in materia di 'protezione civile', le opportunità di osservazione e le capacità di reazione delle popolazioni esposte ai rischi aumentano in misura decisiva le possibilità di prevenzione degli eventi e di limitazione dei danni.
Di questo elenco, che pure non ha pretese di completezza, interessa soprattutto la varietà dei casi, che suona a conferma, ci sembra, della presenza di un nesso fondamentale: di una 'ragione profonda', che proprio in quanto tale opera in tanti ambiti diversi.

20. ORGANIZZAZIONE POLITICA E AMMINISTRATIVA DELLE REGIONI ITALIANE

REPORT ANNUALE - 2011 - ITALIA
(Marzo 2011)
Prof. Gianluca GARDINI

1. LA CORNICE COSTITUZIONALE

La riforma del Titolo V, parte II Cost., realizzata con la legge cost. 3/2001, conduce ad una modifica della stessa forma di Stato repubblicana varata con la Costituzione del 1948: il nuovo testo dell'art. 114 Cost. viene infatti a conferire pari dignità ai diversi enti di governo territoriale presenti all'interno dell'ordinamento repubblicano, caratterizzati da autonomia politica e di indirizzo, di talché la Repubblica è oggi costituita da quei soggetti (comune, provincia, città metropolitane, Regioni e Stato) tra cui, in precedenza, essa risultava semplicemente ripartita. Con questa previsione viene data nuova ed ulteriore attuazione all'art. 5 Cost., volto a "riconoscere" e "promuovere" le autonomie locali, attribuendo non più solo alle Regioni, ma a tutti gli enti territoriali di governo, secondo il principio di pari dignità costituzionale, una posizione di autonomia direttamente disciplinata dalle norme della Costituzione.

Dal combinato disposto degli artt. 5 e 114 Cost. nasce dunque una nuova forma di Stato, di natura policentrica, che proietta significativi riflessi e conseguenze sullo status degli enti territoriali, nonché sul riparto di competenze precedentemente stabilito tra i diversi livelli di governo e, più in generale, sul sistema delle fonti di produzione del diritto. Ciò premesso, un approccio al quadro normativo concernente l'organizzazione politica e amministrativa delle Regioni italiane non può dunque prescindere, ancora oggi, da una (pur sintetica) disamina del nuovo Titolo V, parte II della Costituzione.

Le modifiche introdotte nel 2001 attribuiscono alla autonomia statutaria delle Regioni la definizione della propria forma di governo e dei principi fondamentali di organizzazione e funzionamento (art. 123); recano un deciso ampliamento, sia quantitativo che qualitativo, dei poteri normativi regionali (art. 117 commi 2, 3 e 4) mediante l'inversione del criterio di elencazione delle competenze legislative (quelle statali delimitate da un elenco tassativo, quelle regionali divenute generali e residuali); abrogano il controllo preventivo del Governo sulla legislazione regionale (art.127); ampliano significativamente il potere regolamentare regionale estendendolo a tutte le materie di competenza concorrente e residuale delle Regioni (art. 117 comma 6); ridisegnano l'intero sistema amministrativo dell'ordinamento italiano in base al criterio della sussidiarietà (art. 118); ed infine danno nuovo impulso all'autonomia finanziaria delle Regioni ed enti locali (art. 119).
In sostanza, il policentrismo egualitario è il punto d'origine, la fonte diretta di gran parte dei cambiamenti introdotti dal nuovo titolo V della Costituzione. L'effetto più immediato di questo mutato assetto ordinamentale è rappresentato dalla perdita della potestà legislativa generale da parte dello Stato, cui tradizionalmente veniva riconosciuta una competenza generale e residuale su ogni materia non espressamente assegnata dalla Costituzione al potere legislativo concorrente delle Regioni.
In realtà, come vedremo, la situazione è solo formalmente rappresentabile in questi termini, dal momento che alla clausola espressa di residualità a favore delle Regioni si è accompagnata l'introduzione di materie trasversali, affidate alla competenza esclusiva dello Stato, in grado di condizionare l'esercizio della funzione legislativa anche nelle materie affidate alla competenza esclusiva regionale. Così, progressivamente, sono emerse altre valvole di tenuta del sistema che, una volta scomparso l'interesse nazionale, consentono allo Stato di esercitare, ancora oggi, un ruolo prevalente tra i soggetti che compongono la Repubblica. Come ha chiarito la Corte costituzionale con riferimento specifico alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni in ambito sanitario, si vengono a delineare ambiti affidati alla competenza esclusiva dello Stato che non possono definirsi come "materie" in senso stretto, ma semmai identificano «una competenza del legislatore idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle» (sent. 26 giugno 2002, n. 282). Analogamente, l'equiparazione tra le diverse articolazioni della Repubblica, secondo la Corte, riguarda soltanto la fonte di attribuzione dell'autonomia, mentre l'art. 114 Cost,. non determina una «totale equiparazione fra gli enti in esso indicati» (sent. 274 del 2003).

1.1 L'attuazione del principio di sussidiarietà verticale

Così, analizzando, a dieci anni di distanza, lo stato di attuazione e la stabilità dell'architettura istituzionale disegnata dal nuovo Titolo V della Costituzione, non si può fare a meno di rilevare uno scollamento tra il progetto teorico e la realtà organizzativa delle Regioni italiane, che è venuta assestandosi su equilibri ben diversi da quelli immaginati dal legislatore al momento della riforma.
Ciò vale, in primo luogo, per il principio di sussidiarietà verticale. Contrariamente ad ogni aspettativa, questo principio rischia infatti di rimanere un valore programmatico, un paradigma organizzativo che ispira l'intervento statale ma che, in via di fatto, resta privo di ogni effetto prescrittivo o deontico. Con la riforma del Titolo V, venuto meno il vincolo del parallelismo tra funzioni legislative e amministrative (effetto anticipato dal meccanismo di devoluzione generale varato dalla legge n. 59 del 1997, cd. Bassanini) la competenza amministrativa avrebbe dovuto essere allocata in via ordinaria a favore dei Comuni. Il recepimento del principio di sussidiarietà verticale da parte dell'art. 118 Cost., in questo senso, intendeva limitare fortemente la discrezionalità del legislatore (nazionale e regionale) in merito al riparto delle funzioni amministrative, introducendo una sorta di "riserva di legge rinforzata" per eventuali deroghe alla regola della titolarità comunale. Sul piano organizzativo, le Regioni risultavano fortemente alleggerite dalla riforma costituzionale, poiché avrebbero dovuto mantenere su di sé solo quelle funzioni volte non tanto a fare direttamente, quanto a "far fare", a indirizzare gli altri livelli di governo nello svolgimento della loro attività operativa. L'apparato stesso delle Regioni doveva quindi risultare ridotto e semplificato, seguendo la logica che, all'indomani del decentramento generale di funzioni operato con la legge Bassanini, condusse alla soppressione di una parte rilevante dell'amministrazione periferica dello Stato.
Va rilevato, tuttavia, che la stessa riforma costituzionale del 2001 prevede che la generale competenza amministrativa dei comuni non si sia automaticamente attivabile, ma l'operatività dell'intero sistema di conferimento risulta rimessa ad una doppia fonte:tatale, per l'individuazione dei compiti regionali e locali nelle materie di competenza esclusiva dello Stato; regionale, per l'allocazione delle funzioni amministrative nelle materie rientranti nella competenza concorrente Stato-Regioni e nelle materie di competenza residuale delle Regioni. Tale previsione ha fatto sì che a tutte le funzioni amministrative aventi il proprio fondamento in disposizioni legislative antecedenti alla riforma è stato applicato il principio di continuità, sino ad eventuale espressa abrogazione o annullamento delle norme attributive del potere. In tal modo, l'applicazione concreta del nuovo principio dell'attribuzione prioritaria ai comuni delle funzioni amministrative è stato fortemente condizionato dalla tendenza, sia da parte dello Stato che da parte delle Regioni, a mantenere un significativo spazio di intervento nell'esercizio di funzioni amministrative.

Per quanto concerne la legislazione statale, tale effetto è in parte imputabile alla interpretazione fornita dalla Corte costituzionale allo stesso principio di sussidiarietà. Con a celebre sentenza 303 del 2003, la Corte ha infatti elaborato l'istituto della cd. "chiamata in sussidiarietà": un meccanismo allocativo che, a fronte dell'inadeguatezza di un determinato livello di governo, giustifica l'avocazione ad subsidium delle funzioni amministrative da parte dell'ente esponenziale di interessi più generali, secondo una logica progressiva che muove dal basso verso l'alto. La chiamata in sussidiarietà, tuttavia, può non limitarsi all'esercizio delle funzioni amministrative, ma comportare anche una deroga al riparto di competenze legislative fissato in Costituzione ed investire l'intero l'assetto delle fonti normative statali e regionali: avocata la funzione amministrativa, infatti, lo Stato può dettarne anche la disciplina legislativa, nel nome della piena attuazione del principio di legalità In questo senso, la compressione della competenza legislativa regionale appare "non irragionevole", in quanto volta ad assicurare l'immediato svolgimento delle funzioni attratte dallo Stato per soddisfare esigenze unitarie, altrimenti esposte a pregiudizio.
Si noti che questa operazione di "chiamata in sussidiarietà" non è libera, ma richiede il perfezionarsi di un procedimento consensuale che vede coinvolti lo Stato e le Regioni. E' nel contraddittorio leale e collaborativo tra le parti, infatti, che si effettua l'apprezzamento dell'interesse pubblico sottostante all'avocazione delle funzioni regionali e, al tempo stesso, vengono valutate le esigenze di carattere unitario e l'adeguatezza degli enti territoriali ad esercitare le medesime funzioni, nel rispetto dei cardini della proporzionalità e della ragionevolezza.
Nell'accezione di sussidiarietà assunta dalla Corte nella sentenza 303/2003, dunque, viene privilegiata da un lato la sua attitudine "ascendente" – l'avocazione verso l'alto di funzioni legislative e amministrative –, e dall'altro viene valorizzato il suo aspetto dinamico – il momento concertativo e consensuale – che rende flessibile l'ordine rigido delle competenze legislative dettato dall'art. 117 Cost.. Il consenso delle Regioni (e degli enti locali) è divenuto quindi, in molti casi, "elemento valutativo essenziale" (in questi termini, Corte Costituzionale, sent. 233/2004) per il vaglio di costituzionalità delle leggi statali, ed assume tanto maggiore rilievo, quanto maggiore è la deroga al riparto formale di competenze dettato dall'art. 117 Cost.
L'analisi della giurisprudenza costituzionale successiva al 2003 rivela come la Corte abbia progressivamente allentato le rigide condizioni per l'attrazione in sussidiarietà di funzioni amministrative da parte dello Stato, determinando una torsione della cd. "chiamata in sussidiarietà" rispetto alle sue finalità originarie.

Per un verso infatti, la Corte ha superato il divieto di ingresso di fonti secondarie statali nelle materie di competenza regionale, ammettendo che l'attrazione in sussidiarietà possa coinvolgere, oltre alle funzioni legislative, anche quelle regolamentari (C.Cost. 214/2006, 168/2008, 76/2009). Per altro verso, la Consulta ha giustificato interventi legislativi diversi e più ampi rispetto alla mera disciplina della funzione amministrativa attratta, e volti, invece, alla regolazione uniforme dell'intero procedimento amministrativo d'ambito regionale (C.Cost. 88/2007, 165/2007). In tal modo, la chiamata in sussidiarietà non costituisce più uno strumento eccezionale per la tutela delle esigenze unitarie, ma è divenuto progressivamente uno strumento ordinario di cui si serve lo Stato per disciplinare funzioni formalmente decentrate. A ciò si aggiungono i dubbi applicativi concernenti il metodo consensuale per la chiamata in sussidiarietà, che investono il grado di vincolatività da riconoscere all'accordo tra Stato e Regioni, oltre che l' an e il quomodo della reversibilità del meccanismo, e rendono evidente la modifica del quadro iniziale e la persistenza dell'approccio "culturale" previgente alla riforma. Come la dottrina ha da tempo sottolineato, dovrebbe essere la legge a dettare i criteri atti ad individuare, a seconda delle situazioni, il grado di coinvolgimento delle Regioni (e degli enti locali) necessario a garantire la costituzionalità del procedimento1, e a tracciare il confine tra le ipotesi in cui è sufficiente il parere, quelle in cui è necessaria una intesa (anche se debole), quelle in cui l'intesa è imprescindibile, o, infine, quelle in cui è necessaria sia l'intesa delle Regioni nell'esercizio di funzioni di normazione secondaria e amministrative: la giurisprudenza è infatti ancora attestata sulla linea dell'efficacia puramente politica attribuita alle forme di consultazione e/o concertazione che abbiano ad oggetto atti di natura legislativa, non essendo esse generalmente considerate vincolanti per il Parlamento, né obbligatorie (poiché anche la mancata richiesta del parere generalmente non inficia la legittimità dell'atto legislativo).
In questo quadro, anche l'adattamento della legislazione regionale al mutato assetto costituzionale delle funzioni amministrative è stato solo parziale.
A determinare questo risultato hanno concorso senz'altro almeno due fattori: da un lato, l'incerta definizione dei titoli competenziali indicati nell'art. 117 Cost., che ha generato un aumento del contenzioso tra Stato e Regioni; dall'altro, il ritardo nell'attuazione della nuova autonomia finanziaria riconosciuta alle Regioni ed agli enti locali dal riformato art. 119 Cost. e la progressiva contrazione della stessa autonomia finanziaria già conquistata,per effetto delle politiche di contenimento della spesa pubblica.

La situazione ora descritta sembra trovare un riscontro anche nei dati statistici relativi ai trasferimenti finanziari delle Regioni a favore di Comuni, Province e Comunità montane quali indicatori del principio di sussidiarietà verticale. Se si considera la loro incidenza sul totale delle spese come un dato rivelatore della propensione delle diverse Regioni a rispettare tale principio nell'esercizio delle loro competenze, si compone infatti un quadro ben diverso da quello immaginato al momento della riforma costituzionale del 2001.

Le spese delle Regioni per trasferimenti ad Enti locali, come media per il periodo 2006- 2009, rappresentano, a livello nazionale, il 18,1% del totale delle uscite. Esistono notevoli differenze non solo tra Regioni a Statuto speciale (13,7%) e ordinarie (20,8%), ma anche tra le varie aree geografiche. Nell'ambito delle regioni a statuto speciale il valore più elevato si registra al Nord (21,9%, contro 9,3% al Sud), ma bisogna sottolineare che questo risultato dipende soprattutto dal fatto che a Valle d'Aosta, Friuli Venezia Giulia e Province autonome di Trento e Bolzano spetta l'assegnazione dei trasferimenti ordinari agli Enti Locali, competenza che, nel resto d'Italia, è attribuita allo Stato.

Tra le Regioni ordinarie, per converso, la propensione ad utilizzare il principio di sussidiarietà a favore degli Enti locali appare più marcata al Centro e al Sud (circa 24%) che non al Nord (16,9%).

Il confronto con il periodo 2002-2005 fa emergere una flessione nel ricorso al principio di sussidiarietà da parte delle Regioni ordinarie: il rapporto tra trasferimenti ad Enti Locali e totale uscite, infatti, subisce un ridimensionamento in tutte le aree tranne che al Sud, dove resta stabile intorno al 23%2. Sembrerebbe potersi dire, in base ai dati concernenti i trasferimenti finanziari, che in questi anni il principio di decentramento abbia trovato maggior realizzazione proprio nelle amministrazioni regionali del Meridione. Ciò, in parte, è dovuto al forte ritardo in cui versavano le Regioni del sud rispetto alla devoluzione di funzioni amministrative agli enti locali, laddove le regioni del Nord hanno iniziato a praticare questi trasferimenti sin dagli '70.

Va segnalata, infine, con riferimento ai fattori che hanno determinato un adattamento soltanto parziale della legislazione regionale al nuovo assetto costituzionale, la mancata attuazione dell'art. 117, comma 2, lett. p), che attribuisce competenza legislativa esclusiva allo Stato in materia di "legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane". L'individuazione delle funzioni fondamentali rappresenta uno snodo centrale nella configurazione del nuovo assetto istituzionale della Repubblica, che implica una revisione organica dell'ordinamento degli enti locali (come dimostra anche la delega contenuta nell'art. 2 della legge n. 131 del 2003, cd. legge La Loggia, il cui termine di esercizio è però scaduto in assenza di attuazione). La stessa prospettiva di revisione organica dell'ordinamento locale è posta a fondamento del disegno di legge, recante "Individuazione delle funzioni fondamentali di Province e Comuni, semplificazione dell'ordinamento regionale e degli enti locali, nonché delega al Governo in materia di trasferimento di funzioni amministrative, Carta delle autonomie locali. Riordino di enti ed organismi decentrati", approvato in prima lettura alla Camera il 30 giugno 2010 ed ora all'esame del Senato. Questo disegno di legge nasce proprio dall'esigenza di fornire
un quadro normativo coerente per le autonomie territoriali, al quale ricondurre l'attuazione degli articoli 117, comma 2, lett. p) e 118 della Costituzione,. Al riguardo, occorre segnalare, tuttavia, che parti rilevanti del d.d.l. Calderoli (che prende il nome dal nome del Ministro proponente) sono state, di fatto, superate da interventi legislativi successivi, (quali ad es. il D.L. 78 /2010, che hanno notevolmente pregiudicato quel disegno organico di attuazione del dettato costituzionale che era alla base del ddl Calderoli.

2. L'ORGANIZZAZIONE POLITICA DELLE REGIONI

La forma di governo delle Regioni è profondamente condizionata dalle previsioni dettate dal testo costituzionale, le quali disciplinano tutti gli aspetti salienti dei poteri degli organi e dei loro reciproci rapporti. In tal senso, benché l'art. 123 Cost. indichi tra i contenuti degli statuti regionali la rispettiva "forma di governo", l'effettivo spazio di autonomia esercitabile dalle Regioni sul punto è piuttosto circoscritto.

In primo luogo, la Costituzione individua gli organi necessari delle regioni - secondo la tripartizione tipica degli enti locali - nel Consiglio Regionale, nella Giunta e nel relativo Presidente. Anche la denominazione di tali organi, come ha precisato la Corte Costituzionale, è da ritenersi inderogabile (sentt. 106 e 306/2002). A questi organi di governo va ora ad aggiungersi il Consiglio delle autonomie locali, previsto dall'art. 123, ultimo comma, Cost., quale ritenuto organo necessario per realizzare una opportuna consultazione tra le regione e gli enti locali in ambito regionale.

Il Consiglio delle autonomie nasce dall'esperienza delle sedi di concertazione con gli enti locali, istituite dalle Regioni in attuazione dell'art. 3 del d.lgs. n. 112/1998, le quali vengono rese costituzionalmente necessarie e sottoposte, almeno nei loro tratti essenziali, ad una riserva di disciplina statutaria. Nei nuovi statuti regionali sinora approvati, il Consiglio delle autonomie locali è stato per lo più disegnato come un organo formato da componenti degli organi degli enti locali, che interviene in funzione consultiva sull'attività del Consiglio regionale, ed i cui pareri possono, in alcuni casi, produrre effetti (di arresto procedimentale o di aggravamento dei quorum deliberativi) nell'ambito dei procedimenti di approvazione di atti di particolare importanza per le autonomie locali.
Il riformato art. 123 Cost. (come modificato dalla l. cost. 1/1999) individua inoltre un modello preferenziale di elezione degli organi di governo della Regione, valevole sino a diversa ed eventuale previsione dello Statuto e delle relative leggi elettorali regionali. Il cambiamento giunge con la legge costituzionale n. 1 del 1999, che, sulla falsariga di quanto previsto dalla legge n. 81/1993 sull'elezione diretta del Sindaco e del Presidente della Provincia, per la prima volta introduce la possibilità per le Regioni di definire, con lo Statuto, il proprio assetto istituzionale, nel rispetto dei limiti fissati dalla Costituzione. Due sono, pertanto, i possibili modelli di forma di governo ammessi dalla Costituzione: un modello "standard", applicato in via transitoria fino all'entrata in vigore dei nuovi statuti regionali, e un modello "in deroga". Il primo è disciplinato dal combinato disposto degli art. 122 comma 5 e 126 comma 3 Cost., in forza dei quali il Presidente della Giunta Regionale viene eletto direttamente dal popolo, e governa in base al principio del aut simul stabunt, aut simul cadent, che comporta le dimissioni dell'intera Giunta e lo scioglimento del Consiglio allorché il Presidente della Giunta Regionale cessi dalla carica per approvazione di una mozione di sfiducia, per dimissioni volontarie, per rimozione, ovvero per impedimento permanente o morte. Questo principio opera, tuttavia, solo nel caso in cui lo Statuto regionale opti per il modello costituzionale dell'elezione diretta del Presidente della Giunta. E' ben possibile, infatti, che le Regioni definiscano con proprio Statuto modalità diverse di elezione, così come consentito dal comma quinto dell'art. 122 Cost.; anche se, di fatto, le possibili scelte in deroga sembrano ridursi alla nomina consiliare della Giunta e del suo Presidente.

Ciò detto, ad oggi, non risulta nel panorama italiano una sola Regione che si sia discostata dal modello costituzionale "standard". Invero, nell'elaborazione dei nuovi statuti, taluni Consigli regionali avevano cercato di individuare modelli ibridi che permettessero di evitare la rigidità del principio aut simul stabunt, aut simul cadent imposto dalla Costituzione, senza, però, sostituire la modalità dell'elezione diretta con quella consiliare. Ma la Corte Costituzionale ha censurato tali soluzioni con le sentenze n. 304 del 2002, sullo Statuto della regione Marche, e n. 2 del 2004, sullo Statuto della regione Calabria. Così facendo (soprattutto con la seconda delle due sentenze citate) la Corte ha inteso affermare un'interpretazione rigida del dettato costituzionale: o le Regioni optano per il modello standard accogliendo il principio di contestualità, oppure sono obbligate a scegliere la modalità dell'investitura consiliare del Presidente della Giunta, svincolandosi così dalla forza prescrittiva dell'art. 126 Cost.
Con il riformato art. 122, comma 1, Cost. (come modificato dalla l. cost. 1/1999), la disciplina del sistema elettorale regionale, dei casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta Regionale nonché dei consiglieri regionali, diviene materia affidata a due distinte fonti: la legge statale di principio e la legge regionale di dettaglio. La legge n. 165 del 2004 ha dato attuazione a tale previsione costituzionale, individuando, per l'appunto, i principi a cui deve attenersi la legislazione elettorale regionale e fissando in cinque anni la durata degli organi elettivi regionali. Lo stesso articolo 122, comma 2 stabilisce comunque che nessuno può appartenere contemporaneamente a un Consiglio regionale o a una Giunta regionale e ad una delle Camere del Parlamento, ad altro Consiglio regionale o ad altra giunta regionale, ovvero al Parlamento europeo.
Allo stato attuale non tutte le regioni a statuto ordinario si sono dotate di una propria legge elettorale; in ogni caso, la legge n. 1 del 1999 ha previsto all'art. 5 una disciplina

transitoria, valevole sino all'approvazione delle citate leggi, secondo la quale l'elezione del Presidente della Regione si effettua contestualmente al rinnovo del Consiglio regionale in base alla legislazione elettorale vigente per l'elezione dei consigli regionali (ovvero la legge n. 108 del 1968, come modificata dalla l. 43 del 1995); si considerano candidati alla presidenza della giunta i capilista delle liste regionali; è proclamato Presidente della Giunta il candidato che abbia ottenuto il maggior numero di voti validi in ambito regionale; il Presidente eletto fa parte di diritto del Consiglio regionale, così come il candidato presidente che abbia avuto il maggior numero di voti dopo il primo. In riferimento alla disciplina transitoria, occorre inoltre segnalare, in particolare, la decisione della Corte di Cassazione (sent. 25 luglio 2006, n. 16898) che ha risolto il dubbio interpretativo circa la possibilità, in assenza di una disciplina regionale della materia, di ritenere ancora applicabile la vecchia legge n. 154/1981, qualora i nuovi principi della legge quadro risultino incompatibili con la vecchia disciplina di dettaglio. La Suprema Corte ha stabilito che fino a quando la regione non disciplinerà i casi d'ineleggibilità a consigliere regionale, continuerà ad essere applicabile la vecchia normativa statale: con ciò, mostrando di uniformarsi a quel principio di continuità già richiamato dalla Corte Costituzionale nella propria giurisprudenza sul nuovo testo dell'art. 122 (ord. n. 383/2002) e, più in generale, sull'esercizio della legislazione regionale concorrente nella fase di transizione (sent. n. 282/2002).

A più di dieci anni dall'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1/1999, le Regioni appaiono ancora impegnate nella revisione dei propri assetti istituzionali. Com'era immaginabile, la predisposizione e l'approvazione dei nuovi Statuti ai sensi dell'art. 123 Cost., la revisione dei regolamenti consiliari, l'approvazione delle leggi di attuazione dei nuovi organi previsti nelle Carte statutarie (quali, ad esempio, le Consulte statutarie e i Consigli delle autonomie locali) e la revisione della legge elettorale hanno seguito andamenti diversi nelle varie Regioni. Si va da Regioni che non hanno ancora provveduto ad elaborare il nuovo Statuto (Basilicata, Molise e Veneto), a Regioni che, invece, hanno già adottato interventi manutentivi sui testi approvati a seguito della riforma del 1999 (Piemonte, Emilia-Romagna, Toscana, Umbria, Liguria, Marche e Calabria). Ci sono, poi,Regioni che hanno provveduto alla revisione dei regolamenti interni ed alla emanazione di alcune leggi di attuazione statutaria; altre, invece, che sono intervenute a vario titolo sulla legge elettorale (Umbria, Campania, Toscana, Piemonte e Calabria, dove quest'ultima ha introdotto norme per lo svolgimento di "elezioni primarie" per la selezione di candidati alla elezione di Presidente della Giunta regionale). Nell'elaborazione dei nuovi statuti le regioni hanno manifestato un netta propensione ad estendere le previsioni statutarie oltre il cd. contenuto costituzionalmente necessario dello Statuto (costituito, ai sensi dell'art. 123, da: forma di governo e principi fondamentali di organizzazione e funzionamento; esercizio del diritto di iniziativa e di referendum su leggi e provvedimenti amministrativi della Regione; pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali), spesso dedicando numerosi articoli alla definizione di principi generali e finalità dell'azione regionale. La Corte costituzionale ha avallato tale prassi, sottolineando, tuttavia, la limitata efficacia giuridica di tali disposizioni. In tal modo, la Corte ha operato una graduazione, a fini di efficacia, tra contenuto necessario e contenuto eventuale degli statuti (sentt 2/2004; 372, 379 e 379/2004). La stessa Corte Costituzionale ha inoltre chiarito quale significato sia da attribuire alla previsione, contenuta nello stesso articolo 123, che subordina lo Statuto alla cd. "armonia con la Costituzione". Essa mira sia ad evitare il contrasto tra lo Statuto e le singole disposizioni della Costituzione, sia a scongiurare il pericolo che lo Statuto, pur rispettoso della lettera, eluda lo "spirito" della Costituzione (sent. 304/2002). Tale lettura ha ridotto le potenzialità espansive dell'autonomia statutaria regionale, che risulta fortemente condizionata, anche sotto il profilo dell'attività e dell'organizzazione regionale (e non solo in tema di assetto degli organi), dal complessivo assetto istituzionale nel quale si trovano concretamente ad operare le Regioni, strette tra le previsioni costituzionali ed una legislazione statale che continua ad essere fortemente pervasiva.

3. L'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA DELLE REGIONI

Le Regioni sono dotate di un complesso apparato organizzativo, i cui lineamenti sono in gran parte affidati alla potestà statutaria e legislativa regionale. Anche sotto questo profilo, le recenti riforme costituzionali hanno comportato un indubbio ampliamento dello spazio di autonomia regionale. Infatti, da un lato, i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento costituiscono, ai sensi dell'art. 123 Cost., uno degli oggetti assegnati alla potestà statutaria regionale, sia pure nel limite della necessaria "armonia con la Costituzione"; dall'altro, l'ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla regione, in precedenza materia di competenza concorrente, è divenuta, per effetto della nuova formulazione dell'art. 117, comma 4 Cost., materia riconducibile al novero delle competenze regionali cd. residuali o esclusive. Il nuovo spazio di autonomia legislativa regionale appare confermato anche dalla nuova formulazione dell'art. 117, comma 2 Cost., che, nell'elencare le materie di competenza esclusiva statale, fa riferimento all' "ordinamento ed organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali" (lett. g)).

Come ha chiarito la Corte Costituzionale, tale competenza non può assumere le caratteristiche di titolo "trasversale" in grado di legittimare qualsivoglia intervento legislativo statale, indipendentemente dalle specifiche funzioni che ad un determinato ente pubblico vengano in concreto assegnate e dalle materie di competenza amministrativa cui tali funzioni afferiscano (sent. 270/2005).

Tuttavia, anche nel nuovo ordinamento costituzionale condizionamenti all'autonomia organizzativa regionale possono derivare il via indiretta dalla legislazione statale di settore; si pensi, ad esempio, al settore della tutela della salute, dove il legislatore statale, a partire dal 1992, ha qualificato le aziende sanitarie regionali come enti strumentali della regione, procedendo al contempo a disciplinarne ampi aspetti di organizzazione. Il mantenimento in capo al legislatore statale della competenza concorrente in materia di tutela della salute porta a ritenere che, anche a seguito della riforma costituzionale del 2001, le Regioni siano tenute al rispetto delle norme statali, seppure incidenti sull'organizzazione regionale, tuttora qualificabili come principi fondamentali.

Lo stesso esercizio della potestà legislativa statale in materia di coordinamento della finanza pubblica è apparso uno dei principali limiti all'autonomia organizzativa regionale, potendo dal momento che lo Stato può imporre alle Regioni prescrizioni organizzative connesse ad esigenze di equilibrio complessivo della finanza pubblica ed al rispetto del patto di stabilità interno e comunitario. Va menzionato, poi, il rilevante limite alla potestà legislativa regionale che discende dalla competenza statale di tipo trasversale in materia di ordinamento civile, che tuttora copre numerosi aspetti dell'ordinamento del personale posto alle dipendenze dell'amministrazione regionale. Proprio in forza di tale competenza, di recente, è stata compiuta una incisiva riforma del pubblico impiego (l. n. 15/2009 e d.lgs. 150/2009) che, per numerosi profili, appare vincolante anche per l'organizzazione delle Regioni.
Volendo identificare alcuni tratti comuni degli attuali sistemi organizzativi regionali, può rilevarsi che tutte le Regioni sono dotate di una cd. amministrazione regionale diretta e di una indiretta. La prima è rappresentata dalle strutture organizzative poste a servizio della Giunta Regionale, generalmente articolate per dipartimenti o direzioni generali, legate da un rapporto di direzione con l'assessore di riferimento, a loro volta suddivisibili, a seconda dei casi, in strutture di line e di staff. Le strutture poste al servizio del Consiglio regionale sono generalmente dotate di una propria distinta autonomia e di un proprio ruolo organico di personale, al fine di garantirne l'indipendenza dall'organo esecutivo regionale. Possono, inoltre, distinguersi strutture centrali e periferiche. Tra queste ultime, un ruolo di particolare rilievo hanno acquisito gli uffici di collegamento con l'Unione europea, istituiti da tutte le Regioni presso la sede principale dell'Unione a partire dal 1996.
Piuttosto estesa è generalmente l'amministrazione regionale indiretta, composta da enti, aziende, agenzie e società legate alla Regione da rapporti di coordinamento, vigilanza, controllo di intensità variabile. Sotto questo profilo, la maggior parte degli statuti emanati in seguito alle recenti riforme costituzionali hanno confermato l'ampio ricorso a questi modelli organizzativi, senza mostrare particolari innovazioni. Di qui, i giudizi critici espressi da parte della più attenta dottrina in relazione all'eccessiva ampiezza delle strutture che compongono l'amministrazione indiretta delle Regioni, le quali – in base al modello costituzionale – dovrebbero svolgere un ruolo di indirizzo e regia delle funzioni decentrate a livello locale, piuttosto che un'attività di diretta gestione. Anche l'amministrazione regionale, comunque, è stata investita in questi ultimi anni dai processi di riforma che hanno interessato all'amministrazione statale (privatizzazione e, più in generale, riduzione dell'intervento diretto nell'economia); e negli ultimi tempi, una decisa spinta in tale direzione è venuta anche dal legislatore statale, in forza del già citato vincolo al rispetto degli equilibri complessivi del debito pubblico, che ha imposto alle amministrazioni regionali e locali una drastica riduzione delle spese relative alla propria amministrazione diretta ed indiretta, quando non un vero e proprio ridimensionamento dei relativi apparati amministrativi (d.l. 78/2010).

21. Province e città metropolitane: la l. n. 56/2014

La l. n. 56/2014 (cd. Legge Delrio) conclude l'iter parlamentare di un d.d.l. governativo presentato nel luglio del 2013 mirante a una complessiva revisione del sistema delle autonomie locali di carattere sovracomunale. Il disegno riformatore del 2013 nasceva all'indomani della "bocciatura" costituzionale di un incisivo tentativo di riforma delle province e città metropolitane varato con strumento d'urgenza dal Governo Monti e mirava a "traghettare" il sistema delle autonomie verso la soppressione delle province, prevista da un parallelo d.d.l. costituzionale. La legge dello scorso aprile reca, in effetti: a) l'istituzione delle città metropolitane; b) la ridefinizione dell'assetto e delle funzioni delle province; c) la revisione delle unioni di comuni. Medio tempore, tuttavia, il quadro sistematico di riferimento è mutato con l'approvazione in prima lettura del d.d.l. costituzionale di riforma della Parte II della Costituzione, che ha messo in dubbio la stessa coerenza organica della Legge Delrio.

1. La ricognizione

La l. 7.4.2014, n. 56 (recante Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni – cd. Legge Delrio) giunge all'esito di un iter parlamentare non eccessivamente lungo (poco più di otto mesi), ma indubbiamente tormentato, anche in ragione del particolare contesto storico ed istituzionale in cui si colloca il disegno riformatore del sistema di autonomie di carattere sovracomunale ad esso sotteso. Il d.d.l. in questione era stato varato dal governo Letta nel luglio del 2013, all'indomani della sentenza della C. cost., 19.7.2013, n. 2201 (che aveva annullato un tentativo di riforma del sistema delle province e delle città metropolitane varato dal governo Monti con due decreti-legge) e contestualmente alla presentazione, da parte del governo, di un d.d.l. costituzionale (AC 1543) la cui finalità essenziale (se non l'unica) era quella di sopprimere lo stesso livello di governo provinciale dall'ordito costituzionale. Proprio nei giorni in cui l'esame parlamentare del d.d.l. Delrio giungeva alle sue battute conclusive (marzo 2014) il nuovo governo nel frattempo insediatosi completava la stesura del complessivo disegno di riforma della Parte II della Costituzione (comprensivo, quindi, della dibattutissima "controriforma" del Titolo V, Cost., della quale la soppressione delle province costituisce una delle parti sistematicamente più rilevanti).
Ebbene, la volontà (anche per ragioni lato sensu "mediatiche") di approvare in tempi estremamente ristretti il disegno di legge in questione ha comportato ricadute piuttosto evidenti sulla qualità normativa del testo e sulla sua complessiva coerenza e leggibilità. Basti pensare al fatto che il ricorso all'escamotage (invero, piuttosto frequente) di accorpare tutte le disposizioni del testo (ben 151 commi) in un unico articolo3 (l'originario disegno di legge era invece composto di 23 articoli) ha prodotto infine un testo notevolmente complesso e frammentato, che grava l'interprete di numerose difficoltà di comprensione e sistematizzazione.
Si osserva, inoltre, che la legge in esame, pur apportando rilevantissime modifiche "di sistema" all'ordinamento degli enti locali, non reca adeguate forme di coordinamento con il d.lgs. 18.8.2000, n. 267 (cd**. Testo unico degli enti locali - TUEL**) e si pone come un intervento del tutto autonomo e – per così dire – "fuori sistema", imponendo anche sotto tale aspetto agli operatori del diritto un rilevante sforzo supplementare al fine di ricostruire in modo adeguato il complessivo ordito che ne scaturisce.

2. La focalizzazione

Qui di seguito si traccerà un inquadramento sistematico della Legge Delrio nel più generale ambito delle recenti iniziative normative (al livello costituzionale ed ordinario) finalizzate a una complessiva riforma dei livelli di governo sub-regionali.

2.1 La l. n. 56/2014 nel ridisegno delle autonomie

Come emerge dalla stessa rubrica legis (e come si avrà modo di approfondire nel prosieguo – v. infra, § 2.2), il complessivo disegno riformatore della l. n. 56/2014 si snoda su tre assi principali: a) l'istituzione di (dieci) città metropolitane, quali enti territoriali di area vasta dotati di proprie finalità istituzionali di carattere generale4; b) la revisione della collocazione istituzionale, dell'assetto e delle funzioni del livello di governo provinciale, nelle more dell'approvazione di un d.d.l. costituzionale che dovrebbe prevedere tout-court la soppressione di tale livello di governo; c) il riordino e la razionalizzazione delle unioni di comuni (attualmente disciplinate dal solo art. 32 del TUEL) e la contestuale introduzione di un complesso di disposizioni volte a favorire le fusioni di comuni. Un rilievo sistematico del tutto centrale riveste, nell'ambito del complessivo intervento riformatore, il disegno di limitazione del livello di governo provinciale e la contestuale istituzione delle città metropolitane.
Come è noto, negli anni più recenti si è andato delineando in modo via via più netto un orientamento di marcato sfavore nei confronti dello stesso ruolo istituzionale delle province5, accusate – a seconda dei casi – : i) di costituire un livello di governo artificiosamente istituito a prescindere da effettive esigenze funzionali e di servizio e ii) di "duplicare" (ma a un livello territoriale inadeguato) funzioni amministrative più efficacemente esercitabili al livello regionale o comunale.
Né è riuscito a rivitalizzare in modo determinante il ruolo delle province l'introduzione del modello di cd. "federalismo a tre punte" che ha caratterizzato la riforma del Titolo V Cost. del 2001 (un modello che, come è noto, ha collocato il livello di governo provinciale su un grado di sostanziale equiordinazione sistematica – almeno nelle intenzioni di principio – rispetto al livello regionale e a quello comunale).
Il richiamato orientamento di sfavore si è tradotto, in tempi recenti, in iniziative normative di diversa natura e origine,ma tutte accomunate dalla volontà di limitare lo stesso ruolo istituzionale delle province (con contestuale istituzione delle città metropolitane in sostituzione delle più importanti di esse), ovvero a sopprimere tout-court il relativo livello di governo6.
Prima dell'approvazione della Legge Delrio, il più compiuto tentativo operato in tal senso in tempi recenti – e al livello primario – si era tradotto nell'adozione, da parte del governo Monti, di due disposizioni:

in primo luogo, l'art. 23, d.l. 6.12.2011, n. 201 (cd. Salva Italia) il quale, ai co. da 14 a 20, recava una sintetica (ma estremamente incisiva) riforma delle funzioni e dell'assetto istituzionale delle province. Sotto tale aspetto, il d.l. n. 201/2011 prevedeva, in particolare: i) la limitazione delle funzioni provinciali al solo ambito dell'indirizzo e del coordinamento delle attività comunali nelle materie e nei limiti indicati con legge statale o regionale (co. 14); ii) l'eliminazione della giunta dal novero degli organi della provincia; iii) la limitazione del numero dei componenti del consiglio provinciale (massimo dieci) e la previsione della loro elezione da parte degli organi elettivi dei comuni attraverso una procedura "di secondo livello"; iv) la nomina del presidente della provincia da parte del consiglio provinciale, all'interno dei suoi componenti;
in secondo luogo, l'art. 18 del d.l. 6.7.2012, n. 95 (cd. Spending review). La disposizione in questione prevedeva la soppressione – alla data del 1.1.2014 – delle dieci maggiori province e la contestuale istituzione di altrettante città metropolitane, cui sarebbero state attribuite le funzioni fondamentali già spettanti alle soppresse province e alcune ulteriori funzioni fondamentali individuate dallo stesso Legislatore statale. L'art. 18, cit., prevedeva, altresì: i) l'articolazione degli organi delle città metropolitane (secondo un assetto di cui si rinvengono evidenti echi nell'ambito della Legge Delrio); ii) l'espressa abrogazione delle disposizioni vigenti in tema di aree metropolitane e città metropolitane contenute – rispettivamente – negli artt. 22 e 23 del TUEL e negli artt. 23 e 24 della l. 5.5.2009, n. 42 (in tema di federalismo fiscale).
L'intervento in tal modo operato dal governo Monti ha, tuttavia, avuto vita piuttosto breve: le disposizioni in questione sono state impugnate ai sensi dell'art. 127 Cost. da sette regioni a statuto ordinario e tre a statuto speciale e, con la richiamata sentenza n. 220/2013, la Corte costituzionale ha accolto in parte qua i ricorsi e dichiarato costituzionalmente illegittime le disposizioni impugnate.
In particolare la Corte (che, pure, era stata chiamata a pronunziarsi circa i plurimi, asseriti vizi in senso sostanziale delle disposizioni censurate) ha ritenuto assorbente ai fini del decidere la sola violazione – per così dire: in senso procedurale – dei presupposti e delle condizioni per fare ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza di cui all'art. 77 Cost.
Secondo la Corte, infatti, «una riforma così ampia di una parte del sistema delle autonomie locali, destinata a ripercuotersi sull'intero assetto degli enti esponenziali delle comunità territoriali, riconosciuti e garantiti dalla Costituzione, è incompatibile, logicamente e giuridicamente, con lo strumento della decretazione d'urgenza».

La Consulta, quindi, non ha esaminato – in quanto ormai irrilevante – la questione di merito relativa al se la radicale trasformazione (e il sostanziale "svuotamento" funzionale) di un livello di governo dotato di espressa copertura costituzionale – quale quello provinciale – debba necessariamente essere operato con legge costituzionale, ovvero se un siffatto intervento sia comunque compatibile con il ricorso allo strumento normativo primario, incontrando – nei fatti – i soli limiti posti dagli artt. 117 e 118 Cost. Al riguardo, la Corte si è limitata ad osservare che «le considerazioni che precedono (…) non portano alla conclusione che sull'ordinamento degli enti locali si possa intervenire solo con legge costituzionale, indispensabile solo se intenda sopprimere uno degli enti previsti dall'art. 114 Cost., o comunque si voglia togliere allo stesso la garanzia costituzionale (…)». Il monito in tal modo espresso dal Giudice delle leggi è stato evidentemente tenuto in considerazione dal Legislatore del 2014 il quale non ha affermato in modo espresso che l'istituzione delle (dieci) città metropolitane produrrà ipso facto la soppressione delle relative province (anche se, occorre dirlo, al di là dell'imbarazzato silenzio serbato sul punto dal Legislatore, numerosi indici sistematici e testuali testimoniano comunque – e in modo univoco – un siffatto effetto soppressivo).

Venendo, invece, al merito della questione, si osserva che ad appena poche settimane di distanza dalla pronuncia della Corte, il Governo ha varato due provvedimenti finalizzati nel loro complesso a perseguire comunque le medesime finalità già tenute presenti dalla normativa d'urgenza del 2011-2012.
In particolare:
con il d.d.l. AC 1542 (icasticamente denominato nel dibattito corrente "svuota-province" e presentato alle Camere il 20.8.2013), il Governo ha affidato a un disegno di legge ordinario un ampio disegno di sistema finalizzato alla riduzione delle funzioni provinciali. Il d.d.l. in questione, all'esito di tre passaggi parlamentari, è stato infine approvato con la l. n. 56/2014, oggetto della presente analisi;
con il d.d.l. costituzionale AC 1543, anch'esso presentato alle Camere il 20.8.2013, il Governo ha previsto una parziale e chirurgica riforma del Titolo V, Cost., al fine di espungere a regime dal testo costituzionale ogni riferimento allo stesso livello di governo provinciale (nonché – è bene sottolinearlo – a quello della città metropolitana, secondo un'impostazione che appare invero parzialmente modificata con il successivo d.d.l. Cost. AS 1429 approvato in prima lettura dal Senato nell'agosto del 2014).

Nelle more dell'iter parlamentare che ha preceduto l'approvazione della l. n. 56/2014, il nuovo Governo nel frattempo insediatosi aveva, infatti, elaborato un più complessivo disegno di riforma dell'intera Parte II della Costituzione (comprensivo anche, ai fini che qui rilevano, di una "contro-riforma" del Titolo V Cost. e delle disposizioni in tema di città metropolitane e province). Il nuovo d.d.l. costituzionale (AS 1429), destinato ad inglobare anche il d.d.l. costituzionale di iniziativa governativa dell'agosto 2013 in tema di soppressione delle province9, è stato significativamente sottoposto all'esame del Parlamento il giorno successivo a quello di promulgazione della Legge Delrio (7-8.4.2014). Il nuovo d.d.l. (che, al momento in cui il presente contributo viene affidato alle stampe, risulta approvato in prima lettura dal Senato e all'esame delle competenti Commissioni della Camera)10 presenta alcune rilevanti differenze rispetto al d.d.l. costituzionale dell'agosto 2013, per il cui esame si rinvia al paragrafo conclusivo.

2.2. I (tre) assi portanti della riforma

Come si è anticipato (v. supra, §. 2.1), il complessivo disegno riformatore di cui alla l. n. 56/2014 può essere ricondotto a tre assi portanti: a) l'istituzione di (dieci) città metropolitane, come enti territoriali di area vasta; b) la riforma del sistema delle province, in attesa delle future riforme costituzionali in materia (e della possibile soppressione del relativo livello di governo); c) il riordino e la razionalizzazione delle unioni di comuni e delle fusioni di comuni.

Ebbene, partendo dal terzo dei richiamati aspetti, si osserva che (pur non disconoscendo il suo notevole interesse sistematico) non si ritiene qui di approfondirne l'esame, ritenendosi piuttosto – per ragioni di omogeneità espositiva – di dover concentrare l'attenzione sui profili relativi alla disciplina delle province e delle città metropolitane. Ora, dal punto di vista della "copertura" costituzionale del recente intervento normativo, si osserva che nell'ambito del quadro ordinamentale vigente, l'intervento di riforma in esame risulta ascrivibile all'ambito della materia di potestà legislativa esclusiva dello Stato relativa a «legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane» (art. 117, co. 2, lett. p), Cost.).

Per quanto riguarda, in particolare, i criteri di allocazione delle funzioni dei livelli di governo "di area vasta", il Legislatore del 2014 (art. 1, co. 1, l. n. 56/2014) ha altresì richiamato in modo espresso i princìpi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza di cui all'art. 118, co. 1, Cost. Nei paragrafi che seguono, quindi, si esamineranno singolarmente i (due) principali aspetti del complessivo intervento.

2.2.1 L'istituzione delle città metropolitane

I commi da 5 a 50 dell'articolo unico della l. n. 56/2014 disciplinano gli organi di governo e le relative modalità di elezione delle Città metropolitane, nonché le relative funzioni fondamentali (art. 117, co. 1, lettera p), Cost.), attribuendo altresì a tale ente un'ampia potestà statutaria (conformemente, del resto, all'art. 114, co. 2, Cost.).
Al livello di governo in questione vengono attribuite alcune finalità istituzionali generali, fra cui: i) la cura e lo sviluppo del territorio metropolitano; ii) la promozione e gestione integrata dei servizi, delle infrastrutture e delle reti di comunicazione di interesse della città metropolitana; iii) la cura delle relazioni istituzionali afferenti il proprio livello, ivi comprese quelle con le città e le aree metropolitane europee (co. 2).
Pure in assenza di abrogazioni espresse, le disposizioni di cui alla l. n. 56/2014 sono destinate in parte qua a sostituire nella disciplina concreta le disposizioni di cui all'art. 23 (Aree metropolitane) e 24 (Città metropolitane) del TUEL (le cui previsioni appaiono ora obiettivamente incompatibili con quelle recate dalla legge di riforma del 2014). Per quanto concerne l'individuazione del territorio delle (dieci) città metropolitane individuate dalla l. n. 56/2014, esso coincide in prima battuta con quello delle province di riferimento le quali (nonostante il silenzio serbato sul punto del Legislatore) sono destinate ad essere soppresse a far data dal 1.1.2015 (co. 16).

Si è già osservato al riguardo che la scelta del Legislatore del 2014 di non sancire in modo espresso la soppressione delle attuali (dieci) province metropolitane discende probabilmente da una cautela di ordine costituzionale. Tale cautela appare dettata dall'opinione di chi ritiene che il vigente assetto costituzionale (come da ultimo interpretato dalla sent. n. 220/2013) non consentirebbe neppure la soppressione della singola provincia (e la sua sostituzione da parte dell'omologa città metropolitana), atteso che un siffatto intervento equivarrebbe comunque a una parziale soppressione dello stesso livello di governo provinciale, in quanto tale non compatibile con l'attuale formulazione dell'art. 114 Cost. Tuttavia, al di là delle cautele approntate in sede di stesura delle disposizioni in esame, la questione appare essenzialmente nominalistica, in quanto le disposizioni della l. n. 56/2014 non sembrano ammettere altra interpretazione, se non quella secondo cui il subentro delle città metropolitane alle province alla data del 1.1.2015 (co. 16) comporterà ipso facto la soppressione delle seconde.
Tornando alla questione dell'ambito territoriale delle città metropolitane, si osserva che, con previsione indubbiamente peculiare (ma comunque comprensibile nelle sue ragioni ispiratrici), il co. 6 contempla la possibilità di modificare (vi è da ritenere: in senso solo ampliativo) la precedente circoscrizione provinciale, facendo ricorso all'iter delineato dal primo comma dell'art. 133 Cost. in tema di modifica delle circoscrizioni provinciali.
Per quanto riguarda l'assetto istituzionale, il co. 7 individua quali organi della Città metropolitana:

a) il sindaco metropolitano;
b) il consiglio metropolitano;
c) la conferenza metropolitana. In particolare, la l. n. 56 stabilisce che il sindaco metropolitano, organo di vertice del nuovo ente, «rappresenta l'ente, convoca e presiede il consiglio metropolitano e la conferenza metropolitana, sovrintende al funzionamento dei servizi e degli uffici e all'esecuzione degli atti; esercita le altre funzioni attribuite dallo statuto» (co. 8).
Nelle ipotesi – per così dire – "fisiologiche", il sindaco metropolitano coincide di diritto con il sindaco del comune capoluogo (co. 19), salvo che lo statuto dell'ente non preveda la sua elezione diretta (nonché quella del consiglio metropolitano) con il sistema elettorale che sarà determinato con legge dello Stato (co. 22).
Tuttavia, la l. n. 56/2014 assoggetta la possibilità di procedere all'elezione diretta del sindaco e del consiglio metropolitano a una serie di stringenti condizioni che, presumibilmente, renderanno piuttosto difficile il verificarsi di tale ipotesi. In particolare, sarà a tal fine necessario: i) che entro la data di indizione delle elezioni si sia proceduto ad articolare il territorio del comune capoluogo in più comuni (con proposta che richiederà altresì l'approvazione con referendum popolare fra tutti i cittadini della città metropolitana); ii) che, entro lamedesima data, la regione abbia provveduto con propria legge ad istituire i nuovi comuni ai sensi dell'art. 133, Cost.11 Il sindaco metropolitano può nominare un vicesindaco, scelto fra i consiglieri metropolitani, stabilendo le eventuali funzioni a lui delegate e dandone immediata comunicazione al consiglio. Il vicesindaco esercita le funzioni del sindaco in caso di impedimento di quest'ultimo (co. 40).
Il consiglio metropolitano viene individuato dalla legge di riforma quale organo di indirizzo e controllo a competenza tendenzialmente generale. Esso, in particolare: i) propone alla conferenza lo statuto e le relative modifiche; ii) approva i regolamenti, piani e programmi; iii) approva i bilanci dell'ente; iv) approva o adotta, altresì, «ogni altro atto ad esso sottoposto dal sindaco metropolitano» (competenza residuale generale); v) esercita le altre funzioni attribuite dallo statuto, con particolare riguardo ai particolari poteri propositivi e consultivi di cui al co. 8 (competenza residuale statutaria).
Il consiglio metropolitano è costituito dal sindaco metropolitano e da un numero di consiglieri compreso fra 14 e 24 in relazione alla popolazione della città metropolitana (co. 20). La sua durata in carica è fissata in cinque anni e sono previste nuove elezioni nel caso di rinnovo del consiglio del comune capoluogo (co. 21).
La legge di riforma, attraverso modifiche puntuali agli artt. 60 e 63 del TUEL estende ai consiglierimetropolitani le previsioni (rispettivamente) in tema di ineleggibilità e di incompatibilità già previste a legislazione vigente per i consiglieri comunali e provinciali.

La l. n. 56/2014, inoltre, disciplina nel dettaglio le modalità di elezione dei membri del consiglio metropolitano da parte dei sindaci e dei consiglieri comunali dei comuni della Città metropolitana (co. 25 ss.). Per quanto riguarda l'elettorato passivo, è previsto che l'eleggibilità a consigliere metropolitano sia limitata ai sindaci e ai consiglieri comunali in carica, mentre la cessazione dalla carica comunale comporta la decadenza da consigliere metropolitano (co. 25).
Le elezioni del consiglio metropolitano avvengono sulla base di liste concorrenti, predisposte in modo tale da assicurare l'equilibrio di genere ai sensi della l. 23.11.2012, n. 215 e con voto diretto, libero e segreto, attribuito a liste di candidati concorrenti in un unico collegio elettorale corrispondente al territorio della città metropolitana (co. 26 e 30).

Ai fini delle elezioni i comuni della Cittàmetropolitana sono ripartiti in (nove) fasce, in relazione al numero di abitanti, con l'applicazione di un indice di ponderazione fissato da un apposito allegato alla legge di riforma. L'assegnazione del numero dei seggi a ciascuna lista avviene facendo applicazione di una particolare modulazione del cd. metodo d'Hondt (o: dei quozienti interi e dei più alti resti), secondo quanto previsto dal co. 36. Solo poche battute basteranno a descrivere la Conferenza metropolitana (co. 42), la quale sarà composta dal sindaco metropolitano (deputato a convocarla e a presiederla) e dai sindaci dei comuni appartenenti alla città metropolitana. Il suo principale compito consisterà nell'approvazione dello statuto, il quale potrà altresì attribuirle ulteriori compiti propositivi e consultivi (co. 8). Per quanto riguarda il periodo transitorio, è previsto che, a far data dal 1.1.2015, la città metropolitana subentri in tutti i rapporti attivi e passivi già facenti capo alla provincia, esercitandone le funzioni (co. 16) e che il sindaco del comune capoluogo assuma le funzioni di sindaco metropolitano. Particolari disposizioni sono, inoltre, previste per la costituzione della Città metropolitana di Reggio Calabria (co. 18).

2.2.2 La riforma delle province

Qui di seguito si esaminerà brevemente il contenuto dei co. da 51 a 100 dell'articolo unico della legge in rassegna, che disciplinano la struttura e le funzioni delle "nuove province" (in attesa della prevista soppressione dello stesso livello di governo ad opera del d.d.l. costituzionale Boschi).
Per quanto concerne l'assetto istituzionale, la l. n. 56 prevede quali organi della provincia:

a) il presidente (al quale spettano funzioni di rappresentanza istituzionale e di sovrintendenza sulle relative funzioni). Il presidente, eletto dai sindaci e dai consiglieri dei comuni della provincia (co. 58) fra i sindaci della medesima provincia (co. 60), è eletto con voto diretto, libero e segreto (co. 62) e decade dalla carica in caso di cessazione dalla carica di sindaco (co. 65). Egli svolge il proprio incarico a titolo gratuito, al pari dei consiglieri provinciali e dei componenti dell'assemblea dei sindaci (co. 84);
b) il consiglio provinciale è composto dal presidente e da un numero di consiglieri variabili in relazione al numero di abitanti (co. 67). I suoi membri sono eletti, con voto diretto, dai sindaci e dai consiglieri comunali della provincia e l'elettorato passivo è limitato ai consiglieri comunali in carica (co. 69). Il consiglio è organo di indirizzo e controllo, propone all'assemblea lo statuto, approva i regolamenti, i piani e i programmi ed esamina ogni altro atto sottoposto dal presidente;

c) l'assemblea dei sindaci è composta dai sindaci dei comuni appartenenti alla provincia e ha poteri di proposta, consultivi e di controllo, secondo le previsioni dello statuto. Ha, altresì, il compito di adottare o respingere lo statuto proposto dal consiglio. Non è più prevista, invece, la figura della giunta provinciale.
La legge di riforma prevede che, in sede di prima applicazione, l'elezione del presidente e del consiglio provinciale avvenga entro il 12.10.2014 (almeno, per le province i cui organi scadono per fine del mandato entro il 2014).
Con disposizione transitoria viene inoltre previsto che, laddove non si renda possibile procedere da subito alla nomina dei nuovi organi, il presidente della provincia pro tempore resti in carica ancora per il tempo necessario a provvedervi (ma a titolo del tutto gratuito), assumendo altresì le funzioni dei consigli e delle giunte provinciali, nel frattempo decadute ex lege.
Poche battute finali per ciò che riguarda le funzioni demandate al nuovo modello di provincia. La legge di riforma opera un'ulteriore, notevole riduzione delle funzioni fondamentali delle province, limitandole – come nel passato – alla pianificazione territoriale provinciale di coordinamento e al cd. «governo di area vasta» (co. 85).
Con previsione piuttosto innovativa viene, poi, prevista la possibilità di attribuire alla provincia lo status di ente aggregatore in materia di pubblici appalti (co. 88). Ulteriori funzioni possono, infine, essere attribuite dallo Stato e dalle regioni in base al principio di sussidiarietà in senso verticale (art. 118 Cost.), secondo finalità generali indicate dal co. 89.
3. I profili problematici. Una riforma "a metà del guado"
Si è già accennato in precedenza agli aspetti problematici connessi a una riforma approvata in tempi più rapidi di quelli che sarebbero stati probabilmente necessari per pervenire a un testo adeguatamente ponderato in tutte le parti che lo compongono e alle negative ricadute che ciò ha sortito (anche) sulla chiarezza ed intellegibilità del testo (v. supra,§ 1.).

Sul punto, quindi, non si tornerà oltre.
Si è anche accennato al fatto che la l. n. 56/2014 nasce all'interno del sistema costituzionale delineato dalla riforma del 2001 (e, anzi,mira ad affrontare alcuni dei nodi problematici che proprio la riforma del 2001 ha contribuito ad acuire, fra cui – in primis – il fenomeno che in dottrina è stato efficacemente definito come di «frammentazione multilivello delle funzioni amministrative»)12.

Il punto è che la riforma del 2014 è stata concepita per "traghettare" il sistema verso un modello che prevedeva, al principio, l'integrale soppressione dei livelli di governo "di area vasta" (città metropolitane e province), mentre – con ogni probabilità – esso dovrà confrontarsi a regìme con una riforma costituzionale che solo in parte risulterà coerente con il complessivo disegno nel cui ambito essa era stata originariamente concepita. Basti pensare che il disegno delineato nel 2013 prevedeva a regime anche la soppressione delle città metropolitane, mentre il d.d.l. costituzionale AS 1429 recentemente approvato in prima lettura al Senato prevede, al contrario, il mantenimento di tale livello di governo.
A ciò si aggiunga che, probabilmente, la Corte costituzionale sarà chiamata a pronunciarsi sui ricorsi proposti in via principale (art. 127 Cost.) da quattro regioni a statuto ordinario13 avverso le previsioni della Legge Delrio prima che sia giunto a conclusione l'iter di riforma della Parte II della Costituzione il quale – per così dire – dovrebbe suggellare sul piano fondativo il disegno di soppressione dello stesso livello provinciale.
Ma se i parametri di costituzionalità in base ai quali saranno valutate le disposizioni della riforma del 2014 saranno quelli che avevano ispirato la riforma costituzionale del 2001 (i quali prevedono invero un rafforzamento in senso paritario del ruolo dei diversi livelli di governo – ivi compreso quello provinciale –), allora vi è il rischio che la riforma in questione sconti le difficoltà proprie di un tentativo giunto – per così dire – "a metà del guado" e ancora privo dell'adeguata copertura costituzionale, che solo la definitiva approvazione del più volte richiamato d.d.l. AS 1429 potrebbe offrire.
Ad avviso di chi scrive (ma la questione è naturalmente rimessa al saggio e prudente apprezzamento dei Giudici della Consulta) emergono allo stato almeno due profili di potenziale criticità per ciò che riguarda la complessiva "tenuta" della l. n. 56/2014 in +relazione all'assetto costituzionale ancora oggi vigente:

- il primo riguarda l'effettiva compatibilità del disegno riformatore del 2014 (il quale giunge sino a sopprimere le dieci più importanti province italiane a e sostituirle con una diversa figura istituzionale) con i limiti imposti dall'art. 117, co. 2, lett. p), Cost., il quale riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato soltanto la disciplina della legislazione elettorale, degli organi di governo e delle funzioni fondamentali degli Enti locali;

- il secondo riguarda l'effettiva compatibilità fra il riconosciuto ruolo fondativo del livello di governo provinciale (il quale, ai sensi del vigente art. 114 Cost., contribuisce a costituire la Repubblica quale sistema genuinamente democratico e rappresentativo) con un sistema elettivo di secondo livello – quale quello delineato dalla l. n. 56/2014 – il quale potrebbe risultare in contrasto con i principi di piena rappresentanza politica democratica e di sovranità popolare che, invero, appaiono maggiormente confacenti al richiamato (e ancora vigente) status di livello di governo fondativo della Repubblica intesa quale ordinamento genuinamente democratico.

22. L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica: fonti, modelli e riforme in atto
di Dario Simeoli
1. Introduzione al tema: il lavoro pubblico tra prestazione e funzione e tra politica ed amministrazione

Le missioni assegnate alla pubblica amministrazione, distribuite tra le varie partizioni della sua organizzazione, sono portate a compimento dalle persone fisiche che ivi operano.
La pressante istanza sociale di una amministrazione più efficiente e meno costosa si è recentemente tradotta (ancora una volta) nell'indirizzo politico di riformare l'organizzazione del personale.

Le ragioni attuali del dibattito possono essere meglio comprese solo ricostruendo le ragioni sistemiche che hanno originato i concetti e i costrutti normativi consegnatici dalla nostra tradizione culturale. L'adozione di una prospettiva storicizzata, si ritiene, costituisce il metodo più appropriato per indagare impatto, finalità ed efficacia di un intervento che si vuole di radicale novità. Il presente saggio, occorre premettere, guarda al lavoro pubblico dall'angolo prospettico della organizzazione amministrativa, nella sua essenza di energie lavorative strumentali al raggiungimento delle finalità istituzionali. Più che la disciplina dei rapporti intersoggettivi, interessa qui l'analisi del lavoro quale fattore organizzativo di acquisizione di interessi e predisposizione delle azioni più opportune a realizzarli. E' questo, del resto, il tratto di maggiore specificità rispetto al lavoro privato il cui oggetto di studio è, invece, essenzialmente interindividuale (e patrimoniale), essendo il funzionamento dell'apparato produttivo privo di rilevanza giuridica in senso "oggettivo".L'organizzazione privata forma oggetto di fattispecie regolativa per lo più solo nelle sue implicazioni intersoggettive: ovvero come decisione conformativa della prestazione del lavoratore e come distribuzione di compiti relativi allo svolgimento di attività giuridiche (si pensi alla rappresentanza, alla preposizione institoria, alla legittimazione degli organi sociali) . Nella sfera pubblica, per contro, le scelte di fondo concernenti il tipo di apparato strumentale, i criteri di allocazione dei compiti, le relazioni giuridiche tra gli uffici, la gestione specifica delle risorse, costituiscono esercizio di un potere non libero ma disciplinato dal diritto oggettivo. Ecco, dunque, imporsi all'interprete la comprensione di una "realtà duplice", la funzione e il servizio legati allo svolgimento dell'ufficio pubblico ed il rapporto giuridico di prestazione, la cui "sintesi" va colta nell'intreccio tra due ordini distinti di norme aventi fonti ed oggetto proprio:le formule organizzatorie dei poteri pubblici, da un lato, il contenuto dei diritti e degli obblighi delle parti, dall'altro. Alla relazione giuridica, in virtù della quale le energie lavorative vengono "scambiate" con la retribuzione, si sovrappone il "legame" (anch'esso giuridicamente rilevante) che fornisce al dipendente il potere (ed anche il dovere) di esercitare i compiti che la fattispecie normativa attribuisce impersonalmente all'ufficio radicandone la competenza.

Se una prima "lente di ingrandimento" mette a fuoco le fonti e le forme giuridiche della (funzione di) organizzazione del personale, l'ulteriore tema di interesse è quello delle interrelazioni esistenti tra i due principali tipi di apparato (inteso come aggregato di diversi elementi normativamente unificati dall'obiettivo) che compongono i pubblici poteri: quello politico, legittimato secondo il sistema democratico, che presceglie gli interessi da perseguire e che divengono per tale via "pubblici"; quello amministrativo, avente legittimazione tecnica, che ha il compito di concretare l'indirizzo politico fissato dal primo che si ripercuotono in via diretta sulle componenti, per l'appunto politica e amministrativa, in cui si articola la nozione stessa di datore pubblico . La modulazione dei rapporti istituzionali tra potere politico e potere burocratico, si vedrà, è il prodotto, storicamente determinato, della dialettica tra due principi: il principio della sovranità popolare (art. 1 Cost.), che assegna ai rappresentanti politici, oltre che la determinazione dell'indirizzo politico, anche il controllo degli apparati pubblici cui spetta la sua realizzazione; ed il principio della imparzialità (art. 97 Cost.), che impone alla azione pubblica di attuare in maniera egualmente efficace le intenzioni delle maggioranze di governo che si alternano, in quanto al "servizio esclusivo della nazione" (art. 98 Cost.).

1.1. L'organizzazione del lavoro nel polimorfismo e policentrismo degli apparati

È indispensabile una ulteriore premessa. La legislazione che va sotto la denominazione di "norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" (d.lgs. n. 165/2001), e che costituisce l'oggetto precipuo della presente indagine, non esaurisce affatto l'intera materia. Se matrice comune ad ogni struttura dei pubblici poteri è la provvista di titolari ed addetti agli uffici professionali, può notarsi come, in relazione al tipo di apparato, corrisponda una differenziazione delle forme di organizzazione del lavoro.

La funzione di regolazione che si avvale dell'apparato ministeriale e delle agenzie (d.lgs. n. 300/1999) è dotata di un ordinamento del lavoro privatistico con crescenti elementi di specialità.

Gli apparati incaricati dello svolgimento delle funzioni d'ordine (espressione del cuore della sovranità dello Stato: difesa, giustizia, ordine pubblico, diplomazia), e di talune funzioni ausiliarie (amministrazione consultiva e di controllo) conservano un ordinamento del lavoro di stampo eminentemente pubblicistico.

Il personale impegnato nella funzione di regolazione organizzata secondo il modello tecnocratico delle amministrazioni indipendenti è, in buona parte, rimasto disciplinato dai rispettivi propri ordinamenti di settore. L'amministrazione di prestazione di servizi imprenditoriali, in passato svolta da enti pubblici economici ma in seguito alla liberalizzazione dei servizi in massima parte organizzata secondo il modello della società in mano pubblica, è dotato di un ordinamento del lavoro interamente privatistico.

Il "personale politico" dell'amministrazione, poi, si compone di soggetti astratti da un rapporto tradizionalmente definito "onorario" in cui il conferimento dell'ufficio avviene senza previo contratto di lavoro ed il cui titolo di legittimazione deriva da elezione o da nomina discrezionale politica (che, quindi, sottende una relazione di rappresentanza politica o di interessi). L'ordinamento detta una disciplina piuttosto scarna dei diritti ed obblighi delle parti e maggiormente per incentrarsi sulle cause di ineleggibilità ed incompatibilità. Il compenso è indennitario, il rapporto a termine, la giurisdizione si riparte secondo il criterio della consistenza della situazione giuridica soggettiva.

Una ulteriore articolazione del tema concerne gli apparati strumentali ai livelli di governo territoriale per i quali, lo si vedrà meglio nel prosieguo, si pone il non facile contemperamento tra esigenze di unità dell'ordinamento e di differenziazione autonomistica.

Da ultimo, lo stesso rapporto professionale viene prestato, nei casi e con le modalità previste dalla legge, anche in forza di un rapporto di lavoro autonomo; le prestazioni di lavoro subordinato vengono, inoltre, rese anche da personale "precario" (sovente reclutato senza concorso ed al di fuori della dotazione organica, per il quale talvolta si prevedono forme di "stabilizzazione").

2. L'evoluzione dell'apparato burocratico moderno: brevissimi cenni storici

L'apparato burocratico "moderno", con tale formula intendendosi il disegno organizzativo permanente e territorialmente articolato degli uffici dei poteri pubblici (in Europa consolidatosi soltanto nel corso dell'Ottocento), ha percorso un itinerario evolutivo assai complesso perché strettamente correlato allo svolgimento dello storia politica di ciascuna nazione. Occorrerebbero le competenze dello storico del diritto per una sua compiuta trattazione: qui, sia pure con molte imprecisioni e salti logici, se ne vogliono scarnamente tratteggiare le origini. Nello Stato monarchico non esisteva una "carriera pubblica professionale", derivando l'investitura nell'ufficio pubblico da un atto del titolare del potere politico, di ascendenza carismatica o elettiva (la corona, il governo o altro corpo collegiale da cui promanava il procuratore di giustizia, il procuratore fiscale, il commissario, l'intendente, l'ambasciatore). Il modello organizzativo era tutto incentrato su di un "titolo procuratorio" (non retribuito, ma a cui era spesso connesso un beneficio) la cui natura ricalcava figure di stampo privatistico (rappresentanza, mandato, fiducia, commissione, delega) . Per il resto, l'amministrazione si procurava le ulteriori risorse personali necessarie mediante contratti di diritto privato. Di pari passo alla formazione delle strutture costituzionali rappresentative, con l'aumento dei conti e dei compiti dello Stato e con la correlativa crescita degli addetti professionali, si assistette alla progressiva definizione di uno status di funzionario, regolato da un atto iniziale di ingresso nella carriera costituente titolo giuridico necessario e pregiudiziale per l'investitura nella titolarità di organi.

Nell'Italia dei primi anni dopo l'unificazione, il rapporto d'impiego pubblico veniva concepito come un rapporto di diritto privato connotato da specialità (il diritto alla pensione, la disciplina degli avanzamenti in carriera, la disciplina dei congedi delle aspettative e degli altri fatti modificativi delle prestazioni del prestatore d'opera, la disciplina dei concorsi di assunzione).
Con riferimento ai titolari o addetti di organi svolgenti funzioni pubbliche, il modello giuridico andò incontro ad una progressiva trasfigurazione verso forme marcatamente diverse dai rapporti di lavoro di diritto privato . Ciò fu storicamente il portato, oltre che di interventi legislativi volti a garantire l'imparzialità dei funzionari (come la disciplina del concorso, degli avanzamenti, la pensione), anche della introduzione di strumenti normativi volti a consentire un controllo (soprattutto di spesa) degli apparati politici sull'operato della amministrazione (si pensi, a titolo esemplificativo, agli istituti della parità retributiva; alla cristallizzazione dell'organico attraverso la predeterminazione normativa dei ruoli, cioè del numero dei dipendenti da assumere o da distribuire per i diversi gradi, allo scopo di impedire le assunzioni clientelari).
In questa fase, la relazione tra amministrazione e suo personale veniva ricostruita come un rapporto misto: avente gli elementi della locazione di opere per la parte patrimoniale, e gli elementi della rappresentanza ex lege (senza che occorresse alcun atto formale da parte dell'ufficio di investitura) per la parte che potrebbe dirsi pubblicistica (nomina, conferimento delle qualifiche da un lato, investitura nell'ufficio dall'altro) .
La teorica pubblicistica dello stato ottocentesco era ancora incentrata esclusivamente sugli atti e non sulla attività .
L'organizzazione amministrativa degli uffici non si formalizzava in atti o norme, rilevando unicamente i modi di interazione del soggetto pubblico con l'esterno. L'attenzione del giurista, dunque, era tutta rivolta agli strumenti (il mandato con rappresentanza, per lo più) attraverso i quali la capacità si estrinsecava e la responsabilità si estendeva nei confronti del cittadino; un diritto domestico, sottratto al Parlamento ed addirittura fuoridalla sfera giuridica .

3. Lo statuto del lavoro soggettivamente ed oggettivamente "pubblico"

Nello Stato di diritto amministrativo compiutamente delineatosi, gli uffici amministrativi assumono, sul piano istituzionale ed organizzativo, una rilevanza autonoma dall'apparato di governo politico ed alle loro manifestazioni di volontà si riconosce una forza "esorbitante" rispetto al diritto comune . Alle scelte tecniche di distribuzione del lavoro all'interno della organizzazione pubblica si riconosce ora una autonoma considerazione giuridica, anche in relazione alla tutela degli amministrati, a prescindere e prima della sua capacità nei rapporti intersoggettivi.

La legittimazione delle diverse parti della organizzazione transita dalla versione pubblicistica della rappresentanza a modello di dimensione del potere. L'emersione della dimensione giuridica dell'organizzazione amministrativa, invero, coincide con l'allontanamento del diritto della pubblica amministrazione dal diritto dei privati e determina l'assorbimento della dimensione organizzativa nel diritto pubblico.
La burocrazia professionale cui era riservata la titolarità degli uffici, per buona parte del secolo scorso è stata organizzata secondo un modello (tradizionalmente denominato "pubblico impiego" giuridicamente corrispondente ad una ideologia dei poteri di imperio cui ripugnava una relazione paritaria tra il cittadino e lo Stato. I suoi tratti caratteristici obbedivano ai principi generali di legalità, tipicità, procedimentalità, propri dell'attività amministrativa di diritto pubblico (cui si aggiungeva il principio di cittadinanza come condizione imprescindibile per la partecipazione ai pubblici poteri).
In luogo del reciproco consenso, il titolo della relazione giuridica stava nell'atto unilaterale di nomina (che conferisce la qualifica e il posto di ruolo), cui la volontà del dipendente accedeva quale mera condizione esterna di efficacia.
La disciplina del rapporto, ricca di disposizioni di maggior favore rispetto alla disciplina del lavoro privato (onde preservare l'imparzialità del funzionario), era unilaterale e di esclusiva fonte legale anche per quanto riguarda la misura delle retribuzioni, indennità e altri compensi.
Anche gli atti unilaterali (non normativi) di gestione del personale erano regolati dal diritto pubblico. Le vicende del rapporto erano, in particolare, l'effetto di provvedimenti amministrativi in cui la manifestazione di volontà datoriale era formalizzata in chiave procedimentale e cristallizzata nell'atto di inquadramento (aspettative, congedi, distacchi, comandi, missioni).
Il sistema di progressione verticale era rigido e si articolava in appositi procedimenti di scrutinio, o per anzianità, o per anzianità congiunta al merito. Si prevedeva, per il passaggio dalle qualifiche inferiori a quelle superiori, un esame-concorso. Con inversione rispetto al principio stabilito dall'art. 2103 c.c. per il rapporto di lavoro privato, l'esercizio di mansioni di una qualifica superiore rispetto a quella in cui si era iscritti per nomina o per promozione non comportava il passaggio alla diversa qualifica o gruppo(22).
Erano normativamente prefigurate sia le infrazioni disciplinari ed il relativo procedimento, sia gli eventi al cui avverarsi è ricollegata l'estinzione del rapporto (limiti di età, di servizio, inabilità fisica, soppressione di uffici o riduzione di posti di organico, provvedimenti disciplinari, dimissioni volontarie), conferendo al lavoro pubblico un connotato di estrema "stabilità".

Sussisteva una netta separazione tra due serie coordinate di atti, entrambi retti dal diritto pubblico (23): la prima (da cui discendeva il rapporto di servizio) disciplinava il conferimento delle qualifiche (quella iniziale con la nomina e quelle successive con le promozioni), i riconoscimenti di anzianità e gli altri atti a contenuto patrimoniale; la seconda (da cui discende il rapporto d'ufficio) determinava l'effetto di formale preposizione del dipendente all'ufficio (incardinazione, assegnazione, investitura).
Il rapporto d'ufficio, dunque, non si fondava più né su procure né su deleghe né su mandati, ma su una norma e sugli atti che ne costituivano applicazione.
Il r.d. n. 2840/1923, al fine di evitare controversie sulla natura della posizione soggettiva e quindi sulla regola di riparto, sancì la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle relative controversie. Ciò fu particolarmente rilevante giacché, proprio in questo ambito, si sperimentò principalmente la verificabilità della dimensione organizzativa interna dell'ente .
Del resto, il giudice amministrativo, fedele alla sua "vocazione" di somministrare una tutela mediata e coordinata a quella dell'interesse pubblico, "alimentava" il regime derogatorio (rispetto al diritto comune) degli atti di gestione del rapporto, qualificandoli tutti indistintamente come atti amministrativi(salvo, col tempo, riconoscere natura "paritetica" agli atti di gestione a contenuto prettamente patrimoniale, come la determinazione della misura di compensi), riconoscendo la natura di potestà pubblica a manifestazioni tradizionalmente incluse nella dinamica sinallagmatica dell'incontro di volontà.
I rapporti tra politica ed amministrazione rispondevano al modello della responsabilità ministeriale. Il ministro era, oltre che organo politico responsabile dinnanzi al Parlamento, organo burocratico sovraordinato rispetto a tutti gli altri uffici amministrativi; la sua sfera di competenza inglobava tutte le funzioni degli uffici chiamati a eseguire professionalmente le sue decisioni, consentendogli un potere di diretto intervento in tutti gli affari. Il maggiore presidio della imparzialità del personale burocratico dirigenziale era rappresentato dalla stabilità nel rapporto di ufficio, in contrapposizione alla temporaneità dell'organo politico. Poca cosa, invero, per salvaguardare l'indipendenza dal vertice politico, considerato il permanere in capo al Ministro dei poteri di avocazione, annullamento e decisione sui ricorsi gerarchici.
Lo statuto dianzi tratteggiato del pubblico impiego aveva una portata applicativa pressoché generale. Solo gli enti pubblici imprenditoriali intrattenevano rapporti di lavoro di mero diritto privato, in cui erano possibili anche contratti collettivi di lavoro
Gli enti pubblici territoriali minori, sebbene qui il regime giuridico ed economico dell'impiego civile statale fosse applicabile soltanto nella misura in cui vi fosse un rinvio da parte del regolamento alle leggi dello Stato, preferirono consapevolmente modellare il proprio ordinamento sulla corrispondente norma del corpo normativo dell'impiego dello Stato.
3.1. Considerazioni di sintesi

Sono sufficienti queste brevi notazioni per comprendere come, nel pubblico impiego, i connotati del rapporto di lavoro risultassero completamente "traslati" nella dimensione della funzione di organizzazione da cui ripetevano fonti e forme giuridiche.
La dottrina, non a caso, per illustrare la figura, ricorreva alla teoria del contratto di diritto pubblico ovvero dell'atto unilaterale dell'amministrazione ad effetto bilaterale.
Si trattava di un modello "funzionalizzato" soprattutto all'esigenza di controllare il modo con cui le amministrazioni spendevano il danaro pubblico. Quella prescelta fu, tuttavia, una scelta non necessitata dall'art. 97 Cost., apparendo anzi (ex post), quantomeno sul piano teorico, una vistosa forzatura. E' stato osservato come gli atti di assunzione e governo del personale (compresi gli atti modificativi e quelli estintivi del rapporto e quelli di costituzione, modificazione e soppressione di taluni uffici interni), anche se equiparati quanto al regime giuridico ai provvedimenti amministrativi, non presentassero di questi ultimi i tratti né strutturali né funzionali. Non erano esercizio di una potestà pubblica, perché qualunque soggetto giuridico ha la potestà di organizzare le proprie attività e di costituirsi un'organizzazione in senso oggettivo; neppure erano esercizio di un momento autoritativo del pubblico potere, finalizzato alla cura di un interesse pubblico (trattandosi di interesse strumentale)
Col tempo, inoltre, si dovette constatare che una organizzazione del lavoro ispirata ad un principio di legalità "forte" si presentava soluzione inefficiente sia per il datore pubblico che per il lavoratore. Per entrambi, la conformazione dettagliata e rigida del rapporto costituiva un "vincolo inestricabile" che impediva sia di eliminare l'inefficiente che di valorizzare il meritevole (si pensi all'inquadramento per carriere che non consentiva una adeguata valorizzazione delle capacità del dipendente e della esperienza acquisita).
La disciplina del rapporto tramite fonti statuali, poi, per quanto numerose e microsettoriali fossero, erano inadeguate a cogliere le specificità di ciascun settore e contesto territoriale.
La giungla retributiva e normativa mise in luce come l'impiego pubblico italiano fosse diventato un groviglio di trattamenti nel quale a non trovare realizzazione erano proprio i valori costituzionali dell'art. 97.
4. La progressiva convergenza degli assetti regolativi: concorso di fonti e sincretismo tra ordinamenti nel lavoro pubblico "privatizzato"
A partire dalla seconda metà del secolo scorso, prese inizio una lenta e progressiva convergenza tra lavoro pubblico e privato.

Una prima spinta di avvicinamento fu originata dalle iniziativesindacali che consentirono di sommare l'uno (il lavoro pubblico ottiene l'associazionismo sindacale, il diritto di sciopero, l'indennità di fine rapporto, la retribuzione del lavoro straordinario, l'assistenza, i primi accordi collettivi trasfusi in leggi o regolamenti ad opera della l. n. 93/1983) i vantaggi dell'altro (il lavoro privato ottiene il trattamento di quiescenza, le qualifiche, il regime di stabilità con la restrizione dei poteri del datore di lavoro di risoluzione del rapporto, per effetto soprattutto della l. n. 604/1966 e della l. n. 300/1970).Un secondo fattore è legato, invece, alla evoluzione normativa che, sul finire del secolo scorso, ebbe di mira l'alleggerimento progressivo dell'apparato amministrativo dal suo carico di vincoli sostanziali e procedimentali: il nuovo ordinamento delle autonomie locali (l. n. 142/1990), la riforma del procedimento amministrativo (l. n. 241/1990), la limitazione dei controlli preventivi, l'istituzione del difensore civico, le finalità di decentramento, snellimento e semplificazione espresso
nel processo di semplificazione e di delegificazione (l. n. 59/1997 e l. n. 127/1997). Si volle, all'epoca, delineare un'amministrazione più vicina alle esigenze del pubblico, più razionale, flessibile ed efficiente anche nel quadro della competizione con i corrispondenti uffici e servizi dei Paesi europei. La crescente utilizzazione dei moduli convenzionali privatistici, il ridimensionamento della legalità formale in luogo della tutela sostanziale,la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni dovevano sostituire, all'agire autoritativo e impositivo, un rapporto nuovo, dialettico e collaborativo, con i cittadini.
Per di più, l'accelerazione dovuta alla crisi dei conti pubblici, l'esigenza di razionalizzare il costo del lavoro pubblico contenendo gli effetti incontrollati della finanza funzionale, imposero un nuovo ruolo per l'amministrazione, non solo rispetto alla Società, ma anche rispetto al Mercato, producendo il fenomeno noto come "privatizzazione" .
La riforma del pubblico impiego (a partire dal d.lgs. n.29/1993 emanato in attuazione della delega contenuta nella l. n. 421/1992 (36)) è parte di questo "quadro di intervento strutturale".
L'architrave del progetto riformatore sta nella distinzione tra aspetto organizzativo della pubblica amministrazione, la cui disciplina viene affidata all'indirizzo politico contenuto nella legge ed alla potestà amministrativa, e rapporto di lavoro dei pubblici

dipendenti, attratto nell'orbita della disciplina civilistica per tutti i profili non connessi all'interesse pubblico ed allo strumento della contrattazione collettiva. Attraverso tale nuova dosimetria di fonti regolatrici, il tradizionale statuto del pubblico impiego (la cui denominazione muta in "lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni"), viene abbandonato in favore del rapporto di lavoro subordinato privato con la convinzione che, grazie ai nuovi strumenti gestionali e alla dissoluzione del modello gerarchico (sostituito da ambiti di competenze diverse e coordinate), si sarebbe, meglio che in passato, potuto assicurare il contenuto della prestazione in termini di produttività
e di flessibilità più idonei al buon andamento e all'efficienza dell'amministrazione
Tale concorso di fonti determina un peculiare sincretismo tra gli ordinamenti pubblico e privato (precedentemente, sia il rapporto di ufficio che quello di servizio erano regolati dal diritto pubblico). Difatti, se in termini astratti, è nitida la distinzione tra organizzazione (per tale intendendosi la definizione del tipo di apparato strumentale, la distribuzione dei compiti e le relazioni giuridiche tra gli uffici) e gestione del rapporto (per tale intendendosi l'esercizio del potere datoriale meramente conformativo della prestazione di lavoro), vi è, tuttavia, una ampia serie di atti che hanno contemporaneamente rilievo sia sul piano della articolazione che sul piano intersoggettivo (sul punto si rinvia alle riflessioni sub paragrafo 4.4).
A ciò si aggiunge che, mentre nella disciplina del pubblico impiego era il "lavoro" (ovvero il "rapporto di servizio" che ne era la sua declinazione autoritativa) ad essere attratto nella disciplina pubblica della organizzazione, ora è un parte dell'organizzazione ad essere attratta al diritto privato: gli uffici interni (ossia quelli la cui attività non impegna l'amministrazione sul piano dell'ordinamento generale) sono, infatti, "privatizzati" e retti da un atto negoziale.

4.1. Le fonti del rapporto di lavoro tra privatizzazione e contrattualizzazione

L'equiparazione di regime giuridico con il lavoro subordinato nell'impresa non è stata totale perché, accanto all'area del diritto del lavoro "comune" (38) a tutti i lavoratori pubblici e pri vati, permangono numerosi aspetti di specialità, rilevanti per il diritto amministrativo perché strettamente legati ai profili organizzativi ovvero al perseguimento di interessi generali: le procedure selettive, la contrattazione collettiva, la disciplina delle mansioni, l'esercizio del potere disciplinare, la responsabilità erariale, il diritto di accesso, la dirigenza, l'esclusione del regime di libera recedibilità del dirigente pubblico (39), la disciplina delle incompatibilità e del cumulo di impieghi e degli incarichi, la definizione di un codice di comportamento dei dipendenti
delle pubbliche amministrazioni pubblicato nella Gazzetta Ufficiale (sul versante processuale, la possibilità per il dipendente pubblico di avvalersi del più efficace rimedio della ottemperanza innanzi al giudice amministrativo).

Alla "privatizzazione" della disciplina normativa, si accompagna la "contrattualizzazione" del titolo individuale la quale conferma la scelta del legislatore di trasformare la natura giuridica dei rapporti stessi. La prestazione e le condizioni contrattuali del lavoro pubblico trovano la loro origine, non più in una formale investitura, bensì nell'avere il singolo dipendente accettato che il rapporto di lavoro si instauri (e prosegua) secondo regole definite, almeno in parte, nella sede della contrattazione collettiva.
L'equiparazione del regime giuridico sostanziale a quello dei privati, la regolamentazione su base contrattuale del rapporto, postulando la parità giuridico-formale delle parti e la gestione delle vicende del rapporto mediante atti negoziali (promozione,trasferimenti, licenziamenti), ha trovato poi naturale completamento con la devoluzione del contenzioso alla cognizione del giudice delle liti tra privati o amministrativi.

4.2. Caratteri e ambiti della contrattazione collettiva

La delegificazione della disciplina del lavoro pubblico si è realizzata attraverso la sua regolazione negoziata tra le parti sociali, ritenuta maggiormente in grado di assicurare trasparenza e massimizzazione delle reciproche utilità. Di essa interessa qui sottolineare natura giuridica e ambito operativo. In luogo del modello di contrattazione informale, radicato nel settore del lavoro privato, l'autonomia collettiva può svolgersi soltanto all'interno di un "modello legale" di contrattazione strutturato su due livelli (nazionale e decentrato da svolgersi sulle materie e nel rispetto dei limiti nazionali) dove, eliminata la fase pubblicistica di recepimento in un regolamento, sono disciplinati i soggetti, l'oggetto, i livelli, le procedure, gli effetti, gli strumenti e le tecniche di controllo. È stato osservato come, curiosamente, alla delegificazione della disciplina del rapporto di lavoro, si sia accompagnata la legificazione delle fonti collettive.

I tratti del tutto peculiari della contrattazione collettiva, che non trovano adeguata spiegazione nelle ricostruzioni privatistiche dell'autonomia collettiva, non consentono di assimilarlo a quello "di diritto comune" ed, anzi, lo rendono più facilmente collocabile tra le fonti del diritto . Si pensi all'efficacia erga omnes del contratto collettivo (desumibile in primis dal principio di parità di trattamento, ma anche effetto naturale della rappresentanza legale, attribuita all'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche, la cui composizione burocratica ed autonomia normativa e finanziaria doveva garantire l'assenza di influenze politiche); al meccanismo di delegificazione del diritto pubblico, previsto dall'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, in base al quale si riconosce, attraverso il rinvio mobile, al contratto collettivo la forza di abrogare disposizioni di legge o di regolamento contenenti discipline dei rapporti di lavoro limitate ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche ; la pubblicazione dei contratti nazionali sulla Gazzetta Ufficiale; la recente introduzione del ricorso per Cassazione anche per violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali; il procedimento di "interpretazione autentica" che vincola l'accertamento del Giudice e lo fa secondo un meccanismo, che assomiglia assai più all'efficacia retroattiva della legge di interpretazione autentica, che a quella del negozio di accertamento. La generalità dell'efficacia, per cui, rispetto al contratto collettivo, non ci sono "terzi" tra i lavoratori del comparto di riferimento, è il chiaro riflesso della "oggettività" dell'ordinamento di settore, prefigurato dall'autonomia sindacale. L'art. 2, comma 3, d.lgs. n. 165/2001, che rimette al contratto collettivo la disciplina dei rapporti individuali di lavoro, è una norma sulla produzione giuridica, contenente un rinvio "mobile" alle norme collettive, presenti e future, poste in essere da soggetti a tanto abilitati dalla legge e con i procedimenti da essa previsti. Le norme contrattuali, dunque, non forniscono il contenuto normativo ad una disposizione "in bianco", che determina il sorgere di corrispondenti norme del diritto oggettivo (meccanismo, questo, adottato dalla l. n. 741/1959), ma compongono esse stesse l'ordinamento, perché la norma rinviante, quale norma sulle fonti, attribuisce ad esse la forza della produzione giuridica. Si è in presenza di una fonte extrastatuale, che si impone appunto ab extra, con carattere di imperatività e autoritarietà (si pensi, per un caso simile, alle norme immesse in forza dell'ordine di esecuzione di un Trattato internazionale).

Sotto altro profilo, sebbene secondo l'impianto originario (art. 2, comma 3, e art. 40, comma 1, d.lgs. n. 165/2001) la materia devoluta alla contrattazione collettiva avrebbe dovuto incentrarsi esclusivamente sul rapporto di lavoro e sulle relazioni sindacali, la prassi applicativa e talune espressioni del legislatore (è presumibile, senza alcuna consapevolezza) hanno ingenerato l'equivoco di una sorta di parallelismo tra "ambito della contrattazione collettiva" e "privatizzazione" che ha comportato l'inevitabile "sconfinamento" della prima nella sfera della funzione di organizzazione.

In particolare, l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, rimettendo alle disposizioni di legge (peraltro limitatamente alla definizione di principi generali) soltanto le linee fondamentali di organizzazione degli uffici di maggior rilevanza, ha collocato il discrimine tra ordinamento pubblicistico e privatistico non più in corrispondenza della (peraltro, difficoltosa) demarcazione tra organizzazione degli uffici e gestione del rapporto ma sul crinale più sottile che distingue l'organizzazione degli uffici esterni (macro) da quella degli uffici interni (micro). Tale disposizione, unitamente alla possibilità per i contratti collettivi nazionali di disciplinare i rapporti sindacali e gli istituti di partecipazione anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro (art. 9 d.lgs. n. 165/2001 vecchia formulazione), ha "di fatto" determinato un correlativo incremento dell'area di competenza della contrattazione collettiva (e, correlativamente, della giurisdizione ordinaria), legittimando ancor più la convinzione che la partecipazione condotta dalla dirigenza poteva ben condurre ad un accordo vincolante per l'ente.

4.3. Le fonti dell'organizzazione pubblica: degradazione e delegificazione

L'organizzazione degli apparati strumentali alle attività di governo statali rientra nella potestà esclusiva dello Stato, salvo delega (la riforma del Titolo V della Costituzione ha introdotto un nuovo assetto delle competenze normative in tema di organizzazione amministrativa degli enti minori).
L'art. 97 Cost. regola i rapporti tra Parlamento e Governo nei termini di assicurare al primo la possibilità di stabilire i confini tra legge, regolamento ed atto amministrativo. A dispetto della tradizionale lettura della norma costituzionale (secondo cui sarebbe riservata alla legge la disciplina degli uffici di maggiore rilevanza, competenti ad esprimere all'esterno la volontà dell'ente), le fonti del potere di organizzazione conoscono oggi una gradazione distinta per livelli che contempla atti normativi (leggi, regolamenti), atti non normativi (provvedimenti amministrativi) e, finanche, atti negoziali (atti di gestione del datore pubblico).
Le principali fonti primarie, in tema di amministrazione statale, sono il d.lgs. n. 300/1999 (recante la riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'articolo 11 della l. n.59/1997) ed il d.lgs. n. 165/2001 (recante le norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche). La legge definisce l'apparato strumentale solo in termini di principi generali senza scendere al di sotto degli uffici di vertice, per quanto anche quelli sotto ordinati (divisioni e sezioni) emanino atti a sicura rilevanza esterna. La restante gran parte della organizzazione (anche degli uffici i cui effetti si riverberano all'esterno) sono retti da fonti secondarie e da atti non normativi.

In particolare, dispone la legge che i Ministeri si articolano in strutture di primo livello: dipartimenti ovvero direzioni generali. I primi, costituiti per assicurare l'esercizio organico ed integrato delle funzioni del ministero, hanno compiti finali concernenti grandi aree di materie omogenee e i relativi compiti strumentali di indirizzo e coordinamento delle unità di gestione in cui si articolano i dipartimenti stessi. Il capo del dipartimento svolge compiti di coordinamento, direzione e controllo degli uffici di livello dirigenziale generale (che da lui dipendono funzionalmente) compresi nel dipartimento stesso, al fine di assicurare la continuità delle funzioni dell'amministrazione ed è responsabile dei risultati complessivamente raggiunti dagli uffici da esso dipendenti, in attuazione degli indirizzi del ministro; lo stesso determina i programmi per dare attuazione agli indirizzi del ministro ed alloca le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili. Nei Ministeri, invece, in cui le strutture di primo livello sono costituite da direzioni generali può essere istituito l'ufficio del segretario generale che opera alle dirette dipendenze del Ministro. Questi assicura il coordinamento dell'azione amministrativa, provvede all'istruttoria per l'elaborazione degli indirizzi e dei programmi di competenza del Ministro, coordina gli uffici e le attività del Ministero, vigila sulla loro efficienza e rendimento e ne riferisce periodicamente al Ministro .

L'organizzazione, la dotazione organica, l'individuazione degli uffici di livello dirigenziale generale ed il loro numero, le relative funzioni e la distribuzione dei posti di funzione dirigenziale, l'individuazione dei dipartimenti, nei casi e nei limiti fissati dalle disposizioni del presente decreto legislativo, e la definizione dei rispettivi compiti, sono invece disciplinati con regolamenti di delegificazione (ai sensi dell'art. 4 d.lgs. n. 300/1999).

La legge prevede anche strutture svolgenti attività a carattere tecnico-operativo di interesse nazionale, prima esercitate da ministeri ed enti pubblici, denominate agenzie. Esse operano al servizio delle amministrazioni pubbliche, comprese anche quelle regionali e locali. Ma anche qui, solo con regolamenti di delegificazione sono emanati gli statuti contenenti l'organizzazione(art. 8, d.lgs. n. 300/1999).

Alla fonte regolamentare è rimessa anche l'organizzazione della Prefettura-Ufficio territoriale del Governo (la quale assicura l'esercizio coordinato dell'attività amministrativa degli uffici periferici dello Stato e garantisce la leale collaborazione di detti uffici con gli enti locali: art. 11, d.lgs. 30 luglio 1999 n.300) e lo statuto degli enti pubblici nazionali (cfr. d.lgs. n.419/1999 recante il riordinamento del sistema degli enti pubblici nazionali, a norma degli articoli 11 e 14 della l. n. 59/1997).

All'individuazione degli uffici di livello dirigenziale non generale di ciascun ministero e alla definizione dei relativi compiti, nonché alla distribuzione dei predetti uffici tra le strutture di livello dirigenziale generale, si provvede con decreto ministeriale di natura non regolamentare.

Anche il decreto legislativo n. 165/2001 è nel segno della valorizzazione dell'autonomia organizzativa, rimettendo alla legge solo le regole organizzative di principio e, per il resto, facendo leva sulla capacità di adattarsi delle singole amministrazioni. Sulla base dei principi generali fissati nelle disposizioni di legge e regolamentari, le amministrazioni pubbliche definiscono, mediante propri atti organizzativi, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi, determinano le dotazioni organiche complessive (art. 2, d.lgs. n. 165/2001). La funzione di organizzazione si ripartisce tra i seguenti centri di competenza (che riflettono il principio di separazione tra indirizzo e gestione). Agli organi di governo spetta di individuare le risorse umane, materiali ed economicofinanziarie da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale, nonché di provvedere alle nomine, designazioni ed atti analoghi ad essi attribuiti da specifiche disposizioni (art. 4, d.lgs. n. 165/2001). Ai dirigenti spetta (con capacità e poteri di diritto privato), nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi generali, di adottare le determinazioni per l'organizzazione degli uffici (di minore rilevanza) e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro.
La descritta degradazione delle fonti (tre ordini decrescenti di fonti pubblicistiche), accompagnata da una marcata delegificazione (distribuzione dei compiti tramite atti privatistici), risponde alla volontà di una articolazione di competenze più flessibile rispetto alle esigenze dell'azione. In altre parole, se il concorso di fonti originariamente prefigurato dall'art. 97 Cost. era in funzione del bilanciamento tra poteri, quello inveratosi nel diritto positivo vuole garantire, attraverso strumenti di regolazione meno rigidi, il buon andamento della pubblica amministrazione.
La recessività del concetto classico di competenza , intesa come predeterminazione normativa certa e stabile della regola di distribuzione dei compiti, delle aree di intervento e dei poteri degli organi, si giustifica per il fatto che evidentemente la sua fissazione con atto normativo è avvertita come ostacolo allo svolgimento delle attività piuttosto che come garanzia di legalità. Deve, tuttavia, ritenersi, ma il discorso non può essere svolto in questa sede, che debba comunque soggiacere al principio di riserva di legge e tipicità, la regola di distribuzione tra gli uffici delle competenze aventi effetto limitativo della sfera giuridica degli amministrati.

4.4. Il potere negoziale "imparziale" nell'organizzazione degli uffici pubblici

Nel diritto pubblico, la sfera di attività è generalmente identificata da una norma, la cui funzione è quella di rendere la regola di organizzazione (in particolare, la distribuzione dei compiti con rilevanza esterna e la predeterminazione delle modalità

di svolgimento) vincolante per l'amministrazione e rilevante per i terzi. La nozione tradizionale di competenza risponde ad una garanzia radicata soprattutto all'agire autoritativo della pubblica amministrazione. Tale rilevanza della dimensione regolatoria (come osservato nelle prime pagine) non sussiste per le decisioni private di razionalizzazione della struttura .

L'utilizzo della capacità negoziale per le determinazioni concernenti l'organizzazione degli uffici (l'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 oltre a conferire potere organizzativo contiene una precisa qualificazione degli atti collocando il potere privato in sequenza discendente rispetto alle fonti pubblicistiche) si colloca sul versante fenomenico della "oggettivazione" della pubblica amministrazione dove a rilevare non è il soggetto dotato di potere ma l'aspetto oggettivo della funzione ; una funzione amministrativa non ordinata ad interessi soggettivati nelle istituzioni ma al perseguimento di fini determinati dalla legge in cui l'interesse pubblico perde connotazione soggettiva per divenire il fine di una azione che si esplica nella organizzazione imparziale degli interessi .

Senza dubbio, l'art. 97 Cost. non contiene una riserva di fonte pubblicistica in materia di organizzazione, ovvero non si richiede la natura unilaterale e pubblicistica di tutte le fonti di organizzazione. Tuttavia, l'erosione dei caratteri della specialità pubblicistica e la propensione dell'ordinamento alla libertà formale al fine di incrementare efficienza e standard qualitativi (esigenza quest'ultima ritenuta oggi prevalente sulla predeterminazione imparziale delle regole organizzative), impone di verificare quali siano le ricadute effettive dell'incursione del diritto privato "all'interno" della organizzazione degli uffici e del personale, accertandone, eventualmente anche i limiti, ogni qual volta le garanzie pubblicistiche non siano "traducibili" nel regime negoziale.

Nella impostazione maggiormente seguita (soprattutto dalla giurisprudenza di cui si darà conto più specificatamente nel paragrafo 4.6. in tema di conferimento di incarico dirigenziale), sussiste una radicale separazione tra la sfera di macro organizzazione della pubblica amministrazione, nella quale si esprime con pienezza (in termini di sovraordinazione) la posizione peculiare che nell'ordinamento ha il soggetto pubblico, e la restante gestione del personale e degli uffici, improntata esclusivamente a principi privatistici. La dirigenza, in questo quadro ricostruttivo, sarebbe titolare di posizioni soggettive tra loro non interferenti, essendo tenuta a spendere la capacità pubblica per adottare ogni determinazione amministrativa rispondente al pubblico interesse (potere di amministrazione); ed i poteri del privato datore di lavoro, per assumere le determinazioni inerenti l'organizzazione degli uffici di minore rilevanza e la gestione dei rapporti di lavoro (potere di gestione). Il discrimine tra fonti ed ordinamenti coinciderebbe, a questa stregua, con la distinzione

tra l'organizzazione dei compiti esterni (in cui si invera l'attività giuridica dell'apparato sul piano dell'ordinamento generale) e quella dei compiti interni materiali (il cui rilevo giuridico sarebbe, per contro, circoscritto alla relazione di servizio tra datore e lavoratore e rispetto ai quali sarebbe inapplicabile l'intera normativa sul procedimento amministrativo così come ogni altro vincolo di funzionalizzazione al pubblico interesse)

Tanto premesso, deve in primo luogo osservarsi che l'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001, nel rimettere alla fonte pubblicistica la individuazione degli "uffici di maggiore rilevanza", non rende affatto sicuri che con tale espressione abbia inteso riferirsi alla nozione di organo esterno (ossia l'unità di lavoro abilitata ad adottare atti imputabili alla p.a.). Il dubbio cresce se solo si pensa alla figura del dirigente generale che, collocandosi al vertice di complessi organizzativi composti da pluralità di organi con compiti ad effetti esterni, solo in via residuale opera come organo di relazione, caratterizzandosi per lo più come organi di direzione di dirigenti (con deleghe ed affidamenti di progetti).

In tal caso, appare poco plausibile ritenere che il potere privato di organizzazione (previsto dall'art. 5, comma 2, citato, senza distinguere in merito alla qualifica dirigenziale) sia circoscritto ai soli uffici interni .

Secondo una tesi, l'art. 97, comma 2, Cost. (secondo cui "nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità dei pubblici funzionari"), impone un contenuto necessario a tutte le regole organizzative per le quali, a prescindere dal tipo di fonte, sussista un interesse rilevante dei terzi. Cosicché, stante il carattere "bipolare" della organizzazione privata e la sua inidoneità a definire una regola di competenza dalla cui violazione possano essere protetti soggetti terzi , tale dottrina ritiene di rinvenire, nei suddetti casi, una opzione costituzionale per la regolazione con strumenti pubblicistici del contenuto obbligatorio (ovvero, competenza, attribuzioni, responsabilità) della regola di organizzazione; difatti, solo la fonte pubblicistica è in grado di conferire rilevanza agli interessi terzi di imparzialità e ragionevolezza. La linea di confine tra fonte pubblicistica e fonte privatistica non andrebbe ricercata nella distinzione tra ufficio interno ed ufficio esterno (del resto, sussiste un livello di organizzazione esterna non suscettibile di incidere sulla cura degli interessi pubblici), bensì in relazione alla nozione di "competenza funzionale": la fonte pubblicistica, cioè, sarebbe costituzionalmente necessitata ogni qualvolta la regola di organizzazione esprime una relazione qualitativa fra l'attribuzione di un certo compito ad una frazione dell'apparato ed il modo in cui verrà perseguito l'interesse pubblico rilevante per i terzi .

La suggestiva ipotesi appena riferita deve però tener conto anche della seguente considerazione. La recente evoluzione normativa testimonia come, anche nel lavoro pubblico, corpi di norme, originariamente distinti e giustapposti, stiano confluendo all'interno di un quadro regolatorio dove il materiale normativo risulta reciprocamente "contaminato" e il confine tra ordinamento pubblico e privato sempre più indefinito. L'art. 1 della legge n. 241/1990 (comma modificato dall'articolo 1 della l. n. 15/2005) prevede che la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa,agisce secondo le norme di diritto privato. Ai sensi dell'art. 1-ter i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1 (ovvero i criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, pubblicità trasparenza nonché principi dell'ordinamento comunitario). I principi di ragionevolezza e non contraddizione impongono di ritenere che quest'ultima previsione sia precettiva anche (e a maggior ragione) per i soggetti pubblici che operano con moduli privatistici. La legge sul procedimento amministrativo, dunque, detta oggi una disciplina "comune" che garantisce la funzionalizzazione anche dell'attività amministrativa di diritto privato.
Le implicazioni, anche sul terreno della organizzazione, sono molteplici (ma sulla questione occorrerebbe soffermarsi molto di più). Se ne dovrebbe dedurre, in primo luogo, che anche gli atti privatistici di gestione (a partire dal conferimento degli incarichi dirigenziali) sono sottoposti ai principi generali della attività amministrativa e ciò pur essendo la giurisdizione assegnata al giudice ordinario. Quest'ultimo sarà, quindi, tenuto a calibrare i rimedi civilistici alla tutela degli interessi (legittimi) e alla "imparzialità" del datore pubblico (vedremo come il d.lgs. n. 150/2009 si muova anch'esso lungo una linea evolutiva tendente ad una, sia pure parziale, "diluizione" del potere di gestione attraverso garanzie procedimentali che consentano di "evidenziarne" l'agire imparziale in tema di conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa), prevede che i decreti legislativi e i regolamenti emanati sulla base della legge di semplificazione e riassetto normativo annuale, per quanto concerne le funzioni amministrative mantenute, si attengono, tra gli altri, al seguente principio: lett. f-bis) generale possibilità di utilizzare, da parte delle amministrazioni e dei soggetti a queste equiparati, strumenti di diritto privato, salvo che nelle materie o nelle fattispecie nelle quali l'interesse pubblico non può essere perseguito senza l'esercizio di poteri autoritativi (lettera aggiunta dall'articolo 1 della l. n. 246/2005).

In tema di impiego pubblico privatizzato, nell'ambito del quale anche gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali rivestono la natura di determinazioni negoziali assunte dall'amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, le norme contenute nell'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, obbligano l'amministrazione datrice di lavoro al rispetto dei criteri di massima in esse indicati, anche per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede (art. 1175 e 1375 c.c.), applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Tali norme obbligano la p.a. a valutazioni anche comparative, all'adozione di adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte; laddove, pertanto, l'amministrazione non abbia fornito nessun elemento circa i criteri e le motivazioni seguiti nella scelta dei dirigenti ritenuti maggiormente idonei agli incarichi da conferire, è configurabile inadempimento contrattuale, suscettibile di produrre danno risarcibile

Inoltre, le medesime disposizioni dovrebbero implicare che anche l'attività di organizzazione nelle forme negoziali, ogni qual volta vi sia insito un finalismo ed una predeterminazione di assetti pubblici rilevanti, possa assumere un rilievo oggettivo a garanzia di interessi (legittimi) terzi (e, quindi, non solo nei rapporti interni tra l'amministrazione ed il personale). In questi casi, la decisione organizzativa negoziale verrà in considerazione non solo in termini di responsabilità (quale oggetto del controllo sull'attività) ma anche quale requisito di validità dell'"atto" a valle, sempre che (lo si ripete) la regola di distribuzione dei compiti del datore non sia una mera predisposizione di modalità operative ma rivesta anche il ruolo di individuare interessi protetti.

4.5. I principi legali della funzione di organizzazione (prima della novella del 2009)

La funzione di organizzazione degli uffici e del personale appartiene al novero delle funzioni di indirizzo in quanto le scelte organizzative predeterminano le successive scelte sul piano dell'attività . Il suo esercizio discrezionale è sottoposto all'osservanza di alcuni principi legali (limitandoci per ora all'esame di quelli preesistenti alla novella del 2009).

Sussistono, in primo luogo, precisi criteri cui le amministrazioni pubbliche devono uniformarsi nel tracciare linee fondamentali di organizzazione degli uffici (art. 2 d.lgs. n. 165/01) economico-finanziaria pluriennale . L'ottimale distribuzione delle risorse umane va garantita attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale.

Le procedure di reclutamento, informate al principio costituzionale di concorsualità, devono, poi, rispettare i seguenti principi:

a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso (art. 35 d.lgs. n. 165/2001).

L'impiego di personale "precario", ovvero reclutato con figure contrattuali flessibili, può avvenire solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti con le agenzie (di cui all'articolo 4, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 276/2003) per la somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto dei servizi (art. 36 d.lgs. n. 165/2001).

Del pari, il conferimento di incarichi "esterni" di lavoro autonomo ovvero parasubordinato può avvenire soltanto in favore di esperti di provata competenza, in presenza di stringenti presupposti:

a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente e ad obiettivi e progetti specifici e determinati; b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno; c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata; d) devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione.

Per il conferimento di tali incarichi di collaborazione (principio cui si adeguano gli enti locali), le amministrazioni pubbliche sono tenute a porre in essere procedure comparative adeguatamente pubblicizzate (art. 7 d.lgs. n. 165/2001).

Un altro gruppo di previsioni è finalizzato ad assicurare la qualificazione tecnica, l'uso flessibile delle risorse umane con il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali e altre regole di buona amministrazione. In particolare, nello svolgimento del rapporto, le amministrazioni devono garantire: formazione e aggiornamento del personale, ivi compreso quello con qualifiche dirigenziali (art. 7 bis d.lgs. n. 165/2001), anche mediante lo scambio di funzionari appartenenti a Paesi diversi e temporaneo servizio all'estero (art. 32 d.lgs. n. 165/2001); impossibilità di erogare trattamenti economici accessori che non corrispondano alle prestazioni effettivamente rese (art. 7 d.lgs. n.165); flessibilità e semplificazione della gestione delle risorse umane attraverso il passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse (art. 30 d.lgs. n. 165/2001); partecipazione delle organizzazioni sindacali nei casi di trasferimento di attività (art. 31 d.lgs. n. 165/2001) ed eccedenze di personale con mobilità collettiva (articoli 33, 34, 34 bis d.lgs. n. 165/2001); mobilità pubblico privata per i dirigenti; priorità nell'impiego flessibile del personale, purché compatibile con l'organizzazione degli uffici e del lavoro, a favore dei dipendenti in situazioni di svantaggio personale, sociale e familiare e dei di pendenti impegnati in attività di volontariato ai sensi della l. n.266/1991).
Nel rispetto della libertà comunitaria di circolazione (art. 39 Tr. CE come interpretato dalla Corte di Giustizia), le amministrazioni sono tenute a consentire l'accesso ai posti di lavoro anche ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea .presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale (art. 38 d.lgs. n. 165/2001). Restanti norme dettano la disciplina di taluni profili prettamente intersoggettivi del rapporto di lavoro, alcuni dei quali derogano al diritto comune (la disciplina delle mansioni, l'esercizio del potere disciplinare, la responsabilità erariale, la disciplina delle incompatibilità e del cumulo di impieghi e degli incarichi; il principio di parità e pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro ed il trattamento sul lavoro; la libertà di insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca).

4.6. L'ufficio dirigenziale quale organo titolare delle prerogative datoriali

L'organizzazione degli uffici e delle risorse umane ha il suo fulcro nell'ufficio dirigenziale che riveste la posizione senza dubbio di maggior rilievo nell'ambito della componente burocratica titolare delle prerogative del datore di lavoro pubblico.
Le altre strutture che, in vario modo, partecipano alla valutazione, al controllo e alla contrattazione, hanno un ruolo minore.

I dirigenti titolari di uffici dirigenziali generali svolgono le attività di organizzazione e gestione del personale e di gestione dei rapporti sindacali e di lavoro (art. 16 c. 1 lett. h), d.lgs. n. 165/2001). Le loro funzioni di attribuzione e d'impulso sono lepiù contigue all'attività politica di indirizzo e fanno da raccordo tra potere politico e restante dirigenza, la cui attività essi verificano e controllano anche con potere sostitutivo in caso d'inerzia. Tali caratteristiche giustificano la particolarità dell'accesso alla relativa qualifica (che può essere basato su una scelta largamente discrezionale anche in favore di soggetti estraneialla pubblica amministrazione, il cui rapporto di servizio è simile a quello onorario in termini di discrezionalità e temporaneità). I dirigenti titolari di uffici dirigenziali non generali provvedono alla gestione del personale e delle risorse finanziarie e strumentali assegnate ai propri uffici (art. 17, c. 1, lett. e)) d.lgs. n. 165/2001). Operano in spazi predeterminati dai primi e con attività prevalentemente di gestione (e meno di amministrazione), essendo solo eventuale la loro partecipazione ai processi di determinazione degli ambiti di organizzazione e delle risorse.
Il quadro di comando, dai primi ai secondi, si snoda lungo la sequenza: formulazione delle proposte, adozione dei progetti,assegnazione delle risorse, gestione, attuazione e verifica dei risultati. I dirigenti apicali (segretari generali, capi dipartimento) sono soggetti allo spoil system (per la dirigenza statale cfr. l'art. 19, comma 3, d.lgs. n. 165/2001); si tratta di un modello peculiare (distinto dalla dirigenza non apicale) per il fatto di fondarsi sudi una relazione personale e non "obiettivata" tra la direzione politica e quella amministrativa .La privatizzazione, anche sull'onda della profonda crisi di credibilità istituzionale (legata alla vicende giudiziarie che hanno "travolto" nel recente passato la classe politica allora al potere), ha introdotto un nuovo modello di governance fondato sulla distinzione tra la "direzione politica" cui corrisponde la funzione di indirizzo e la "direzione amministrativa" cui compete la funzione di gestione dei cui risultati i dirigenti sono responsabili in via esclusiva (art. 4 d.lgs. n. 165/2001).
In questo modello, la "continuità" tra potere burocratico e potere politico, che si impone in ragione del permanere della responsabilità politica, viene garantita da ben precisi strumenti normativi: il potere di direttiva; l'introduzione di una nuova responsabilità dirigenziale volta a verificare l'azione svolta e i risultati perseguiti nella gestione; "l'aggancio" della componente retributiva accessoria al conseguimento degli obiettivi; il potere di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali; la "precarietà" del rapporto di incarico (il quale è a tempo determinato sia pure con un periodo minimo per garantirne l'efficiente svolgimento) a fronte della stabilità del "contratto di lavoro".

La nuova autonomia gestionale del dirigente (con affidamento allo stesso di rilevanti poteri di direzione, vigilanza, controllo) è stata, dunque, controbilanciata attraverso moduli che hanno reso in qualche modo fiduciaria la causa del rapporto di incarico, sia pure preservando specifiche garanzie procedimentali in capo al dirigente. Se una relazione fiduciaria tra l'organo politico e l'organo di gestione è senza dubbio compatibile con i principi di buon andamento e imparzialità, ne è assai dibattuta l'estensione ottimale. Il problema è di contemperare adeguatamente l'imparzialità dell'azione amministrativa (che necessita di un periodo di permanenza nell'ufficio) con la "continuità" tra indirizzo politico e azione amministrativa, scongiurando sia il rischio di un concezione proprietaria dell'ufficio di gestione da parte dell'apparato politico, sia il rischio di una conduzione del tutto autoreferenziale della gestione .
La questione, in particolare, si incentra sulla disciplina del conferimento degli incarichi La legge richiede che, con atto unilaterale del datore sono individuati l'oggetto dell'incarico, gli obiettivi da conseguire e la durata dell'incarico, che deve essere correlata agli obiettivi prefissati e che, comunque, non può essere inferiore a tre anni né eccedere il termine di cinque anni. Ad esso accede un contratto individuale con cui è definito il corrispondente trattamento econonomico pubblico, il Ministro può nominare un commissario ad acta. Resta salvo il solo potere di annullamento ministeriale per motivi di legittimità.(art. 19 d.lgs. n. 165/2001). Il Legislatore, dunque, ha prefigurato un contratto di assunzione nella qualifica dirigenziale senza oggetto ed un rapporto di incarico (cui solo consegue lo svolgimento effettivo delle funzioni di dirigente) ad oggetto variabile (senza, peraltro, diritto all'equivalenza fra due incarichi successivi: non si applica,infatti, l'art. 2103 c.c.).

Il dualismo tra rapporto di lavoro e rapporto di incarico ripropone (in parte) la logica ma non le forme di quello tradizionale tra rapporto di servizio e di ufficio risalente al modello del pubblico impiego. L'aspirante con qualifica dirigenziale non ha, invero, un diritto al rapporto di incarico (né tanto meno al suo rinnovo), l'organo conferente deve rispettare solo un criterio di congruità fra curriculum del prescelto e profilo dell'incarico (vedremo nel prosieguo le modifiche per questa parte apportate dal d.lgs. n. 150/2009), senza obbligo di valutazione comparativa (non si tratta, infatti, di procedura concorsuale e i destinatari sono persone fisiche non solo già in servizio ma anche in possesso della relativa qualifica professionale, cosicché resta esclusa in radice anche la fattispecie della progressione verticale di carriera). A ben vedere, l'attribuzione delle concrete mansioni dirigenziali, è l'effetto di una fattispecie, complessa e a formazione progressiva, dove l'atto di conferimento è atto interno di organizzazione, improduttivo di vincoli negoziali fino alla stipulazione del contratto, il cui contenuto per legge deve essere conforme a quanto fissato nel primo. L'atto di conferimento, che la legge non prevede debba essere comunicato al designato per acquistare efficacia, non è neppure qualificabile come proposta contrattuale, esulando dai suoi contenuti la determinazione del trattamento economico (la particolarità è, tuttavia, che qui, a differenza di quanto avviene per i datori di lavoro privati, la scelta organizzativa deve essere consacrata in atto formale a fini di controllo interno). È importante sottolineare (ma il discorso sarà ripreso a breve) come, sino alla novella del 2009, non fossero previsti né un procedimento a garanzia dell'imparzialità della scelta né un vincolo al rinnovo in favore di chi avesse meritato. Ne conse gue il carattere marcatamente "precario" del rapporto di incarico, con un netto depotenziamento del principio di separazione tra sfera politica e burocratica ed un forte rischio di sudditanza della seconda ne confronti della prima. La giurisprudenza , del resto, nel ritenere l'atto di conferimento degli incarichi del tutto sottratto al regime degli atti amministrativi, in quanto presupponente la previa configurazione strutturale degli uffici pubblici e collocandosi piuttosto sul piano del funzionamento degli apparati, ne ha estremamente "enfatizzato" i profili di autonomia negoziale. La qualificazione di esso in termini di negozio unilaterale (1324 c.c.), retto interamente dal diritto privato, secondo un procedimento ermeneutico assolutamente fedele alla volontà del legislatore, ha comportato l'applicazione di tutto il relativo strumentario logico concettuale senza però alcuna mediazione (86). Al controllo estrinseco di legittimità, il giudice del lavoro ha sostituito un sindacato "debole" sulla discrezionalità condotto in termini di scorrettezza, mala fede, discriminatorietà, illiceità, inadempimento. Dal sindacato incentrato sulla motivazione dei criteri valutativi posti a base della scelta secondo la tecnica dell'eccesso di potere, si è passati ad un assai meno incisivo onere (processuale) di giustificazione (eventuale e successivo) a carico della p.a. delle decisioni prese: onere, peraltro, strettamente correlato alle contestazioni dell'istante e veicolato dalla regola di giudizio del processo civile (2697 c.c.). Ne è conseguita una netta dequotazione del controllo

giudiziario sull'imparzialità delle scelte, avendo l'esperienza plasticamente dimostrato come le clausole generali di buona fede e correttezza non coprano affatto l'intera "latitudine" offerta dalla tecnica di protezione dell'interesse legittimo. Le pronunce del giudice del lavoro stanno a dimostrare che, nel diritto privato, la distinzione tra diritti ed interessi non ha concrete ricadute pratiche .

5. Unità e differenziazione nell'organizzazione del personale regionale…

Prima della riforma del Titolo V (art. 1, comma 1), "l'ordinamento degli uffici regionali e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione" (a statuto ordinario) era oggetto di potestà legislativa concorrente. La materia includeva lo stato giuridico ed economico del personale regionale, in quanto componente strumentale all'autonomia amministrativa e organizzativa della Regione. In tema di impiego regionale, dunque, allo Stato spettava solo l'individuazione dei principi fondamentali e alla Regione l'emanazione delle norme di dettaglio, con il limite del rispetto dell'interesse nazionale e di quello di altre Regioni (anche se, come visto al paragrafo 3, gli enti minori hanno per lo più sempre prediletto una disciplina uniforme a quella statale). La riforma costituzionale del 2001 ha, senza dubbio, determinato l'estensione ed il rafforzamento della potestà normativa di auto organizzazione delle Regioni, rientrando ora l'ordinamento degli uffici regionali tra le materie "residuali" (117, comma 4, Cost.) di competenza esclusiva. Le Regioni non sono più obbligate, quindi, all'osservanza del limite dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, delle norme fondamentali di riforma economico-sociale, dei principi generali dell'ordinamento giuridico, del limite dell'interesse nazionale e di quello di altre Regioni, che nel previgente sistema istituzionale erano posti a presidio delle esigenze unitarie .

Lo Statuto rappresenta ora la fonte esclusiva di disciplina degli apparati strumentali della Regione (art. 123 Cost.). In particolare, la normativa statutaria, non più soggetta alla approvazione dello statuto regionale da parte del Parlamento ma fonte primaria immediatamente subordinata alla Costituzione, è caratterizzata da una particolare procedura di adozione e di controllo e da una definita estensione delle materie ad essa riservate. In questi ambiti la Regione dispone di un autonomo potere normativo per la configurazione di un ordinamento interno adeguato alle accresciute responsabilità delineate dal nuovo assetto costituzionale. I limiti a questa rilevante autonomia normativa possono derivare solo da norme chiaramente deducibili dalla Costituzione (oltre che derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali cui sono assoggettate tutte le potestà legislative ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.) e non è comprimibile in mancanza di una disciplina costituzionale chiaramente riconoscibile . Invero, gli statuti regionali devono anche rispettare lo spirito della Costituzione, in nome della pure costituzionalmente necessaria "armonia con la Costituzione", il che impone la necessità di una lettura particolarmente attenta dei rapporti e dei confini fra le diverse aree normative affidate agli statuti e alle altre fonti legislative statali o regionali.
Ciò premesso, nella materia dell'impiego regionale, curiosamente, proprio all'indomani della riforma del Titolo V, i margini di differenziazione si sono assai ridotti incrementandosi, per contro, i titoli costituzionali a presidio delle prerogative unitarie dello Stato.
In primo luogo, gli statuti sono, come è ovvio, tenuti a rispettare le specifiche disposizioni costituzionali in materia di organizzazione e lavoro pubblico (articoli 28, 51, 54, 97 e 98 Cost., nei quali campeggiano i principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, e la regola generale del concorso pubblico per l'accesso agli impieghi).
Sulla autonomia organizzativa delle Regioni interferiscono pesantemente i materiali normativi oggetto di legislazione esclusiva dello Stato: in particolare, l'ordinamento civile (nella cui nozione rientrano gli aspetti fondamentali del rapporto di lavoro) e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali (ed anche il coordinamento della finanza pubblica che costituisce oggetto di legislazione concorrente).
In particolare, con la riconduzione dell'impiego pubblico, sia dello Stato che delle Regioni e degli enti locali, alla disciplina generale dei rapporti di lavoro tra privati, le norme e i principi fissati dalla legge statale in materia, nell'intero settore
del pubblico impiego, costituiscono limiti di diritto privato, fondati sull'esigenza, connessa al precetto costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità nel territorio nazionale delle regole fondamentali di diritto che disciplinano i rapporti

fra privati; di conseguenza, la legge statale, in tutti i casi in cui interviene a conformare gli istituti del rapporto di impiego attraverso norme che si impongono all'autonomia privata con il carattere dell'inderogabilità, costituisce un limite alla competenza regionale nella materia dell'organizzazione amministrativa delle Regioni e degli enti pubblici regionali e dello stato giuridico ed economico del relativo personale .

Il principio della regolazione mediante contratti collettivi dei rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici, costituendo un tipico limite di diritto privato, vincola anche le Regioni .

I vincoli alla potestà regionale potrebbero divenire ancor più intensi ove si aderisse alla tesi che ritiene enucleabili dal legislatore ulteriori "principi generali di organizzazione pubblica" valevoli per tutte le amministrazioni perché dettati dal legislatore statale nell'esercizio della sua funzione di garanzia dell'unitarietà dell'ordinamento (impostazione seguita dal recente d.lgs. n. 150/2009 ma che, nella sua assolutezza, sembra prefigurare un titolo di intervento dello Stato del tutto nuovo perché non previsto dalla Costituzione).

In definitiva, le innumerevoli intersezioni tra organizzazione e lavoro pubblico garantiscono pochi spazi di differenziazione privatizzato.

La competenza legislativa residuale regionale potrebbe esercitarsi soltanto sui residui aspetti del rapporto di lavoro esclusi, ad opera del legislatore statale, dalla privatizzazione e perciò ancora rientranti a pieno titolo nella materia dell'ordinamento degli uffici della Regione (ad esempio, con riguardo alla materia del reclutamento del personale). Secondo una tesi, la disciplina del lavoro dirigenziale, in particolare, vedrebbe un ambito più ampio di competenza legislativa residuale delle Regioni, essendo più numerosi (e rilevanti) i profili del rapporto di lavoro strettamente connessi con le specificità dell'ordinamento e dell'organizzazione dell'attività dell'amministrazione (oltre al reclutamento e ai sistemi di accesso ai ruoli della dirigenza, alle dotazioni organiche e alle incompatibilità, in particolare la disciplina del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quella della responsabilità dirigenziale e delle relative misure sanzionatorie.

5.1. … e del personale degli enti locali

E' noto come la recente evoluzione normativa (avviata con la l. n. 142/1990, proseguita con la adozione del testo unico di cui al d.lgs. n. 267/2000, conclusasi con la modifica del titolo V della parte II della Costituzione , abbia di molto rafforzato la possibilità degli enti territoriali di dotarsi di una struttura organizzativa adeguata alla propria specificità.

Nell'ordinamento precedente l'entrata in vigore della Costituzione, le amministrazioni locali erano gerarchicamente subordinate all'amministrazione centrale dello Stato. I Comuni e le Province erano sottoposti ad un regime spiccatamente uniforme per quanto concerne i profili organizzativi residuando alla potestà normativa locale soltanto aspetti secondari e marginali.
La Costituzione del 1948, nella sua originaria formulazione, aveva rimesso alla competenza esclusiva dello Stato la disciplina dell'ordinamento dei Comuni e delle Province e la definizione delle loro funzioni. L'art. 128 prevedeva, a garanzia dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta agli enti locali, che la legge statale dovesse essere generale (nel senso di disciplinare in maniera uniforme per tutto il territorio nazionale l'intera materia) e di soli "principi" (ovvero le linee principali del modello di organizzazione). L'ambito di competenza delle leggi regionali in ordine all'ordinamento dei Comuni era circoscritto alle materie delle circoscrizioni comunali (art. 117 Cost.), della istituzione di nuovi Comuni e della modifica delle loro circoscrizioni e denominazioni (art. 133 Cost.).
La l. n. 142/1990 rappresentò la prima importante tappa nella ridefinizione del ruolo di detti enti e del loro rapporto istituzionale con lo Stato e le Regioni, secondo una impostazione tendente a riconoscere e valorizzare le potestà normative locali di autodifferenziazione in materia di ordinamento degli uffici, nell'ambito dei principi fissati dal legislatore statale. Si attribuiva allo statuto la fondamentale funzione di stabilire, nell'ambito dei principi fissati dalla legge, le norme fondamentali per l'organizzazione dell'ente.
Successivamente, nel quadro del riordinamento organico delle funzioni tra Stato, Regioni, enti locali ed autonomie funzionali ispirato al decentramento ed alla semplificazione dei procedimenti, fu adottata la l. n. 265/1999 la quale delegò il Governo a procedere alla raccolta ed al coordinamento di tutte le disposizioni legislative vigenti in materia di ordinamento degli enti locali, mediante sistemazione armonica in un codice.

In attuazione della delega, il d.lgs. n. 267/2000 dettò la disciplina generale in ordine all'assetto istituzionale degli enti locali, ponendosi come legge organica di sistema, in attuazione del precetto costituzionale dell'art. 128 Cost. Tramite il rinvio dell'art. 88, il sistema era integrato dalle disposizioni in materia di ordinamento degli uffici contenute nel d.lgs. n. 165/2001 ai cui principi organizzativi Comuni e Province dovevano conformare i rispettivi ordinamenti . Si era con tale sistema realizzata una sostanziale delegificazione in ordine alla organizzazione ed al funzionamento dell'ente territoriale, mediante il trasferimento della relativa disciplina dalla legge nazionale ad una fonte autonoma, lo statuto, nel rispetto dei principi generali fissati dallo stesso testo unico e degli altri principi espressamente enunciati nelle leggi successive che conferissero funzioni agli enti locali. Ne risultavano modificati, in profondità, i rapporti tra legge statale e statuto, in quanto, mentre in passato ogni disposizione di legge costituiva limite invalicabile all'attività statutaria, nella nuova disciplina lo statuto poteva derogare alle disposizioni di legge che non contenessero principi inderogabili, tanto da potersi ora delineare il rapporto tra legge e statuto sostanzialmente in termini di competenza (ovvero di gerarchia limitatamente ai principi) . Comuni e Province, poi, adottavano regolamenti per il funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni (art. 7, d.lgs. n. 267/2000), onde specificare i principi posti dalla legislazione statale e dallo statuto .

La riforma del titolo V della parte II della Costituzione, con l'abrogazione dell'art. 128 Cost., la previsione che la competenza esclusiva della legge statale è circoscritta alla materia della legislazione elettorale, degli organi di governo e delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane (art. 117, comma 2 lett. p), la equiordinazione degli enti territoriali, il riconoscimento di una loro posizione di autonomia statutaria, ha modificato nuovamente natura funzione e i limiti della potestà organizzativa dell'ente locale. Poiché la materia dell'"ordinamento degli enti locali" è stata scomposta in diverse sub-materie, alcune soltanto delle quali esplicitamente attribuite alla potestà esclusiva dello Stato, l'"organizzazione degli uffici", ulteriore sub-materia non nominata, dovrebbe collocarsi nello spettro della potestà legislativa esclusiva delle Regioni ; con la conseguenza che le esigenze di uniformità nella relativa disciplina potrebbero essere assicurate esclusivamente nei limiti esplicitamente previsti dall'art. 117, comma 1, Cost. (ovvero da singole previsioni costituzional e vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali) oltre che dalle materie "trasversali" di competenza esclusiva dello Stato (117). A questo riguardo, è condivisibile l'opinione secondo la quale la funzione di organizzazione debba essere inquadrata nell'ambito delle "funzioni fondamentali", la cui determinazione è affidata al legislatore statale (art. 117, comma 2, lett. p) Cost.) . La potestà regolamentare spetta di regola all'ente titolare della corrispondente funzione amministrativa. Fermo restando il principio di legalità, in base al quale la legge (statale o regionale) che conferisce un determinato potere amministrativo può anche fissarne i criteri generali di esercizio, l'ente che è titolare della funzione amministrativa è titolare anche del potere normativo relativo alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento della stessa (122). L'art. 4, comma 4 della l. n. 131/2003, nello stabilire che "la disciplina dell'organizzazione, dello svolgimento delle funzioni dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane è riservata alla potestà regolamentare dell'ente locale, nell'ambito della legislazione dello Stato o della Regione, che ne assicura i requisiti minimi di uniformità, secondo le rispettive competenze", è espressione del suddetto principio di legalità in base al quale, come già detto, la legge (statale o regionale) che conferisce un determinato potere amministrativo può anche fissarne i criteri generali di esercizio.

6. Le criticità irrisolte del lavoro pubblico privatizzato

La "privatizzazione" del lavoro pubblico non ha mantenuto le promesse. I numerosi interventi volti ad arrestare la crisi della capacità produttiva e qualitativa della pubblica amministrazione (sia pure con i consueti tratti distintivi tra le aree Nord e Sud del Paese) non ha ancora segnato una tangibile inversione di rotta mentre la spesa pubblica continua ad avere un impatto pesante sui principali indicatori di finanza pubblica (deficit e debito pubblico).

La mera adozione del modulo giuridico privatistico non è stata sufficiente a intaccare le cause profonde del "dissesto" radicate negli assetti istituzionali del potere burocratico, nello stile gestionale del datore pubblico, nei fattori motivazionali dei lavoratori.
L'assenza di un conflitto di interessi reale con i lavoratori ha reso flebile l'esercizio delle prerogative datoriali. Il datore, nella sua componente politica, ha bisogno del consenso e non sopporta gli oneri economici delle scelte. Il datore, nella sua componente burocratica, a dispetto della sbandierata autonomia, è quanto mai permeabile ai condizionamenti ed al "fuoco" incrociato di sindacati e politica.
L'efficacia dell'ufficio dirigenziale "privatizzato" è pesantemente condizionata dalla capacità di pianificazione degli obiettivi, dalla scelta del personale meglio in grado di realizzarlo, dai meccanismi di controllo dei risultati. Per contro, l'esperienza ci ha consegnato un dirigente politicamente "fidelizzato" la cui conferma nell'incarico, spesso, dipende più dal gradimento personale che dai risultati conseguiti. Un dirigente, in definitiva, reso incapace di punire quanto di premiare (126).
Anche gli altri organismi pubblici preposti alle diverse funzioni datoriali hanno mancato di esercitare con efficacia le funzioni per la mancanza di una predeterminazione di obiettivi e criteri precisi. L'organo tecnico negoziatore (l'ARAN), in particolare, pensato per superare l'esperienza concreta che aveva evidenziato l'assoluta debolezza della politica ad assumere il ruolo di autentica controparte dei dipendenti, non ha dato buona prova di sé perché la contrattazione spesso la fa il governo ovvero si svolge in sede decentrata. Quest'ultima è divenuta una sorta di fonte sindacale, disciplinando parte della organizzazione uffici, le progressioni interne e trasformando la parte variabile della retribuzione in una voce da distribuire a tutti .
Il personale non sottoposto ad una obiettiva valutazione e non usufruendo di adeguati incentivi (in termini, soprattutto, di premi e di sanzioni) e privato di una carriera trasparente da percorrere (dove la progressione interna è ancorata alla anzianità, al titolo, alla certificazione di frequenza a corsi di formazione e non alle prestazioni individuali), non è mai stato davvero interessato a quel tanto invocato passaggio dalla cultura della funzione (ossia di mera adozione ed esecuzione del provvedimento) a quella del risultato, bloccando sul nascere ogni possibilità di produrre un tangibile miglioramento della qualità delle amministrazioni pubbliche.

7. "L'aziendalizzazione" del lavoro pubblico nella novella del 2009

La legge n. 15/2009 (128) ha conferito al Governo una delega finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni (129). L'attuazione è avvenuta ad opera del d.lgs. n. 150/2009 (130). La tecnica redazionale utilizzata è quella della novella al d.lgs. n. 165/2001 (anche se parte rilevante della disciplina non vi è confluita).

L'obiettivo esplicitamente perseguito è quello di realizzare un intervento radicale nella disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche (che coinvolge i processi di attribuzione delle risorse, gli obiettivi, il controllo interno, gli strumenti della gestione), al fine di elevare gli standard qualitativi ed economici delle funzioni e dei servizi.
Le cause del basso tasso di produttività e di efficienza sono previamente individuate: nell'inefficacia della contrattazione collettiva (risultando il potere di organizzazione e gestione invaso dalla contrattazione); nell'insussistenza di serie metodologie di valutazione del rendimento; nella non meritocrazia nelle progressioni in carriera e negli incentivi economici; nel sistema delle responsabilità non adeguatamente deterrente; nel divario nell'ordinamento dei diritti.
Coerentemente a tale "diagnosi", i punti di incidenza dell'intervento normativo sono: 1) la ridefinizione degli ambiti riservati rispettivamente alla legge e alla contrattazione collettiva e la modifica della disciplina della contrattazione collettiva nel settore pubblico; 2) l'introduzione di nuovi sistemi di valutazione delle strutture e dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche per introdurre fattori di valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa; 3) la modifica della disciplina della dirigenza pubblica attraverso la selettività e la valorizzazione delle capacità e dei risultati ai fini degli incarichi dirigenziali ed il rafforzamento dell'autonomia, dei poteri e della responsabilità della dirigenza; 4) la modifica della disciplina delle sanzioni disciplinari e della responsabilità dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, come azione di contrasto alla scarsa produttività e all'assenteismo; 5) l'introduzione di fattori di trasparenza dell'operato delle amministrazioni pubbliche a garanzia della legalità e di pubblica rendicontazione.
L'asse della riforma, come si vede, sta soprattutto nella forte accentuazione della selettività nell'attribuzione degli incentivi economici e di carriera, in modo da favorire i migliori ed incoraggiare l'impegno sul lavoro. A questi fini, il legislatore ha ritenuto di introdurre una regolazione speciale dei rapporti intersoggettivi in grado di dare nuovo impulso al processo di convergenza con il lavoro privato non più in termini di unificazione normativa e di delegificazione (come sperimentato con la privatizzazione), quanto in termini "sostanziali", ovvero di cultura e di motivazione dei lavoratori. A tal fine, si è sperimentato l'innesto sul tronco dell'organizzazione pubblica dei più collaudati modelli gestionali dell'azienda privata articolati nella sequenza: valutazione, trasparenza, merito, premialità, carriera, sanzioni. Quale surrogato dell'inesistente concorrenza di mercato a fungere da stimolo esterno al miglioramento dei servizi offerti, sta la definizione normativa inderogabile di taluni profili del rapporto. Attraverso, poi, la trasparenza e la pubblicità degli atti di valutazione e dei risultati ottenuti, si vuole creare una figura di datore di lavoro che "risponda" effettivamente del suo operare in termini politico-amministrativi (similmente a quanto avviene con il fallimento dell'imprenditore privato).

L’approdo, dunque, non è verso il diritto comune (al contrario la disciplina del lavoro pubblico incrementa di molto la sua settorialità), ma verso la creazione degli equivalenti funzionali e delle dinamiche motivazionali del mercato privato che, nel pubblico, non esistono “in natura” ma che, si ritiene, si possono “simulare”, consentendo di utilizzare in maniera ottimale le risorse umane disponibili anche per la compiuta ed efficiente realizzazione dei fini pubblici.
I requisiti strutturali del modello organizzativo introdotto negli anni ‘90 restano, sostanzialmente, immutati: il formante della relazione giuridica del lavoratore pubblico continua ad essere il rapporto obbligatorio e non la potestà pubblica; persiste la separazione di competenze e di funzioni tra organo politico ed apparato burocratico; vengono anche accentuati gli strumenti di flessibilità organizzativa.
La novella, dunque, non stravolge ma rilegifica allo scopo di assicurare gli scopi e l’effettività della privatizzazione Il ritorno alla logica della disciplina di settore, al di là del giudizio che potrà darsi sulla efficacia dell’intervento, è la presa d’atto di come le formule giuridiche non possano sostituirsi all’ontologia delle cose e dei concetti: il lavoro pubblico era e rimane distinto dal lavoro privato per il carattere indefinito del datore, per lo svolgersi all’interno di apparati controllati dalla classe politica di volta in volta maggioritaria, per il particolare contenuto della prestazione lavorativa strumentale alla erogazione di utilità pubbliche, per la mancanza di meccanismi espulsivi dal mercato. Si offre di seguito un primo quadro d’insieme della novella, limitato agli aspetti di più spiccato interesse ai fini della ricostruzione della fisionomia del modello organizzativo che ne consegue, rinviando l’approfondimento problematico ai contributi specifici rispetto ai quali è bene non vi siano inutili sovrapposizioni.

7.1. La regolazione dei confini tra legge, potere organizzativo e contratto Il legislatore, come già anticipato, ha provveduto ad una parziale rilegificazione, sottraendo una serie di materie alla contrattazione collettiva: non soltanto aspetti di confine tra lavoro ed organizzazione (come i principi generali sulla valutazione), ma anche diversi contenuti della relazione intersoggettiva (sanzioni disciplinari, premialità, anticipazione dei benefici nel caso di ritardi nel rinnovo, progressione in carriera).Sul piano delle fonti di organizzazione, il fondamento dell'intervento è quello di scongiurare quelle forme ambigue di cogestione sindacale (si pensi alle progressioni interne) che, specie a livello decentrato, erano state consentite dalla debolezza del datore pubblico. Correlativamente, si vuole così rafforzare l'autonomia e la responsabilità del dirigente nei confronti dell'invadenza della contrattazione.L'art. 5, comma 2, d.lgs. 165 riformulato, specifica che le determinazioni inerenti l'organizzazione degli uffici sono assunte "in via esclusiva" dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatta salva la sola informazione ai sindacati (e non più la partecipazione), sempre ove prevista nei contratti. Rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri esclusivi del dirigente le misure inerenti la gestione delle risorse umane nonché la direzione e l'organizzazione del lavoro. A maggior conferma, l'art. 40 d.lgs. n. 165/2001 riformulato, statuisce che la contrattazione collettiva determina (solo) i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali mentre sono escluse dalla contrattazione collettiva le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale (ai sensi dell'articolo 9 d.lgs. n. 165/2001), quelle afferenti alle funzioni dirigenziali compreso il conferimento e la revoca degli incarichi e, da ultimo, le "sette materie" di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), della l. n. 421/1992. In tema di sanzioni disciplinari, valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, mobilità e progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge.
Anche sul piano della disciplina del rapporto intersoggettivo, il "datore pubblico" si riappropria (con lo strumento dell'atto di indirizzo di fonte legale) del potere di definire l'oggetto della prestazione. Si restituisce, in tal modo, alla componente datoriale politica (Parlamento e Governo) il ruolo di regolare il rapporto di lavoro pubblico a salvaguardia delle sue specificità e dell'interesse pubblico, alla cui tutela deve essere rivolta anche la disciplina dell'organizzazione. Sono ora le fonti del diritto primarie a fissare con chiarezza ruoli, competenze, funzioni (e connesse responsabilità) dei vari soggetti, enti, organismi che contribuiscono a formare nel suo complesso la figura del datore di lavoro pubblico e di assicurare lo svolgimento di tali competenze e funzioni, in condizioni di autonomia e professionalità adeguate, di indicare gli obiettivi da perseguire, nonché i criteri ed i modi per una efficiente azione ed organizzazione amministrativa .

7.2. **Il mutato quadro delle relazioni sindacali** La contrattazione collettiva viene assoggettata ad una serie di nuovi limiti e vincoli sul piano sia dei contenuti che del procedimento. Sul piano dei contenuti, i contratti collettivi definiscono trattamenti economici accessori collegati alla performance individuale, alla performance organizzativa (con riferimento sia all'amministrazione nel suo complesso che alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui essa si articola) e all'effettivo svolgimento di attività obiettivamente disagiate ovvero pericolose o dannose per la salute. Le nuove disposizioni fondano un legame forte tra contrattazione decentrata, valutazione e premialità, intensificando il condizionamento della retribuzione accessoria all'effettivo conseguimento di risultati programmati
e di risparmi di gestione .
La contrattazione collettiva, sotto altro profilo, nel disciplinare la durata dei contratti collettivi nazionali e integrativi, stabilisce che vi sia coincidenza fra la vigenza della disciplina giuridica e di quella economica (art. 40, comma 3 d.lgs. n. 165/2001).
Sul piano procedurale, vengono soprattutto resi più stringenti i controlli sulla compatibilità dei vincoli di bilancio della contrattazione integrativa e strumenti di semplificazione e razionalizzazione delle procedure di approvazione. Vengono ridotti il numero dei comparti e le aree di contrattazione.
In particolare, ogni accordo decentrato è accompagnato da una relazione tecnica e da una relazione illustrativa, entrambe rese accessibili tanto agli organi di controllo quanto al pubblico.
La relazione illustrativa deve essere redatta in modo tale da consentire al pubblico di valutare quanto la contrattazione decentrata sia effettivamente improntata al principio di premiare la produttività e l'efficienza nell'offerta di servizi pubblici, anche in relazione alle effettive richieste dei cittadini, che dovranno essere raccolte attraverso modelli di rilevazione standardizzati e tecniche di rilevazione della customer satisfaction.
Al fine, poi, di incentivare la conclusione tempestiva degli accordi e di tutelare il profilo retributivo dei dipendenti in caso di mancato accordo, di erogare, in via provvisoria, ai dipendenti le somme stanziate dalla legge finanziaria per i rinnovi contrattuali (per le sole voci stipendiali); come pure, in alternativa a questa, la copertura economica del periodo di vacanza contrattuale secondo misure e modalità stabilite dalla contrattazione nazionale e comunque nei limiti previsti dalla legge finanziaria in sede di definizione delle risorse contrattuali (art. 47 bis,
comma 3 ter, d.lgs. n. 165/2001).

È, in ogni caso, inibito alle pubbliche amministrazioni di sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali o che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale ovvero che comportano oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione. Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile (articolo 40, comma 3 quinquies, sesto periodo, d.lgs. n. 165/2001). In caso di accertato superamento di vincoli finanziari da parte delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, del Diparti mento della funzione pubblica o del Ministero dell'economia e delle finanze è fatto altresì obbligo di recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva (art. 40, comma 3 quinquies, d.lgs. n. 165/2001).

Per le amministrazioni delle autonomie locali, sono previsti vincoli di approvazione preventiva meno stringenti che per le amministrazioni centrali, ma comunque nel rispetto dei patti di stabilità e dei limiti fissati dai bilanci pluriennali. Le amministrazioni locali, peraltro, possono eventualmente aggiungere risorse proprie a quelle definite dalla contrattazione nazionale a favore della contrattazione integrativa, sempre nel rispetto dei limiti indicati (143).

Il controllo sulla compatibilità dei costi della contrattazione collettiva integrativa con i vincoli di bilancio e quelli derivanti dall'applicazione delle norme di legge, con particolare riferimento alle disposizioni inderogabili che incidono sulla misura e sulla corresponsione dei trattamenti accessori è effettuato dal collegio dei revisori dei conti, dal collegio sindacale, dagli uffici centrali di bilancio o dagli analoghi organi previsti dai rispettivi ordinamenti.

Si richiede alle amministrazioni centrali di inviare annualmente e pubblicare su proprio sito informazioni certificate sul costo degli accordi integrativi al Ministero dell'economia, e da questo alla Corte dei conti .

Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le parti contraenti sono soggette a sanzione, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite. È fatto altresì obbligo di recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva delle spese eccedenti i limiti.

Per assicurare la continuità della funzione pubblica, qualora non si raggiunga l'accordo per la stipulazione di un contratto collettivo integrativo, l'amministrazione interessata può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione. Anche agli atti adottati unilateralmente si applicano le predette procedure di controllo di compatibilità economico-finanziaria previste dall'articolo 40 bis (145).

In attuazione del principio di delega sulla riduzione del numero dei comparti e delle aree di contrattazione, ferma restando la competenza della contrattazione collettiva per l'individuazione della relativa composizione, il decreto fissa a quattro il numero massimo dei comparti di contrattazione. Lo scopo perseguito, con tutta evidenza, è quello di una razionalizzazione e centralizzazione della estensione verticale degli ambiti di contrattazione operata con la limitazione del numero dei comparti.
Permane la distinzione tra soggetto politico e tecnico nella negoziazione dei contratti nazionali. Gli atti di indirizzi all'ARAN e le altre competenze relative alla contrattazione collettiva vengono esercitati da comitati di settore. Per tutte le amministrazioni centrali opera come comitato di settore, il Presidente del Consiglio dei ministri tramite il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e finanze, nel rispetto delle specificità dei singoli comparti. A tal fine vengono promosse forme di coinvolgimento delle varie istanze rappresentative che operano nei diversi settori della pubblica amministrazione
Si prevede ora che il Presidente dell'ARAN sia nominato con decreto del Presidente della Repubblica, previo favorevole parere delle competenti Commissioni parlamentari (148).
Con riferimento al procedimento di contrattazione collettiva, la Corte dei conti, come in passato, certifica l'attendibilità dei costi quantificati e la loro compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio. Ora, tuttavia, si prevede che, in caso di certificazione non positiva della Corte dei conti le parti contraenti non possono procedere alla sottoscrizione definitiva in apposite sezioni contrattuali per specifiche professionalità (art. 40, comma 2, d.lgs. n.165/2001). dell'ipotesi di accordo. Nella predetta ipotesi, il Presidente dell'ARAN, d'intesa con il competente comitato di settore, che può dettare indirizzi aggiuntivi, provvede alla riapertura delle trattative ed alla sottoscrizione di una nuova ipotesi di accordo adeguando i costi contrattuali ai fini delle certificazioni (art. 47 d.lgs. n. 165/2001).

7.3. Compiti, garanzie e responsabilità dei dirigenti "manager"

Una parte significativa della novella è volta a ridefinire competenze, poteri e responsabilità del dirigente connesse al suo ruolo di datore di lavoro. Le innovazioni (nelle intenzioni del legislatore) dovrebbero restituirci la fisionomia di un vero "manager" nella gestione delle risorse umane assegnategli e non più un mero custode della legittima esecuzione del provvedimento.
Del rafforzamento delle prerogative dirigenziali in punto di organizzazione degli uffici e del lavoro si è già detto. Esaminiamo, ora, le restanti linee di intervento.

In primo luogo, si assiste ad un indubbio ampliamento di competenze. Si definisce il ruolo di supporto dei dirigenti (alle decisioni dell'organo di indirizzo politico-amministrativo) nella fase di definizione degli obiettivi e degli indicatori (art. 5 d.lgs. n. 150/2009), di monitoraggio della performance (art. 6 d.lgs. n. 150/2009), nei processi di misurazione e valutazione del personale (art. 7, 9, 12 d.lgs. n. 150/2009). Viene conferito, altresì, il potere di proporre le risorse e i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti

Nuove competenze vengano attribuite anche ai fini delle progressione economica, della corresponsione di indennità e premi incentivanti, nelle procedure di mobilità con riguardo al personale appartenente a ruoli che presentano situazioni di esubero, al fine di promuovere il riequilibrio e il più efficiente impiego delle risorse umane

Sotto altro profilo, vengono fissate nuove regole per l'accesso alla qualifica dirigenziale. Difatti, si prevede un canale concorsuale per il passaggio alla prima fascia, aggiuntivo rispetto alla promozione ordinaria derivante dallo svolgimento di incarichi dirigenziali generali da parte di dirigenti di seconda fascia (in particolare, l'accesso alla qualifica di dirigente di prima fascia nelle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, e negli enti pubblici non economici avviene per concorso pubblico per titoli ed esami indetto dalle singole amministrazioni sulla base di criteri generali stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previo parere della Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, per il 50 per cento dei posti calcolati con riferimento a quelli che si rendono disponibili ogni anno per la cessazione dal servizio dei soggetti incaricati).

Viene promossa la mobilità, sia nazionale che internazionale, dei dirigenti la cui esperienza deve essere valorizzata ai fini del conferimento degli incarichi dirigenziali (ai fini della la mobilità intercompartimentale v. art. 29 bis, d.lgs. n. 165/2001).

Sono introdotte nuove forme di responsabilità legate sia al raggiungimento degli obiettivi assegnati sia al controllo sulla produttività del proprio personale, in quest'ultimo caso al fine di costringerlo ad assumere un ruolo di datore forte e per mobilitarlo nell'azione di contrasto ai fenomeni di scarso impegno.

Tra le nuove fattispecie, si ricorda: la mancata adozione del piano della performance (art. 10, comma 5, d.lgs. n. 150/2009); la mancata adozione del programma per la trasparenza e la integrità (art. 11, comma 9, d.lgs. n. 150/2009); la mancata individuazione delle eccedenze delle unità di personale (art. 33, comma 1 bis, d.lgs. n. 165/2001); il mancato esercizio del potere disciplinare (art. 55 sexies, d.lgs. n. 165/2001) (153). Una importante novità è pure contenuta nel nuovo comma 1 bis dell'art. 21, d.lgs. n. 165/ 2001 alla cui stregua, al dirigente nei confronti del quale sia stata accertata, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio secondo le procedure previste dalla legge e dai contratti collettivi nazionali, la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, la retribuzione di risultato è decurtata, sentito il Comitato dei garanti, in relazione alla gravità della violazione di una quota fino all'ottanta per cento. In ordine alla struttura retributiva, la novella rimarca il le game delle componenti accessorie alla posizione organizzativa, alla copertura di una quota non superiore alla metà dei posti in questione anche con contratto di diritto privato a tempo determinato, stipulato a seguito dell'espletamento di un concorso pubblico aperto ai soggetti in possesso dei requisiti professionali e delle attitudini manageriali corrispondenti al posto di funzione da coprire.
Tali contratti sono stipulati per un periodo non superiore a tre anni (art. 28 bis, d.lgs. n. 165/2001)
I dirigenti, da ultimo, oltre che soggetti attivi, sono anche soggetti passivi del complesso sistema di valutazione, premialità ed incentivo, ora dettagliatamente disciplinato (v. paragrafo7.5.)

7.4. Parziali modifiche nell'assetto istituzionale tra vertice politico e potere burocratico

Tra gli obiettivi dichiarati dell'intervento delegato vi è il rafforzamento della distinzione tra funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti agli organi burocratici, regolando anche il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico degli organi di governo in ambito amministrativo. Dall'esame del decreto di attuazione si evince effettivamente un parziale rafforzamento del principio di separazione oltre che il riconoscimento di una maggiore autonomia dei dirigenti nell'esercizio dei poteri datoriali e nella gestione delle risorse umane . Invero, anche se all'accrescere della responsabilità dei dirigenti, corrisponde una più vincolante disciplina di vari aspetti della sua attività, tale legificazione, tuttavia, non appare diretta a limitarne gli ambiti operativi quanto (almeno nelle dichiarate intenzioni) a frenare il rischio dei condizionamenti impropri di cui si è sopra parlato .

Una prima riduzione della sfera di discrezionalità politica deriva, in primo luogo, dalla necessaria più puntuale predeterminazione degli obiettivi da raggiungere in capo ai dirigenti (art. 4, comma 2, lett. b, legge delega; art. 5, d.lgs. n. 150/2009, obiettivi e indicatori). Agli stessi fini, viene introdotta una nuova incompatibilità. Ai sensi dell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, comma 1-bis: Non possono essere conferiti incarichi di direzione di strutture deputate alla gestione del personale a soggetti che rivestano o abbiano rivestito negli ultimi due anni cariche in partiti politici o in organizzazioni sindacali o che abbiano avuto negli ultimi due anni rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza con le predette organizzazioni". La formulazione ampia della norma sembra riferita non solo agli specifici uffici di gestione del personale ma a tutti gli incarichi di direzione.
Ma soprattutto la modifica della disciplina del conferimento, mutamento o revoca degli incarichi dirigenziali si muove nella direzione di limitare, per quanto possibile, l'eccessiva fidelizzazione politica della dirigenza, riducendo parzialmente gli spazi di discrezionalità a disposizione dell'autorità politica (in aderenza ai principi di trasparenza e pubblicità più volte enunciati dalla giurisprudenza costituzionale).
Nello specifico, i criteri di scelta divengono più stringenti aggiungendosi, rispetto a quelli originari, i risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza, la relativa valutazione, le specifiche competenze organizzative possedute, nonché le esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti al conferimento dell'incarico.
Inoltre, ai fini di maggiore trasparenza e imparzialità si opera una parziale procedimentalizzazione della fase di conferimento (art. 19, comma 1 bis, d.lgs. n. 165/2001). L'amministrazione, infatti, è tenuta a rendere conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed i criteri di scelta (principio di pubblicità).
L'organo conferente acquista le disponibilità dei dirigenti interessati e le valuta (principio di adeguata istruttoria).

7.5. I nuovi principi e criteri di organizzazione del personale

Tra i nuovi criteri dell'organizzazione del personale abbiamo già evidenziato il rafforzamento del dirigente nel suo ruolo di gestore esclusivo del personale, la redistribuzione degli ambiti di regolazione tra legge e contratto, l'accentuazione del controllo politico sulle dinamiche degli attori organizzativi (dirigenti, sindacati, lavoratori).
Occorre segnalare, sia pure assai sinteticamente, gli aspetti ulteriori.
a) Principio del ciclo di gestione della "performance".

Ogni amministrazione pubblica è tenuta a misurare ed a valutare la "performance" con riferimento all'amministrazione nel suo complesso, alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola e ai singoli dipendenti. L'ammodernamento della azione pubblica passa attraverso una nuova cultura della funzione valutativa del lavoro pubblico che integra pianificazione, azione, controllo, correzione. A tal fine, le amministrazioni pubbliche organizzano il proprio lavoro attraverso l'attivazione di un ciclo generale di gestione che si articola nelle fasi:

- definizione e assegnazione degli obiettivi che si intendonoraggiungere e dei rispettivi indicatori (all'art. 5 d.lgs.n. 150/2009)
- collegamento tra gli obiettivi e l'allocazione delle risorse;
- monitoraggio in corso di esercizio e attivazione di eventuali interventi correttivi (ad opera degli organi di indirizzo politico, art. 6 d.lgs. n. 150/2009);
- misurazione e valutazione della performance, organizzativa e individuale;
- utilizzo dei sistemi premianti, secondo criteri di valorizzazione del merito;
- rendicontazione dei risultati agli organi di indirizzo politico-amministrativo, ai vertici delle amministrazioni, nonché ai competenti organi esterni, ai cittadini, ai soggetti interessati, agli utenti e ai destinatari dei servizi.

I soggetti che intervengono nel processo di misurazione e valutazione della performance sono (art. 12 d.lgs. n. 150/2009):

1) la neo istituita Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità, organismo centrale che opera come struttura burocratica di accompagnamento con funzione di definizione di standard e metodologie;

2) l'organismo indipendente di valutazione della performance, in seno ad ogni amministrazione, che garantisce dall'interno la definizione e l'implementazione dei sistemi di valutazione, nel rispetto dei modelli definiti dalla Commissione; questo esercita, in piena autonomia, le attività inerenti alla misurazione e alla valutazione della performance, riferendo direttamente all'organo di indirizzo politico amministrativo da cui è nominato (la figura sostituisce i servizi di controllo interno, di cui al d.lgs. n. 286/1999 i cui strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta sono rivisitati) ;

3) l'organo di indirizzo. L'Organismo indipendente di valutazione è nominato dall'organo di indirizzo politico-amministrativo; per le strutture diverse dai Ministeri si tiene conto della specificità dei rispettivi ordinamenti e, ad esempio, negli enti pubblici di previdenza e assistenza obbligatoria in cui vige il cosiddetto "sistema duale di governance", la nomina sarà effettuata dal Presidente o dal Consiglio di amministrazione, previa intesa politico amministrativo di ciascuna amministrazione;

4) i dirigenti di ciascuna amministrazione.

A garantire la comprensibilità e attendibilità della rappresentazione della performance, le amministrazioni pubbliche redigono annualmente un documento programmatico triennale (denominato Piano della performance) che individua gli indirizzi e gli obiettivi strategici ed operativi e definisce, con riferimento agli obiettivi finali ed intermedi ed alle risorse, gli indicatori per la misurazione e la valutazione della performance dell'amministrazione, nonché gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale ed i relativi indicatori; redigono, altresì, un altro documento (denominato Relazione sulla performance") che evidenzia, a consuntivo, con riferimento all'anno precedente, i risultati organizzativi e individuali raggiunti rispetto ai singoli obiettivi programmati ed alle risorse, con rilevazione degli eventuali scostamenti, e il bilancio di genere realizzato.
Viene inserita la customer satisfaction come nuova dimensione di valutazione e di programmazione che stabilisce un rapporto diretto con l'utente.
b) Principio di trasparenza e rendicontazione esterna.
Si impone alle amministrazioni, quale principio organizzativo informatore, l'accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità (art. 11).
La trasparenza, inoltre, è ritenuta anche utile strumento per combattere la corruzione.
Ogni amministrazione, sentite le associazioni rappresentate nel Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, adotta un Programma triennale per la trasparenza e l'integrità, da aggiornare annualmente, che indica le iniziative previste per garantire:
a) un adeguato livello di trasparenza; b) la legalità e lo sviluppo della cultura dell'integrità.
Tra le forme diffuse di controllo e valutazione esterne alla organizzazione amministrativa un ruolo importante potrà rivestire l'esercizio della introdotta apposita class action al fine di agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni, nonché dei concessionari di servizi pubblici se, dalla violazione di standard qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nelle carte dei servizi, dall'omesso esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori, dalla violazione dei termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali derivi la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori (art. 4, comma, 2 lett. l n. 15/2009, disposizione di delega recentemente attuata con d.lgs. n. 198/2009).
Si prevede, da ultimo, che i dipendenti che svolgono attività a contatto con il pubblico debbono essere identificabili mediante cartellini o targhe, con esclusione di categorie particolari, che saranno individuate mediante successivi provvedimenti amministrativi.

c) Principio di concorsualità e selettività nella progressione e nei benefici economici. Il sistema premiale è legato alla struttura della retribuzione accessoria legata alla performance individuale ed allo sviluppodi carriera. Alla contrattazione collettiva spetta definire le modalità attuative dell'erogazione dei premi, nel rispetto della legge. Il meccanismo di legge è incentrato sulla costituzione di tre fasce di merito per il trattamento accessorio collegato alla performance. Non più di un quarto dei dipendenti di ciascuna amministrazione potrà beneficiare del trattamento accessorio nella misura massima prevista dal contratto e non più della metà potrà goderne in misura ridotta al cinquanta per cento, mentre ai lavoratori meno meritevoli non sarà corrisposto alcun incentivo (art. 19 d.lgs. n. 150/2009). Tale assetto è solo parzialmente de rogabile dai contratti collettivi; in particolare, sono derogabili dai contratti collettivi integrativi nei limiti previsti dallo stesso decreto (169): la percentuale del 25 per cento fissata per l'attribuzione della misura massima del trattamento accessorio può variare in misura non superiore a 5 punti percentuali in aumento o in diminuzione, con corrispondente variazione compensativa delle altre due percentuali. Inoltre, la contrattazione può altresì prevedere deroghe alla composizione percentuale delle fasce media e bassa e alla distribuzione tra le medesime fasce delle risorse destinate a trattamenti accessori collegati alla performance individuale. Vengono previste forme di incentivazione aggiuntive per le performances di eccellenza e per i progetti innovativi, si legano strettamente a criteri meritocratici le progressioni economiche, che rappresentano nel pubblico l'equivalente dei "superminimi" del privato, si prevede l' accesso dei dipendenti migliori a percorsi di alta formazione che ne favoriscono la crescita professionale e lo sviluppo della carriera.Lo scopo è impedire la tendenza alla distribuzione generalizzata dei benefici che, attraverso la contrattazione integrativa, ha prevalso nei fatti Gli strumenti di valorizzazione del merito sono: il trattamento accessorio, il bonus annuale delle eccellenze, il premio annuale per l'innovazione, le progressioni economiche, l'attribuzione di incarichi e responsabilità e l'accesso a percorsi di alta formazione (articoli 20-26 d.lgs. n. 150/2009), il dividendo dell'efficienza (art. 27 d.lgs. n. 150/2009). Con riferimento alla progressione di carriera, i dipendenti pubblici, con esclusione dei dirigenti e del personale docente della scuola, delle accademie, conservatori e istituti assimilati, sono inquadrati in almeno tre distinte aree funzionali. Le progressioni all'interno della stessa area avvengono secondo principi di selettività, in funzione delle qualità culturali e professio nali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito. Le progressioni fra le aree avvengono tramite concorso pubblico, ferma restando la possibilità per l'amministrazione di destinare al personale interno, in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno, una riserva di posti comunque non superiore al 50 per cento di quelli messi a concorso. La valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni costituisce titolo rilevante ai fini della progressione economica e dell'attribuzione dei posti riservati nei concorsi per

l'accesso all'area superiore (art. 52, comma 1 bis, d.lgs. n. 165/2001). Per l'accesso alle posizioni economiche apicali nell'ambito delle aree funzionali è definita una quota di accesso nel limite complessivo del 50 per cento da riservare a concorso pubblico sulla base di un corso concorso bandito dalla Scuola superiore della pubblica amministrazione ((art. 52, comma 1 bis, d.lgs. n. 165/2001). **d) Territorializzazione dei concorsi pubblici**. Ai sensi dell'art. 35, comma 5 ter, d.lgs. n. 165/2001, il principio della parità di condizioni per l'accesso ai pubblici uffici è garantito, mediante specifiche disposizioni del bando, con riferimento al luogo di residenza dei concorrenti, quando tale requisito sia strumentale all'assolvimento di servizi altrimenti non attuabili o almeno non attuabili con identico risultato. Semplificazione e razionalizzazione delle procedure di accertamento delle infrazioni e definizione legislativa delle maggiori violazioni che per la loro gravità implicano la risoluzione del rapporto. Si intende potenziare, per tale via, il livello di efficienza degli uffici pubblici ed il contrasto ai fenomeni di scarsa produttività e di assenteismo nel pubblico impiego (articoli 55 – 55 octies d.lgs. n. 165/2001). Le norme del decreto determinano, in primo luogo, una semplificazione dei procedimenti ed un incremento della loro funzionalità, soprattutto attraverso l'estensione dei poteri del dirigente della struttura in cui il dipendente lavora, la riduzione e la perentorietà dei termini, il potenziamento dell'istruttoria, l'abolizione dei collegi arbitrali di impugnazione e la previsione della validità della pubblicazione del codice disciplinare sul sito telematico dell'amministrazione. Viene anche modificato il rapporto fra procedimento disciplinare e procedimento penale, limitando ai soli procedimenti disciplinari più complessi la possibilità di sospenderli in attesa del giudizio penale e prevedendo, peraltro, che i procedimenti disciplinari non sospesi siano riaperti, se vi è incompatibilità con il sopravvenuto giudicato penale. In ordine al controllo delle assenze sono confermate le misure recentemente introdotte dal d.l. n. 112/08. Per i casi di false attestazioni di presenze o di falsi certificati medici sono introdotte sanzioni molto incisive, anche di carattere penale, non soltanto nei confronti del dipendente, ma altresì del medico eventualmente corresponsabile. Viene legificato un catalogo di infrazioni particolarmente gravi assoggettate al licenziamento, che potrà essere ampliato, ma non diminuito dalla contrattazione collettiva. Sono espressamente previste, inoltre, varie ipotesi di responsabilità per condotte che arrecano danno all'amministrazione pubblica, fra le quali assume particolare rilevanza pratica la responsabilità disciplinare del dirigente o del funzionario che determina per colpa la decadenza dell'azione disciplinare (170).

f) Semplificazione ed agevolazione dei processi di mobilità, anche volontaria, attraverso il passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse (art. 30 d.lgs. n. 165/2001).

7.6. Tendenziale monismo del modello gestionale ed organizzativo

L'art. 74 del d.lgs. n. 150/2009 tradisce la volontà di uno spiccato monismo della disciplina introdotta sul versante del modello gestionale ed organizzativo.

Inoltre, ma la norma era già evincibile dai principi generali preesistenti, si limita esplicitamente agli eventuali casi di dolo o colpa grave la responsabilità civile del dirigente in relazione all'esercizio dell'azione disciplinare.
Un primo vincolo per gli enti minori deriva dall'avere il legislatore statale qualificato importanti norme come appartenenti alle materie di potestà legislativa esclusiva esercitata dallo Stato, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere l) ed m), della Costituzione. In particolare, riguardo: il principio di trasparenza, la qualità dei servizi pubblici, l'inderogabilità delle norme su premi e merito, il riparto delle fonti in tema di potere di organizzare gli uffici, la disciplina delle relazioni sindacali, del CCNL, il collegamento del trattamento accessorio alla performance, mansioni e progressioni, la responsabilità disciplinare.
L'osservanza di un altro gruppo di disposizioni pure si impone in capo alle regioni e gli enti locali (anche con riferimento agli enti del Servizio sanitario nazionale) in quanto espressione di principi generali dell'ordinamento, la cui forza vincolante di norma interposta deriverebbe dal fatto di essere espressione attuativa del 97 Cost. In particolare, riguardo: il ciclo della performance, i caratteri degli obiettivi, i sistemi di misurazione e valutazione, la responsabilità dell'organo di indirizzo politico, la premialità e selettività, le progressioni economiche e di carriera, i concorsi con riserva massima, gli incarichi e responsabilità,l'accesso ai percorsi di formazione, i premi di efficienza, le aree funzionali ed accesso alle posizioni economiche apicali nel loro ambito.

RIPARTO DI GIURISDIZIONE IN TEMA DI PUBBLICO IMPIEGOPer l'accesso al pubblico impiego la procedura concorsuale, riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo, si estende fino all'approvazione della graduatoria dei vincitori e degli eventuali idonei, ma non riguarda il successivo atto di nomina, anche a seguito di delibera di ulteriori assunzioni mediante la procedura di scorrimento della graduatoria. Ai sensi dell'art. 63, decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, la giurisdizione sui rapporti di lavoro pubblico privatizzati spetta al giudice ordinario, mentre restano devolute al giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti pubblici. La procedura concorsuale, riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo, si estende fino all'approvazione della graduatoria dei vincitori e degli eventuali idonei, ma non riguarda il successivo atto di nomina, anche a seguito di delibera di ulteriori assunzioni mediante la procedura di scorrimento della graduatoria.

Pertanto, spetta al giudice ordinario la controversia instaurata dal candidato idoneo che aspiri allo scorrimento della graduatoria senza porre in discussione lo svolgimento della procedura concorsuale. La giurisdizione è del giudice amministrativo solo se la pretesa allo scorrimento della graduatoria sia consequenziale alla contestazione della decisione dell'amministrazione di indire un nuovo concorso invece di procedere con lo scorrimento della graduatoria.
Quando la parte interessata chieda anche l'indizione di una nuova procedura concorsuale, ma si tratti di richiesta subordinata e strumentale rispetto all'interesse principale che è quello di conseguire l'assunzione sulla base della graduatoria già esistente, e comunque la pretesa all'indizione di una nuova procedura concorsuale sia logicamente e cronologicamente successiva all'accertamento dell'illegittimo utilizzo della graduatoria concorsuale già esistente, si ha che la controversia principale, che radica la giurisdizione, riguarda, in definitiva, le modalità di utilizzo della graduatoria, a procedura concorsuale conclusa. Si verifica dunque, avuto riguardo al petitum della domanda giudiziale, una situazione rovesciata rispetto a quella in cui viene contestata l'indizione di un nuovo concorso, perché si pretende lo scorrimento di una graduatoria già esistente (fattispecie in cui c'è giurisdizione del giudice amministrativo).
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)
ha pronunciato la presente
SENTENZA
sul ricorso numero di registro generale 9634 del 2010, proposto da XXXXX rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Lubrano, con domicilio eletto presso Lubrano & Associati Studio Legale in Roma, via Flaminia, n. 79;
contro
Ordine degli Avvocati di XXXX, rappresentato e difeso dall'avv. Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso Raffaele Izzo in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3;
nei confronti di
XXXX;
per l'annullamento

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE III-QUATER, n. 4906/2010, resa tra le parti, concernente ASSUNZIONE DEL PERSONALE INTERINALE CON CONTRATTO DI LAVORO A TEMPO DETERMINATO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ordine degli Avvocati di XXX;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

visti gli artt. 105, co. 2 e 87, co. 3, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2011 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti gli avvocati E. Lubrano e R. Izzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con deliberazione 19 febbraio 2009 il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di XXX ha bandito una selezione per l'assunzione di collaboratori interinali.
Con riferimento all'area C la dottoressa XXXX si è classificata al primo posto della graduatoria ed è stata assunta per il periodo 1 giugno – 31 dicembre 2009, insieme al dott. Padoan, terzo in graduatoria, atteso che la seconda classificata non accettava la nomina.

2. Alla fine dell'anno 2009 il Consiglio dell'ordine degli Avvocati di XXX, ritenuto necessario avvalersi ancora di collaboratori interinali, ha deliberato di utilizzare la graduatoria già formulata, procedendo ad assumere, per il primo semestre del 2010, la dottoressa XXXX e la dottoressa Alessandra XXXX, rispettivamente seconda e quarta classificata nella graduatoria suddetta.

3. Contro tale provvedimento la dottoressa XXXX ha proposto ricorso al Tar Lazio – Roma, contestando la scelta di procedere a scorrimento della graduatoria in danno dei migliori classificati e a favore dei "peggiori", in luogo di altre alternative quali: l'utilizzo della graduatoria secondo l'ordine di collocazione; l'indizione di una nuova procedura concorsuale.
Nel giudizio di primo grado il Consiglio dell'Ordine degli avvocati ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

4. Il Tar, con la sentenza in epigrafe, ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo con i seguenti argomenti:

– oggetto del contendere non sarebbe la procedura concorsuale, bensì la successiva gestione del rapporto di lavoro, mediante scorrimento della graduatoria e mancata proroga dell'originario contratto a termine;

– le delibere di ulteriori assunzioni mediante scorrimento della graduatoria attengono al diritto all'assunzione e rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario (Cass., sez. un., n. 10940/2007; Cons. St., sez. VI, n. 474/2009).

5. Ha proposto appello l'originaria ricorrente, con cui lamenta che:

– non si tratterebbe di questione attinente a rapporto di lavoro, ma a collaborazione interinale;

– è stato impugnato un provvedimento amministrativo autoritativo;

– oggetto della domanda non era il diritto all'assunzione, ma l'interesse legittimo all'indizione di nuova procedura selettiva ovvero all'utilizzo della graduatoria nel rispetto del suo ordine;

– oggetto del giudizio non era la richiesta di scorrimento della graduatoria, ma una contestazione dell'avvenuto scorrimento;

– in ogni caso i provvedimenti di scorrimento della graduatoria rientrerebbero nella giurisdizione del giudice amministrativo.

6. L'appello è da respingere.

6.1. Ai sensi dell'art. 63, d.lgs. n. 165/2001, la giurisdizione sui rapporti di lavoro pubblico privatizzati spetta al giudice ordinario, mentre restano devolute al giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti pubblici.

6.2. Non è contestabile che la "collaborazione interinale" oggetto del contendere è un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, che rientra nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, e che soggiace, pertanto, al riparto di giurisdizione di cui all'art. 63 citato.

6.3. La pretesa sostanziale della ricorrente è di essere assunta in base alla graduatoria che la vede collocata al primo posto e, per l'effetto, la ricorrente da un lato contesta lo scorrimento della graduatoria in favore di soggetti collocati in posizione peggiore, e dall'altro sostiene che al più si doveva indire una nuova procedura selettiva.

6.4. Avuto riguardo alla pretesa sostanziale, viene in considerazione una questione che non attiene alla procedura concorsuale, – che si conclude con l'approvazione della graduatoria -, ma ad un momento successivo, che è quello dell'assunzione, sulla base della graduatoria concorsuale.

La questione dedotta non attiene pertanto, al concorso in sé, ma all'utilizzo della graduatoria concorsuale dopo che il concorso è stato concluso da tempo.

6.5. E se è vero che ciò che si contesta non è il mancato scorrimento, come ordinariamente accade, bensì l'avvenuto scorrimento in favore di altri soggetti, si tratta pur sempre di questioni attinenti alle modalità di utilizzo della graduatoria, ossia questioni successive all'espletamento della procedura concorsuale.

La Sezione condivide la tesi della Cassazione secondo cui la procedura concorsuale, riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo, si estende fino all'approvazione della graduatoria dei vincitori e degli eventuali idonei, ma non riguarda il successivo atto di nomina, anche a seguito di delibera di ulteriori assunzioni mediante la procedura di scorrimento della graduatoria. Pertanto spetta al giudice ordinario la controversia instaurata dal candidato idoneo che aspiri allo scorrimento della graduatoria senza porre in discussione lo svolgimento della procedura concorsuale (Cass., sez. un., 9 marzo 2007 n. 5397; Cass., sez. un., 13 dicembre 2007 n. 26113; Cass., sez. un., 13 febbraio 2008 n. 3401). La giurisdizione è del giudice amministrativo solo se la pretesa allo scorrimento della graduatoria sia consequenziale alla contestazione della decisione dell'amministrazione di indire un nuovo concorso invece di procedere con lo scorrimento della graduatoria (Cass., sez. un., 29 aprile 2008 n. 10824).
6.6. E' vero che la parte chiede anche l'indizione di una nuova procedura concorsuale, ma si tratta di richiesta subordinata e strumentale rispetto all'interesse principale che è quello di conseguire l'assunzione sulla base della graduatoria già esistente, e comunque la pretesa all'indizione di una nuova procedura concorsuale è logicamente e cronologicamente successiva all'accertamento dell'illegittimo utilizzo della graduatoria concorsuale già esistente: sicché la controversia principale, che radica la giurisdizione, riguarda, in definitiva, le modalità di utilizzo della graduatoria, a procedura concorsuale conclusa.
Si verifica dunque, nel caso di specie, avuto riguardo al petitum della domanda giudiziale, una situazione rovesciata rispetto a quella in cui viene contestata l'indizione di un nuovo concorso, perché si pretende lo scorrimento di una graduatoria già esistente (fattispecie in cui c'è giurisdizione del giudice amministrativo: ex plurimis Cass., sez. un., 29 aprile 2008 n. 10824; Cass., sez. un., 16 novembre 2009 n. 24185, ord.).

Infatti qui il petitum è in primis il riconoscimento del diritto all'assunzione, sulla base della posizione in graduatoria, e della contestazione dello scorrimento di graduatoria operato a favore di candidati collocati in posizione deteriore, e in via consequenziale, per il caso di acclarato illegittimo scorrimento, l'accertamento del dovere della p.a. di indire un nuovo concorso.
Ma un ipotetico dovere della p.a. di indizione di un nuovo concorso non potrebbe essere accertato se non previo accertamento dell'illegittimo utilizzo di una graduatoria esistente.

Mentre, dunque, nella prima ipotesi la giurisdizione è del giudice amministrativo, perché la domanda principale è l'annullamento dell'indizione di un nuovo concorso, e quella consequenziale è lo scorrimento della graduatoria esistente, nella seconda ipotesi la giurisdizione è del giudice ordinario, perché la domanda principale è viceversa il corretto utilizzo della graduatoria esistente, e in via subordinata l'indizione di nuova procedura concorsuale.
6.7. In sintesi, la pretesa dedotta in giudizio non riguarda la procedura concorsuale, già conclusa, ma l'utilizzo della graduatoria al fine delle assunzioni, e pertanto la giurisdizione spetta al giudice ordinario.

7. Per l'effetto l'appello va respinto.

Avuto riguardo alla novità del caso, le spese di lite possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Spese compensate
Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

…….