



**Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca**  
Dipartimento per l'Istruzione  
Direzione Generale per il personale scolastico

## **Assistenti Tecnici**

# **QUADRO NORMATIVO CONTRATTUALE**

### **Materiali di studio**

*Prove selettive per la "seconda posizione  
economica" ex artt. 6 e 7 Accordo  
Nazionale M.I.U.R. - OO.SS. concernente  
l'attuazione dell'art.2 comma 3 della  
sequenza contrattuale (ex. art. 62  
CCNL/2007) del 25 luglio 2008*





## **Materiale di studio Assistenti Tecnici – Quadro Normativo Contrattuale**

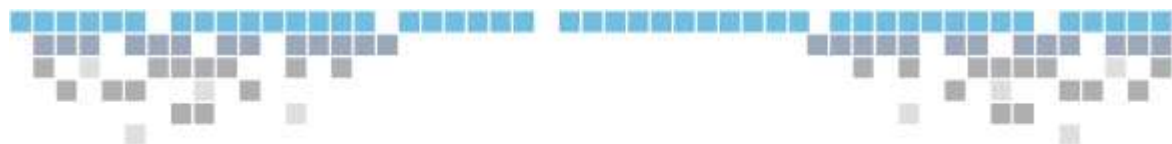
<b>1. Le nozioni giuridiche di base .....</b>	<b>5</b>
1.1 Sintesi.....	5
1.2 L'ordinamento giuridico .....	5
1.3 Le fonti del diritto .....	7
1.4 I soggetti del diritto e la personalità giuridica .....	11
1.5 Il potere e la funzione .....	12
<b>2. I principi del Diritto Costituzionale.....</b>	<b>13</b>
2.1 Sintesi.....	13
2.2 Il modello di Stato nella nostra carta costituzionale .....	15
2.3 I diritti e le libertà fondamentali.....	17
2.4 I doveri .....	18
2.5 Gli organi costituzionali.....	18
2.5.1 Il Parlamento .....	19
2.5.2 Il Presidente della Repubblica .....	19
2.5.3 Il Governo .....	20
2.5.4 La Corte Costituzionale .....	20
2.5.5 Riforma della costituzione e ulteriori prospettive .....	21
<b>3. I principi del diritto amministrativo .....</b>	<b>22</b>
3.1 Sintesi.....	22
3.2 I principi fondamentali dell'azione amministrativa .....	23
3.3 Le posizioni soggettive: diritto soggettivo ed interesse legittimo .....	26
3.3.1 Diritto soggettivo .....	26
3.3.2 Interesse legittimo .....	27
3.4 Attività amministrativa vincolata ed attività amministrativa discrezionale .....	28
3.5 L'illecito e la responsabilità della pubblica amministrazione .....	29
3.5.1 Responsabilità penale.....	30
3.5.2 Responsabilità civile .....	30
3.5.3 Responsabilità amministrativa .....	31
3.6 I rimedi giurisdizionali .....	32
<b>4. L'organizzazione amministrativa.....</b>	<b>34</b>
4.1 Sintesi.....	34
4.2 Il sistema dei soggetti pubblici.....	34
4.3 Persone giuridiche, uffici, organi .....	38
4.4. Relazioni tra enti, tra organi, tra uffici e rapporti di controllo .....	39
4.4.1 Relazioni interorganiche.....	40
4.4.2. Relazioni intersoggettive.....	41
4.4.3. I controlli .....	42
4.5 I beni .....	44
4.6 I mezzi finanziari .....	45
4.7 L'impiego pubblico privatizzato .....	47
<b>5 L'attività amministrativa .....</b>	<b>50</b>



5.1	Sintesi.....	50
5.2	Nozione ed elementi dell'atto amministrativo.....	51
5.3	Classificazione degli atti amministrativi.....	53
5.4	La disciplina generale del procedimento amministrativo .....	54
5.4.1	Il responsabile del procedimento.....	56
5.4.2	I diritti procedurali .....	57
5.4.3	I vizi dell'atto amministrativo .....	58
5.5.	La gestione delle informazioni in ambito pubblico .....	61
5.5.1	Trasparenza .....	61
5.5.2	Tutela della riservatezza .....	63
5.5.3	Autocertificazione .....	63
<b>6</b>	<b>L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione ....</b>	<b>65</b>
6.1	Sintesi.....	65
6.2	Premessa.....	66
6.3	Il procedimento di evidenza pubblica.....	66
<b>6.3.1</b>	<b>Metodi di scelta dei contraenti nel Codice dei contratti pubblici</b>	<b>68</b>
6.4	Convenzioni ed accordi tra enti .....	70
6.5	L'erogazione di servizi pubblici: profili generali .....	71
6.5.1	Tipicità dei modelli di gestione.....	74
6.6	Le carte dei servizi pubblici e la tutela degli utenti.....	75
<b>7</b>	<b>Diritto scolastico: Cenni storici, principi costituzionali, evoluzione .....</b>	<b>78</b>
7.1	Sintesi.....	78
<b>7.2</b>	<b>Cenni storici e profili organizzativi dal 1860 alla Costituzione ....</b>	<b>78</b>
7.3	Formule e principi introdotti dalla Costituzione.....	80
7.4	Brevi cenni alle linee evolutive del sistema scolastico dalla Costituzione ad oggi .....	81
7.4.1	La formazione professionale .....	83
7.5	Il testo unico delle leggi sulla pubblica istruzione .....	83
7.5.1	Gli organi collegiali della scuola .....	84
7.5.2	L'ordinamento scolastico.....	87
7.5.3	7.5.3 L'innalzamento dell'obbligo scolastico e la riforma dei cicli di istruzione.....	88
<b>8</b>	<b>Diritto scolastico - L'autonomia scolastica .....</b>	<b>90</b>
8.1	Sintesi.....	90
8.2	L'Autonomia scolastica .....	91
8.3	L'Autonomia organizzativa .....	91
8.4	L'Autonomia didattica e il Piano dell'offerta formativa .....	92
8.5	L'Autonomia amministrativa contabile .....	94
8.6	Le funzioni amministrative e la gestione del servizio di istruzione nell'autonomia.....	95
8.7	L'attribuzione della personalità giuridica e dell'Autonomia .....	96
8.8	Le attribuzioni della dirigenza e del personale.....	97
8.9	Le competenze dello Stato e della Regione .....	97
8.10	L'edilizia scolastica .....	98



<b>9</b>	<b>Diritto scolastico - Il personale scolastico.....</b>	<b>99</b>
9.1	Sintesi.....	99
9.2	Le fonti della disciplina del rapporto di impiego nel comparto scuola	100
9.3	Il personale della scuola pubblica .....	102
9.3.1	I Capi di istituto.....	102
9.3.2	Il Personale docente.....	103
9.3.3	Il personale amministrativo, tecnico e ausiliario .....	105
9.4	La responsabilità del personale direttivo docente ATA.....	107
9.4.1	La responsabilità del personale dirigenziale .....	108
9.4.2	La responsabilità del personale docente .....	108
9.4.3	La responsabilità del personale ATA .....	109
9.5	La scuola privata .....	109
<b>10</b>	<b>Diritto del lavoro .....</b>	<b>110</b>
10.1	Sintesi.....	110
10.2	Il diritto sindacale .....	110
10.3	Le parti.....	111
10.4	La libertà sindacale ed i diritti sindacali.....	112
10.5	La contrattazione collettiva .....	112
10.6	Lo sciopero .....	113
10.7	Il rapporto di lavoro .....	114
10.7.1	I caratteri della disciplina del rapporto di lavoro subordinato ..	114
10.7.2	Lo svolgimento del rapporto di lavoro .....	115
10.7.3	La retribuzione .....	116
10.7.4	La cessazione del rapporto di lavoro .....	116
10.7.5	Il part-time .....	118
10.7.6	Il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione .....	119
<b>11</b>	<b>Diritto privato - I soggetti di diritto.....</b>	<b>120</b>
11.1	Sintesi.....	120
11.2	La persona fisica .....	120
11.2.1	La capacità giuridica.....	120
11.2.2	La capacità di agire .....	121
11.2.3	Limiti alla capacità di agire.....	121
11.2.4	Limiti alla capacità di agire.....	122
11.2.5	La sede della persona.....	122
11.2.6	La cessazione della persona fisica .....	123
11.3	La persona giuridica .....	123
11.3.1	Gli enti e la loro classificazione .....	123
11.3.2	L'autonomia patrimoniale della persona giuridica .....	124
11.3.3	Gli elementi della persona giuridica e le società .....	124
11.3.4	Le associazioni .....	126
<b>12</b>	<b>Diritto privato - I diritti reali .....</b>	<b>127</b>
12.1	Sintesi.....	127
12.2	La proprietà: definizione .....	127



12.3	Proprietà pubblica e privata.....	128
12.4	I modi di acquisto della proprietà.....	129
12.5	I diritti reali di godimento .....	130
12.5.1	La superficie.....	130
12.5.2	L'enfiteusi .....	130
12.5.3	L'usufrutto .....	131
12.5.4	L'uso e l'abitazione.....	131
12.5.5	Azioni a difesa della proprietà.....	132
12.6	Il possesso e le situazioni possessorie .....	132
12.7	I diritti reali di garanzia: il pegno e l'ipoteca .....	135
<b>13</b>	<b>Diritto privato - Le obbligazioni ed i contratti.....</b>	<b>136</b>
13.1	Sintesi.....	136
13.2	Il rapporto obbligatorio.....	136
13.2.1	I soggetti del rapporto.....	137
13.2.2	Gli elementi essenziali del rapporto: la prestazione .....	137
13.2.3	La modificazione dei soggetti dell'obbligazione.....	138
13.2.4	L'estinzione dell'obbligazione.....	139
13.3	Il contratto.....	139
13.3.1	Gli elementi essenziali e gli elementi accidentali .....	139
13.3.2	Gli effetti del contratto: la rescissione e la risoluzione.....	140
13.3.3	I contratti tipici: compravendita, appalto, mandato .....	141
13.3.4	I contratti aleatori: assicurazione e rendita .....	143
<b>14</b>	<b>Diritto comunitario e dell'unione europea .....</b>	<b>144</b>
14.1	Sintesi.....	144
14.2	L'ordinamento giuridico dell'UE .....	144
14.3	Obiettivi e competenze dell'Unione e delle Comunità europee ....	145
14.3.1	Obiettivi della CE .....	146
14.3.2	Obiettivi della CEEA .....	147
14.3.3	Obiettivi della CEEA.....	147
14.3.4	Obiettivi della PESC.....	147
14.3.5	Obiettivi del TUE.....	148
14.4	Il quadro istituzionale.....	148
14.4.1	Consiglio dell'Unione .....	149
14.4.2	Commissione.....	149
14.4.3	Parlamento europeo .....	150
14.4.4	Corte di Giustizia .....	150
14.4.5	Corte dei Conti .....	151
14.4.6	Istituzioni finanziarie .....	151
14.5	Le fonti del diritto dell'UE.....	151
14.6	Le differenti procedure decisionali .....	152
14.7	Principi di funzionamento .....	153
14.8	Rango del diritto comunitario negli ordinamenti degli Stati membri	154



## 1. 1. Le nozioni giuridiche di base

### 1.1 Sintesi

E' storicamente provato che ogni collettività di esseri viventi, in cui ogni individuo si pone in relazione con gli altri, tende a creare ed a seguire delle regole. Il sistema di regole è un prodotto culturale del gruppo sociale. L'esistenza di un sistema riconosciuto ed accettato per la produzione di regole - e per comminare delle sanzioni in caso di mancato rispetto delle stesse - è indice del grado di civiltà del gruppo.

Questa sessione introduttiva è quindi dedicata ad illustrare il concetto di ORDINAMENTO GIURIDICO, che viene utilizzato per designare un insieme organico di regole dotato di un autonomo rilievo giuridico.

Poiché ogni definizione rischia di fotografare un fenomeno in modo statico, mentre tutti i fenomeni sociali ed in particolare il diritto sono dinamici, è bene introdurre anche il concetto di FONTE DEL DIRITTO, che si riferisce alle modalità attraverso le quali le regole entrano a far parte dell'ordinamento giuridico, manifestando la loro efficacia vincolante e prescrittiva, nei confronti di quei soggetti che appartengono a quell'ordinamento o che comunque risultano destinatari dei precetti contenuti nella regola o norma.

Altri due concetti giuridici di base sono utili per lo studio del diritto amministrativo.

Si tratta del POTERE e della FUNZIONE:

- il primo concetto serve a spiegare perché e come nell'ordinamento è riconosciuto ad alcuni soggetti ed in presenza di alcune situazioni predeterminate di far prevalere la propria volontà
- il secondo serve a manifestare l'esigenza che ogni azione delle pubbliche autorità sia indirizzata ad uno scopo predeterminato dalla legge e si svolga secondo procedure e criteri obiettivi ed anch'essi regolati.

### 1.2 L'ordinamento giuridico

Una possibile sintetica definizione di ORDINAMENTO GIURIDICO è la seguente:

*un insieme di norme che regolano una comunità organizzata di persone*



Gli elementi che compongono il concetto sono tre:

- a) **l'insieme dei soggetti** che compongono la comunità e che si riferiscono a quell'insieme di norme;
- b) **l'insieme delle norme**, che deve essere organico e prevedere anche le norme sulla produzione delle norme;
- c) **l'organizzazione**, intesa come insieme di istituzioni, la cui esistenza è indispensabile ad assicurare che le regole siano rispettate e possano essere di continuo prodotte e modificate, in relazione alle mutevoli esigenze della comunità.

Poiché le comunità sociali sono molteplici ed uno stesso individuo può partecipare a più di una comunità si afferma il **principio della pluralità degli ordinamenti giuridici** che si pongono fra loro in relazione secondo regole complesse.

Di particolare rilievo sono gli ordinamenti giuridici statuali, che si distinguono perché l'organizzazione cui essi danno vita è uno STATO, istituzione caratterizzata dalle sue componenti fondanti che sono:

- il popolo
- il territorio
- la sovranità.

La sovranità è particolarmente rilevante perché con essa si intende l'originarietà dell'ordinamento giuridico statale, in forza della quale esso trova il proprio fondamento in se stesso e nei fatti o atti che ne hanno determinato la nascita e che assumono una valenza "costituente".

In genere tutti gli altri ordinamenti giuridici sono derivati o riconosciuti dall'ordinamento statale.

Nel caso dello Stato Italiano esso

*"consente, in condizione di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità*

*necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni"*

(art. 11 Cost.).



E' sulla base di questo principio costituzionale che l'Italia aderisce all'Unione Europea e partecipa alla formazione dell'ordinamento giuridico comunitario.

Poiché si è detto che l'ordinamento giuridico è un insieme organico di norme, è bene evidenziare che la NORMA GIURIDICA, come ogni altra regola, contiene un precetto riferito ad un comportamento che i soggetti dell'ordinamento sono richiesti di tenere o non tenere - va rilevato peraltro che nel nostro ordinamento è riconosciuta ai cittadini la libertà di porre in essere tutte quelle azioni che non sono espressamente vietate - ma la giuridicità conferisce alla norma un carattere particolare di vincolatività.

La norma giuridica infatti se violata può comportare - a differenza di quanto avviene per una regola morale o religiosa o di cortesia - la sottoposizione del comportamento alla giurisdizione e l'applicazione di una sanzione. Essa quindi implica l'uso legittimo della costrizione e della forza.

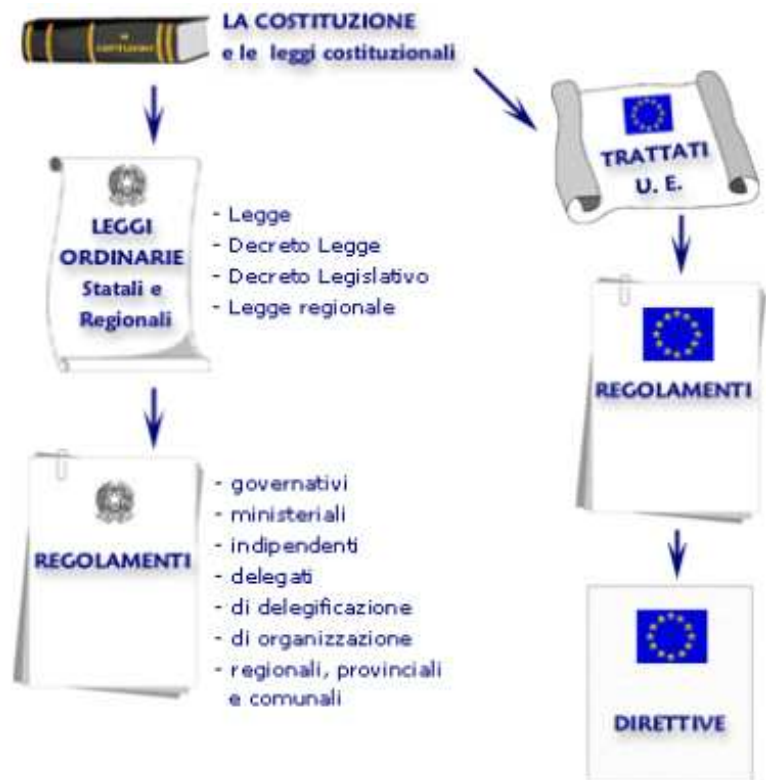
### **1.3      *Le fonti del diritto***

L'ordinamento è formato da norme giuridiche, ognuna delle quali può essere creata da una varietà di atti normativi, che si definiscono FONTI DEL DIRITTO.

Esiste una gerarchia delle fonti del diritto, in quanto la **Costituzione** italiana, che è l'atto primario con il quale l'attuale ordinamento giuridico nazionale è stato creato, prevede vari tipi di fonti di produzione di norme ed è quindi necessario che si individui il rapporto che intercorre tra di loro per regolarne la reciproca efficacia.



## LE FONTI DEL DIRITTO



Quando le norme sono emanate da una fonte di pari livello l'eventuale contrasto è risolto sulla base del criterio temporale: la norma posteriore abroga la norma anteriore.

Se invece tra le due norme vi è diversità di "grado" è la norma superiore che prevale, determinando l'invalidità della seconda, indipendentemente dall'elemento temporale.

Allo stesso livello della Costituzione stanno le leggi di revisione della stessa e le altre leggi costituzionali, che sono adottate secondo il procedimento previsto dall'art. 138 Cost.

Subordinate alla Costituzione ed alle leggi costituzionali sono le **leggi ordinarie**. Infatti una legge in contrasto con la Costituzione può essere annullata dalla Corte costituzionale.

Con la riforma del Titolo V della Costituzione, di cui alla L. Cost. n.3 del 2001, è stato rimodulato il sistema di attribuzione delle competenze legislative tra Stato e Regioni. Infatti nella nuova architettura disegnata dal Costituente (art. 117 Cost.) la potestà legislativa è attribuita allo Stato e alle regioni nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Allo Stato viene riservata una competenza legislativa esclusiva in materie determinate, mentre Stato e regioni sono entrambi titolari, in altre materie pure indicate esplicitamente dal Costituente, di una potestà legislativa concorrente: ciò vuol dire che alle regioni spetta la potestà legislativa,



"salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato". Infine, con la riforma del 2001, alle regioni viene attribuita una competenza legislativa esclusiva di carattere residuale, cioè in tutte quelle materie che non rientrano né nel campo della competenza esclusiva attribuita allo Stato, né in quello della competenza concorrente, ripartita tra Stato e Regioni.

Le leggi statali ordinarie, con le quali si esercita in via ordinaria la funzione legislativa, sono approvate dal Parlamento - Camera dei Deputati e Senato secondo il procedimento di cui agli artt. 72 e seg. della Cost. - e promulgate dal Presidente della Repubblica.

Esse entrano in vigore il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione (che avviene mediante inserzione nella Raccolta Ufficiale delle leggi e dei decreti e stampa sulla Gazzetta Ufficiale), salvo che le leggi stesse non prevedano un termine diverso.

Il periodo che intercorre tra la pubblicazione e l'entrata in vigore si chiama "*vacatio legis*".

L'esercizio della funzione legislativa può essere delegato dal Parlamento al Governo, per un tempo limitato e per oggetti definiti e sulla base di principi e criteri direttivi (art. 76 Cost.). Il Governo adotta in questo caso con propria deliberazione un **Decreto legislativo**, che viene emanato dal Presidente della Repubblica.

Un'altra ipotesi di esercizio della funzione legislativa da parte del Governo è costituita dal **Decreto legge**, previsto dall'art. 77 Cost. per i "casi straordinari di necessità e di urgenza". I Decreti leggi sono condizionati alla successiva adozione da parte del Parlamento, entro 60 giorni, di una **legge di conversione**.

Le leggi ordinarie, statali e regionali, i decreti legislativi ed i decreti legge, pongono in essere norme che sono collocate sullo stesso piano dal punto di vista della c.d. "forza di legge": cioè della capacità di produrre norme che si impongono su quelle precedenti di pari grado e su quelle di grado inferiore.

Vi sono materie che in base alla Costituzione devono necessariamente essere regolate da norme fissate da fonti di questo tipo: in tali ipotesi sussiste la c.d. "riserva di legge", che può essere assoluta, quando la disciplina è integralmente attribuita alla legge o relativa, quando la legge può contenere soli i principi ed i criteri generali della regolazione. Un esempio di riserva assoluta di legge è costituito dalle ipotesi di restrizioni della libertà personale (art. 13 Cost.). In materia di prestazioni patrimoniali imposte si ritiene invece che l'art. 23 Cost. ponga una riserva di legge relativa.

Al di sotto del livello costituzionale e degli atti aventi forza di legge - i quali unitariamente intesi si definiscono come "**fonti primarie**" - si collocano le "**fonti secondarie**", e cioè i **REGOLAMENTI**.

Così si definiscono quegli atti che pongono in essere norme che dal punto di vista sostanziale hanno le medesime caratteristiche della legge (contengono precetti generali ed astratti che si impongono ai destinatari) ma che dal punto di vista formale sono subordinate alla legge stessa.



Le norme regolamentari non possono quindi né abrogare né modificare norme aventi forza di legge; esse infatti sono formalmente atti amministrativi e quindi sono assoggettati alla medesima disciplina, in particolare in relazione alla loro possibile impugnazione davanti al giudice.

La potestà regolamentare appartiene al Governo ed alle Amministrazioni pubbliche e consente insieme di dare attuazione alla legge e di regolare autonomamente la loro organizzazione e la loro azione concreta.

I **regolamenti statali** possono essere:

- del Governo
- di singoli ministri.

I primi sono deliberati dal **Consiglio dei Ministri**, sentito il Consiglio di Stato e sono emanati con Decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.). Essi possono intervenire in tutte le materie in cui manchi la disciplina di legge (regolamenti c.d. indipendenti) o per darvi attuazione e non hanno bisogno di una specifica attribuzione normativa del relativo potere. In particolare si fa ricorso a regolamenti governativi in materia di organizzazione degli uffici e del personale (c.d. regolamenti di organizzazione).

Tra i regolamenti governativi vanno richiamati anche i regolamenti "delegati" e i regolamenti di "delegificazione" previsti da specifiche disposizioni di legge che possono disporre che la fonte regolamentare disciplini una materia ex novo, anche sostituendosi alla disciplina di legge previgente. In questo caso vi è un'apparente eccezione al criterio di subordinazione del regolamento alla legge, apparente in quanto è in realtà la legge che contiene la delega che produce l'effetto abrogativo, posticipandolo al momento dell'entrata in vigore del regolamento delegato.

Sempre a livello statale vi sono i **regolamenti ministeriali**, che richiedono anch'essi una specifica previsione normativa e che sono adottati con Decreto del ministro (D.M.), sentito il Consiglio di Stato.

Sia i regolamenti governativi che quelli ministeriali sono inoltre sottoposti al controllo della Corte dei Conti.

Tutti i regolamenti statali sono inoltre pubblicati, come le leggi, mediante inserimento nella Raccolta Ufficiale delle leggi e dei decreti e stampa sulla Gazzetta Ufficiale. Anche i regolamenti diventano obbligatori decorso il termine di "*vacatio legis*", cioè quindici giorni dopo la pubblicazione, salvo che sia diversamente disposto.

Esistono infine **fonti secondarie non statali**, cioè regolamenti emanati da soggetti diversi dallo Stato.

In particolare ai sensi dell'art. 117 Cost., il potere regolamentare spetta allo Stato - salva delega alle Regioni - nelle materie di legislazione esclusiva, mentre invece deve essere esercitato dalle Regioni in ogni altra materia.

Un potere regolamentare è riconosciuto inoltre sia alle Province che ai Comuni.

Nei casi previsti dalla legge, esistono quindi

- regolamenti regionali
- regolamenti provinciali
- regolamenti comunali.



Oltre che regolamenti questi enti sono dotati anche di Statuti. Le regioni li adottano con legge propria (per le regioni a "statuto speciale" occorre una legge costituzionale), mentre gli enti locali li adottano con deliberazione del consiglio. Negli statuti sono contenute norme fondamentali sull'organizzazione ed il funzionamento dell'ente, che devono essere osservate dai regolamenti e dagli altri provvedimenti dell'ente.

L'illustrazione della disciplina delle fonti del diritto non sarebbe completa se non si facesse richiamo delle **FONTI COMUNITARIE**

- Regolamenti,
- Direttive contenenti precetti immediatamente dispositivi

le quali, in virtù dell'adesione della Repubblica Italiana all'Unione Europea ed alla ratifica dei relativi Trattati, sono impegnative per tutte le pubbliche autorità, per i giudici ed per i cittadini, con prevalenza sulle norme nazionali incompatibili.

La norma nazionale in contrasto con la norma comunitaria non viene dichiarata incostituzionale né abrogata, ma semplicemente e direttamente **disapplicata**.

Per le Direttive che richiedono invece una normativa di attuazione l'applicabilità è subordinata all'adozione della legge nazionale di recepimento.

Da qualche tempo si procede al riguardo con una "legge comunitaria" annuale, la quale spesso contiene deleghe legislative al Governo o l'autorizzazione a procedere al recepimento mediante regolamenti.

#### **1.4 I soggetti del diritto e la personalità giuridica**

I precetti giuridici si indirizzano ai componenti della comunità che ha espresso l'ordinamento giuridico. Tali componenti sono in primo luogo tutte le persone fisiche, le quali diventano soggetti del diritto al momento in cui acquistano la **CAPACITA' GIURIDICA** e quindi al momento della nascita (art.1 del codice civile). La capacità giuridica non è altro che l'idoneità ad essere destinatario di precetti giuridici e quindi centro di imputazione di diritti e di obblighi.

Per le persone fisiche, al compimento della maggiore età e fatti salvi altri impedimenti (es. infermità di mente, condanne penali) alla capacità giuridica si aggiunge la **CAPACITA' D'AGIRE**, cioè la possibilità di disporre dei propri diritti e di porre quindi in essere atti produttivi di effetti giuridici relativi ad essi.

Poiché l'organizzazione sociale esprime l'esigenza di imputare diritti, obblighi e facoltà anche a gruppi organizzati di persone ed alle stesse istituzioni pubbliche, l'ordinamento giuridico riconosce l'esistenza di **PERSONE GIURIDICHE**, che possono essere private o pubbliche a seconda che siano costituite ed operino in base alla disciplina generale del diritto civile o "secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico" (art.11 del codice civile).

L'attribuzione della **PERSONALITA' GIURIDICA** costituisce il momento del riconoscimento dell'esistenza e della piena autonomia dell'ente collettivo come entità astratta e separata dalle persone fisiche che lo hanno costituito o che lo fanno operare.



Sia il diritto civile che il diritto pubblico prevedono casi in cui pur non essendo riconosciuta la personalità giuridica e quindi la piena soggettività ed autonomia della persona giuridica, in ogni caso si identifica un soggetto collettivo che pone in essere atti giuridici (es. associazioni e comitati non riconosciuti ex art. 36 e segg. Codice civile, per il diritto privato - aziende speciali delle camere di commercio, per il diritto pubblico).

Le persone giuridiche pubbliche si definiscono anche **ENTI PUBBLICI**, sono costituiti in genere per legge o, in caso di creazione di un ente pubblico rientrante in una categoria prevista da legge, con atto amministrativo conforme alla legge stessa.

Esistono comunque situazioni incerte, in cui l'appartenenza della persona giuridica all'ambito degli enti pubblici è affidata all'interprete. Allo scopo sono stati individuati degli indici "rilevatori", tra i quali assumono particolare rilevanza:

- la sottoposizione a controlli o indirizzi da parte di altro ente pubblico,
- l'utilizzo di risorse finanziarie pubbliche,
- le particolari procedure di nomina degli amministratori.

In altre situazioni l'ente pubblico si avvale per le proprie finalità o per porre in essere attività economiche di persone giuridiche di diritto privato (es. società per azioni). In questo caso si applica in via generale la disciplina di diritto civile, integrata dalle speciali disposizioni che attribuiscono all'ente pubblico-socio particolari diritti e facoltà (per es. la possibilità di nomina di amministratori o sindaci ex art. 2258 cod. civ. o i "poteri speciali" del Ministero del Tesoro nelle società per azioni derivate dalla privatizzazione dei grandi enti pubblici economici, tipo IRI, Enel, ecc.).

La natura pubblica o privata della persona giuridica rileva inoltre in particolare con riferimento al regime di responsabilità degli amministratori. Nel caso di ente pubblico infatti tale regime è significativamente più gravoso.

### **1.5 Il potere e la funzione**

Mentre nel diritto privato nella generalità dei casi i rapporti tra i soggetti si svolgono su base contrattuale e quindi paritaria, nel diritto amministrativo il rapporto tra pubblica autorità e cittadino è più complesso, perché implica la possibilità che la volontà della prima si imponga, unilateralmente, sul secondo.

E' quindi il **POTERE** amministrativo, cioè la possibilità di far prevalere la volontà dell'amministrazione, che costituisce la figura centrale di questo settore dell'ordinamento.

Il potere amministrativo - che viene definito anche come "esecutivo", in relazione al suo rapporto con la legge - si distingue dal potere giudiziario e dal potere legislativo, in quanto nel nostro sistema è adottato il principio della "separazione dei poteri", in forza del quale ognuno di essi viene posto in essere da istituzioni diverse. Ciò per prevenire abusi ed assicurare un complessivo equilibrio del sistema istituzionale.

Il potere amministrativo non è pura "forza" e non può essere esercitato arbitrariamente.



Infatti non solo è vincolato nei fini - e per questo si parla di potere discrezionale - ma anche dalle regole generali sul procedimento amministrativo (Legge n. 241/90) che impongono la partecipazione del cittadino all'esercizio del potere, consentendogli di apportare il proprio punto di vista e le proprie ragioni, in modo che possano essere soddisfatte compatibilmente con le esigenze della collettività.

Una nuova garanzia, destinata ad assicurare un esercizio obiettivo del potere amministrativo, è stata introdotta di recente nel nostro ordinamento e riguarda un ulteriore fattore di disarticolazione dei soggetti che lo esercitano. E' stabilito infatti il principio di separazione tra la "sfera politica" dell'amministrazione e la "sfera gestionale".

Alla prima, rappresentata dagli organi di vertice delle varie amministrazioni, di solito di provenienza elettiva, è riservato di indicare obiettivi e di formulare indirizzi per l'azione amministrativa.

Alla seconda, rappresentata dall'apparato propriamente burocratico (cioè dal personale dipendente), è riservata l'attuazione in concreto degli scopi dell'ente in conformità a quegli indirizzi e per perseguire quegli obiettivi.

In alternativa all'utilizzo del termine "potere amministrativo", ma con lo stesso significato sostanziale, è impiegato il termine **FUNZIONE**, che meglio rappresenta la rilevanza giuridica della fase dinamica in cui la scelta amministrativa concreta viene elaborata, anche con il concorso del privato o dei privati interessati, seguendo delle regole predeterminate sul procedimento. La rilevanza giuridica della fase antecedente la decisione finale, che rappresenta lo scopo dell'esercizio del potere, è caratteristica del rapporto di diritto amministrativo ed è conseguenza del fatto che l'amministrazione pubblica ed il pubblico funzionario non solo sono soggetti alla legge ma operano non nell'interesse proprio ma della collettività di cui il destinatario stesso fa parte.

Naturalmente il tutto può funzionare in quanto è assicurata la possibilità di un sindacato in sede giurisdizionale dell'azione amministrativa su ricorso del cittadino, sindacato che pur non comportando che il giudice si sostituisca all'amministrazione, impedisce che questa operi in contrasto con la legge e violando i canoni generali di logicità, imparzialità e giustizia sostanziale, come meglio si vedrà nelle successive sessioni.

## **2. I principi del Diritto Costituzionale**

### **2.1 Sintesi**

E' nella carta costituzionale del 1948 che sono stabiliti gli elementi fondanti lo Stato ed i suoi rapporti con la società ed i singoli cittadini.





Lo Stato italiano appartiene ai **sistemi democratici**, in cui la sovranità appartiene al popolo, che la esercita in primo luogo attraverso i meccanismi di rappresentanza elettivi.

I singoli cittadini sono garantiti nelle loro prerogative di libertà e di autonomia, in quanto la Costituzione afferma e riconosce tutti i diritti fondamentali della persona.

Il modello di Stato parte dalla **concezione liberale** classica coniugandola con le istanze sociali, che attribuiscono alle istituzioni un ruolo attivo per rimuovere gli impedimenti al godimento effettivo e generalizzato dei diritti e per assicurare livelli di vita adeguati.

Da punto di vista strutturale lo Stato è **pluralista**, perché riconosce e tutela le autonomie locali ed affida compiti rilevanti ed anche quote di potere legislativo alle Regioni.

Il pluralismo è assicurato anche a livello sociale, riconoscendosi piena libertà di associazione, di professione di fede e di manifestazione del pensiero, di istruzione.

Dal punto di vista del sistema di governo la democrazia italiana è di tipo **parlamentare**, perché è il Parlamento il centro del sistema istituzionale, in quanto da esso promana sia il capo dello Stato che il Governo, che per governare deve ottenere e mantenere la fiducia della maggioranza dei parlamentari.



Il nostro sistema costituzionale è comunque in evoluzione, sia in relazione a recenti interventi di modifica della Costituzione per effetto di leggi di modifica di singole disposizioni (come ad esempio la ripartizione delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni) sia perché sono in fase di studio avanzato, in sede parlamentare, progetti di riforma complessivi (proposta di legge "Calderoli" sul federalismo fiscale).

## **2.2 Il modello di Stato nella nostra carta costituzionale**

Lo Stato italiano ha avuto una formazione storica lunga ed articolata, anche dal punto di vista del diritto. Prima di pervenire all'attuale configurazione, che gli è stata attribuita dalla Costituzione entrata in vigore il 1° gennaio 1948, dopo l'esito del referendum istituzionale favorevole alla Repubblica, l'ordinamento nazionale ha conosciuto periodi istituzionali che pur nella significativa diversità dei sistemi politici non hanno interrotto la continuità giuridica dell'ordinamento stesso.

Il **Regno d'Italia** fu proclamato infatti nel 1861 ed ad esso si applicò, come legge fondamentale, lo Statuto Albertino concesso al Regno di Sardegna nel 1848.





Durante il fascismo la maggior parte degli istituti giuridici della monarchia parlamentare e le altre iniziali conquiste della democrazia (come le elezioni con il suffragio universale maschile introdotto nel 1912) furono soppresse.

Alla caduta del fascismo il sistema giuridico ed istituzionale fu naturalmente fortemente revisionato in virtù dell'adesione alla **DEMOCRAZIA**, ma senza un totale azzeramento della legislazione allora vigente. Nel nostro ordinamento giuridico attuale continuano infatti ad avere vigore e validità leggi anteriori alla Costituzione.

Secondo l'art. 1 della nostra attuale carta fondamentale:

*"L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro".*

*"La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione".*

Composta complessivamente di 139 articoli, più 18 disposizioni transitorie, essa coniuga i principi cardine dello Stato liberale, a tutela dell'individuo e delle sue libertà civili, politiche ed economiche, con le più moderne istanze di ispirazione democratica e sociale.

Lo Stato, nella costituzione del 1948, non è più unicamente il gendarme o l'arbitro che si astiene da qualsiasi intervento nella società, ma assume su di sé vari compiti positivi ed è quindi concepito come STATO SOCIALE. Significativo al riguardo è il precetto dell'art. 3, comma 2, che segue l'affermazione del diritto di uguaglianza sostanziale:

*"E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese".*

Concorrono anche a connotare in termini "sociali" il modello di Stato delineato dalla Costituzione le norme che prevedono la presenza pubblica nell'economia, sia per assicurare che l'iniziativa dei privati, che pure si riconosce libera, non si svolga in contrasto con l'utilità sociale e possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41 cost.), nonché la possibilità che in settori determinati (servizi pubblici essenziali, fonti di energia, monopoli) vi sia il trasferimento delle imprese o la riserva originaria dell'attività in capo allo Stato (art. 43 cost.).


La proprietà privata si afferma che debba essere riconosciuta e garantita dalla legge, ma essa può essere anche limitata

*"allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti". art. 42 Cost.)*

Se ne prevede inoltre il possibile esproprio per motivi d'interesse generale, salvo indennizzo e nei casi previsti dalla legge.

Un'azione positiva è inoltre prescritta dalla Costituzione allo Stato in svariati settori della società:

- per lo sviluppo della cultura e nella scuola (artt. 9, 33, 34 cost.),
- nella sanità (art. 32 cost.)
- per la protezione della famiglia (art. 31 cost.), dei lavoratori (artt. 35, 36, 37 cost.), degli anziani e dei disabili (art. 38 cost.).



Un ulteriore connotato di fondo dello Stato delineato dalla Costituzione è quello del suo **pluralismo**. La Repubblica infatti, pur nella sua unitarietà e indivisibilità,

- riconosce e promuove le autonomie locali (art. 5 cost.)
- attribuisce rilevanti poteri alle Regioni, alle Province ed ai Comuni.

### **2.3 I diritti e le libertà fondamentali**

Nella nostra Costituzione si ritrovano affermati e difesi tutti i diritti fondamentali della persona, che sono il nucleo storicamente originario degli ordinamenti liberali e democratici.

Negli articoli dal 13 al 28 dedicati ai "rapporti civili" si delinea lo **STATUTO DEL CITTADINO**, la cui libertà personale ed il cui domicilio sono dichiarati "inviolabili", al quale è riconosciuta piena libertà di circolazione, di riunione, di associazione, di manifestazione del pensiero, di professione religiosa e di culto.

Ulteriori garanzie per l'individuo contro l'ingerenza dello Stato riguardano:

- la previsione di una riserva di legge (con esclusione quindi di determinazioni meramente amministrative) in ordine a qualsiasi prelievo fiscale od imposizione di prestazioni personali;
- l'affermazione del diritto di azione in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi e di difesa in ogni stato e grado del procedimento.

Altre fondamentali garanzie individuali riguardano la giurisdizione:

- il diritto al giudice "naturale" (precostituito per legge);
- il divieto di sottoposizione ad una pena che non sia stata prevista da una norma entrata in vigore prima che il fatto sia commesso;
- il divieto di sottoposizione a misure di sicurezza non previste da norme di legge;
- la presunzione di non colpevolezza fino a sentenza definitiva;
- la previsione che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e che devono tendere alla rieducazione del condannato;
- l'obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti giurisdizionali;
- la possibilità di ricorso in Cassazione per violazione di legge contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale.


Nella nostra Costituzione si ritrovano affermati e difesi tutti i diritti fondamentali della persona, che sono il nucleo.

Un capitolo significativo, sempre con riferimento alla posizione costituzionale del cittadino, è poi quello dei "rapporti politici" (artt. 48 - 54 cost.).

Il primo diritto in tale campo è quello di voto, che viene riconosciuto a tutti i cittadini, uomini e donne, al compimento della maggiore età.

Al diritto generico di associazione, già affermato dall'art. 18, si aggiunge lo specifico diritto di formazione di partiti "per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale" (art. 49 cost.).

Si riconosce inoltre il diritto di accedere in condizioni di uguaglianza e quindi senza discriminazioni agli uffici pubblici ed alle cariche direttive, ed alla



conservazioni in caso di elezione del posto di lavoro, avendo a disposizione il tempo necessario ad adempiere alla funzione pubblica elettiva.

Nell'ambito dei rapporti economici si riconoscono e tutelano:

- la libertà di organizzazione sindacale (art.39 cost.);
- il diritto di sciopero (art. 40 cost.).

## **2.4 I doveri**

Sarebbe peraltro assai limitativo, nella lettura della Costituzione, dare rilievo al solo capitolo dei "diritti". Infatti già all'art. 2 si coniuga il riconoscimento e la garanzia dei diritti individuali con la previsione dell'adempimento

*"dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".*

Il lavoro inoltre non è solo un diritto ma è pure stabilito che (art. 4 cost.):

*"ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società".*

E' previsto il dovere:

- dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio (art. 30 cost.);
- di ogni cittadino alla difesa della patria (art. 52 cost.);
- di tutti a contribuire alle spese pubbliche secondo la capacità contributiva di ognuno (art. 53 cost.).

E' sancito inoltre il dovere:

- di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione e delle leggi;
- per i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche, di adempierle con disciplina ed onore (art. 54 cost.).

## **2.5 Gli organi costituzionali**

Dal punto di vista del disegno degli organi costituzionali va detto in primo luogo che la presenza di un numero rilevante di soggetti previsti e regolati dalla nostra Costituzione è il riflesso di una concezione che affida alla divisione dei poteri un ruolo decisivo per connotare in modo democratico il sistema istituzionale e per prevenire il pericolo di nuove involuzioni dittatoriali.

Poiché la sovranità appartiene al popolo e questo la esercita in primo luogo attraverso un meccanismo di rappresentanza, l'organo costituzionale con il quale si apre la parte seconda della Costituzione, quella dedicata all'ordinamento della Repubblica, è il **PARLAMENTO**.

Al parlamento è affidata non solo la **funzione legislativa**, ma anche

- l'attribuzione della "fiducia" al Governo (la cui mancanza comporta le dimissioni dello stesso);
- l'indirizzo ed il controllo sulla attività di Governo, attraverso l'approvazione delle leggi finanziarie, dei bilanci, le interrogazioni, le interpellanze, le indagini conoscitive, le nomine, ecc.



### **2.5.1 Il Parlamento**

Il PARLAMENTO è composto dalla Camera dei deputati e dal Senato, che sono sostanzialmente identiche per compiti e poteri e che si differenziano per numero (630 la camera, 315 il senato) e modalità di elezione dei propri membri.

Per alcune funzioni di maggior rilievo il parlamento opera in seduta comune, ad esempio per:

- la **nomina del Presidente della Repubblica** (in questo caso vi partecipano i rappresentanti delle Regioni);
- la **nomina di un terzo dei giudici della Corte costituzionale** e di un terzo dei componenti del Consiglio superiore della magistratura;
- la **messaggio in stato di accusa del Presidente della Repubblica** che si sia reso responsabile di alto tradimento o di attentato alla Costituzione e dei ministri che si siano resi colpevoli di reati nello svolgimento delle loro funzioni.

L'iniziativa delle leggi appartiene al Governo, a ciascun membro di Camera e Senato ed anche ai cittadini, che possono proporre un progetto redatto in articoli se il numero dei sottoscrittori della proposta è di almeno cinquantamila elettori (art. 71 cost.).

Il referendum popolare può invece essere indetto per l'abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge, quando lo richiedano cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali.

La proposta soggetta a referendum è approvata se ha partecipato alla votazione la maggioranza degli aventi diritto e se è raggiunta la maggioranza dei voti validamente espressi (art. 75 cost.).

### **2.5.2 Il Presidente della Repubblica**

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA è eletto dal Parlamento, con la partecipazione di tre delegati per ogni Regione (la Valle d'Aosta ha un solo delegato) a scrutinio segreto ed con la maggioranza dei due terzi. Dopo il terzo scrutinio è sufficiente la maggioranza assoluta.

Il suo mandato dura sette anni.

Il suo ruolo primario è quello di Capo dello Stato e rappresenta l'unità nazionale (funzione rappresentativa).

Esso partecipa, in funzione di controllo, all'esercizio della funzione normativa, infatti

- promulga le leggi e può chiederne, con un messaggio motivato, la nuova deliberazione;
- emana i decreti aventi valore di legge ed i regolamenti ed indice i referendum;
- autorizza il Governo a presentare i disegni di legge.

Sempre con riferimento alla vita del Parlamento spetta al Presidente

- l'indizione delle elezioni;
- lo scioglimento delle Camere o di una di esse, sentiti i loro Presidenti, in situazioni di crisi politica (per es. per contrasto tra le



due Camere o per contrasto tra queste ed il Governo o per l'impossibilità di formare una maggioranza che esprima la fiducia al Governo).

In rapporto al funzionamento del Governo spetta al Presidente nominare il Presidente del Consiglio dei Ministri e, su proposta di questo, i ministri.

Il Governo deve poi ottenere la fiducia del Parlamento.

Inoltre il Presidente:

- ratifica i trattati, accredita e riceve i rappresentanti diplomatici,
- ha il comando delle Forze armate e dichiara lo stato di guerra deliberato dalle Camere;
- presiede il Consiglio superiore della Magistratura;
- può concedere grazie e commutare pene;
- decide su conforme parere del Consiglio di Stato i ricorsi straordinari contro gli atti di qualsiasi pubblica amministrazione;
- nomina un terzo dei giudici della Corte costituzionale;
- nomina cinque senatori a vita.

### **2.5.3 Il Governo**

IL GOVERNO è composto dal Presidente del Consiglio e dai ministri che insieme danno vita al Consiglio dei ministri (art. 92 cost.). Come si è detto il Presidente del consiglio è nominato dal Presidente della Repubblica, ed i ministri sono nominati dal Presidente del consiglio. Essi al momento della nomina prestano giuramento (art. 93 cost.).

La fiducia al Governo è accordata o revocata dalle due Camere.

Il voto contrario di una o di entrambe le Camere ad una proposta del Governo non importa l'obbligo di dimissioni (art. 94 cost.)

Il Consiglio dei Ministri è l'organo più elevato della pubblica amministrazione statale.

Il Presidente del Consiglio dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile, mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo e coordina l'attività dei ministri.

I ministri partecipano all'attività del consiglio e sono responsabili degli atti dei singoli ministeri. Oggi tale responsabilità attiene agli atti di maggiore rilevanza ed alle funzioni di indirizzo e controllo dell'attività dei direttori generali, ai quali sono state attribuite le principali responsabilità gestionali ed operative.

### **2.5.4 La Corte Costituzionale**

LA CORTE COSTITUZIONALE è il massimo garante del rispetto della Costituzione.

Infatti ad essa sono attribuiti le seguenti competenze di:

- dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge e di conseguenza di farne cessare l'efficacia;
- decidere sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato;



- giudicare sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica.

La Corte è composta di 15 giudici, di cui 5 nominati dal Presidente della Repubblica, 5 nominati dal Parlamento, 5 nominati dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrative (Corte di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei Conti).

Nei giudizi d'accusa contro il Presidente della Repubblica intervengono, anche 16 membri tratti a sorte da un elenco di cittadini aventi i requisiti di eleggibilità a senatore che il Parlamento compila ogni 9 anni mediante elezione.

La durata del carica di giudice costituzionale è di nove anni e non è possibile il rinnovo della nomina.

### **2.5.5 Riforma della costituzione e ulteriori prospettive**


La Costituzione italiana è stata oggetto, dal 1948 ad oggi, di alcune modifiche limitate ad alcuni profili specifici (ad esempio la legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2 con cui è stato modificato l'art. 111 cost. per introdurre le regole del c.d. "giusto processo"), ma anche di una profonda modifica istituzionale attraverso la legge costituzionale n. 3 del 2001. Essa ha modificato il titolo V della parte seconda della Costituzione italiana (ossia la parte dedicata a comuni, province e regioni) attraverso la riscrittura di molti articoli e l'introduzione di nuove norme che hanno determinato un sostanziale ampliamento dei compiti e delle funzioni attribuite a questi soggetti. In particolare, ora, ai sensi dell'art. 114 "la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città Metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato".

La funzione legislativa attribuita alle regioni risulta fortemente ampliata. Infatti, mentre in precedenza la costituzione indicava le aree di competenza, in materia legislativa, attribuite alle regioni, ora la costituzione definisce, in modo analitico, le aree nelle quali lo Stato ha potere legislativo esclusivo (ad es. in materia di politica estera) e quelle nelle quali Stato e regione concorrono insieme. In tutte le materie non espressamente indicate dalla costituzione vale il seguente nuovo principio secondo cui "Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato";

Le funzioni amministrative, organizzative e finanziarie degli enti locali sono state anch'esse ampliate con l'attribuzione, a questi enti, di maggiori poteri, autonomia e responsabilità.

E' stato introdotto il cd. "federalismo fiscale" poiché l'art. 119 afferma che "I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa". Gli enti locali possono dunque stabilire e applicare tributi propri e sono chiamati a partecipare al gettito di tributi erariali riferibili al loro territorio. E' tuttavia previsto che sia introdotto un fondo perequativo, ossia finalizzato a riequilibrare le differenze tra regioni, per le zone più svantaggiate. Allo Stato e' comunque attribuito il compito di rimuovere gli squilibri sociali ed economici, destinando risorse aggiuntive in favore di determinati enti locali.





Infine, i rapporti tra stato e enti locali risultato ridistribuiti anche mediante un minore potere di controllo sulle regioni da parte dello Stato e l'ampliamento dei poteri di intervento normativi delle regioni in alcuni settori fondamentali, come tutela ambientale e istruzione.

Il procedimento per la revisione costituzionale è regolato dall'art. 138 cost. che prevede due successive deliberazioni di ciascuna Camera e la possibilità di richiedere il referendum di conferma se nella seconda votazione non si è raggiunta la maggioranza dei due terzi.

La revisione della Costituzione non può avere ad oggetto la "forma repubblicana" (art. 139 cost.) né, ritengono alcuni costituzionalisti, i principi supremi dell'ordinamento e, quanto al loro nucleo essenziale, i diritti inviolabili dell'uomo.

Si guarda con interesse e favore ai vari **sistemi presidenzialistici** che prevedono l'elezione diretta o del Presidente della Repubblica o del Capo del Governo, con corrispondente riduzione del ruolo del Parlamento e delle opposizioni.

Alcuni, temendo una deriva plebiscitaria, suggeriscono di mantenere un **sistema dualistico**, differenziando in modo netto le funzioni dell'esecutivo e quelle del parlamento.

### 3. I principi del diritto amministrativo

#### 3.1 Sintesi

In uno Stato moderno e democratico il rapporto tra gli apparati burocratici pubblici, chiamati ad assicurare il buon funzionamento della società e l'erogazione dei servizi di interesse collettivo, è regolato da principi e da norme



complesse ed articolate.

Alcune di questi principi e di queste norme sono posti a livello costituzionale, come si è già visto e come meglio si vedrà in questa sessione, in quanto occorre garantire al massimo livello della disciplina giuridica che

l'amministrazione pubblica operi sempre al servizio del cittadino e nel rispetto della legge. Questa sessione illustrerà quindi quei principi fondamentali che riguardano l'azione di tutte le amministrazioni pubbliche e che nel nostro ordinamento hanno in gran parte rango costituzionale.

Tali principi sono:

- il principio di democraticità,
- il principio di legalità,
- il principio di imparzialità e di buon andamento,
- il principio di trasparenza e di partecipazione,
- il principio di sussidiarietà.

La sessione illustrerà inoltre le posizioni giuridiche soggettive fondamentali, rappresentate dal **diritto soggettivo** e dall'**interesse legittimo**, cui corrispondono forme di tutela differenziate nei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino.



I rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino risultano differenziati anche in relazione al possibile diverso contenuto vincolante della norma di legge che prevede l'esercizio del potere amministrativo: si distingue infatti sulla base di questo parametro un'**attività amministrativa vincolata** ed un'**attività amministrativa discrezionale**.

La sessione illustrerà inoltre le ipotesi di **illecito** e di **responsabilità** in cui possono incorrere le amministrazioni pubbliche ed i pubblici funzionari quando violano la legge ed i relativi rimedi giurisdizionali.

L'amministrazione infatti risponde dei danni che arreca quando opera illegittimamente e lo stesso principio vale per i dipendenti pubblici.

### **3.2 I principi fondamentali dell'azione amministrativa**

Il diritto amministrativo è, in senso lato, l'insieme delle regole che disciplinano l'organizzazione e l'attività delle pubbliche autorità.

Inteso in senso stretto esso si riferisce a quella parte dell'azione amministrativa che prevede e richiede l'adozione di provvedimenti amministrativi, cioè di manifestazioni unilaterali di volontà che realizzano direttamente ed autonomamente i propri effetti anche senza o contro la volontà dei destinatari.

Occorre considerare che anche quando le pubbliche autorità agiscono senza adottare provvedimenti amministrativi e quindi avvalendosi di norme del





diritto civile - quello comune a tutti i soggetti dell'ordinamento – il loro operare è in ogni caso sempre soggetto ad alcuni principi generali o fondamentali dell'azione amministrativa.

Tra questi principi alcuni sono posti da norme espresse della Costituzione, altri si ricavano dall'intero testo della Costituzione stessa ed altri, infine, sono posti dalla legge generale sul procedimento amministrativo, la n. 241 del 1990.

#### *Democraticità*

In ordine di importanza il primo principio fondamentale è quello di DEMOCRATICITA', carattere che l'art. 1 della Cost. riferisce alla Repubblica, e quindi da intendersi riferito ad ogni soggetto od articolazione che di essa faccia parte. Occorre inoltre considerare che sempre la stessa norma costituzionale stabilisce che

*"la sovranità appartiene al popolo"*

il che vale ad affermare che anche del potere amministrativo – cioè quello che si manifesta nell'adozione dei provvedimenti autoritativi unilaterali, di cui si è detto, sono titolari i cittadini, ed esso è esercitato dall'amministrazione pubblica solo "in nome e per conto" dei cittadini stessi.

#### *Legalità*

Un secondo principio fondamentale dell'azione amministrativa è quello di LEGALITA'. Esso si manifesta con varie implicazioni. Con riferimento al momento strutturale ed organizzativo l'art. 97 della Cost. stabilisce che

*"i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge"*

il che sta a significare in primo luogo che la creazione di un soggetto dotato di poteri amministrativi deve essere previsto e consentito dalla legge.

Con riferimento all'azione concreta dei soggetti pubblici il principio di legalità si manifesta nell'affermazione che tali soggetti devono perseguire i fini indicati dalla legge (art. 1 della legge n. 241 del 1990) e che i provvedimenti dagli stessi adottati possono essere annullati dal giudice competente se in contrasto con la legge stessa (art. 113 Cost.).

Inoltre solo se i provvedimenti dell'autorità, assunti per ragioni di giustizia, di sicurezza pubblica o d'igiene, sono conformi a legge la loro mancata osservanza costituisce reato (art. 650 cod.pen.).

#### *Imparzialità*

Un terzo principio è quello di IMPARZIALITA', stabilito espressamente dall'art. 97 Cost., come applicazione in concreto dell'ancor più generale principio di uguaglianza (art. 3 Cost.). Anch'esso ha varie implicazioni in rapporto al funzionamento delle amministrazioni pubbliche.

Sotto un primo profilo significa che le funzioni e le prestazioni devono essere svolte a favore di tutti coloro che si trovano in determinate condizioni, senza alcuna discriminazione.

Sotto altro profilo l'imparzialità significa che l'azione amministrativa deve seguire sì l'indirizzo politico che proviene dagli organi di vertice che sono espressione dei meccanismi di tipo elettivo, ma assicurando un'attuazione neutrale e non politicizzata di tali indirizzi.

La neutralità dell'azione amministrativa deve essere garantita non solo nei confronti di ingerenze politiche ma anche di interessi personali degli



amministratori e dei funzionari, i quali hanno l'obbligo di astensione rispetto a procedimenti ed atti rispetto ai quali si trovino in una situazione di conflitto di interessi (anche in relazione alla posizione di propri congiunti).

Sempre per assicurare l'imparzialità della pubblica amministrazione è stabilito

- dall'art. 98 Cost. che  
*"i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione"*
- dall'art. 51 Cost. che  
*"tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge"*
- dall'art. 97 Cost. che  
*"agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso"*.

#### *Buon andamento*

Un quarto principio è quello di BUON ANDAMENTO, anch'esso previsto dall'art. 97 Cost. e che impone che l'azione amministrativa sia sempre conforme a criteri di economicità ed efficacia e pubblicità. Tale principio è stato anche ribadito dall'art. 1 della legge generale sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990.

L'uso ottimale delle risorse, la snellezza e la semplificazione delle procedure, l'attenzione al risultato concreto dell'azione amministrativa sono quindi canoni obbligatori, di rilievo giuridico del tutto equivalente a quello dei principi in precedenza richiamati. Nel contesto pubblicistico quindi le regole della buona amministrazione assumono valenza giuridica ed le azioni od i provvedimenti che non le applicano non sono soltanto inopportune ma divengono anche illegittime.

Il principio di buon andamento è anche inteso, in particolare dalla giurisprudenza, nel senso che l'azione amministrativa deve essere anche logica e ragionevole. Logicità e ragionevolezza sono quindi anch'essi canoni che possono essere utilizzati per sindacare in sede di giudizio di legittimità i provvedimenti amministrativi.

#### *Trasparenza e partecipazione*

Un quinto principio è quello della TRASPARENZA e della PARTECIPAZIONE. Esso è stato reso esplicito con la già richiamata legge generale sul procedimento amministrativo (la n. 241 del 1990 che sarà vista oltre con maggiore dettaglio) ma rappresenta uno svolgimento del principio di democraticità.

Infatti è assicurando ai cittadini, destinatari dell'azione amministrativa, la possibilità di

- un procedimento in contraddittorio,
- avere accesso ai documenti ed alle informazioni prima che la decisione finale sia assunta,

che si rende meno solitario ed unilaterale l'esercizio del potere amministrativo.

#### *Sussidiarietà*



Premesso che di sussidiarietà ha cominciato a parlare in termini normativi il legislatore ordinario nel contesto della legge n° 59 del 1997, la c.d. legge "Bassanini" con la quale il Parlamento si proponeva di realizzare la massima espressione possibile di "regionalismo avanzato" a Costituzione invariata, il principio è stato successivamente recepito nella nostra Costituzione con la riforma del Titolo V, attuata dalla legge cost. n. 3 del 2001. Il nuovo testo dell'art. **118 Cost** infatti ridisegna tutto l'assetto di relazioni tra i vari enti che compongono la Repubblica proprio sulla base del principio di sussidiarietà, che ne costituisce il cardine e la forza centripeta, capace di mantenere uniti i singoli elementi del sistema. Il principio di sussidiarietà può essere inteso nella sua esatta portata solo se coniugato con la dichiarazione di cui al precedente art. 114, comma 1 Cost. che recita: " La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato". Questa dichiarazione ha rivisitato in maniera radicale la tipologia dei rapporti e dei ruoli istituzionali precedentemente esistenti tra i vari livelli di governo sostituendo ad una logica sostanzialmente gerarchica - nella quale lo Stato occupava una posizione dominante - un principio di equiordinazione tra i diversi soggetti istituzionali. Con la riforma vengono dunque attribuite tutte le funzioni amministrative ai Comuni e viene anche previsto, quando occorra garantire l'esercizio unitario di tali funzioni, un meccanismo di conferimento delle stesse alle Province, alle Città metropolitane, alle Regioni e allo Stato. Cambiano inoltre, e di molto, le delimitazioni entro le quali le autonomie territoriali si possono esprimere: il nuovo modello costituzionale assegna infatti alle Regioni - in maniera molto estesa - la responsabilità primaria nel campo legislativo, nonché compiti di programmazione e di coordinamento.

Il principio di sussidiarietà è oggi espressamente previsto nella Costituzione anche in tre differenti disposizioni: in particolare esso costituisce, in primo luogo, un criterio, insieme alla differenziazione ed all'adeguatezza, per la distribuzione delle funzioni amministrative tra enti del governo territoriale (art. 118 1° c.); in secondo luogo, nella sua dimensione "orizzontale" si configura quale principio regolatore dei rapporti tra soggetti pubblici e privati ("cittadini singoli ed associati") per l'esercizio di attività di interesse generale: art. 118 4° c.; infine, insieme con la leale collaborazione, esso è parametro per un corretto utilizzo dei poteri sostitutivi del governo nei confronti degli enti territoriali ex art. 120 Cost. 2° c

### ***3.3 Le posizioni soggettive: diritto soggettivo ed interesse legittimo***

#### ***3.3.1 Diritto soggettivo***

L'ordinamento giuridico riconosce e protegge in varia misura i beni della vita e gli interessi che sono propri delle persone fisiche e giuridiche.

Le posizioni giuridiche soggettive costituiscono tipi di **protezione giuridica** che sono riconosciuti a tali soggetti, in rapporto a tali beni ed interessi e nelle relazioni con la pubblica autorità o gli altri soggetti che vengono in rapporto con i medesimi beni o interessi.



Se il tipo di protezione che viene assicurata è massima e comprende la soddisfazione piena della pretesa al bene della vita o all'interesse, si è in presenza di un DIRITTO SOGGETTIVO.

Questa figura infatti è definita anche come

*"la fondamentale posizione di vantaggio riconosciuta ad un soggetto dell'ordinamento in relazione ad un determinato bene e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di pretese e facoltà idonee a realizzare l'interesse al bene in modo pieno ed immediato".*

A seconda delle varie ipotesi concrete il diritto soggettivo può comportare per l'amministrazione pubblica

- un dovere di astenersi dal sottrarre al titolare il bene (libertà di circolazione, diritto di proprietà, ecc.);
- l'obbligo di porre in essere comportamenti od azioni positive (diritto alla salute, diritto all'istruzione, ecc.).


In ogni caso la titolarità di una posizione di diritto soggettivo comporta la possibilità di azionare tale diritto, anche nei confronti delle pubbliche autorità, avanti il **giudice ordinario**. Non basta tuttavia l'affermazione di una posizione soggettiva come diritto soggettivo per radicare correttamente la pretesa davanti al giudice ordinario. Ad es. se la pretesa attiene alla contestazione dei modi attraverso i quali la pubblica autorità ha dato attuazione nelle forme dell'azione amministrativa alle norme di legge che attuano il diritto soggettivo, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo (ne costituisce esempio il contenzioso sulla determinazione del numero di ore di sostegno agli alunni con certificazione handica ex art 12 ss. L. n 104/1992)

### **3.3.2 Interesse legittimo**

Se la protezione che viene assicurata rispetto al bene della vita è "indiretta" e si attua assicurando unicamente un esercizio legittimo e corretto di una funzione amministrativa, allora si parla di INTERESSE LEGITTIMO.

Per "interesse legittimo" deve infatti intendersi

*"la posizione di vantaggio riconosciuta ad un soggetto in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo di facoltà atte ad influire sul corretto esercizio del potere medesimo,*



*in modo da assicurare che la tutela degli interessi pubblici sia resa compatibile, per quanto possibile, con la pretesa del singolo rispetto al medesimo bene".*

Se l'interesse legittimo viene sacrificato nel senso che tali facoltà di partecipazione all'esercizio del potere non sono state rispettate o vi è stato un sacrificio della pretesa al bene non giustificata o eccedente rispetto alle esigenze generali o se sono state violate norme di legge o principi dell'azione amministrativa, si potrà ricorrere al **giudice amministrativo** per richiedere l'annullamento del provvedimento ed ottenere un nuovo esercizio del potere amministrativo.

### **3.4 Attività amministrativa vincolata ed attività amministrativa discrezionale**

Fermo restando che l'attività amministrativa è sempre subordinata alla legge e che questa deve indicare sia i fini che l'amministrazione deve perseguire sia i tipi di atti che devono essere adottati nelle varie circostanze, esistono ipotesi in cui:

- la disciplina legislativa prevede in dettaglio ogni elemento e presupposto dell'azione amministrativa
- ed altre in cui la legge attribuisce all'amministrazione un maggior spazio decisionale.

Nella prima ipotesi si è in presenza di un'attività amministrativa **VINCOLATA**:



Nel secondo di un'attività amministrativa **DISCREZIONALE**:



La discrezionalità amministrativa non va intesa come corrispondente alla libertà o all'autonomia dei soggetti privati, in quanto anche quando si è in presenza di un'attività discrezionale, l'amministrazione è sempre tenuta a perseguire le finalità indicate dalla legge e ad individuare il regime della fattispecie comparando tutti gli interessi (pubblici e privati) coinvolti e rispettando i principi generali e le regole procedurali che le sono proprie.

La distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale viene utilizzata ampiamente dalla giurisprudenza per distinguere nei casi dubbi se la posizione del privato coinvolto va qualificata come diritto soggettivo o come interesse legittimo. Si afferma infatti che sussiste la prima posizione in presenza di attività vincolata e la seconda in caso di attività discrezionale.

### **3.5 L'illecito e la responsabilità della pubblica amministrazione**

Come ogni altro soggetto dell'ordinamento anche la pubblica amministrazione è tenuta a rispettare le leggi e risponde delle conseguenze negative dei comportamenti antigiuridici, posti in essere cioè in violazione di norme o principi. Tali comportamenti danno luogo ad un ILLECITO, che sarà penale, civile o amministrativo a seconda della tipologia di sanzione che l'ordinamento prevede per quella specifica situazione.

La relazione giuridica che intercorre tra l'autore dell'illecito ed il fatto dannoso ed il soggetto che tale danno ha subito si definisce RESPONSABILITA'. Anch'essa sarà



- penale
- civile
- amministrativa

in base al medesimo criterio di cui sopra.

Gli elementi che fanno sorgere la responsabilità sono quindi la condotta antigiuridica (l'illecito) ed il pregiudizio per i terzi o per l'ordinamento (il danno). Nel caso in cui la condotta antigiuridica sia posta in essere nell'esercizio di un'attività amministrativa la responsabilità è sia dell'amministrazione che del funzionario che materialmente pone in essere la condotta.

Dispone infatti l'art. 28 della Cost. che

*i funzionari e i dipendenti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti.*

E' detto pure che in tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato ed agli enti pubblici. Tale "estensione" non vale quindi per la responsabilità penale - che è solo personale, secondo quanto prevede l'art. 27 Cost.

### **3.5.1 Responsabilità penale**

A proposito della responsabilità penale in ambito pubblico occorre ricordare che il codice penale prevede e punisce una serie di condotte tipiche sia del pubblico funzionario che

dell'incaricato di pubblico servizio (es. peculato - concussione - corruzione - abuso d'ufficio - rifiuto di atti d'ufficio - rivelazione di segreti d'ufficio - interruzione di pubblico servizio, ecc.).

Di contro anche la P.A. stessa ed i funzionari risultano protetti da comportamenti arbitrari dei privati nei loro confronti, anch'essi previsti e puniti dal codice penale (violenza o minaccia a un pubblico ufficiale - resistenza ad un pubblico ufficiale - violenza o minaccia ad un corpo politico, amministrativo o giudiziario - interruzione di un ufficio o servizio pubblico - oltraggio, ecc.).

All'avvenuta perpetrazione di un delitto contro la p.a, commesso *a fini patrimoniali* (es.abuso di ufficio), si ricollegano anche altre responsabilità. Così gli articoli 6 e 7 della legge n. 97/2001 fanno obbligo all'autorità giudiziaria penale di trasmettere la sentenza di condanna alla Corte dei conti perché svolga *accertamenti patrimoniali* a carico del condannato finalizzati a promuovere, ove ne ricorrano i presupposti, una eventuale azione di *responsabilità amministrativa*.

### **3.5.2 Responsabilità civile**

La responsabilità civile della P.A. può essere, come quella di tutti gli altri soggetti, di tre tipi:

- a) contrattuale: derivante dalla violazione degli obblighi connessi all'esecuzione di un contratto;
- b) precontrattuale: per la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nella trattativa che precede un contratto;





- c) extracontrattuale: che deriva dalla violazione del principio generale del "*neminem laedere*", che tutela quindi da tutti i comportamenti che producono un danno ingiusto, cioè antigiuridico.

Oggi alla luce della giurisprudenza più recente ci può essere responsabilità civile della P.A., del tipo b) e c) anche nel caso di danno conseguente alla violazione di un interesse legittimo.

La responsabilità extracontrattuale richiede inoltre che sussista il requisito della colpa, cioè che l'agente abbia operato in violazione delle regole della normale diligenza, prudenza e perizia o di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

Per alcuni autori sussiste anche una responsabilità civile della P.A. per atti leciti, con riferimento alle ipotesi previste dalla normativa in cui è previsto un obbligo di dare indennizzo per un sacrificio imposto al cittadino in conformità alla legge (per es. in caso di espropriazione per pubblica utilità).

### **3.5.3 Responsabilità amministrativa**

Con la responsabilità amministrativa l'ordinamento giuridico tutela la pubblica amministrazione stessa quando essa "a causa di violazione dolosa o gravemente colposa di obblighi di servizio da parte di un dipendente, subisca un danno economico (materiale, o immateriale, come ad esempio anche un danno alla cd."immagine" o prestigio della p.a., suscettibile di valutazione economica).

Dall'accertata sussistenza di questo tipo di responsabilità nasce a carico del dipendente l'obbligo di risarcire l'amministrazione.

La responsabilità amministrativa è quindi caratterizzata dai seguenti elementi:

- il primo di carattere *psicologico*, consistente nel dolo o nella colpa grave
- il secondo di carattere *oggettivo*, consistente nel danno causato alla p.a.
- l'ultimo di tipo *causale*, consistente appunto nell'esistenza di un nesso specifico tra la condotta illecita e l'evento dannoso.
- il funzionario pubblico può essere coinvolto in giudizi per questo tipo di responsabilità nelle due ipotesi di responsabilità amministrativa (detta anche amministrativo-contabile) e di responsabilità contabile).

Si tratta dunque :

- di una responsabilità personale;
- il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni;
- i soggetti individuati normativamente o secondo la configurazione dell'organizzazione hanno l'obbligo di denunciare alla procura regionale della Corte dei Conti i fatti che hanno provocato il danno;
- il Procuratore regionale, prima della citazione in giudizio del presunto responsabile, invita lo stesso a depositare, entro trenta giorni dalla comunicazione memorie e documenti.

La responsabilità contabile è in rapporto di species rispetto al più ampio genus rappresentato dalla responsabilità amministrativo-contabile. Infatti mentre quest'ultima può colpire qualsiasi dipendente, alla responsabilità





contabile soggiacciono esclusivamente i cd. *agenti contabili*, nonchè tutti coloro che, anche senza alcuna investitura formale, si trovino comunque a maneggiare o ingerirsi nella gestione di somme o beni o valori di appartenenza dello Stato.

I giudizi per l'accertamento della responsabilità amministrativo-contabile e contabile rientrano nella giurisdizione della **Corte dei Conti**, organo che opera con due livelli di processo - primo grado ed appello - e con la presenza e l'azione di una Procura (sul modello quindi del processo penale).

#### *Responsabilità disciplinare*

Altra forma di responsabilità del funzionario pubblico è quella disciplinare, che sorge per violazione dei doveri e dei canoni di comportamento inerenti la propria posizione di dipendente. La sussistenza di tale responsabilità è dichiarata previo svolgimento di un procedimento disciplinare interno all'amministrazione, nell'ambito del quale il dipendente deve poter esercitare il proprio diritto alla difesa e che si conclude con l'eventuale irrogazione delle sanzioni disciplinari. Queste ultime devono essere proporzionate alla condotta e possono consistere anche nella destituzione (o nel licenziamento per il personale contrattualizzato).

Un'ulteriore forma di responsabilità è quella **dirigenziale** introdotta per la prima volta dal dpr n.748 del 72 e poi rielaborata alla luce delle riforme che hanno portato, a metà degli anni 90 alla privatizzazione del rapporto di lavoro anche nei confronti dell'intera classe dirigenziale pubblica. Ad essa è dedicato l'art. 21 d.lgs n. 165/2001 così come sostituito dall'art. 3 della l. 145/2002, che dispone: "*1. Il mancato raggiungimento degli obiettivi, ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente, valutati con i sistemi e le garanzie di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, comportano, ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo, l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. In relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione può, inoltre, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all'articolo 23, ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo*".

Sulla classe dirigente si poggiano oggi non solo responsabilità legate al corretto svolgimento dell'azione amministrativa vera e propria, ma anche compiti organizzativi e manageriali. Va precisato che la c.d. responsabilità dirigenziale non sostituisce le preesistenti responsabilità giuridiche (civile, penale, amministrativa e disciplinare) che vengono espressamente fatte salve dalla legge (v. art. 55 del d. lgs. n. 165/2001), ma si aggiunge ad esse.

### **3.6 I rimedi giurisdizionali**

In ogni caso in cui la pubblica amministrazione ponga in essere un comportamento antigiusdizionale e produca un danno è possibile rivolgersi ad un giudice.

L'art. 24 Cost. stabilisce il principio che

*"tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi"*

ed il successivo art. 113 recita che:



*"contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa". "Tale tutela non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti".*

*"La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti dell'amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa".*

In applicazione di questi principi il sistema attuale di tutela giurisdizionale contro la P.A. si articola, in via generale, nel modo che segue:

- tutela dei diritti soggettivi: avanti il giudice ordinario;
- tutela degli interessi legittimi: avanti il giudice amministrativo (salvi i casi eccezionali nei quali il giudice amministrativo giudica anche dei diritti soggettivi).

Nel primo caso il giudizio verte sulla condotta materiale della P.A. produttiva del danno e sulla sua conformità alla legge. Il giudice ordinario non può annullare, né revocare, né modificare gli atti amministrativi, ma li disapplica ove non conformi a legge. E' inoltre precluso al giudice ordinario di condannare la pubblica amministrazione ad una condotta specifica che consista in una determinata manifestazione del potere amministrativo. Sarà invece possibile che l'amministrazione venga condannata al risarcimento del danno od ad un comportamento materiale (es. restituzione di un bene).

Al giudice amministrativo, competente per la lesione degli interessi legittimi, invece si richiede proprio di intervenire sull'atto amministrativo, annullandolo ove sia viziato per violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere.

In alcune materie particolari (es. edilizia ed urbanistica, servizi pubblici) vi è un'attribuzione di competenza esclusiva al giudice amministrativo, indipendentemente dal tipo di posizione soggettiva fatta valere.



## **4. L'organizzazione amministrativa**

### **4.1 Sintesi**

Nella sessione precedente abbiamo acquisito i principi fondamentali del diritto amministrativo, ovvero le regole generali in base alle quali vengono perseguiti e soddisfatti concretamente gli interessi della comunità.

Obiettivo della presente sessione è quello di chiarire chi siano i soggetti competenti a perseguire gli interessi pubblici e attraverso quali strumenti organizzativi, quali mezzi e strutture essi operino.

Quanto ai soggetti competenti, si potrebbe rispondere che l'amministrazione è compito dello Stato; ciò non è scorretto, in effetti, se tale termine viene inteso in senso lato. E' tuttavia limitativo, poiché non permette di cogliere lo spiccato pluralismo che caratterizza l'organizzazione amministrativa e che risulterà di tutta evidenza proseguendo in questa lezione.

Individuati i soggetti titolari dei compiti di amministrazione, vedremo quali rapporti e relazioni possono instaurarsi tra essi. Accenneremo poi alla disciplina dei mezzi, materiali e finanziari, e del personale, con particolare riferimento alla recente vicenda della privatizzazione.

Successivamente, nella sessione quinta, ci occuperemo invece delle modalità e delle procedure attraverso le quali i soggetti competenti soddisfano gli interessi della comunità.

### **4.2 Il sistema dei soggetti pubblici**

Nelle sessioni che precedono è stato spiegato come una comunità di individui, per esistere in quanto tale, non possa rinunciare ad organizzarsi. Attraverso la propria organizzazione essa, infatti, pone le regole della convivenza tra consociati, ne impone il rispetto, persegue gli interessi che le appartengono. In breve, attraverso la propria organizzazione una comunità si governa.

L'organizzazione di governo della comunità statale è un'organizzazione molto complessa ed articolata.



Essa si compone a propria volta di più organizzazioni, ossia

- dello **Stato**;
- degli **enti pubblici territoriali** (regioni, province, comuni città metropolitane);
- degli **enti pubblici non territoriali** distinti dallo Stato, per quanto sempre, più o meno strettamente, collegati ad esso (**ad es. INPS, INAIL, ecc.**).

In alcuni casi funzioni amministrative sono attribuite a soggetti formalmente esterni all'organizzazione amministrativa, normalmente soggetti privati, tanto persone fisiche quanto persone giuridiche. Quando ciò avviene si parla di **munera**, riferendosi con tale termine sia ai soggetti titolari delle funzioni pubbliche, sia alle funzioni stesse. Un esempio di *munus* è offerto dalla figura del notaio, che è titolare di funzioni pubbliche pur non facendo parte dell'organizzazione pubblica.

Trattando dei principi del diritto costituzionale abbiamo visto che i pubblici poteri sono titolari di più funzioni fondamentali. In particolare, ad essi fanno capo:

- la funzione legislativa
- la funzione giurisdizionale
- la funzione amministrativa (detta anche esecutiva).

Quest'ultima funzione consiste, come è già stato accennato, nella cura in concreto degli interessi della collettività (anche nell'esercizio delle funzioni legislative e giurisdizionale si curano, per definizione, interessi pubblici, ma ciò avviene in modo meno diretto, mediato).

La funzione amministrativa è svolta attraverso un apparato complesso che prende il nome di pubblica amministrazione. Ai sensi del comma 2 dell'art. 1 del d.lgs n. 165 del 2001: "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* ”.

A livello statale la funzione amministrativa è attribuita al Governo ed è svolta dall'apparato ministeriale. Ai sensi dell'art. 95 Cost i Ministri sono responsabili individualmente degli atti dei loro dicasteri mentre le attribuzioni e l'organizzazione dei Ministeri sono disciplinati dalla legge. Il numero e l'organizzazione dei ministeri è stato oggetto di rilevanti modifiche ad opera del d.lgs. 300 del 1999 e successive modifiche. Nell'ottica di un ridimensionamento dell'intervento statale in linea con i contenuti della legge 59 del 1997 (legge Bassanini):

- il numero dei ministeri è stato ridotto;
- è stata poi modificata la loro struttura, che viene suddivisa in dipartimenti;
- scompaiono i segretari generali e i direttori generali (salvo che per tre ministeri); vengono inoltre istituite le agenzie, allo scopo di esercitare quelle funzioni di carattere tecnico-operativo oggi di competenza dei ministeri, al servizio non solo delle amministrazioni statali, ma anche regionali e locali. Tra le varie agenzie possono citarsi, ad esempio, l'Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici, le Agenzie fiscali, l'Agenzia per la protezione civile, etc.

Importantissime funzioni di coordinamento dell'attività dei ministri spettano alla **PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI**, della quale il d.lgs. 303 1999 ha ridisciplinato l'organizzazione e le funzioni.

A livello periferico l'amministrazione statale è presente tramite il **PREFETTO** al quale sono attribuite importanti funzioni di

- ordine pubblico,
- protezione civile,
- riconoscimento delle persone giuridiche,
- etc..

Il Prefetto è preposto in ogni capoluogo di provincia alla Prefettura, trasformata dal d.lgs. 300 del 1999 in Ufficio territoriale del Governo, e assume le funzioni di Commissario di Governo (solo il prefetto del capoluogo della regione, poiché il commissario è organo istituito a livello regionale), che esercita il controllo sulla legislazione regionale e svolge funzioni di coordinamento.

Anche il **SINDACO**, principale esponente del comune, quindi di un ente locale, a particolari fini (quali la tenuta dell'anagrafe, la formazione delle liste di leva, l'emanazione di ordinanze per fare fronte a situazioni di emergenza), assume la veste di organo dello Stato.

Fanno poi parte dell'amministrazione statale numerosi organi consultivi e di controllo, tra i quali tre sono previsti dalla stessa Costituzione:

- **CNEL** (Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro)



- **CONSIGLIO DI STATO** (che oltre a svolgere funzioni giurisdizionali ha anche funzioni consultive)
- **CORTE DEI CONTI.**

Un rapido cenno deve poi farsi alle **AUTORITA' AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI** che sono amministrazioni non dipendenti direttamente dal Governo, titolari di autonomia organizzativa e funzionale, istituite allo scopo di esercitare funzioni di controllo e sanzionatorie in rilevanti settori della pubblica amministrazione che vengono definite "sensibili" a causa della loro importanza e delicatezza. Possono citarsi, ad esempio, l'Autorità garante della concorrenza ed il mercato, della privacy, della radiodiffusione, etc.

In ambito regionale, invece, le funzioni amministrative spettano alla Giunta ed al suo Presidente, così come in ambito locale spettano alla Giunta provinciale e comunale ed al Sindaco o al Presidente della provincia.

Sempre in ambito locale svolgono importanti funzioni di amministrazione altri enti quali, senza pretese di completezza:

- le Asl,
- le camere di commercio, dell'industria e dell'artigianato (CCIAA),
- gli Uffici scolastici regionali e provinciali, etc..

In base alle disposizioni della legge 142 del 1990, modificata dalla legge 127 del 1997 (l. Bassanini bis) e della legge 29 del 1993, modificata dal d. lgs. 80/1998, è stata introdotta nell'ordinamento una netta separazione di competenze tra **organi politici e dirigenti**.

Ai primi spettano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, ai secondi le funzioni di gestione.

In particolare, gli organi politici adottano gli atti relativi alla definizione degli obiettivi e dei programmi.

I dirigenti, nel rispetto di tali indirizzi, adottano gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno e gli atti di gestione finanziaria (tra gli atti espressamente attribuiti ai dirigenti possono elencarsi, a titolo di esempio, la stipulazione dei contratti, gli atti relativi alle procedure di appalto, il recupero dei crediti, i pagamenti delle spese, etc.).

A proposito delle attribuzioni, anche amministrative, delle regioni e degli enti locali deve dirsi che esse sono garantite, innanzitutto, dagli articoli 117 e 118 della Costituzione. Il dettato Costituzionale, tuttavia, ha tardato moltissimo ad essere attuato. Un importante passaggio di competenze alle regioni, ed agli altri enti locali mediante subdelega, si ebbe solo nel 1977 con il d.p.r. 616. Un ulteriore consistente impulso al rafforzamento delle autonomie locali fu operato dalla legge n. 59 del 1997 e dal d. lgs. 112 del 1998, seguite dalla riforma dell'intero titolo V della Costituzione attuato con l. cost. n. 3 del 2001.

In particolare l'art. 118 Cost ha disposto l'attribuzione delle funzioni amministrative 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.

Le funzioni amministrative devono essere attribuite ai soggetti più vicini alle comunità, a patto che essi siano in grado di provvedere a dette funzioni, hanno prodotto una situazione in base alla quale





- tutti i compiti non espressamente conservati allo Stato sono di competenza delle regioni;
- tutte le funzioni che non richiedono l'unitario esercizio a livello regionale vengono a propria volta conferite alle province, ai comuni ed agli altri enti locali (quanto alle attribuzioni proprie di questi enti, si consideri, ad esempio, che il comune ha rilevanti funzioni, tra l'altro, circa la gestione del proprio territorio; la provincia, invece, in relazione alla difesa del suolo, alle risorse idriche ed energetiche, ai beni culturali, ai rifiuti, etc.).

#### **4.3 Persone giuridiche, uffici, organi**

L'essere umano, per il fatto stesso di essere nato, acquista la capacità di essere titolare di diritti, di interessi e di doveri. Esso, con la vita biologica, acquista anche, si potrebbe dire, una "vita giuridica".

Come detto, momento imprescindibile nella vita di una comunità è la creazione di una struttura, che a propria volta comporta l'istituzione di soggetti ulteriori e diversi dalle singole persone fisiche. La stessa comunità, del resto, può rilevare come soggetto autonomo che si aggiunge ai soggetti che le preesistono e la compongono.

Per indicare che anche tali soggetti possono, in modo simile all'uomo, essere titolari di diritti e di doveri, si dice che essi sono "persone" (perché la persona, come detto, è un soggetto per definizione destinatario di diritti e doveri), e di tale personalità si aggiunge che è "giuridica", per distinguerla da quella che è attributo naturale dell'essere umano.

La **persona giuridica** è quindi un soggetto, diverso dalle persone fisiche, che ha l'attitudine all'imputazione di situazioni giuridiche, con ciò intendendo, appunto, che possono essere titolari di diritti, interessi, doveri. Non tutti gli organismi superindividuali sono persone giuridiche, spettando tale qualificazione solo a quegli enti (pubblici o privati) ai quali l'ordinamento (o per effetto della sola previsione legislativa o per effetto di un atto amministrativo) la riconnette. Esistono infatti organismi superindividuali privi di personalità giuridica (ad es. le associazioni non riconosciute, i comitati). Nel caso di organismi superindividuali privi della personalità giuridica, le persone fisiche che hanno agito per conto dell'ente sono responsabili in caso di insufficiente capienza del patrimonio dell'ente.

Nel nostro ordinamento tanto gli enti pubblici territoriali (Stato, Regioni, etc.) quanto gli altri enti pubblici sono **persone giuridiche pubbliche**.

Il predicato della pubblicità sta ad indicare che saranno destinatari di norme particolari.

La persona fisica, tuttavia, non è solamente centro di imputazione di situazioni giuridiche; essa è anche capace di porre in essere atti cui l'ordinamento ricollega effetti, è cioè in grado di agire in modo giuridicamente rilevante. Si esprime ciò dicendo che ha la capacità di agire.



Anche ai soggetti pubblici si è ritenuto opportuno attribuire la capacità di agire. Essi, quindi, sono in grado di operare nell'ordinamento ed esprimono e rendono operativa la propria volontà attraverso i propri uffici-organo.

L'**ufficio** è l'unità organizzativa di cui si compone ogni organizzazione. Esso può avere le dimensioni più varie ed è costituito da uomini e mezzi cui sono attribuiti compiti specifici.

Bisogna distinguere

- i "**meri uffici**", che svolgono attività non destinate ad assumere rilevanza all'esterno dell'organizzazione di cui fanno parte,
- dagli "**uffici organi**", che hanno una rilevanza funzionale esterna ossia svolgono un'attività destinata, direttamente o indirettamente, a produrre effetti all'esterno dell'organizzazione.

Con il termine organo, quindi, si indica l'unità funzionale attraverso la quale la persona giuridica agisce in modo rilevante per l'esterno.

Ufficio ed organo possono insomma considerarsi due concetti di cui il primo ricomprende il secondo, con l'avvertenza che spesso, tuttavia, parlando di organo si tende a porre maggior enfasi sulla componente personale dell'ufficio.

Il sostantivo organo trova ragion d'essere nell'avvicinamento logico tra persona giuridica e persona fisica che viene compiuto al fine di descrivere il modo di essere e di operare nell'ordinamento dei soggetti di creazione convenzionale. Infatti, come le persone fisiche agiscono attraverso i propri organi anatomici (le mani, gli organi fonatori, il cervello), così le persone giuridiche agiscono mediante i propri organi-ufficio.

#### **4.4. Relazioni tra enti, tra organi, tra uffici e rapporti di controllo**

Abbiamo visto che l'organizzazione amministrativa si compone di più organizzazioni, a propria volta strutturate in uffici.

Ora, il concetto stesso di organizzazione sottende l'esistenza di relazioni tra i soggetti che fanno parte della struttura organizzativa.







Abbiamo così un insieme di legami che si sviluppa ad un duplice livello:

- tra le organizzazioni (si parla al proposito di relazioni intersoggettive)
- tra i vari uffici ed uffici-organo (relazioni interorganiche).

#### **4.4.1 Relazioni interorganiche**

Per quanto riguarda le relazioni interorganiche, che descrivono la posizione reciproca dei vari organi ed uffici di uno stesso soggetto, deve distinguersi a seconda che tali organi si trovino tra loro in una relazione di

- **GERARCHIA** (con organi ed uffici sovraordinati ad altri)
- **EQUIORDINAZIONE** (organi ed uffici posti sul medesimo piano).

Quando tra due uffici od organi sussiste un **rapporto gerarchico**, l'organo superiore ha diversi poteri di interferenza sull'attività dell'organo subordinato.

Il potere di direzione si sostanzia nella indicazione di obiettivi e modalità di esercizio dell'attività amministrativa. Esso viene esercitato attraverso l'emanazione di circolari (direttive), alle quali tuttavia il soggetto subordinato non è tenuto ad attenersi senz'altro, essendogli concesso di sottrarsi alla loro osservanza quando sussistano idonee ragioni di ordine pubblico.

Il potere di sostituzione comporta l'adozione, da parte di un ufficio, di atti di competenza di altro ufficio quando questo, nonostante la diffida a provvedere, rimanga inadempiente.

L'organo sovraordinato è inoltre titolare di poteri di controllo che si esercitano attraverso ispezioni miranti a valutare l'attività complessiva degli altri uffici oppure attraverso il controllo su singoli atti e la loro eventuale revoca.

Il modello gerarchico costituisce la regola generale per i rapporti tra uffici dirigenziali posti a differenti livelli (art. 15 del d. lgs. 165 del 2001).

Nel diverso caso in cui i vari organi ed uffici si trovino in una **relazione di equiordinazione**, si pone il problema del coordinamento della loro attività.

A tale problema si fa fronte talvolta attraverso la costituzione di un organo apposito che si pone, rispetto ai soggetti da coordinare, in una posizione sovraordinata: gli atti attraverso i quali questo provvede al coordinamento, infatti, possono essere assimilati alle direttive di cui si è appena detto.

In altri casi, invece, si procede attraverso l'attribuzione di funzioni coordinatorie ad uno degli stessi organi con riferimento all'attività dei quali si impone l'armonizzazione. In tale evenienza non sussistono poteri di direzione, ma soltanto di armonizzazione, nel rispetto delle autonome determinazioni di ciascun ufficio.

Se, in una prospettiva statica, tra i vari organi ed uffici possono rinvenirsi le relazioni di gerarchia - equiordinazione, in una prospettiva dinamica tra gli stessi si possono instaurare rapporti di delegazione, avocazione o sostituzione.

In caso di **DELEGAZIONE** un soggetto delega ad altro soggetto funzioni di propria competenza. Si tratta di un tipo di rapporto molto diffuso, che implica il sorgere di poteri di controllo e di direzione in capo al soggetto delegante.



I rapporti di **AVOCAZIONE**, invece, presuppongono da parte di un organo l'esercizio di una funzione propria di altro organo, ove sussistano particolari ragioni di interesse pubblico che lo richiedano.

Dei rapporti di **SOSTITUZIONE**, poi, si è già detto a proposito delle relazioni gerarchiche, proprio perché è di regola nell'ambito di questo tipo di relazioni che si instaurano.

In ogni caso i rapporti descritti possono essere costituiti solo quando la legge lo consenta. Ciò è dovuto alla regola costituzionale (art. 97) che impone, in principio, il rispetto delle sfere di competenza proprie di ciascun ufficio, tanto nello svolgersi delle relazioni di tipo gerarchico quanto di quelle di tipo equiordinato.

#### **4.4.2. Relazioni intersoggettive**

Le relazioni intersoggettive, come abbiamo già visto, intercorrono tra le diverse organizzazioni, cioè tra lo Stato, le Regioni, le Province, i Comuni e gli altri enti pubblici.

E' necessario trattare delle posizioni reciproche dello Stato rispetto agli altri enti pubblici territoriali separatamente da quella di questi (Stato, Regioni, etc.) rispetto agli enti pubblici.

Le relazioni esistenti tra gli enti pubblici territoriali si caratterizzano, da un lato, per la posizione di supremazia dello Stato, dall'altro per l'autonomia garantita alle Regioni, Province e Comuni.

La supremazia statale si manifesta in molteplici modi: solo a scopo di esempio può ricordarsi che lo Stato, in linea di principio, è l'unico soggetto rilevante nell'ambito dei rapporti internazionali o ancora che solo ad esso (salve le potestà attribuite per alcune materie alle regioni a statuto speciale) è riconosciuto il potere di dettare norme di principio.

L'autonomia riconosciuta agli altri enti pubblici territoriali, invece, si sostanzia in limiti rilevanti all'esercizio della supremazia statale (posti a tutela delle attribuzioni degli enti) ed è giustificata dal fatto che tutti gli enti pubblici territoriali, non solo lo Stato, sono posti come diretta espressione della comunità.

Quanto agli enti pubblici, deve dirsi che questi, seppur dotati di soggettività giuridica propria, si trovano quasi sempre in una relazione di strumentalità rispetto agli enti pubblici territoriali.

Detta relazione può assumere contenuti differenti:

- in alcuni casi il collegamento è così stretto che l'ente rileva quasi come un ufficio statale o di un altro ente pubblico territoriale il quale, di conseguenza, ha la piena disponibilità dell'ente e può, ove opportuno, trasformarlo o sopprimerlo;
- in altri casi l'ente pubblico presenta una individualità più spiccata rispetto all'ente pubblico territoriale. Quando ciò avviene la relazione di strumentalità ricorre non tanto tra l'ente pubblico territoriale, ma tra quest'ultimo e l'attività dell'ente. Tale attività rimane quindi rimessa al potere di disposizione dello Stato o della Regione, al quale è invece sottratto l'ente in quanto tale.



Descritte le relazioni intercorrenti tra le diverse organizzazioni, vediamo ora, in una prospettiva dinamica, quali rapporti possono instaurarsi tra le stesse.

Può innanzitutto accadere, e si tratta di cosa particolarmente frequente nella pratica, che un soggetto pubblico affidi ad altro una propria funzione, dettando, ove opportuno, i criteri per l'esercizio della stessa e conservando il potere di revoca. Il termine tecnico adoperato per descrivere questo tipo di rapporto è **DELEGAZIONE**.

In altri casi un soggetto amministrativo, per l'esercizio delle proprie funzioni, si serve di uffici di un altro soggetto. Si instaura a tal fine un rapporto di **AVVALIMENTO**, che non comporta, come invece avviene per il caso precedente, alcun trasferimento di funzioni. Anche questo tipo di rapporto è particolarmente diffuso nella pratica. Possono citarsi ad esempio gli articoli 24 e 29, del decreto legislativo n. 300 del 1999, che consentono ad alcuni Ministeri e ad altri soggetti di avvalersi degli uffici delle CCIAA. e degli Uffici territoriali di Governo

Ricorre poi il rapporto di **SOSTITUZIONE** quando un soggetto pubblico compie atti di competenza di altro soggetto che si sia mantenuto inadempiente. La stessa idea di inadempienza implica che l'atto trascurato sia previsto come obbligatorio dalla legge. E' inoltre necessario, prima di procedersi alla sostituzione, che l'ente inadempiente sia diffidato dal mantenersi tale.

Come nel caso della delegazione, anche qui c'è un trasferimento di funzioni: essendo tuttavia differenti, come è evidente, i presupposti, al soggetto sostituito non spetterà alcun potere di direttiva o di controllo.

Deve poi aggiungersi che tra i diversi soggetti pubblici potranno instaurarsi, in linea di principio, tutti i rapporti basati sul diritto privato (i rapporti descritti sopra hanno invece natura pubblicistica), attraverso, ad esempio, la stipulazione di contratti. Ciò è conseguenza del fatto che la capacità giuridica riconosciuta ai soggetti pubblici ha portata generale e comprende la capacità di diritto comune. Il medesimo discorso non può essere fatto, invece, con riferimento agli organi ed uffici, i quali, salvo casi discussi ed eccezionali, non hanno personalità giuridica.

L'ente pubblico territoriale ha comunque - anche se con gradazioni differenti a seconda del caso - la potestà di ingerirsi nell'attività dell'ente, di fissarne i programmi, di sottoporre a controllo i principali atti, di controllarne la gestione.

#### **4.4.3. I controlli**

Si è fatto cenno più sopra ai poteri di controllo sussistenti in capo agli organi sovraordinati rispetto a quelli subordinati, ad enti ed organi in caso di delega di funzioni, ai pubblici poteri sugli enti nell'ambito delle relazioni di strumentalità.

Di fatto i rapporti di controllo possono assumere svariate forme e seguire modalità molteplici, sia a livello di relazioni interorganiche che a livello di relazioni intersoggettive.

Nel primo caso si parlerà di "**controlli interni**", in quanto esercitati, appunto, all'interno dei vari soggetti dell'organizzazione;



Nel secondo caso di "**controlli esterni**", poiché esercitati da un soggetto su altro soggetto, o comunque tra organi di soggetti diversi.

Quanto ai controlli interni, devono menzionarsi recenti interventi normativi che hanno introdotto nuovi tipi di controlli allo scopo di verificare ed incentivare l'efficienza della p.a., in risposta ai principi di buon andamento (art. 97 Cost.) e di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa (legge 241 del 1990).

Ci si riferisce alla legge 142 del 1990, che ha previsto la possibilità che negli enti locali venisse introdotto un sistema di **CONTROLLO DI GESTIONE** allo scopo di valutarne e migliorarne l'efficienza, al d. lgs. 77 del 1995 che ha reso tale controllo obbligatorio, al d.lgs. 29 del 1993 modificato dal d.lgs. 286 del 1999 in base al quale le Amministrazioni, nell'ambito della propria autonomia, devono istituire controlli interni articolati in:

- **Controllo di regolarità amministrativa e contabile**, che mira a garantire la legittimità e correttezza dell'azione amministrativa;
- **Controllo di gestione**, che tende a garantire l'efficienza ed economicità della stessa;
- **Valutazione della dirigenza** che ha ad oggetto le prestazioni ed il comportamento dei dirigenti in rapporto agli esiti degli altri tipi di controllo;
- **Controllo strategico** che mira a valutare "l'adeguatezza delle scelte compiute in sede di attuazione di piani, programmi e strumenti di determinazione dell'indirizzo politico".

Per quanto riguarda l'ambito intersoggettivo, e quindi i **controlli esterni**, le leggi di riforma intervenute negli anni '90 – L. n. 20/1994 modificata dalla L. n. 639/1996 – hanno inciso profondamente sulla competenza della Corte dei conti. Attualmente sono sottoposti al controllo preventivo di legittimità:

- i provvedimenti emanati a seguito della deliberazione del Consiglio dei ministri (art. 2 legge 23 agosto 1988 n. 400);
- atti del Presidente del Consiglio dei ministri e atti dei ministri aventi ad oggetto la dotazione delle piante organiche, il conferimento di incarichi di funzioni dirigenziali, le direttive generali per l'indirizzo e lo svolgimento dell'azione amministrativa;
- atti normativi a rilevanza esterna, atti di programmazione comportanti spese ed atti generali attuativi di norme comunitarie;
- provvedimenti dei comitati interministeriali di riparto o di assegnazione dei fondi ed altre deliberazioni emanate nelle materie di cui sopra;
- provvedimenti di disposizione del demanio e del patrimonio immobiliare;
- decreti che approvano contratti delle amministrazioni dello Stato, escluse le aziende autonome: attivi di qualunque importo; di appalto d'opera, se di importo superiore al valore in ECU stabilito dalla normativa comunitaria per l'applicazione delle procedure di aggiudicazione dei contratti stessi; altri contratti passivi, se di importo superiore ad un decimo del valore indicato;



- decreti di variazione del bilancio dello Stato, di accertamento dei residui e di assenso preventivo del Ministero del tesoro all'impegno di spese a carico degli esercizi successivi;
- atti per il cui corso sia stato impartito l'ordine scritto del Ministro;
- atti che il Presidente del consiglio richieda di sottoporre temporaneamente a controllo preventivo o che la Corte dei conti deliberi di assoggettare, per un periodo determinato, a controllo preventivo, in relazione a situazioni di continua e diffusa irregolarità rilevate in sede di controllo successivo;
- i decreti di cui all'art. 21, comma terzo, della legge 23 agosto 1988 n. 400 (il terzo comma dell'art. 21 è stato abrogato dal decreto legislativo n. 303 del 1999, relativo al riordino della Presidenza del Consiglio).

Alla Corte dei conti compete anche un controllo successivo sulla gestione e, nell'esercizio di detta funzione è chiamata a verificare "la legittimità e la regolarità delle gestioni, nonché il funzionamento dei controlli interni a ciascuna amministrazione. Accerta, anche in base all'esito di altri controlli, la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge valutando comparativamente costi, modi e tempi dello svolgimento dell'azione amministrativa".

Per quanto riguarda invece il sistema di controllo dello Stato sulle Regioni e delle regioni sugli enti locali (prima svolto rispettivamente dalla Commissione di controllo sugli atti delle Regioni presieduta dal Commissario del governo, nonché dai CORECO sugli atti degli enti locali), la riforma del titolo V della Costituzione ( legge cost. n. 3 del 2001), con l'abrogazione degli art. 125 Cost. e 130 Cost. ha cancellato tali tipologie di controllo

#### **4.5 I beni**

L'art. 42 della Costituzione afferma che "la proprietà è pubblica o privata". Anche lo Stato e gli altri enti pubblici, quindi, possono essere titolari di diritti su beni, ed in particolare del diritto di proprietà.

Bisogna subito precisare, tuttavia, che quando si parla di beni pubblici non ci si riferisce a tutti i beni di proprietà di enti pubblici, ma solo a quelli che siano destinati ad una funzione pubblica.

Avremo quindi anche beni di proprietà di enti pubblici che però non possono essere considerati pubblici in senso proprio. Si tratterà di beni produttivi di reddito, per lo più, e soggetti alle regole del diritto comune (salvo che per la loro alienazione). Ci si riferisce a tali beni come ai beni del **PATRIMONIO DISPONIBILE** per distinguerli dai beni patrimoniali indisponibili, di cui si dirà immediatamente.

Il Codice Civile dedica gli articoli 822 e seguenti ai beni appartenenti allo Stato ed agli altri enti pubblici. Distingue

- i beni del **DEMANIO PUBBLICO** - tra i quali elenca il lido del mare, i fiumi, i laghi, le opere destinate alla difesa ed, in quanto appartengano allo Stato, le strade, gli immobili d'interesse storico, gli aerodromi, le strade ferrate, etc.-



- dai beni del **PATRIMONIO INDISPONIBILE**, di cui fanno parte le foreste, le miniere, le cose di interesse storico, etc.

Tale classificazione è stata tuttavia rielaborata dalla dottrina più recente, che ha proposto una sistematica dei beni pubblici più significativa dal punto di vista della disciplina applicabile.

Secondo questa ripartizione, si distinguono:

- i **beni patrimoniali disponibili**
- i **beni riservati**
- i **beni a destinazione pubblica**

Quanto ai **beni patrimoniali disponibili**, si è detto come ad essi venga applicata, in linea di principio, la normativa di diritto comune.

Un regime giuridico speciale, invece, si applica ai beni pubblici in senso proprio. Questi vengono distinti in:

1. **beni riservati**
2. **beni a destinazione pubblica.**

Dei primi (beni riservati) fanno parte i beni elencati all'art. 822, comma 1 del codice civile (il lido del mare, le acque, etc.) ed alcuni altri (quali le miniere di cui all'art. 826, 2° comma). Essi sono caratterizzati dalla appartenenza necessaria allo Stato, di cui sono corollari, ad esempio, l'incommerciabilità assoluta e la non assoggettabilità ad esecuzione forzata.

I beni a destinazione pubblica (che comprendono tutti i beni, non riservati, destinati ad una pubblica funzione tra i quali le strade, le ferrovie, gli acquedotti, etc.) sono invece sottoposti ad un regime di incommerciabilità che può dirsi relativa, in quanto non possono essere sottratti alla loro destinazione, e quindi, ad esempio, non possono essere espropriati, se non a seguito di un atto della stessa Amministrazione.

La disciplina dei beni pubblici è poi caratterizzata dal regime di autotutela amministrativa.

L'art. 823, 2° comma del codice civile stabilisce a tal proposito che, allo scopo di tutelare i beni pubblici, l'autorità amministrativa possa - oltre che avvalersi dei mezzi normali, quali il ricorso al giudice ordinario - anche procedere in via amministrativa, cioè autonomamente (come non è mai concesso di fare, se non in casi eccezionalissimi, ai privati cittadini), contro la violazione delle proprie facoltà sui beni.

Un caso particolare, nell'ambito dei beni appartenenti a soggetti pubblici, è quello rappresentato dal denaro.

Il denaro si ritiene faccia parte, normalmente, del patrimonio disponibile, con la conseguenza dell'assoggettabilità a procedure esecutive, salvo che non sia stato reso indisponibile mediante un atto che lo abbia destinato a particolari fini pubblici.

#### **4.6 I mezzi finanziari**

Per svolgere le funzioni ad essa assegnate, l'Amministrazione necessita di risorse umane e mezzi materiali, tra i quali rivestono un'importanza peculiare i mezzi finanziari. I mezzi finanziari di uno stato possono provenire sia da beni produttivi di reddito, sia da tributi cui siano tenuti i cittadini.





Nel caso dello Stato italiano, essi provengono in massima parte dal prelievo tributario, motivo per cui si parla di finanza da tributi e non da patrimonio.

Grande importanza ha, nell'ambito della gestione finanziaria, l'istituto del **BILANCIO PREVENTIVO**, che costituisce il programma di tutte le operazioni finanziarie da realizzarsi nel corso dell'anno finanziario (coincidente dal 1964 con l'anno solare), indica cioè tutte le entrate e le spese che l'ente prevede per l'esercizio a venire.

La legge, oltre al bilancio annuale, prevede anche il bilancio pluriennale (introdotto dalla legge 468 del 1978 per lo Stato, dalla legge 335 del 1976 per le regioni, dalla legge 421 del 1979 per le province ed i comuni con più di 20.000 abitanti e dalla legge 131 del 1983 per gli altri comuni, ove previsto con decreto del Ministero dell'Interno), che copre un periodo non inferiore a tre anni, viene aggiornato ogni anno e non ha l'effetto di vincolo tipico del bilancio annuale.

L'effetto di vincolo caratteristico del bilancio consiste nel fatto che non è possibile spendere, per ciascun oggetto, più di quanto previsto nel bilancio stesso per quel determinato oggetto.

Il bilancio preventivo viene espresso sia in termini di **competenza** che di **cassa**.

Con le previsioni di competenza si indica ciò che si prevede di impegnare (quanto alle uscite) e ciò che si prevede di accertare (quanto alle entrate). Le previsioni di cassa, invece, indicano rispettivamente le somme che si prevede di spendere e di incassare effettivamente.

La differenza tra le due grandezze (entrate accertate - entrate riscosse; uscite impegnate - uscite pagate) dà luogo ai cd. residui che risultano in modo definitivo da un altro documento contabile, il **BILANCIO CONSUNTIVO** o **RENDICONTO** che viene redatto a fine esercizio.



#### 4.7 L'impiego pubblico privatizzato

Sino a non molto tempo addietro il rapporto di lavoro con le Amministrazioni pubbliche rientrava nell'alveo del diritto amministrativo.



La concezione, oramai superata, del **rapporto tra Amministrazione ed impiegato** come esplicazione del potere sovrano, giustificava:

- l'applicazione allo stesso di norme e principi di diritto pubblico;
- la sottoposizione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Con il decreto legislativo n. 29 del 1993 (la delega risale alla legge 421/1992), e con numerose norme successive tra le quali spiccano i decreti n. 80 e 387 del 1998 e la cd. l. Bassanini (l. n. 59/97) confluiti infine nel d. lgs 165 del 2001 e succ. mod, la materia è stata tuttavia profondamente innovata giungendosi ad una assimilazione rilevante della disciplina del rapporto di pubblico impiego a quella del rapporto ordinario (risentendo di ciò anche la terminologia: alla tradizionale espressione "rapporto di pubblico impiego", infatti, il d. lgs. 29 sostituisce "rapporto di lavoro dei dipendenti delle Amministrazioni pubbliche").

La *ratio* della riforma va ricercata nella maggiore idoneità della disciplina di matrice privatistica a valorizzare il lavoro rendendolo più flessibile e produttivo.

A seguito delle innovazioni in questione la disciplina privatistica diviene direttamente applicabile; in base all'art. 2, 2° comma del d. lgs., n. 165 del 2001,

*"i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto".*



La stessa norma aggiunge poi che eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro destinate ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi; ai sensi del successivo 3° comma, infatti, i rapporti individuali di lavoro sono regolati contrattualmente, tanto da contratti individuali che collettivi.

L'art. 51, poi, afferma l'applicabilità al rapporto della legge 300 del 1970 (Statuto dei lavoratori).

Gli atti di gestione del rapporto, in conseguenza della tendenziale privatizzazione, non sono più espressione di potere autoritativo, ma hanno natura privatistica (con la conseguenza che la loro eventuale impugnazione avverrà di fronte al giudice ordinario nel termine di prescrizione e non davanti al giudice amministrativo nel termine decadenziale di 60 giorni); il rapporto sorge da un contratto individuale di lavoro.

Restano assoggettati alla disciplina pubblicistica

- i principi fondamentali dell'organizzazione,
- gli organi e gli uffici,
- i ruoli (ossia gli elenchi dei dipendenti in servizio),
- le dotazioni organiche
- alcuni aspetti del rapporto quali i procedimenti per l'accesso al lavoro, quelli di avviamento, le incompatibilità, le responsabilità e profili relativi alla disciplina delle mansioni (la assegnazione a mansioni superiori viene infatti regolata diversamente da quanto avviene nello Statuto dei lavoratori).

Quanto ai doveri dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, essi si traggono dalla Costituzione, dal codice civile, e dallo stesso Statuto degli impiegati civili dello Stato del 1957, che resta applicabile nonostante la riforma. Sussiste così

- un obbligo di fedeltà (art. 98 Cost., e 2105 c.c.),
- di diligenza (art. 2014 c.c. e 13 dello Statuto imp. Civ.)

e poi, sempre ai sensi dello Statuto,

- di attenersi al segreto di ufficio,
- l'obbligo della residenza,
- il dovere di condotta irrepreensibile,
- il dovere di obbedienza.

L'art. 54 del d. lgs. 165 del 2001 e succ. mod. stabilisce poi che il Dipartimento della funzione pubblica definisca un **codice di comportamento**, ove siano indicati i doveri qualificanti lo status del dipendente delle pubbliche amministrazioni.

Quanto al profilo della giurisdizione, alla competenza esclusiva del giudice amministrativo (cui si accompagnava la competenza del giudice ordinario per le questioni relative, essenzialmente, al risarcimento dei danni), a partire dal 30 giugno 1998 si sostituisce, secondo il disposto dell'art. 2 della legge 421 del 1993 e dell'art. 63 del d. lgs. n. 165 del 2001 e succ. mod. quella del pretore del lavoro, oggi giudice unico.

La riforma non si applica, invece, per espressa esclusione



- ai magistrati,
- agli avvocati e procuratori dello Stato,
- al personale militare e delle forze di polizia,
- al personale della carriera diplomatica e prefettizia,
- in via transitoria, ai professori e ricercatori universitari (art. 2, comma 1, lett. E, della legge delega).

Per quanto riguarda il personale delle Regioni, invece, si fa rinvio a successivi interventi legislativi che, nel rispetto dei principi della riforma, tengano altresì conto delle peculiarità dei singoli ordinamenti.

Deve aggiungersi che sulla legittimità della normativa in questione ha avuto modo di pronunciarsi, positivamente, la Corte Costituzionale nella sentenza n. 309 del 16 ottobre 1997.



## 5 L'attività amministrativa

### 5.1 Sintesi

Nella presente sessione vedremo come la p.a. manifesti la propria volontà attraverso gli atti amministrativi. Tra gli atti amministrativi particolare rilievo assumono i provvedimenti, che sono atti dotati di una forza particolare, in quanto in grado di incidere sulle posizioni giuridiche dei cittadini.

Se la volontà della p.a. si manifesta attraverso atti amministrativi, essa si forma per mezzo del procedimento amministrativo, a propria volta costituito da un insieme di atti, concatenati in base a regole rigorose tali da garantire il rispetto di principi fondamentali quali quello di pubblicità, celerità e partecipazione.

Dalle regole relative al procedimento discendono, in capo ai cittadini, vari diritti cd. procedurali. Tra questi fondamentali sono il diritto

- ad essere informati dell'avvio del procedimento,
- a conoscere il nominativo del responsabile del procedimento,
- a intervenire nel procedimento presentando memorie e documenti, il diritto a che queste produzioni siano valutate dal responsabile del procedimento,
- ad avere accesso agli atti del procedimento,
- ad ottenere che il procedimento si concluda entro determinati termini con l'adozione di un provvedimento espresso,
- ad essere informati circa l'autorità di fronte alla quale impugnare l'atto conclusivo e del relativo termine di decadenza.

Di seguito analizzeremo l'**atto amministrativo** sotto il profilo della patologia. L'atto invalido può essere nullo, annullabile o irregolare.

L'**irregolarità** è la condizione patologica più lieve. La **nullità**, al contrario, è conseguenza dei vizi più gravi, quali la mancanza di un elemento essenziale, e fa sì che l'atto possa considerarsi non esistente. L'**annullabilità**, che discende da incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere, condiziona invece la produzione degli effetti dell'atto al fatto della mancata impugnazione dello stesso.

In conclusione della sessione approfondiremo i concetti di

- **trasparenza**
- **riservatezza**

nelle loro reciproche connessioni e interferenze.

La legge 241 del 1990 ha infatti introdotto nel nostro ordinamento un generale principio di pubblicità dell'azione amministrativa (che si estrinseca, tra l'altro, mediante la previsione del diritto di accesso ai documenti in possesso della p.a.), mentre con la cd. legge sulla privacy ci si è mossi in direzione opposta, dando luogo a alcune ambiguità.

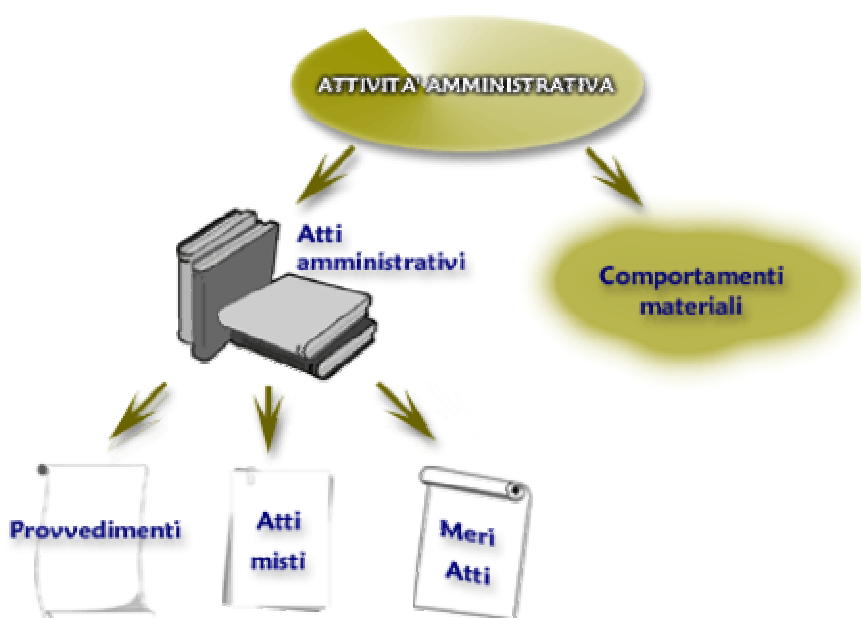
Non si deve comunque dimenticare che le disposizioni sul diritto di accesso contenute nella legge 241, come fa notare il Garante per la privacy, non sono state abrogate.

## 5.2 Nozione ed elementi dell'atto amministrativo

L'attività amministrativa, intesa come attività di cura in concreto degli interessi pubblici, può assumere la forma di atto amministrativo o di comportamento materiale.

I comportamenti materiali consistono in un tipo di attività di fatto con la quale la p.a. dà attuazione a norme di legge o di regolamento, oppure alla propria volontà manifestata mediante atti precedentemente posti in essere.

Gli atti attraverso i quali la p.a. manifesta la propria volontà costituiscono invece la categoria degli atti amministrativi propriamente detti. Essi si distinguono a propria volta in meri atti, provvedimenti e atti misti.



I **MERI ATTI** consistono in manifestazioni di conoscenza o di giudizio (si pensi ai certificati, le proposte, i pareri). Essi mancano della capacità di incidere sulla posizione giuridica dei soggetti terzi (manca cioè la caratteristica della imperatività).

Gli atti imperativi si dicono invece **PROVVEDIMENTI**. Si tratta, in sintesi, di quegli atti attraverso i quali la p.a. manifesta la propria volontà e, al fine di soddisfare un interesse pubblico, incide sulle posizioni giuridiche dei soggetti.

Gli **ATTI MISTI** sono manifestazioni di conoscenza o di giudizio che hanno anche, talvolta solo potenzialmente, contenuto provvedimentale. Si pensi ad un atto di controllo: se il controllo ha esito positivo esso si limiterà a darne atto (giudizio), se ha esito negativo si risolverà in un annullamento (giudizio + provvedimento).

A motivo dell'idoneità ad incidere sulle posizioni dei terzi (pregiudicandone gli interessi talvolta anche ingiustamente) i provvedimenti occupano una posizione centrale nello studio dell'attività amministrativa.



Caratteristiche fondamentali dei provvedimenti amministrativi sono l'imperatività, la tipicità, l'esecutività, l'esecutorietà e l'inoppugnabilità.

Dell'**imperatività** (o autoritarietà) si è già detto.

La **tipicità** consiste nel fatto che non possono essere emanati atti che non siano previsti dalla legge.

L'**esecutività** indica la circostanza per cui il provvedimento può essere portato ad esecuzione. Aggiungendo che il provvedimento è dotato di esecutorietà ci si riferisce invece al fatto che esso può essere portato ad esecuzione anche coattivamente, ossia contro la volontà dei soggetti sulla posizione dei quali esso va ad incidere.

All'esecutorietà del provvedimento amministrativo è dedicato l'art. **21-ter.** della legge n. 241 del 1990 e succ. mod. sul procedimento amministrativo che prevede:

"Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Il provvedimento costitutivo di obblighi indica il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato. Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge."

L'**inoppugnabilità** del provvedimento consiste nella impossibilità di opporvisi mediante impugnazione. Essa sorge allo scadere dei termini di decadenza previsti per la proponibilità dei ricorsi amministrativi e giurisdizionali (30 e 120 giorni per i primi, 60 giorni per i secondi).

Gli elementi di cui si compongono gli atti amministrativi possono distinguersi in elementi essenziali ed elementi accidentali; mentre i primi, ove mancanti, determinano la nullità o l'annullabilità dell'atto, gli elementi accidentali, come suggerisce il termine stesso, possono esservi o meno senza che ciò incida sulla validità o esistenza dell'atto.

Sono **elementi essenziali** dell'atto amministrativo il soggetto, la volontà, l'oggetto, la causa, la forma e la motivazione.

Il **soggetto** è, intuitivamente, l'autorità che emette l'atto.

La **volontà** consiste, sostanzialmente, nel legame tra il soggetto e ciò che viene disposto, che deve essere consapevolmente voluto.

L'**oggetto** viene da alcuni indicato nella cosa (bene, fatto, comportamento) su cui l'atto va ad incidere. Altri, forse più correttamente, lo individuano in ciò che è disposto, ciò che è voluto.

La **causa** può definirsi come l'interesse pubblico che l'atto tende a soddisfare.

La **forma** consiste nel modo di manifestarsi dell'atto. La legge richiede spesso che l'atto assuma la forma scritta.

La **motivazione**, consiste nell'indicazione dei motivi per cui l'atto è stato posto in essere. L'obbligo della motivazione è stato sancito dall'art. 3 della legge 241 del 1990 con riferimento a tutti gli atti amministrativi, eccettuati gli atti normativi (quali i regolamenti) e quelli a contenuto generale.

### 5.3 Classificazione degli atti amministrativi

In dottrina possono trovarsi diversi modelli di classificazione degli atti amministrativi, né, probabilmente, è possibile individuare quello in assoluto più corretto. Qui di seguito, tuttavia, seguiremo, in linea di massima, il modello proposto da uno degli autori più autorevoli (VIRGA), per le qualità descrittive ed esemplificatrici.

Abbiamo visto come gli atti amministrativi si distinguano in provvedimenti, meri atti ed atti misti.

I provvedimenti a propria volta si suddividono in

- **ATTI NEGOZIALI**
- **ACCERTAMENTI COSTITUTIVI**



I primi sono caratterizzati dal fatto che la p.a., nel porli in essere, ha un potere di valutazione piuttosto ampio circa il contenuto da dare agli stessi, o addirittura circa la loro emanazione. Negli accertamenti questo potere è molto ridotto, nel senso che la p.a. dovrà limitarsi a verificare se sussistano i presupposti per la loro adozione.

Con le doppie frecce che, nello schema che precede, pongono in relazione i diversi tipi di atti negoziali ed accertamenti costitutivi si è voluta evidenziare la circostanza che ad ogni tipo di atto negoziale corrisponde, quanto al contenuto, un tipo di accertamento costitutivo. Tra gli elementi di ciascun binomio la differenza consiste, come detto, solo nel diverso grado del potere di valutazione rimesso alla p.a..

Così, mediante tanto gli atti di **ammissione** quanto quelli di **iscrizione** i soggetti vengono ammessi in una categoria, al fine di renderli partecipi di vantaggi determinati (ad es., l'ammissione ad un concorso). Mentre, tuttavia, nel





primo caso la p.a. gode di un ampio potere discrezionale, nel secondo deve solo limitarsi a verificare la sussistenza dei requisiti richiesti.

Lo stesso si dica delle **autorizzazioni** e delle **registrazioni**, con le quali vengono rimossi limiti all'esercizio di un diritto (ad es., la registrazione dei quotidiani); delle concessioni e delle assegnazioni, con cui vengono attribuiti diritti (ad es., l'assegnazione di alloggi, la concessione della cittadinanza); delle dispense ed esenzioni, con le quali si esonera un soggetto dal rispetto di determinati obblighi; delle sovvenzioni e dei sussidi, con cui viene attribuito un beneficio economico.

L'**ordine**, invece, è quel provvedimento (che non trova corrispondenti tra gli accertamenti costitutivi) con il quale si impone un determinato comportamento ad un soggetto; può avere un contenuto positivo, risolvendosi in un comando (di fare, dare o di sopportare qualcosa), o negativo, dando luogo ad un divieto.

#### **5.4 La disciplina generale del procedimento amministrativo**

Con l'espressione **procedimento amministrativo** si indica l'insieme degli atti che devono essere posti in essere e delle regole che devono essere rispettate dalla p.a. perché possa giungersi all'emanazione di un provvedimento amministrativo.

La disciplina generale del procedimento amministrativo è contenuta nella legge 241 del 1990 ("Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi", abbreviata in l. proc.).

Con questo testo normativo sono stati introdotti diversi principi relativi al procedimento amministrativo ed è stata attribuita ai cittadini una serie di diritti cd. procedurali.

I principi del procedimento consistono innanzitutto nella **FUNZIONALIZZAZIONE** dello stesso: ciò significa che il procedimento deve tendere al soddisfacimento di interessi prefissati; afferma infatti l'art. 1 della l. proc. che "l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge".

Il procedimento deve poi ispirarsi a criteri di **SEMPLIFICAZIONE** e **CELERITA'** (in base all'art. 1 della l. proc. l'attività amministrativa è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza ). E' infatti vietato alla p.a. di aggravare il procedimento "se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria" (art. 1, 2° comma).

Nella stessa direzione tende l'art. 18 laddove dispone che le amministrazioni provvedano ad adottare le misure organizzative necessarie a garantire l'applicazione delle disposizioni in tema di autocertificazione (al proposito si veda anche l'ultimo paragrafo), ed esenta il cittadino che si trovi nella necessità di provare all'amministrazione fatti, stati e qualità dall'onere di presentare i documenti che li attestino, qualora la medesima amministrazione ne sia già in possesso, o sia tenuta a certificarli . L'amministrazione procedente può richiedere agli interessati i soli elementi necessari per la ricerca dei documenti

L'art. 14 e seguenti della legge 241 del 90 e succ. mod, inoltre - allo scopo di evitare passaggi inutili o di dilatare troppo i tempi nei casi in cui sia previsto



l'intervento nel procedimento di altri soggetti pubblici - prevedono la possibilità di indire una conferenza di servizi (mediante la quale vengono acquisite in un'unica sede le determinazioni di più amministrazioni consentendo di evitare il ricorso ad intese, concerti, assensi) Peraltro, anche al di fuori dell'ipotesi di Conferenza di servizi, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune (art. 15)., Inoltre la normativa dispone che il parere obbligatorio degli organi consultivi deve essere reso entro 45 giorni

In caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere o senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, è in facoltà dell'amministrazione richiedente di procedere indipendentemente dall'acquisizione del parere. Tali disposizioni non si applicano in caso di pareri che debbano essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini Nel caso in cui l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie il termine di cui 45 giorni può essere interrotto per una sola volta e il parere deve essere reso definitivamente entro quindici giorni dalla ricezione degli elementi istruttori da parte delle amministrazioni interessate Qualora il parere sia favorevole, senza osservazioni, il dispositivo è comunicato telegraficamente o con mezzi telematici.

Gli articoli 19 e 20, poi, prevedono due particolari meccanismi attraverso i quali viene notevolmente accelerato o addirittura azzerato il tempo necessario ad ottenere autorizzazioni, abilitazioni o permessi che condizionino l'esercizio di attività private. Si tratta, innanzitutto, della **denuncia di inizio attività**, in base alla quale determinate attività possono essere iniziate immediatamente dopo la comunicazione fatta alla p.a., salvo la possibilità, per quest'ultima, di intervenire vietandone la prosecuzione (art. 19).

In secondo luogo dell'istituto del **silenzio-assenso** in virtù del quale determinate altre attività si reputano assentite ove, nonostante il silenzio della p.a., sia spirato il termine previsto per ciascuna categoria di atti da appositi regolamenti.

Si oppone, inoltre, alla possibilità che un procedimento si dilunghi in modo indefinito la previsione generale dell'art. 2:

"comma 2. Con uno o più regolamenti adottati ai sensi dell'*articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400*, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro per la funzione pubblica, sono stabiliti i termini entro i quali i procedimenti di competenza delle amministrazioni statali devono concludersi, ove non siano direttamente previsti per legge. Gli enti pubblici nazionali stabiliscono, secondo i propri ordinamenti, i termini entro i quali devono concludersi i procedimenti di propria competenza. I termini sono modulati tenendo conto della loro sostenibilità, sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, e della natura degli interessi pubblici tutelati e decorrono dall'inizio di ufficio del procedimento o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è ad iniziativa di parte.

comma 3. Qualora non si provveda ai sensi del comma 2, il termine è di novanta giorni.



*Altro principio fondamentale è quello della **MOTIVAZIONE**. "Ogni provvedimento amministrativo", recita l'art. 3 della l. proc., "deve essere motivato", ossia "indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria". Non soggiacciono all'obbligo della motivazione gli atti normativi e quelli a contenuto generale.*

*Le regole sul procedimento sono poi informate al principio di **TRASPARENZA** di cui lo stesso obbligo di motivazione è espressione.*

In base a questo principio è imposto alla p.a. di indicare il termine e l'autorità avanti la quale il provvedimento, con cui il procedimento si conclude, può essere impugnato e di permettere l'accesso alle informazioni ed ai documenti di cui essa sia in possesso (per maggiori delucidazioni circa tali obblighi si vedano anche le parti che seguono).

Altro fondamentale principio è quello di **PARTECIPAZIONE**, in virtù del quale è fatto obbligo alla p.a. di comunicare "ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge devono intervenire" l'inizio del procedimento (art. 7).

Inoltre "qualunque soggetto [...] cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, ha facoltà di intervenire nel procedimento" (art. 9).

Lo stesso principio, ulteriormente, impone che a tutti i soggetti contemplati dai due articoli appena citati sia concesso di prendere visione degli atti del procedimento e di presentare memorie scritte e documenti, che, ove pertinenti, l'amministrazione ha l'obbligo di valutare.

Sempre in un'ottica tendente a favorire al massimo l'ingresso nel procedimento degli interessi e delle ragioni di colui la cui posizione potrebbe risentire del provvedimento in via di adozione, l'art. 11 prevede due tipi di accordo tra quest'ultimo e la p.a..

In base al primo modello l'accordo è lo strumento attraverso il quale viene determinato il contenuto discrezionale del provvedimento.

Il secondo tipo di accordo (detto sostitutivo), invece, sostituisce il provvedimento e conclude il procedimento.

Non deve poi dimenticarsi che il procedimento amministrativo si informa al principio della **NECESSARIA ISTRUTTORIA**, per cui la p.a. deve acquisire tutti gli elementi, sia di fatto che di diritto, relativi alla situazione concreta su cui va ad incidere il potere esercitato. Del rispetto di tale regola la p.a. deve rendere conto mediante la motivazione.

L'istruttoria è diretta dal responsabile del procedimento.

#### **5.4.1 Il responsabile del procedimento**

Le pubbliche amministrazioni sono tenute a determinare, per ciascun tipo di procedimento, l'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria, dell'adozione del provvedimento finale e di ogni altro adempimento procedimentale. Devono inoltre stabilire quale delle persone fisiche interne all'unità organizzativa abbia la responsabilità delle medesime attività di cui sopra.

E' stabilito, in ossequio ai principi di trasparenza e partecipazione, che l'unità organizzativa competente ed il nominativo del responsabile del



procedimento siano comunicati, comunque, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed, a richiesta, a tutti gli interessati.

Il responsabile del procedimento è, come anticipato, il soggetto che organizza e dirige l'istruttoria; ai sensi dell'art. 6 della l. proc., infatti, egli *"valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione del provvedimento"*.

*"Accerta d'ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria; in particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica delle dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici, ispezioni ed ordinare l'esibizione di documenti"*.

Il responsabile del procedimento, inoltre, può adottare – ove ne abbia la competenza il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. ma tale competenza può essere attribuita anche ad un soggetto diverso; propone l'indizione della conferenza di servizi e cura le comunicazioni e le pubblicazioni previste dalla legge e dai regolamenti.

Fondamentale è il ruolo del responsabile del procedimento nei confronti dei soggetti interessati dall'esercizio del potere; rispetto a questi egli si pone come l'interlocutore naturale, il punto di riferimento nell'ambito dell'amministrazione procedente, il quale rileva che finalmente dovrebbe aversi un nome e cognome, in modo da sapere a chi rivolgersi).

#### **5.4.2 I diritti procedurali**

I diritti che la legge 241 fa sorgere in capo ai soggetti interessati dal procedimento sono per lo più estrinsecazione dei principi esposti poco più sopra. Poiché tuttavia essi sono della massima importanza, anche da un punto di vista pratico, sembra opportuno procedere ad una loro più puntuale ricognizione.

Deve dirsi innanzitutto che la legge individua determinate circostanze al verificarsi delle quali sorge in capo alla p.a. l'obbligo di avviare il procedimento. Talvolta tra queste circostanze viene posta l'istanza del soggetto interessato al provvedimento: in tale caso in capo a questo soggetto sorgerà il **DIRITTO ALL'AVVIO DEL PROCEDIMENTO**.

Corollario di questo diritto è il diritto alla **CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO** che si è detto come debba avvenire entro determinati termini, mediante l'adozione di un provvedimento espresso e motivato che deve essere notificato al destinatario con l'indicazione del soggetto cui proporre eventuale impugnazione e del relativo termine di decadenza.

Si consideri che il mancato rispetto di una qualunque di queste prescrizioni rende annullabile il provvedimento che sia stato ciononostante adottato.

Cosa succederà, tuttavia, nel caso in cui non si giungesse all'adozione del provvedimento (la questione sarà di particolare rilievo in tutti quei casi in cui l'istanza aveva ad oggetto un'autorizzazione, un permesso, ovvero un provvedimento ampliativo delle facoltà del suo autore)?

In tale situazione bisognerà distinguere a seconda che la legge ricollegli o meno un significato a tale inerzia.



Nel primo caso, poi, deve ulteriormente scindersi l'ipotesi in cui ad essa attribuisca un significato positivo (si parlerà allora di silenzio-assenso, e l'atto si avrà per adottato) o negativo (silenzio-rigetto).

Qualora invece la legge taccia sarà necessario, secondo la giurisprudenza, diffidare la p.a. a provvedere e nel caso in cui la stessa si mantenga inadempiente, l'atto potrà essere considerato rifiutato (silenzio-rifiuto).

La materia è stata oggetto di intervento normativo ad opera della Legge 11 febbraio 2005, n. 15, la quale ha aggiunto il comma 4 *bis* all'art. 2 della L. n. 241/1990, secondo il quale alla scadenza dei termini per la conclusione del procedimento, come stabiliti dai commi 2 e 3 del medesimo art. 2, il ricorso avverso il silenzio può essere immediatamente proposto senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente. Parallelamente la stessa L. n. 15/05 ha introdotto nell'art. 8 della L. n. 241/90 la lettera c-bis), secondo la quale la comunicazione di avvio del procedimento deve contenere l'indicazione della data entro la quale deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione. Il comma 4 *bis* consente, inoltre, la proponibilità del ricorso entro un anno dalla formazione del silenzio e non nell'ordinario termine di decadenza di sessanta giorni.

#### 5.4.3 I vizi dell'atto amministrativo

Quando l'atto amministrativo posto concretamente in essere diverge, sotto i profili che individueremo di seguito, dall'astratto modello normativo, si dice invalido.

L'invalidità dell'atto si manifesta sotto tre diverse forme patologiche:

- la **nullità** o **inesistenza**,
- l'**annullabilità**, a propria volta scomponibile in illegittimità ed inopportunità
- l'**irregolarità**.







La **nullità** è la forma più grave di invalidità; essa determina la giuridica inesistenza dell'atto amministrativo che quindi non produrrà alcun effetto e potrà essere contestata in ogni tempo - non c'è infatti nessun termine di decadenza - da chiunque vi abbia interesse.

Alla nullità dell'atto amministrativo è dedicato l'art. **21-septies. della legge 241 del 1990 aggiunto dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, che così recita:**

*"È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge. Le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo".*

Essa sorge, come evidenziato nello schema, in caso di

- **mancanza di un elemento essenziale** dell'atto (ad esempio mancanza della volontà, quando l'atto sia stato emesso dall'organo costretto da violenza fisica);
- **incompetenza assoluta** (che si verifica quando l'atto sia stato posto in essere da un'autorità appartenente a tutt'altro settore dell'amministrazione rispetto a quello competente);
- **carenza di potere** (ossia quando sia stato esercitato un potere che nessuna norma prevede).
- **violazione del giudicato.**

L'**atto annullabile**, invece, è un atto invalido che ciononostante, finché non venga annullato (dalla stessa amministrazione o dal giudice), produce gli effetti che gli sono propri. Esso può essere impugnato solo dal soggetto interessato ed entro un breve termine di decadenza scaduto il quale l'atto diviene definitivo (salva la possibilità, per la p.a., di rimuoverlo nell'esercizio dell'autotutela).

**Ai sensi dell'art.21-octies.della legge 241 del 1990 aggiunto dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15,:**

*"1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. 2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".*

L'invalidità può derivare da un vizio di merito (e allora l'atto si dice inopportuno), ma deve notarsi che ciò può avvenire esclusivamente nei casi previsti da norme di legge. Normalmente l'atto annullabile è invalido in quanto presenta vizi di legittimità, che consistono nella

- **violazione di legge**
- **incompetenza**



- **eccesso di potere.**

La violazione di legge consiste nel fatto della contraddittorietà tra il contenuto dell'atto e norme di diritto,

- sia in quanto non siano state applicate (mentre avrebbero dovuto esserlo),
- sia in quanto siano state applicate in un'ipotesi diversa da quella dalle stesse prevista

(si parla nel primo caso di mancata applicazione e di falsa applicazione nel secondo).

Con il termine legge si indica tanto la legge formale, quanto i decreti legge, decreti legislativi, regolamenti, statuti, consuetudini, regolamenti comunitari e direttive, ove immediatamente vincolanti nell'ordinamento interno.

L'incompetenza è il vizio proprio dell'atto che sia stato emanato da un organo diverso da quello cui la legge attribuisce il potere. Deve tuttavia trattarsi di un organo appartenente allo stesso settore di amministrazione di cui fa parte l'organo competente; diversamente, l'atto sarebbe viziato da incompetenza non relativa ma assoluta e sarebbe conseguentemente nullo.

Rientrano nel **vizio di incompetenza** anche casi quali quello in cui l'atto sia stato emanato

- da un funzionario in posizione di incompatibilità
- da un organo collegiale irregolarmente composto.

L'**eccesso di potere** è il vizio determinato dalla violazione di regole non scritte, ma profondamente radicate nei concetti di esercizio del potere e di discrezionalità.

Tali regole consistono nel principio della funzionalizzazione del potere, in base al quale l'atto deve perseguire l'interesse previsto dalla legge e non altri, e nei precetti di logica ed imparzialità.

La giurisprudenza ha individuato alcune **figure tipiche di eccesso di potere**: in particolare parla di

- **sviamento** quando l'atto non persegua l'interesse pubblico, ma quello di un privato o di un gruppo (sviamento dall'interesse pubblico), oppure un interesse pur sempre pubblico ma diverso da quello tipico rispetto al quale il potere è previsto dall'ordinamento (sviamento dalla causa tipica);

devono poi elencarsi

- il **difetto di motivazione**, che sussiste ove la motivazione non sia sufficiente o manchi del tutto (da ritenersi costituire vizio di violazione di legge, dopo che, con la L n. 241/1990, l'obbligo di motivazione è stato consacrato in una disposizione di legge).
- la **contraddittorietà** tra le varie parti della motivazione, tra la motivazione ed il dispositivo o tra il dispositivo e precedenti manifestazioni di volontà,
- il **travisamento dei fatti**, che sussiste ove vengano dati per esistenti fatti inesistenti o viceversa,
- la **disparità di trattamento** di casi simili,
- la **violazione di circolare**,





- la **mancata predeterminazione** dei criteri di attribuzione di benefici,
- la **violenza morale** o il **dolo**, ossia il caso in cui il funzionario adotti l'atto spinto da violenza non fisica (in tale caso, come detto, l'atto sarebbe nullo e non annullabile) o dopo essere stato tratto in inganno.

**Ai sensi dell'art. 21-nonies. della legge 241 del 1990 aggiunto dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15,** Il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato d'ufficio, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge, quando sussistano ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati (autotutela amministrativa). Inoltre è anche possibile la convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole

### ***5.5. La gestione delle informazioni in ambito pubblico***

#### ***5.5.1 Trasparenza***

Attraverso l'affermazione del principio di trasparenza si mira ad attribuire ai cittadini il potere di controllo democratico dell'attività amministrativa e a garantire quindi, sostanzialmente, che essa si svolga in effetti nel rispetto delle regole che le si riferiscono.

Si tratta di un principio complesso, nel senso che si compone a propria volta di più principi, ossia:

- Il principio di partecipazione;
- La regola della necessaria motivazione;
- Il principio di pubblicità del procedimento;
- Il principio di pubblicazione degli atti finali del procedimento;
- Il diritto di accesso.

Come si vede, si tratta dei principi che informano la legge sul procedimento. Infatti, se in un primo momento il principio di trasparenza è sorto in virtù dell'opera di interpretazione della giurisprudenza, esso è stato successivamente recepito da varie leggi con riferimento a settori determinati e dalla legge 142 del 1990 limitatamente agli enti locali, sino ad essere posto, da ultimo, come principio di applicazione generale dalla legge 241 del 1990.

Delle varie regole elencate si è già detto più sopra. E' qui necessario, invece, soffermarsi sul **diritto di accesso**.

Con la legge 241 del 1990 il diritto di accesso ha trovato finalmente una sua precisa collocazione concettuale e normativa, ponendosi in maniera esplicita come una precisa facoltà del cittadino e realizzando così una netta inversione della regola della segretezza che da prassi costante si è trasformata in ipotesi eccezionale, cioè operativa solo nei casi espressamente previsti.

La legge 15/2005 ha riscritto in parte l'art 22 della legge 241 del 1990. E' stato introdotto un puntuale glossario dei termini più significativi quali diritto di accesso, interessati, controinteressati, documento amministrativo, pubblica



amministrazione Inoltre il diritto di accesso ha assunto rilevanti finalità di pubblico interesse in quanto " *principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza*". La norma inoltre specifica che esso attiene " *ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, secondo comma lettera m) della Costituzione*". Mentre la formulazione originaria dell'art. 22 riconosceva il diritto di accesso esclusivamente in favore di chi avesse interesse " *per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti*" (e successivamente il regolamento di attuazione all'art. 2 precisava che l'accesso potesse essere esercitato "da chiunque vi abbia un interesse personale e concreto per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti") l'art.22 nel testo vigente come modificato dalla legge n. 15 del 2005 definisce " *interessati*" all'accesso " *tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata (prima era "rilevante") e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*". La previsione appare più restrittiva rispetto al passato proprio in relazione alla sostituzione del termine *rilevante* con *tutelata*.

Quanto alla nozione di documento, essa consiste in "ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale

L'art. 24 sempre della legge 241 del 1990 indica gli atti per i quali l'accesso non è consentito o è limitato. L'esclusione riguarda i documenti coperti da segreto di Stato e da altri casi di segreto o divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento; i procedimenti tributari; l'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione; i procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi.

E' inoltre delegato alle singole amministrazioni il compito di individuare le singole categorie di documenti che debbano essere sottratti all'accesso in relazione all'esigenza di salvaguardare la sicurezza nazionale, le relazioni internazionali, la politica monetaria e valutaria, l'ordine pubblico e la riservatezza di terzi.

Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'*articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196*, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale..

In base all'art. 24 della legge sul procedimento l'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento



Quanto alle **modalità di accesso**, questo può avvenire mediante esame od estrazione di copia ed è gratuito (salvo il rimborso del costo delle copie).

La domanda di accesso **deve essere motivata**, così come deve essere motivato l'atto con il quale l'accesso venga rifiutato, differito o limitato (art. 25, commi 2 e 3).

Trascorsi trenta giorni dalla data della richiesta di accesso, la stessa si intende rigettata, come abbiamo avuto modo di accennare parlando di silenzio-rifiuto (art. 25, comma 4); è quindi possibile, entro il termine breve di trenta giorni, ricorrere al giudice amministrativo, il quale decide entro altri trenta giorni ordinando, se è il caso, l'esibizione dei documenti ovvero chiedere, nello stesso termine e nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione. Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore. Nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato tale richiesta è inoltrata presso la Commissione per l'accesso.

E' evidente come si sia tentato di snellire al massimo le procedure, al fine di rendere quanto più effettivo possibile il diritto all'accesso.

### **5.5.2 Tutela della riservatezza**

Si è visto che la riservatezza dei terzi, in base alla legge 241, giustifica la limitazione dell'esercizio del diritto di accesso solo in caso di dati sensibili e giudiziari, mentre l'art. 24, comma 6 lettera c prevede che , con regolamento, adottato ai sensi dell'*articolo* 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, "il Governo può prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono".


*"Non sembra esservi dubbio che nel conflitto tra accesso e riservatezza dei terzi la normativa statale abbia dato prevalenza al primo, allorché sia necessario per curare o per difendere i propri interessi giuridici";*

così si esprime l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 5 del 1997.

A questo quadro normativo è andata ad aggiungersi di recente il Codice della Privacy (d. Lgs. n. 196 del 2003)

### **5.5.3 Autocertificazione**

Va infine ricordato che il flusso di informazioni non è sempre orientato dall'Amministrazione al cittadino; spesso avviene l'inverso. Viene al riguardo in rilievo l'istituto dell'**autocertificazione**, previsto dalla legge n. 15 del 1968, che consiste in una dichiarazione del cittadino sostitutiva (definitivamente o per il



tempo necessario a procurarsi la certificazione) di certificazioni o di atti di notorietà.

Poiché la legge citata è rimasta lettera morta, probabilmente a causa dell'impreparazione della p.a. a darvi attuazione, l'art. 18 della legge 241 del 1990, come modificata dalla legge n. 15 del 2005, ha posto l'obbligo, per le Amministrazioni, di adottare le misure idonee a garantire l'applicazione delle disposizioni della legge 15 del 1968. In particolare la norma ha disposto che " I documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento, sono acquisiti d'ufficio quando sono in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero sono detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni. L'amministrazione procedente può richiedere agli interessati i soli elementi necessari per la ricerca dei documenti. Parimenti sono accertati d'ufficio dal responsabile del procedimento i fatti, gli stati e le qualità che la stessa amministrazione procedente o altra pubblica amministrazione è tenuta a certificare.

La normativa alla quale fare riferimento in tema è confluita nel D.P.R. 28 dicembre 2000, n 445.



## 6 L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione

### 6.1 Sintesi

La capacità giuridica di tutti i soggetti pubblici è comprensiva della facoltà di diritto privato. La p.a., di conseguenza, può decidere di agire mediante strumenti di diritto comune (normalmente contratti). Ciò non toglie, tuttavia, che l'operato della p.a. debba sempre perseguire l'interesse pubblico, e che l'effettivo perseguimento dello stesso possa essere sottoposto a verifica. Per questo motivo la decisione di fare uso della propria capacità di diritto privato deve essere assunta attraverso un procedimento amministrativo, nell'ambito del quale un ruolo particolare rivestono i vari meccanismi di scelta del soggetto contraente.

Questi meccanismi consistono:

- nell'**asta pubblica**
- nella **licitazione privata**
- nell'**appalto concorso**
- nella **trattativa privata**

L'introduzione del d.lgs n. 163/2006 ha regolato in modo sistemico le procedure contrattuali relative ai lavori e alla fornitura di beni e servizi in ambito pubblico, rinominando e ridefinendo parzialmente le procedure di gara. Le procedure sono quindi la procedura aperta (corrispondente all'asta pubblica; la procedura ristretta, in cui sono confluite la licitazione privata e l'appalto concorso; la procedura negoziata, corrispondete alla trattativa privata).

A scopo di coordinamento dell'attività dei vari soggetti pubblici il nostro ordinamento prevede la possibilità che gli stessi pongano in essere accordi e convenzioni di vario contenuto.

In particolare si ricordano gli accordi previsti dalla legge 241/1990, la conferenza di servizi che la stessa legge e successive integrazioni prevede quale sede di componimento delle posizioni dei vari soggetti chiamati ad esprimersi in ordine ad un procedimento, poi gli accordi di programma nell'ambito dei quali i vari soggetti si impegnano ad assumere le decisioni concordate, e le convenzioni previste dalla legge 142/1990.

La sessione prosegue trattando dei servizi pubblici, ossia di quell'attività che la p.a. assume come propria allo scopo di fornire, direttamente o indirettamente, servizi ritenuti di particolare importanza sociale.

I principi fondamentali che regolano la materia sono quelli di tipicità dei modelli di gestione, di uguaglianza, di continuità, di efficienza, economicità e partecipazione.

Proprio per il rilievo sociale che presentano le utilità oggetto dei servizi pubblici, particolare importanza assumono gli aspetti legati alla tutela dell'utente. A tal proposito vengono in considerazione, in particolare, le carte dei servizi pubblici, attraverso le quali l'utente può controllare, tra l'altro, che il soggetto erogatore del servizio rispetti gli standard di qualità e, in caso contrario, presentare reclami, ricorsi amministrativi, o ricorrere al giudice.



## **6.2 Premessa**

Nelle parti che precedono abbiamo visto come lo Stato, le regioni, gli enti locali e gli altri enti pubblici abbiano piena capacità di diritto privato. Essi, quindi, al fine di perseguire l'interesse pubblico (che è sempre lo scopo ultimo dell'attività di tali soggetti), possono servirsi tanto di strumenti di diritto pubblico, quanto di strumenti di diritto privato (tra i quali fondamentale è il contratto).

Anche quando la p.a. adotta strumenti di diritto comune, tuttavia, non si può prescindere del tutto dalla normativa di matrice pubblicistica; ciò è di tutta evidenza al solo considerare le modalità attraverso le quali si forma la volontà del soggetto pubblico. Quest'ultimo, infatti deve pur decidere di utilizzare, tra i vari strumenti che gli sono dati, ad esempio, quello contrattuale, e, di seguito, deve pur decidere quale contenuto dare al contratto. Nella sessione precedente abbiamo visto come la volontà della pubblica amministrazione si formi attraverso il meccanismo procedimentale: una serie di atti, concatenati nel rispetto di determinate regole, il cui esito è, appunto, una manifestazione di volontà della p.a..

Ecco quindi che l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione sarà sempre preceduta da un procedimento amministrativo, retto dalle ordinarie regole di tipo pubblicistico e detto "di evidenza pubblica".

Non bisogna confondere i contratti conclusi dalla p.a. nell'esercizio dell'autonomia negoziale con gli accordi di cui all'art. 11 della legge 241/1990, di cui si è fatto cenno nel terzo paragrafo della quinta sessione. Tali accordi (che si distinguono in accordi endoprocedimentali e sostitutivi a seconda che gli stessi vengano conclusi allo scopo di determinare il contenuto del provvedimento o allo scopo di sostituire il provvedimento stesso) rappresentano infatti una modalità particolare di esercizio del potere (cui ci si riferisce parlando di esercizio concordato del potere), e non danno luogo ad attività di diritto privato.

I contratti di diritto comune conclusi dalla p.a. si classificano, generalmente, in contratti attivi se procurano all'Amministrazione un introito (ed esempio il contratto attraverso il quale viene venduto un immobile) e contratti passivi se comportano l'erogazione di pagamenti (ad esempio, un contratto di fornitura di un determinato bene).

## **6.3 Il procedimento di evidenza pubblica**

Funzione principale delle regole che sottostanno al procedimento amministrativo è quella di portare in superficie le varie decisioni che preludono all'adozione del provvedimento amministrativo, allo scopo di renderle controllabili e valutabili alla luce dei principi fondamentali dell'attività amministrativa (funzionalizzazione, imparzialità, etc.).





Questa stessa esigenza si presenta con singolare evidenza nell'ambito dell'attività di diritto privato della p.a.. Si pone l'opportunità, infatti, di rendere suscettibile di controllo la legittimità della scelta non solo in ordine al ricorso a strumenti di natura privatistica, piuttosto che pubblicistica, ma anche, ed in particolar modo, in ordine al contraente, allo scopo di evitare abusi e favoritismi lesivi della par condicio degli operatori interessati.

A tale funzione, appunto, è deputata la procedura dell'evidenza pubblica. Essa si può scomporre in quattro fasi: la fase deliberativa, la fase di scelta del contraente, l'aggiudicazione, la stipulazione e l'approvazione del contratto.

Nella **FASE DELIBERATIVA** il soggetto pubblico accerta la necessità di una determinata operazione, decide di servirsi di strumenti di diritto privato - in genere di un contratto - determina il contenuto di tale contratto ed autorizza un organo a svolgere l'attività necessaria alla conclusione dello stesso.

La fase di **SCelta DEL CONTRAENTE** può svolgersi, secondo le norme di contabilità nazionale (modificate in gran parte con riferimento ai contratti passivi dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, di approvazione del "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"), in varie forme, secondo i modi della

- procedura aperta (nel cui modello è confluita l'asta pubblica)
- procedura ristretta (nel cui modello sono confluiti la licitazione privata e l'appalto concorso)
- procedura negoziata (nel cui modello è confluita la trattativa privata).

Alla scelta del contraente segue l'**AGGIUDICAZIONE**, che è l'atto con il quale viene formalmente individuato il contraente e si conclude il contratto (poiché la p.a. esprime definitivamente la propria volontà di contrarre).

La fase della **STIPULAZIONE** ha spesso una funzione solo formale poiché, come detto, la conclusione del contratto si ha già con l'aggiudicazione; ciò non





avviene, però, per il caso della trattativa privata, dove la stipulazione è necessaria anche a fini sostanziali.

L'**APPROVAZIONE**, quando richiesta, condiziona la produzione degli effetti del contratto già concluso; si legge nell'art. 19 del r.d. 2440/1923 che gli atti di aggiudicazione non sono obbligatori per l'amministrazione, finché non sono approvati dal ministro o dall'ufficiale all'uopo delegato e non sono eseguibili che dopo l'approvazione.

#### 1.1. *6.3.1 Metodi di scelta dei contraenti nel Codice dei contratti pubblici*

L'entrata in vigore del D.Lgs. n. 163/2006 ha rivoluzionato il sistema della contrattualistica pubblica con particolare riferimento al profilo delle procedure di scelta del contraente.

Le novità più rilevanti si registrano non tanto in relazione ai contratti di appalto (di forniture, di servizi o di opere pubbliche) di valore superiore alla soglia comunitaria (per le quali già da tempo le direttive comunitarie e la normativa nazionale di recepimento avevano imposto alle amministrazioni l'obbligo di seguire procedure selettive concorrenziali, quali la procedura aperta o la procedura ristretta, relegando la procedura negoziata a casi eccezionali e tassativamente determinati), quanto piuttosto in relazione ai contratti di valore inferiore alla soglia comunitaria (artt. 122 e ss.) ed ai contratti degli enti pubblici non qualificabili come appalti (quali ad es. le concessioni di servizi, di cui all'art. 30).

In relazione a tali contratti, in adesione all'obbligo imposto dalle ultime direttive comunitarie (Direttive 2004/17 2004/18), il D.Lgs. impone l'applicazione delle disposizioni dei Trattati CE in tema di concorrenza, trasparenza e libertà di circolazione. Ciò che determina un effetto "trascinamento" su tali contratti di molte disposizioni previste per gli appalti sopra la soglia comunitaria (ad es. con riferimento ai requisiti soggettivi di partecipazione di ordine generale o morale; con riferimento alla eccezionalità del ricorso alla procedura negoziata, ecc.).

Il D.Lgs. ha "messo mano" anche agli acquisti in economia (art 125), realizzabili attraverso il ricorso al cottimo fiduciario, qualificato espressamente dal Codice come procedura negoziata ed utilizzabile allorché l'amministrazione non provveda in amministrazione diretta (cioè con propri mezzi e personale). Gli acquisti in economia sono limitati al valore della soglia comunitaria e presuppongono l'emanazione di un provvedimento interno a ciascuna amministrazione, diretto a determinare le soglie di valore (comunque inferiore a quella comunitaria) nonché l'elenco delle forniture e dei servizi ai quali la procedura possa applicarsi.

Con riferimento ai metodi di scelta del contraente il Codice dei contratti individua la procedura aperta, la procedura ristretta e la procedura negoziata.

- La procedura aperta, come dice il nome, è una procedura aperta a qualunque concorrente (la pubblicità del bando di gara, che contiene l'indicazione dei requisiti soggettivi richiesti ai candidati, dell'oggetto e delle condizioni del contratto, avviene tramite le



forme ed i "luoghi" indicati dagli artt. 66 ss del D.Lgs. 163/2006, fra le quali la Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana).

L'asta pubblica disciplinata dal RD n. 827/1924 (regolamento di contabilità generale dello Stato) è invece di normale applicazione nei contratti attivi per la PA, ad esempio quando la stessa debba vendere un bene.

La procedura ristretta è una procedura alla quale ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti. La fase di individuazione dei soggetti da invitare è detta "preselezione".

La procedura negoziata è una procedura in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto.

Il procedimento è molto snello e rapido, ma l'elevato grado di discrezionalità attribuita all'Amministrazione, con i conseguenti soliti rischi di abusi, ha indotto il legislatore a predeterminare rigidamente i casi in cui lo stesso può essere adottato. La possibilità di fare ricorso a questa procedura **(che il Codice suddivide in due ipotesi, a seconda che sia imposta o meno la previa pubblicazione di un bando per farvi ricorso)** è limitata ai seguenti casi:

- Irregolarità o inammissibilità delle offerte presentate in una procedura aperta o ristretta;
- Assenza di offerte o in appropriatezza delle stesse in una procedura aperta o ristretta;
- qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato
- nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti.

In ogni caso la p.a. deve adeguatamente motivare il ricorso alla trattativa privata.

Quale che sia il metodo o procedura di selezione dei contraenti, i criteri di aggiudicazione del contratto (i criteri che servono, cioè, a scegliere l'offerta migliore) indicati dal D.Lgs. n. 163/2006 sono due: il prezzo più basso ed l'offerta economicamente più vantaggiosa (risultante da un mix di prezzo ed elementi di qualità del servizio o del prodotto previamente individuati dall'amministrazione).

Come si è detto il diritto comunitario ha influenzato la materia dei contratti pubblici dettando una disciplina sulle modalità di scelta del contraente. I motivi dell'intervento comunitario vanno ricercati nel fatto che, se da una parte il Trattato europeo garantisce la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, dall'altro i singoli Stati possono frapporre ostacoli all'esercizio delle libertà a contenuto economico attraverso norme poste a



protezione delle imprese nazionali. Pertanto gli organi comunitari hanno nel tempo emanato direttive finalizzate all'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli stati membri relativamente agli appalti pubblici.

Le principali direttive sono state:

- dir. 88/295 e 93/96 per il settore delle forniture
- dir. 92/50 per il settore dei servizi
- dir. 89/440 e 93/37 per il settore dei lavori
- dir. 17 e 18/2004, in materia di lavori, servizi e forniture.

Tutte le direttive hanno previsto soglie di valore degli appalti, stimate al netto dell'IVA (Soglie comunitarie). L'elemento decisivo per stabilire quando è necessario applicare la normativa comunitaria - a seconda del tipo di contratto - è quello della individuazione del **valore economico o prezzo del contratto**.

È importante considerare che gli importi dei contratti, ai fini della individuazione del superamento o meno della soglia, vanno calcolati **esclusa IVA**.

La soglia (che è rideterminata con Regolamento comunitario ogni due anni) è attualmente ammontante, con riferimento agli appalti di forniture e servizi, a € 133.000 per le amministrazioni dello Stato (tra le quali vanno annoverate le istituzioni scolastiche statali) e ad € 206.000 per le altre amministrazioni.

#### **6.4 Convenzioni ed accordi tra enti**

Il nostro ordinamento prevede vari strumenti diretti a concordare lo svolgimento in comune di attività proprie di diverse amministrazioni, allo scopo di semplificare e rendere più rapidi ed efficienti i procedimenti.

Devono richiamarsi a tal proposito, in particolare, gli art. 14 e 15 della legge 241 del 1990, che prevedono rispettivamente la conferenza di servizi e la possibilità generale di concludere accordi (che tuttavia, anche prima dell'entrata in vigore della l. proc., non era esclusa), e gli articoli 24 e ss della legge 142 del 1990 (ora abrogati e confluiti negli artt. 30 e ss. del D.Lgs. n. 267 del 2000 di approvazione del Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali) relativi, tra l'altro, alle convenzioni, ai consorzi ed agli accordi di programma nonché all'esercizio associato delle funzioni da parte dei comuni.

Da un punto di vista formale questi tipi di convenzioni ed accordi non sono contratti di diritto privato (per quanto si sia già detto che, nell'esercizio della propria capacità generale, i vari soggetti pubblici possano ben concludere anche accordi di natura privatistica). Essi vengono posti in essere nel cd. esercizio consensuale dell'attività amministrativa ed hanno, per la maggior parte della dottrina, natura pubblicistica (anche sulla base della considerazione che essi sono sottoposti agli stessi controlli previsti per i provvedimenti che siano stati eventualmente sostituiti).

Da un punto di vista sostanziale, tuttavia, non si pongono su un piano molto diverso dagli accordi di diritto privato: ad essi, infatti, si applicano, in quanto non diversamente previsto, i principi del codice civile. Ciò è reputato pacifico in dottrina con riguardo alle convenzioni, ed è positivamente affermato, relativamente agli accordi, dall'art. 15, 2° comma, della legge 241, il quale



richiama il 2° comma dell'art. 11 del medesimo testo. Circa la disciplina prevista dalla legge 241 quanto agli ACCORDI, oltre quanto detto sopra qui ci si può limitare ad aggiungere che per la loro validità, viene richiesta la forma scritta.

Quanto alla **CONFERENZA DI SERVIZI**, essa non è propriamente un accordo, ma uno strumento attraverso il quale raggiungere accordi, intese, concerti, in una prospettiva di semplificazione che è stata accentuata dalle leggi 109 del 1994 (l. Merloni), 273 del 1995 (che ha attribuito al privato cittadino la facoltà di convocare la conferenza di servizi quando lo stesso necessita di atti di consenso di più amministrazioni), 127 del 1997 (Bassanini bis), e 191 del 1998 (Bassanini ter), 15 del 2005.

La conferenza viene indetta dal responsabile del procedimento, ad essa partecipano i rappresentanti di tutte le Amministrazioni coinvolte nel procedimento o nei procedimenti connessi. Le determinazioni della stessa vengono assunte di regola all'unanimità, ma il dissenso di un soggetto partecipante, normalmente, non vale a impedire il funzionamento dell'istituto.

Caratteristica fondamentale della conferenza di servizi è che le determinazioni assunte per suo tramite sostituiscono i vari atti di consenso delle amministrazioni coinvolte.

La **CONVENZIONE** fra enti locali, come detto, è regolata dall'art. 30 del D.Lgs. n. 267 del 2000 e può essere stretta tra comuni, province, comunità montane. Può essere stipulata facoltativamente allo scopo di esercitare in modo coordinato funzioni e servizi, oppure obbligatoriamente, su iniziativa dello Stato o della regione (che divengono parti della convenzione stessa), anche per la realizzazione di opere determinate.

Il **CONSORZIO** è un ente costituito da comuni e/o province per l'esercizio in comune di servizi e funzioni. Esso non è propriamente un accordo, ma evidentemente lo presuppone.

Gli **ACCORDI DI PROGRAMMA** (strumento ripreso anche dalla legge all'articolo 2, comma 203 ss, della Legge 23 dicembre 1996, n. 662), sono strumenti di coordinamento dell'attività dei comuni, delle province, delle regioni, delle amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici con il possibile coinvolgimento di soggetti privati previsti per i casi in cui sia necessario procedere a definire ed attuare opere, interventi o programmi di intervento. Essi si fondano sul principio del consenso unanime dei partecipanti e sono caratterizzati dal fatto che la loro efficacia si limita all'assunzione dell'impegno, da parte di ciascun partecipante, di procedere successivamente all'assunzione delle determinazioni concordate.

### **6.5 L'erogazione di servizi pubblici: profili generali**

Lo Stato ha assunto nel tempo, accanto alle tradizionali attività (difesa, lavori pubblici, salute ecc.) anche l'onere di fornire prestazioni specifiche e puntuali, individuate con la locuzione di "servizio pubblico", volte a soddisfare le esigenze della collettività.

E' questo un settore nel quale l'ordinamento comunitario ha inciso in modo drastico.



Uno dei principi fondamentali del Trattato CEE consiste nell'affermazione del principio di libertà economica e della libera concorrenza che si sostanzia nella posizione di essenziale parità garantita dall'ordinamento tra operatori economici pubblici o privati che siano. Un diritto esercitato in modo esclusivo, tale da generare forme di monopolio o di oligopolio, produce effetti anticoncorrenziali, perché di fatto sottrae al mercato attività di notevole rilevanza economica. Questo può essere giustificato in seno all'ordinamento comunitario solo se tali effetti siano necessari per perseguire obiettivi di interesse generale.

In tale contesto il concetto di servizio pubblico non può da solo giustificare posizioni di privilegio.

Queste sono le premesse su cui si è avviato il **processo di privatizzazione** delle imprese pubbliche, che è iniziato negli anni '80 ed ha dato luogo da un lato ad una **progressiva riduzione della sfera di intervento pubblico diretto nell'economia** e, dall'altro ad un **ampliamento della potestà di regolamentazione delle attività economiche**

Gli Stati membri della Comunità europea si sono progressivamente trasformati da GESTORI DIRETTI a REGOLATORI dei servizi pubblici.

Di privatizzazione si può parlare in due sensi:

- **formale**, indicando in tal modo il cambiamento della struttura organizzativa di un ente pubblico che trasforma la propria natura giuridica in società per azioni (es: ex Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato, prima ente Ferrovie, oggi Ferrovie dello Stato spa). In queste ipotesi può non trattarsi dell'integrale recepimento degli schemi privatistici, essendo spesso previsti regimi più o meno speciali che a volte si discostano dalle regole privatistiche;
- **sostanziale**, indica invece il caso di collocamento sul mercato delle partecipazioni detenute dallo Stato.

In Italia si è fatto ricorso ad entrambi i modelli attraverso una iniziale trasformazione degli enti in discorso in persone giuridiche di diritto privato a cui ha fatto seguito la successiva alienazione delle quote di partecipazione possedute dallo Stato.

E' con il **d.l. n.386 del '91 convertito in l.35 del '92** che inizia il percorso della privatizzazione con riferimento agli enti pubblici economici, alle aziende autonome e agli enti di gestione mediante la loro trasformazione in s.p.a.. Con la **l. 359 del 92** viene successivamente disposta la trasformazione in s.p.a. di IRI, ENI; INA, ENEL e viene dettato un procedimento di privatizzazione per gli altri enti ed aziende.

Infine, quanto alla esatta natura giuridica delle società privatizzate, se ne è molto discusso in dottrina e la giurisprudenza costituzionale per un verso (Corte Cost n. 466/1993) nonché quella amministrativa (Cons.di Stato Sez.IV n.498/1995) hanno sostenuto la natura pubblicistica di tali spa fino al momento della effettiva dismissione delle quote azionarie di maggioranza in mano pubblica( fino a quel momento ha ragione di essere il controllo della Corte dei Conti, ai sensi dell'art. 100 Cost., nonché l'applicabilità delle procedure di evidenza pubblica ai contratti).



La definizione di servizio pubblico è stata a lungo, ed in una certa misura è tuttora, oggetto di discussione da parte degli studiosi. Non si pretende, dunque, di darne qui l'enunciazione definitiva, né la più corretta scientificamente: si ritiene di poter dire, tuttavia, che i servizi pubblici consistono in attività rilevanti da un punto di vista economico (esse infatti producono utilità) che, in un dato periodo storico, vengono considerate di interesse pubblico e che per questo motivo sono assunte dall'Amministrazione tra i compiti che le sono propri, e gestite dalla stessa Amministrazione o da un soggetto terzo, a seguito di un atto di conferimento.

L'art. 112 del d.lgs. n. 267 del 2000 recita "Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

All'interno di tale definizione generale rientrano servizi con caratteristiche differenti; si distinguono, innanzitutto, i **servizi pubblici economici** dai **servizi sociali**.

I primi sono caratterizzati dallo spiccato contenuto economico-produttivo, i secondi dal fatto che approntano prestazioni a favore di determinate categorie di soggetti particolarmente bisognosi (ad esempio, minori, invalidi, anziani, etc.). Ciò che differenzia questi due tipi di servizi, tra l'altro, è il fatto che mentre i primi possono essere monopolizzati sulla base dell'art. 43 della Costituzione, il medesimo testo fondamentale esclude che ciò possa avvenire con riferimento ai servizi aventi ad oggetto l'istruzione e l'assistenza (art. 33 e 38).

I servizi pubblici si classificano, inoltre, in **servizi essenziali, obbligatori e facoltativi**.

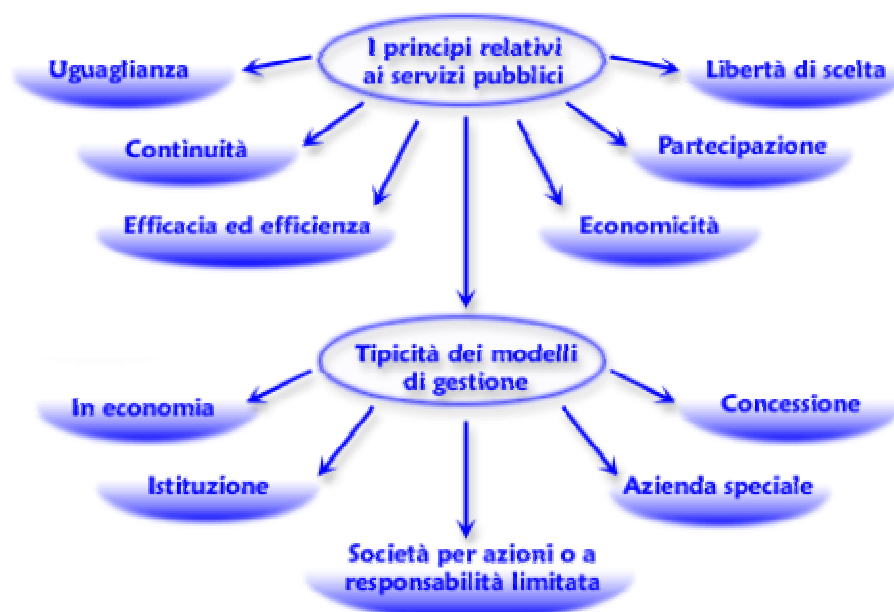
I primi, ai sensi dell'art. 43 della Cost., giustificano la limitazione della libertà d'impresa, al fine di riservare, ove ritenuto opportuno, le attività ad essi relative allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di utenti o di lavoratori.

I secondi, in quanto riconosciuti di particolare importanza dal legislatore, devono essere erogati dalla p.a. obbligatoriamente.

Per i servizi facoltativi, invece, l'Amministrazione può scegliere, in relazione alle esigenze della comunità, se procedere all'erogazione o meno.

I principi (enunciati dalla dottrina e successivamente enunciati dalla cd. direttiva Ciampi del 1994 e dalla legge 273 del 1995, relativa alle carte dei servizi e di cui si dirà appresso) sulla base dei quali devono essere regolati e gestiti i servizi pubblici sono rappresentati nello schema riportato alla pagina seguente.





Il principio fondamentale è quello di **UGUAGLIANZA**, fondato sugli articoli 3 e 97 della Costituzione, che comporta non solo un obbligo di imparzialità, ma anche di attivarsi allo scopo di migliorare le condizioni dei soggetti in difficoltà;

Il principio di **CONTINUITA'**, in base al quale l'erogazione del servizio non può subire interruzioni ingiustificatamente. Lo stesso principio è alla base delle disposizioni del codice penale circa l'interruzione di pubblico servizio e della normativa circa l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali;

I principi di **EFFICIENZA**, **EFFICACIA** ed **ECONOMICITA'**, in base ai quali deve tendersi alla massima qualità dei servizi attraverso un uso accorto ed efficiente delle risorse.

I principi della **LIBERTA' DI SCELTA**, ove più soggetti erogano uno stesso servizio, e di **PARTECIPAZIONE** all'attività di definizione dei livelli qualitativi, di controllo e di definizione delle modalità di erogazione.

Il principio di **TIPICITA' DEI MODELLI DI GESTIONE**

#### **6.5.1 Tipicità dei modelli di gestione**

La materia dei servizi pubblici locali è oggetto di continue modifiche legislative (da ultimo, si veda l'art. 23 bis del DL n 112/2008, convertito in L n, 133/2008) e di interventi della Corte Costituzionale nonché di richieste interpretative alla Corte di Giustizia UE relativamente alle forme, soprattutto societarie, utilizzabili per farvi fronte: le questioni in discussione attengono principalmente alle modalità di scelta dei partner privati ed alle regole di scelta dei contraenti che il soggetti costituiti per erogare il servizio pubblico abbiano l'obbligo di seguire.

Ferma restando la forma societaria per lo svolgimento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica sono gestiti nelle seguenti forme:



- a) istituzioni (organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi sociali, dotato di autonomia gestionale);
- b) aziende speciali, anche consortili (ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale);
- c) società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano
- d) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno operare nelle forme sopradette.

### **6.6 Le carte dei servizi pubblici e la tutela degli utenti**

Con il D.P.C.M. 27.1.1994, noto come "Direttiva Ciampi", il legislatore afferma positivamente i principi, sopra elencati, cui deve essere uniformata progressivamente l'erogazione dei servizi pubblici.

Allo scopo di rendere effettivi tali principi, oltre alla previsione del diritto di essere informati di cui si dirà più oltre, viene stabilito dall'art. 1 del titolo II della direttiva che debbano essere individuati e pubblicati standard di qualità e quantità dei servizi, ossia i livelli qualitativi minimi che i servizi offerti devono raggiungere.

In questo modo si offre all'utente uno strumento di valutazione degli standard di qualità dei servizi pubblici, e qualora questi sia in grado di dar prova del mancato rispetto, per qualità e tempestività, di tali standard, è stabilito che acquisti il diritto ad ottenere un rimborso, di cui la p.a. potrà rivalersi sul dipendente che abbia agito con dolo o colpa grave.

Sempre in un'ottica di tutela dell'utente, il titolo III della stessa direttiva stabilisce che i vari enti erogatori debbano prevedere **procedure di reclamo** per il caso in cui siano violate le regole con essa disposte e che tali procedure debbano essere accessibili, di semplice comprensione e facile utilizzazione. L'utente, inoltre, deve essere informato periodicamente circa lo stato di avanzamento dell'indagine che abbia fatto seguito alla lamentela.

I reclami devono potersi presentare ad un apposito ufficio istituito internamente a ciascun soggetto erogatore; tale ufficio deve provvedere a comunicare all'utente il nominativo del funzionario responsabile dell'indagine oltre che i tempi della stessa ed i mezzi di impugnazione per il caso in cui essa abbia esiti negativi.

Trascorsi quindici giorni dalla presentazione del reclamo l'utente ha diritto ad essere informato circa lo stato di avanzamento del procedimento ed entro trenta giorni deve essere messo a parte degli accertamenti compiuti e dei termini entro cui il soggetto erogatore provvederà a rimuovere le irregolarità riscontrate o al ristoro del pregiudizio arrecato.

Viene da ultimo disposto che l'inosservanza della direttiva debba essere valutata ai fini dell'applicazione delle sanzioni amministrative e disciplinari.



Gli standards dei servizi vengono definiti nella **Carta dei servizi pubblici** che ciascun ente erogatore di servizi deve adottare e che sono state previste dapprima dalla stessa direttiva di cui si è detto sopra, e successivamente generalizzate dal decreto legge n. 163 del 1995.

In base a detto decreto, convertito in legge dalla legge n. 273 del 1995, tali Carte dei servizi devono rispettare gli "schemi generali di riferimento delle carte dei servizi pubblici" predisposte dal Dipartimento della funzione pubblica per ciascun settore.

La legge di conversione appena citata è stata tuttavia abrogata dal d.lgs. 286 del 1999, in base al quale

*"le modalità di definizione, adozione e pubblicizzazione degli standard di qualità, i casi e le modalità di adozione delle carte dei servizi, i criteri di misurazione della qualità dei servizi, le condizioni di tutela degli utenti, nonché i casi e le modalità di indennizzo all'utenza per mancato rispetto degli standard di qualità sono stabilite con direttive, aggiornabili annualmente, del Presidente del Consiglio dei Ministri".*

Viene inoltre chiarito che *"restano applicabili, sino a diversa disposizione, i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri recanti gli schemi generali di riferimento"* delle Carte dei servizi, emanati in base al d.l. n. 163 del 1995.

Gli schemi generali delle Carte dei servizi impongono il rispetto dei principi descritti più sopra, dai quali viene fatto discendere un obbligo del soggetto erogatore a trattare gli utenti con rispetto e cortesia e di offrire ad essi ogni informazione richiesta. Ai dipendenti viene imposto di indicare le proprie generalità, anche nelle comunicazioni telefoniche.

Sempre nella prospettiva della tutela dell'utente, la l. 481 del 1995 istituisce "autorità" per i pubblici servizi, con l'obiettivo di promuovere la concorrenza e l'efficienza, garantire l'economicità ed adeguati livelli di qualità, garantire la fruibilità dei servizi sull'intero territorio nazionale e la determinazione delle tariffe in maniera certa e trasparente.

Con questa stessa legge viene definito, riproducendo il disegno di procedimento contenuto nella "Direttiva Ciampi", un tipo di contenzioso amministrativo attraverso il quale l'utente possa trovare tutela nel caso in cui i suoi interessi siano pretermessi.

Viene previsto che:

- il reclamo possa essere presentato, anche oralmente, avvalendosi dell'assistenza dell'Ufficio per le relazioni con il pubblico che ogni ente erogatore deve istituire;
- l'"autorità" alla quale viene rivolto il reclamo ha l'obbligo di decidere in ordine allo stesso;
- chi propone il reclamo deve essere informato circa il nominativo del responsabile del procedimento ed i tempi dello stesso.

Viene inoltre previsto l'istituto dell'"**indennizzo automatico**", da corrispondersi agli utenti nel caso di inadempimento di violazione degli standards o di violazione delle clausole contrattuali.

Oltre alle procedure descritte, ed agli ordinari ricorsi amministrativi, agli utenti dei servizi pubblici che ritengano lesi i propri interessi è data naturalmente



la possibilità di rivolgersi alla magistratura. A tal proposito, per quanto non sia possibile in questa sede affrontare compiutamente l'argomento, sembra opportuno procedere ad alcune notazioni fondamentali.

Trattando della tutela giurisdizionale, bisogna stabilire innanzitutto qual è la posizione giuridica che l'utente può fare valere in giudizio. A seconda che le condizioni di ammissione al servizio siano prefissate dal legislatore, oppure siano rimesse alla valutazione della p.a. (come accade spesso, ad esempio, nel campo dei servizi sociali), l'utente è infatti rispettivamente titolare di un diritto o di un interesse legittimo.

Il contenuto della pretesa che questi potrà avanzare di fronte al giudice sarà conseguentemente differente nei due casi:

- nel primo potrà pretendere di ottenere senz'altro il servizio;
- nel secondo caso, invece, potrà solo pretendere che la p.a., nel compiere la valutazione che le è affidata, rispetti le regole dell'agire discrezionale.

Quanto alla giurisdizione, deve ricordarsi che il decreto n. 80 del 1998 (poi abrogato dall'art 7 della L. n. 205 del 2000, su cui è intervenuta la Corte Costituzionale con sentenza n. 204 del 2004) ha esteso alle controversie in materia, tra l'altro, di servizi pubblici, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il quale dunque sarà competente a giudicare tanto in ordine ai diritti soggettivi, quanto in ordine agli interessi legittimi.

Tale estensione di giurisdizione, tuttavia, per espressa esclusione, non ha riguardato i rapporti individuali di utenza con soggetti privati, cosicché, seppur limitata, resta una competenza, in questi casi, del giudice ordinario, ove sorga una questione di diritti soggettivi.



## **7 Diritto scolastico: Cenni storici, principi costituzionali, evoluzione**

### **7.1 Sintesi**

Nella presente sessione si offrono brevi cenni in ordine all'evoluzione storica dell'intervento statale nella pubblica istruzione.

In particolare si ripercorrono le linee evolutive che hanno condotto dall'assunzione nel regno di Sardegna dei compiti di istruzione dei soli compiti di istruzione elementare con oneri a carico dei comuni all'ultima riforma del 28 marzo 2003 (la legge n. 53 di delega al Governo per la definizione delle norme generali sull'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale. Da essa è scaturito il decreto legislativo 19 febbraio 2004, n. 59 che ha definito le norme generali relative alla scuola dell'infanzia e al primo ciclo dell'istruzione).

Da evidenziare che l'ultimo provvedimento, ancora in fase di completa realizzazione, è il decreto legge 1 settembre 2008, n. 137 recante disposizioni urgenti in materia di istruzione e università, convertito nella legge 169 del 2008, che introduce l'insegnante unico nella scuola primaria e introduce nuove modalità valutative degli alunni.

Si esaminano inoltre gli organi della scuola ed il loro snellimento ad opera delle recenti leggi di riforma e l'assetto dell'ordinamento scolastico per cicli di studi, rinviando alla sessione che segue per l'esame del tema dell'autonomia.

#### **1.2. 7.2 Cenni storici e profili organizzativi dal 1860 alla Costituzione**

L'organizzazione pubblica e l'assunzione da parte dello Stato delle funzioni correlate all'istruzione dei cittadini può essere fatta risalire all'epoca preunitaria con l'istituzione, nel 1847 del Ministero della Pubblica Istruzione, nel regno di Sardegna.

Con la **legge Casati** (1859) si sancisce il principio dell'**obbligatorietà e della gratuità della istruzione elementare**.

Gli obiettivi - allora perseguiti dalla Amministrazione pubblica - erano essenzialmente incentrati nella:

- istruzione elementare (quadriennale),
- formazione delle classi più elevate, avviate a studi superiori (ginnasio e liceo),
- formazione professionale (istruzione tecnica, articolata in scuole tecniche di primo grado, biennali e istituti tecnici, di secondo grado).

Negli anni immediatamente successivi (associabili alla riforma del ministero della Pubblica Istruzione del 1878), l'organizzazione del sistema della pubblica istruzione si sviluppò nel senso di conferire alle scuole ed istituti tecnici finalità formative di carattere generale, con devoluzione della formazione



eminentemente tecnica a soggetti non statali, quali gli enti locali e le camere di commercio.

Si creò così un **sistema scolastico extrastatale**, parallelo a quello statale e, verosimilmente, non del tutto dissimile nel modello, incentrato nelle:

- scuole d'arte e mestieri,
- scuole d'arte applicate all'industria,
- scuole industriali.

Con la **legge Orlando** (1904) l'obbligo scolastico è stato esteso dal nono al dodicesimo anno di età, con imposizione ai Comuni dell'onere di provvedere alla istituzione delle strutture scolastiche.

Al riguardo, infatti, deve essere evidenziato che nel primo periodo (1860), l'intervento statale era riservato, alla sola direzione pedagogica, mentre gli oneri amministrativi e finanziari competevano sostanzialmente alle amministrazioni locali.

Lo Stato quindi si faceva carico economico unicamente per l'istruzione universitaria e per un circoscritto numero di licei ginnasi e scuole normali.

Soltanto dal primo decennio del 1900, l'intervento pubblico statale iniziò ad assumere maggiore peso anche con riferimento agli oneri organizzativi.

E' in questo periodo infatti che prese avvio la statalizzazione della gestione della scuola elementare e secondaria, con assunzione dei relativi oneri, che si completò intorno al 1930; specularmente, in tale assetto il ruolo degli Enti locali si circoscrive alla contribuzione alle spese di mantenimento ed alla fornitura di beni e servizi.

Degli stessi anni (1923) è la c.d. **riforma Gentile**.

Tale riforma:

- **elevò l'obbligo della formazione scolare** a quattordici anni ed
- optò, fra l'altro, per un **ridimensionamento della formazione tecnica statale**.

In effetti, la riforma Gentile trasformò le scuole tecniche in scuole complementari, che non davano accesso agli studi superiori (con ciò intendendosi l'istituto tecnico), devolse la responsabilità degli istituti tecnici industriali al Ministero dell'economia, precluse l'accesso all'università dagli istituti tecnici, e riservò la formazione universitaria agli studi umanistici e agli studi classici (liceo ginnasio e al liceo scientifico).

Alla stessa riforma si deve invece l'istituzione di **apposite scuole per handicappati sensoriali** dell'udito e della vista.

Nel periodo che va dal 1930 al 1940, tuttavia si assistette a nuovi mutamenti, in virtù dei quali, gli istituti scolastici sono ordinati in scuole secondarie di avviamento professionale, scuole tecniche e "nuovi" istituti tecnici, con corso di studi articolato in due quadrienni (L. 15.6.1931, n. 889).

Il ruolo del Ministero della pubblica istruzione verrà invece potenziato ed ampliato con la caduta del fascismo.

Sono, infatti devoluti allo stesso,

- la **direzione** e la **gestione didattica e amministrativa** dell'istruzione, anche professionale
- e la **vigilanza sugli istituti privati**.





### 7.3 **Formule e principi introdotti dalla Costituzione**

La Costituzione afferma i **principi della promozione dello sviluppo della cultura e delle pari opportunità** fra tutti i cittadini (art. 9 e art. 3 della Costituzione) e dedica al sistema scolastico le disposizioni di cui agli articoli 33 e 34.

Si tratta di disposizioni riguardanti innanzitutto gli aspetti attinenti

- all'**affermazione del diritto allo studio**
- alla **libertà di insegnamento e di istruzione**, pubblica e privata.

La Costituzione invece non affronta direttamente il tema della organizzazione scolastica, i cui principi restano affidati alle disposizioni generali di cui all'art. 5, ove si valorizzano i profili di autonomia degli enti locali e decentramento.

Il primo principio sancito dall'art. 33 della Costituzione è il principio della **libertà di insegnamento**.

Tale principio vale a sancire la libertà di insegnamento dei docenti nella scuola pubblica e la libertà di costituire e far funzionare organizzazioni scolastiche private senza oneri per lo Stato (per le scuole private si rinvia per sintetici cenni all'ultimo paragrafo della sessione nona).

Nella scuola pubblica, il primo di tali principi si è manifestato, sostanzialmente, come indipendenza degli insegnanti per ciò che riguarda gli aspetti culturali ed ideologici dell'insegnamento.

Si è trattato e si tratta di indipendenza, tuttavia, circoscritta nell'ambito della necessaria persecuzione degli obiettivi e dei programmi di istruzione stabiliti a livello centrale e dei poteri di selezione del personale e di vigilanza nell'ambito di svolgimento della prestazione.

La libertà di insegnamento, nella quale si sostanzia l'indipendenza degli insegnanti, è oggi sottoposta al principio della trasparenza, così come previsto da tutta la normativa successiva all'attribuzione dell'autonomia scolastica alle scuole

Parimenti, l'articolo 33 riconosce la compresenza di scuole pubbliche e private prevedendo e garantendo sia la libertà di istituzione di scuole private sia l'ottenimento da parte delle scuole private della parificazione.

**Fino alla legge n. 62 del 2000 " Norme per la parità scolastica e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione", le scuole parificate (o paritarie) erano infatti le scuole private che forniscono ai propri alunni la preparazione necessaria per il conseguimento di titoli di studio aventi valore legale. Con la legge citata il sistema nazionale di istruzione è costituito dalle scuole statali e dalle scuole paritarie private e degli enti locali.**

La disciplina delle scuole paritarie è tuttavia soggetta (sulla base della disposizione di cui al quarto comma dell'art. 133 della Costituzione) a riserva di legge costituzionale, con assicurazione alle stesse di piena libertà e garanzia ai loro alunni di trattamenti scolastici equipollenti, rispetto a quelli delle amministrazioni statali.



L'articolo 34 della Costituzione ha invece riguardo al diritto allo studio e sancisce il fondamentale principio del generale diritto all'istruzione, affermando che: *"la scuola è aperta a tutti"*.

Il principio del diritto all'istruzione, oltre che elaborato sia in sede di studi tecnici che di elaborazioni ideologiche, ha soprattutto trovato pratica attuazione nell'ampliamento della offerta e degli obblighi scolastici.

Si devono ricordare al riguardo, fra l'altro, l'istituzione:

- della scuola media statale (1962),
- della scuola materna statale (1968),
- del tempo pieno (1971).

Soltanto del 1977 (l. 51/1977) è tuttavia l'apertura della scuola ad alunni handicappati. Il diritto di partecipazione e frequenza degli studenti portatori di handicap alla scuola è stato poi riaffermato dalla l. 5 febbraio 1992, n. 104.

Altre possibili applicazioni del principio, quali il diritto di scelta della singola scuola o degli insegnanti o il diritto ad ottenere un alto livello di prestazioni erogate dalle strutture scolastiche, non sembravano invece essere state perseguite.

Tali istanze, incentrate sui modi della prestazione alla collettività ed ai singoli del diritto all'istruzione appaiono invece valorizzate a partire dal processo di riforma, avviato nel 1997 cui si dedicherà una apposita sessione.

#### **7.4 Brevi cenni alle linee evolutive del sistema scolastico dalla Costituzione ad oggi**

L'ordinamento scolastico, successivamente all'entrata in vigore dell'ordinamento costituzionale, si è innanzi tutto caratterizzato, nel senso dello **sviluppo della formazione professionale** e dell'accentuazione dei profili ugualitari nella formazione scolastica.

Rappresentano infatti risposta alle esigenze del mondo produttivo, nel corso degli anni cinquanta, oltre che le numerose iniziative extrascolastiche del Ministero del Lavoro, l'istituzione degli istituti professionali, della durata di due o tre anni, non abilitanti alla prosecuzione degli studi.

Costituisce invece espressione delle tendenze egualitarie, la soppressione delle scuole di avviamento professionale e la discriminazione riconnessa alla impossibilità di accedere dalle stesse a più elevati livelli di istruzione, a favore dell'istituzione della **scuola media unica**, caratterizzata dal fatto di consentire a tutti la prosecuzione degli studi, oltretutto per essere gratuita e obbligatoria (L. 31.12.1962, n. 1859).

La **scuola media statale**, istituita nel **1962**, ha ribadito l'obbligatorietà della istruzione secondaria fino al quattordicesimo anno di età, in un corso di studi unico, conferente pari opportunità.

Contestualmente è stato abolito il diversificato, sia nei contenuti sia nei possibili sviluppi, sistema preesistente di scuole inferiori, articolato in ginnasio, istituto magistrale, scuole di avviamento professionale, come prefigurato dalla riforma Gentile (T.U. 5.2.1928, n. 577).

E' invece del **1968** l'istituzione della **scuola materna**.



La scuola materna statale si rivolge ai bambini in età prescolastica con finalità di integrazione e sviluppo della personalità infantile.

L'apertura del sistema scolastico nei confronti della popolazione in età scolare si accentua nel corso degli anni sessanta che, in particolare, vedono l'apertura della ammissione all'università dei diplomati agli istituti tecnici e degli istituti secondari in genere, prima sostanzialmente riservata agli studenti provenienti da liceo (L. 21.7.1961, n. 685 e L. 11.12.1969, n. 910).

Degli stessi anni è la (prima) riforma dell'esame di maturità, reso notoriamente più facile (l. 5 aprile 1969, n. 119).

Il corso degli anni '70 è invece caratterizzato da innovazioni ed evoluzioni, negli **aspetti gestionali delle strutture scolastiche**, sostanzialmente improntate al riconoscimento delle istanze partecipative ai poteri di gestione sia da parte degli enti locali che delle c.d. componenti della scuola.

In questo senso si segnala, rinviando ad apposito paragrafo per le competenze regionali, l'assunzione da parte dei comuni e delle provincie di competenze specifiche in materia di edilizia scolastica, sia in termini di gestione che di realizzazione delle infrastrutture (quanto meno per scuole elementari, materne, medie ed istituti tecnici e professionali).

La materia dell'**edilizia scolastica** in particolare è stata da ultimo oggetto di riordino ad opera della legge 11 gennaio 1996, n. 23, per la quale si rinvia anche ai punti che seguono.

Ai presenti fini è tuttavia utile anticipare che per la legge in questione, sono attribuiti alle Regioni compiti di programmazione triennale dell'edilizia scolastica e ai comuni ed alle provincie gli oneri realizzativi rispettivamente, da un lato, per scuole materne elementari e medie, dall'altro, istituti e scuole di istruzione secondaria superiore.

Sono invece i c.d. **decreti delegati** (31 maggio 1974, nn. da 416 a 420) che **aprono gli organi di governo delle scuole**, nuovi od esistenti, alla partecipazione di rappresentanti di tutte le componenti della scuola (corpo docente, personale ATA, studenti e genitori).

Ampliamento partecipativo che non solo si muove nel senso della distribuzione del potere decisionale dal centro (stato) alle periferie (enti locali ed istituzioni scolastiche e loro componenti) ma anche nel senso della valorizzazione della componente tecnica scolastica nella gestione della scuola stessa, anche a fini della promozione di attività di sperimentazione.

Del 1990 (L. 5.6.1990, n. 148) inoltre è la **riforma della scuola elementare**.

È del 28 marzo 2003 la legge n. 53 di delega al Governo per la definizione delle norme generali sull'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale. Da essa è scaturito il decreto legislativo 19 febbraio 2004, n. 59 che ha definito le norme generali relative alla scuola dell'infanzia e al primo ciclo dell'istruzione.

L'ultimo provvedimento è il decreto legge 1 settembre 2008, n. 137 recante disposizioni urgenti in materia di istruzione e università, convertito nella legge 169 del 2008, che introduce l'insegnante unico nella scuola primaria e introduce nuove modalità valutative degli alunni



#### **7.4.1 La formazione professionale**

Occorre infine dare conto delle recenti novità in tema di formazione professionale.

La legge 17 maggio 1999, n. 144 ha avviato un processo di riforma del sistema di formazione professionale *"allo scopo di assicurare ai lavoratori adeguate opportunità di formazione ed elevazione professionale"* da attuarsi, in via regolamentare.

I principi della riforma sono diretti valorizzazione della formazione professionale, che potrà attuarsi anche attraverso il ricorso generalizzato a stages, svolgimento delle attività di formazione professionale da parte delle regioni e/o delle province anche in convenzione con istituti di istruzione secondaria e con enti privati aventi requisiti predeterminati.

La formazione professionale rientra per altro quantomeno per significative competenze (quali il finanziamento) nelle attribuzioni del Ministero del Lavoro.

La successiva legge 17 maggio 1999, n. 144 inoltre ha sancito l'obbligo di frequenza di attività formative.

In particolare la legge in questione ha previsto a partire dall'anno 1999-2000, l'obbligo di frequenza di attività formative fino al compimento del diciottesimo anno di età.

Tale obbligo, sempre secondo la legge in questione, può essere assolto in percorsi anche integrati di istruzione e formazione) nel sistema di istruzione scolastica, nel sistema della formazione professionale di competenza regionale, nell'esercizio dell'apprendistato.

In attuazione dell'art. 2 della legge 28 marzo 2003 n. 53 è stato emanato il decreto legislativo 17 ottobre 2005 n. 226 che ha fissato le norme generali e i livelli essenziali delle prestazioni relativi al secondo ciclo del sistema educativo di istruzione e formazione.

#### **7.5 Il testo unico delle leggi sulla pubblica istruzione**

A conclusione di questa panoramica evolutiva della normativa che va sotto il nome di diritto scolastico e quale avvio della sintetica descrizione della materia si deve evidenziare che, nell'intento del legislatore del 1991 (L. 10.4.1991, n. 121, poi modificata con legge 20 aprile 1993, n. 126) la complessa disciplina del tema in esame, retto da un numero innumerevole di fonti normative, formatesi per successiva stratificazione, avrebbe dovuto trovare – ed ha poi trovato seppure per un breve periodo di tempo – sistematicità all'interno di un Testo unico in materia.

Del resto nel settore scolastico vi era già stato un testo unico a conclusione della riforma Gentile, promulgato con Rd.5.2.1928, n. 507.

Il testo unico in questione è stato emanato dal Governo con D.Lgs. 16 aprile 1994, n. 297.

Tale testo unico, tuttavia, seppure costituisce ad oggi il corpo normativo di riferimento, è stato immediatamente integrato da numerose successive disposizioni ed interessato dal processo di riforma introdotto dal L. 59/97, fra l'altro in materia di autonomia.

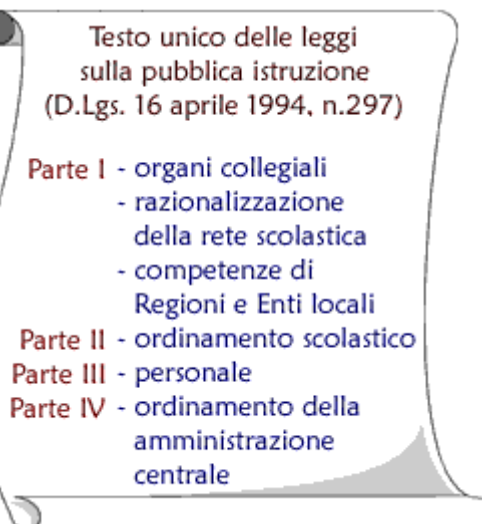
Rispetto a tali disposizioni e riforme il Testo Unico, non ha trovato, tuttavia, in più casi possibilità di coordinamento od integrazione, talché più disposizioni da ultimo succedutesi si sovrappongono, in termini integrativi o abrogativi, con il testo unico in questione.

L'esame del T.U. del 1994 costituisce, tuttavia, il primo necessario passo per l'approccio al diritto scolastico.

Al riguardo giova evidenziare che la struttura - si badi bene intesa unicamente come organizzazione dei temi normati - del Testo unico in esame risente evidentemente dello spirito delle riforme dei primi anni settanta e preannuncia la nuova centralità che avrebbero dovuto assumere nella organizzazione e gestione della scuola le regioni, gli enti locali e le scuole stesse, in luogo della struttura statale centrale.

In effetti, il T.U. in esame è articolato in quattro parti, rispettivamente la prima dedicata alle disposizioni generali in punto di Organi collegiali della scuola, razionalizzazione delle rete scolastica e competenze di Regioni ed Enti locali, l'ultimo all'ordinamento dell'amministrazione Centrale. Le due parti centrali sono invece rispettivamente dedicate all'ordinamento scolastico ed al personale.

Per comodità espositiva, si considerano qui di seguito le norme generali sugli organi Collegiali della scuola e la razionalizzazione della rete scolastica, e quelle relative all'ordinamento scolastico.



Si dedica invece la successiva sessione ottava ai profili delle riforme del 1997 e dell'autonomia (e quindi all'esame delle disposizioni in materia di competenza delle Regioni e degli Enti locali di cui ai Titoli III e IV della parte I del T.U.).

Altra sessione, la sessione nona, è invece dedicata i profili attinenti il personale e l'organizzazione centrale (parti terza e quarta del T.U) e la scuola privata.

### **7.5.1 Gli organi collegiali della scuola**

Gli organi collegiali della scuola sono disciplinati agli art. da 5 a 50 del T.U in esame (e ne costituiscono il titolo I della Parte prima).



Nel disegno riformatore di cui all'art. 21 della l. 59/97 (che si vedrà diffusamente nella successiva sessione) è stata altresì inserita la delega per la loro riforma. Si prevede in effetti la disposizione rammentata:

*"Entro il 30 giugno 1999 il Governo è delegato ad emanare un decreto legislativo di riforma degli organi collegiali della pubblica istruzione di livello nazionale e periferico che tenga conto della specificità del settore scolastico, valorizzando l'autonomo apporto delle diverse componenti e delle minoranze linguistiche riconosciute, nonché delle specifiche professionalità e competenze",*  
nel rispetto dei criteri di armonizzazione della composizione e razionalizzazione.

La riforma in questione è stata attuata, con il D.Lvo. 30 giugno 1999, n. 233, che innova, attraverso integrazioni ed abrogazione parziale il T.U. in esame. Le innovazioni, introdotte dalla riforma sono entrate in vigore, con effetto dal 1 settembre 2001

Con queste premesse si considera il disegno normativo degli organi collegiali come cristallizzato dal Tu. Del 1994.

L'art. 3 del T.U. chiarisce innanzitutto che l'istituzione di organi collegiali risponde a finalità di consentire la partecipazione alla gestione

*"dando ad essa il carattere di una comunità che interagisce con la più vasta comunità sociale e civica".*

La gestione partecipata della scuola viene prevista ed attuata attraverso varie strutture, previste ad ogni livello, di circolo o di istituti (per le scuole primarie e secondarie), distrettuale, provinciale e nazionale, prevedendo la partecipazione a detti collegi di tutte le componenti della scuola (docenti, genitori, alunni, personale amministrativo tecnico ed ausiliario e negli organi collegiali, distrettuali provinciali o nazionali, anche rappresentanti degli enti locali e delle organizzazioni sindacali).

Gli organi collegiali a livello di circolo e di istituto sono, a mente dell'art. 5 del T.U.,

- il **consiglio di intersezione**, di **interclasse** e di **classe** (rispettivamente per la scuola materna, elementare ed istituti di istruzione secondaria) composti dai docenti delle classi o delle sezioni o dei gruppi di classi parallele, nonché, in taluni casi, da un rappresentante dei genitori ed ha competenze di proposta e coordinamento didattico, oltreché di valutazione finale degli alunni, nella scuola secondaria ed artistica (per approfondimento vedi art. 5 del T.U.);
- il **collegio dei docenti**, composto da tutti gli insegnanti in servizio nel circolo o nell'istituto, con poteri di amministrazione attiva in ordine al funzionamento didattico della scuola e poteri di proposta, per la formazione delle classi e lo svolgimento delle attività scolastiche, e di iniziativa, per attività di sperimentazione ed aggiornamento (per approfondimento vedi art. 7 del T.U.);
- il **consiglio di circolo o di istituto** e la **giunta esecutiva**, composto da rappresentanti del personale insegnante e non insegnante, dei genitori e degli studenti, che può eleggere nel





proprio seno una Giunta esecutiva, competente per la predisposizione del programma annuale e del conto consuntivo (per approfondimento vedi gli articoli, da 8 a 10 del T.U.). Le competenze del consiglio di istituto sono state ridefinite, di fatto attraverso l'emanazione del decreto interministeriale 1º febbraio 2001, n. 44 (regolamento di contabilità) e le nuove attribuzioni in materia di gestione al dirigente scolastico, secondo il principio della ripartizione delle funzioni (politica e di gestione)

- il **Comitato per la valutazione degli insegnanti**, composto dal Preside e da due o quattro docenti, con funzione di valutazione del servizio dei docenti (per approfondimento vedi l'art. 11 del T.U.).

Gli organi collegiali sin qui considerati, seppure il D.lvo. 233/1999, preveda talune modifiche ed integrazioni alle richiamate disposizioni del T.U., non sembrano essere stati sostanzialmente o profondamente innovati dalla riforma.

La riforma ha invece riguardato e riguarderà in termini maggiormente incisivi gli organi collegiali a livello distrettuale, provinciale e nazionale.

Sono organi collegiali a **livello distrettuale** i consigli scolastici distrettuale e provinciale e la giunta esecutiva.

Nel disegno del T.U., il distretto scolastico, costituisce una articolazione di livello infraregionale, e di norma di estensione non superiore alla provincia, all'interno del quale deve essere garantita la rappresentanza di tutti gli ordini e gradi di scuole presenti nel distretto, con finalità di partecipazione delle comunità locali e delle forze sociali alla gestione della scuola (per approfondimento vedi gli art. da 16 a 19 del T.U.).

Sempre secondo il T.U., competenze e funzioni del tutto simili sono attribuite al Consiglio scolastico provinciale.

Nel decreto di riforma, il distretto scolastico e gli organi facenti capo allo stesso e il consiglio scolastico provinciale sono sostituiti dai Consigli scolastici Locali.

I consigli scolastici locali, una volta costituiti, avranno competenze consultive e propositive nei confronti dell'amministrazione scolastica periferica e delle istituzioni scolastiche autonome (per approfondimento vedi l'art. 5 del D.Lgs. 233/1999).

Nel disegno del T.U. del 1994 è organo collegiale a livello nazionale il Consiglio nazionale della Pubblica istruzione, composto da 74 membri, con funzioni consultive del Ministero in materia scolastica.

Nel decreto di riforma il Consiglio nazionale della pubblica istruzione è stato sostituito dal Consiglio superiore della pubblica istruzione, con funzione di garanzia dell'unitarietà del sistema nazionale dell'istruzione e di supporto tecnico scientifico al Governo ed al Ministro.

Il Consiglio è formato da trentasei componenti in rappresentanza del personale delle scuole statali, del mondo della cultura, delle regioni e delle scuole parificate (per approfondimento vedi gli art. 1 a 3 del D.lvo. 233 del 1999).

Nel disegno del decreto legislativo di riforma è infine previsto, la costituzione di Consigli regionali dell'istruzione.



Il consiglio dura in carica tre anni ed ha competenze consultive e di supporto all'amministrazione a livello regionale.

### **7.5.2 L'ordinamento scolastico**

Nel disegno del testo unico del 1994, l'ordinamento scolastico statale è articolato in scuola materna, scuola elementare, scuola media (istruzione primaria) e scuole superiori (istruzione secondaria).

La **scuola materna statale** è istituita con legge 18 marzo 1968, n. 444, che ha attratto il compito alla funzione pubblica, mentre precedentemente si trattava di compito prevalentemente svolto da privati ed istituti religiosi.

Ha carattere non obbligatorio, per i bambini da tre a sei anni e mira a coltivarne le prime manifestazioni di intelligenza e formazione del carattere.

La **scuola elementare** ha durata di cinque anni, articolati in un primo ed in un secondo ciclo, continuativi e con passaggio per scrutinio, ed è stata interessata da un disegno di riforma culminato nella legge 5 luglio 1990, n. 148. A conclusione del quinquennio gli alunni sono ammessi a sostenere un esame di licenza.

La **scuola media**, unificata con l. 31.12.1962, n. 1859, si compone di tre classi, con obbligo di frequenza fino al quattordicesimo anno di età.

La **scuola secondaria superiore** è caratterizzata da specifici indirizzi didattici ed ha durata di cinque anni alla cui conclusione si è ammessi a sostenere un esame di maturità, la cui positivo superamento si consegue un diploma che consente (salvo eccezioni) sempre l'ammissione al grado superiore di studi e in taluni casi l'ammissione a sostenere l'esame abilitato per l'esercizio della professione (ad es., nel caso dei geometri e dei ragionieri).

L'esame di maturità è stato da ultimo riformato con la legge 10 dicembre 1997, n. 425, che ha portato da due a tre le prove scritte ed ha introdotto come prova di esame un colloquio multidisciplinare

Secondo la nuova disciplina, inoltre, la commissione d'esame non è più composta di membri esterni salvo un commissario interno, ma di per metà di interni e per metà di esterni.

Secondo l'ordinamento prefigurato nel T.U del 1994, la scuola secondaria superiore si articola nelle seguenti principali categorie di istituti:

- liceo classico;
- liceo scientifico;
- istituto magistrale;
- istituto tecnico;
- istituto professionale;
- istituto d'arte;
- liceo artistico;
- accademia di belle arti;
- conservatorio di musica.

Attualmente l'ordinamento prefigurato dal T.U. del 1994 è stato modificato dalla legge 28 marzo 2003, n. 53, dal successivo decreto legislativo 19 febbraio 2004, n. 59 e dal decreto legislativo 17 ottobre 2005, n. 226



Quest'ultimo prevede che il secondo ciclo sia formato dal sistema educativo di istruzione e formazione

- Il percorso liceale si articola in:
- Liceo artistico;
- Liceo classico
- Liceo linguistico;
- Liceo musicale e coreutico;
- Liceo scientifico;
- Liceo delle scienze umane.

### **7.5.3      7.5.3 L'innalzamento dell'obbligo scolastico e la riforma dei cicli di istruzione**

All'inizio del 1999, con legge n. 9 del 20 gennaio, è stata disposta l'evoluzione dell'obbligo di istruzione da otto a dieci anni.

L'obbligo di istruzione tuttavia per una prima fase transitoria è stato elevato a nove anni fino alla approvazione di un generale riordino del sistema scolastico.

Dopo un lunghissimo periodo di elaborazione e di attesa con legge 10 febbraio 2000, n. 30 è stata emanata la "legge quadro in materia di riordino dei cicli dell'istruzione".

La legge in esame elevava l'obbligo scolastico al quindicesimo anno di età (art. 2).

Istituisce, in un certo qual modo innovando la denominazione della scuola materna, la **scuola dell'infanzia**, non obbligatoria e durata triennale, per i bambini da tre a sei anni, ed afferma l'impegno a garantire a tutti i bambini la possibilità della sua frequentazione (art. 2).

Istituisce la **scuola di base**, di durata pari a sette anni con percorso educativo unitario e possibilità di articolazioni interne (art. 3).

Disponeva che la scuola secondaria avesse durata di cinque anni e si articolasse nelle aree classico-umanistica, scientifica, tecnica e tecnologica, artistica e musicale, con possibilità di ripartire ciascuna area in indirizzi.

Il corso di studi secondario avrebbe dovuto essere articolato in un biennio sia pure specificamente caratterizzato, che consentisse la possibilità di passare da un modulo all'altro, anche di aree ed indirizzi diversi.

La legge 27 dicembre 2006, n. 296 (finanziaria 2007) al comma 622 ha previsto che l'istruzione è impartita per almeno dieci anni ed è obbligatoria e finalizzata a consentire il conseguimento di un titolo di studio di scuola secondaria superiore o di una qualifica professionale di durata almeno triennale entro il diciottesimo anno di età.

In materia di riordino dei cicli, è del 28 marzo 2003 la legge n. 53 di delega al Governo per la definizione delle norme generali sull'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale. Da essa è scaturito il decreto legislativo 19 febbraio 2004, n. 59 che ha definito le norme generali relative alla scuola dell'infanzia e al primo ciclo dell'istruzione.



L'ultimo provvedimento è il decreto legge 1 settembre 2008, n. 137 recante disposizioni urgenti in materia di istruzione e università, convertito nella legge 169 del 2008, che introduce l'insegnante unico nella scuola primaria e introduce nuove modalità valutative degli alunni.

## 8 Diritto scolastico - L'autonomia scolastica

### 8.1 Sintesi

Con la riforma avviata nel 1997, è stato avviato un profondo processo di riforma, incentrato sulla **Autonomia** dei singoli istituti scolastici.



L'**Autonomia** è **AUTONOMIA DIDATTICA** intesa come dovere dei singoli istituti, sia pure nel quadro della programmazione ministeriale di elaborare un individuato progetto formativo, destinato a tradursi in un documento pubblico, impegnativo per la scuola e per la popolazione scolastica: il **PIANO DELL'OFFERTA FORMATIVA**.

L'**Autonomia** è **AUTONOMIA ORGANIZZATIVA**, intesa come possibilità di modulare i tempi della lezione e della classe secondo percorsi organizzativi pianificati dai singoli istituti, sia pure nell'ambito di taluni obblighi minimi stabiliti a livello centrale.

L'**Autonomia** è **AUTONOMIA AMMINISTRATIVO CONTABILE**, intesa come disponibilità delle singole scuole di risorse proprie, assegnate dallo stato e dagli enti locali ed incrementabili attraverso la valorizzazione delle strutture anche, fra l'altro, per iniziative extracurricolari, sponsorizzazioni e contributi, autonomamente gestibili, nelle finalità istituzionali.

L'**Autonomia** si accompagna al riconoscimento della **personalità giuridica**, condizionata al raggiungimento di livelli ottimali di dimensionamento ottimale, che deve essere favorito anche attraverso appositi Piani di dimensionamento della rete scolastica diretti a favorire l'aggregazione di istituti sensibilmente al di sotto dei livelli ottimali individuati.



## **8.2 L'Autonomia scolastica**

La riforma dell'ordinamento scolastico nel senso della valorizzazione dell'Autonomia dei singoli istituti è stata prevista ed avviata dalla L. n. 59/1997 e dal successivo regolamento di attuazione adottato con DPR 15 marzo 1999, n. 275.

La centralità dei singoli istituti scolastici e delle singole scuole nel nuovo sistema di Autonomia appare esaltata già dal primo comma dell'art. 21 della L. 59/1997, che dispone,

*"L'Autonomia delle istituzioni scolastiche e degli istituti educativi si inserisce nel processo di realizzazione della Autonomia e della riorganizzazione dell'intero sistema formativo".*

Le linee guida dell'Autonomia come indicate dal legislatore sono:

- garanzia, definizione e programmazione statale in ordine al mantenimento di livelli unitari e nazionali di fruizione del diritto allo studio nonché degli elementi comuni all'intero sistema scolastico pubblico;
- in questi limiti, progressivo trasferimento delle funzioni dell'Amministrazione centrale e periferica della pubblica istruzione alle istituzioni scolastiche;
- l'estensione della personalità giuridica, già concessa ai soli istituti tecnici e professionali estesa, a tutti gli istituti scolastici, in presenza del raggiungimento di dimensioni ottimali, ed il riconoscimento di ampi spazi di autonomia.

Gli aspetti salienti della riforma attengono comunque ai contenuti dell'autonomia, che attengono all'Autonomia organizzativa alla Autonomia didattica e alla Autonomia Amministrativo contabile.

Le disposizioni sulla Autonomia delle istituzioni scolastiche hanno avuto piena efficacia e vigore con la conclusione del processo di verifica del raggiungimento (alla data prevista del 31 dicembre 2000) delle dimensioni ottimali, e la conseguente attribuzione della personalità giuridica.


Il quadro normativo dell'autonomia, inoltre, è stato integrato dai seguenti principali regolamenti:

- DPR 18 giugno 1998, n. 233 recante norme per il dimensionamento ottimale delle istituzioni scolastiche,
- DPR 8 marzo 1999, n. 275, recante norme in materia di Autonomia delle istituzioni scolastiche.
- D.I. 1° febbraio 2001 n. 44 Regolamento concernente le "Istruzioni generali sulla gestione amministrativo-contabile delle istituzioni scolastiche".

## **8.3 L'Autonomia organizzativa**

L'Autonomia organizzativa è finalizzata alla realizzazione della flessibilità, della diversificazione, dell'efficienza e dell'efficacia del servizio scolastico, alla integrazione e al miglior utilizzo delle risorse e delle strutture, all'introduzione di tecnologie innovative e al coordinamento con il contesto territoriale.





Il regolamento (275/99) chiarisce che l'Autonomia organizzativa si estende alle modalità di impiego dei docenti, sia pur nell'ambito di forme progettuali coerenti con gli obiettivi generali e specifici di ciascun tipo e indirizzo di studio e possibilità di adattamenti del calendario scolastico in sede di Piano dell'offerta formativa (art. 5 del regolamento).

Costituiscono in ogni caso **limite alla Autonomia organizzativa**:

- **i giorni di attività didattica annuale** previsti a livello nazionale
- **la distribuzione della attività didattica** in non meno di cinque giorni settimanali;
- **il rispetto dei complessivi obblighi annuali** di servizio dei docenti.

In questo quadro rientrano nella Autonomia organizzativa dei singoli istituti:

possibili **adattamenti del calendario scolastico**;


- **organizzazione flessibile dell'orario** complessivo del curriculum,
- **diversificazione delle modalità di impiego** dei docenti.

#### **8.4 L'Autonomia didattica e il Piano dell'offerta formativa**

L'Autonomia didattica è finalizzata al perseguimento degli obiettivi generali del sistema nazionale di istruzione.



L'Autonomia didattica comporta la scelta libera e programmata di metodologie, strumenti, organizzazione e tempi di insegnamento, da adottare nel rispetto della possibile pluralità di opzioni metodologiche, con libertà progettuale, di definizione dell'offerta formativa, inclusa l'eventuale offerta di insegnamenti opzionali.



Comporta, altresì, il concorso delle istituzioni scolastiche nella definizione del **curricolo obbligatorio**.

Il curricolo, come definito all'art. 8 del Regolamento di cui al DPR 8 marzo 1999, n. 275 è la rappresentazione dei singoli percorsi effettivamente costruiti dalla singola istituzione scolastica, personalizzato attraverso l'uso degli strumenti di flessibilità.

Il curricolo tuttavia si compone di una quota stabilita in sede nazionale dal Ministero della pubblica istruzione e di una quota integrativa stabilita dai singoli istituti sulla base degli indirizzi fissati dalla Regione.

Il Ministro della pubblica istruzione definisce, fra l'altro, per i diversi tipi e indirizzi di studio gli obiettivi generali e specifici del processo formativo e le discipline e le attività costituenti la quota nazionale dei curricula e il relativo monte ore annuale (cfr. art. 8 del DP 275/99)

Le istituzioni scolastiche determinano invece, nel Piano dell'offerta formativa il curricolo obbligatorio per i propri alunni in modo da integrare la quota definita a livello nazionale con la quota loro riservata (D.M. 28 dicembre 2005) che comprende le discipline e le attività da esse liberamente scelte (cfr. art. 8 del DP 275/99).

Lo strumento principale nel quale si traduce e si caratterizza l'Autonomia didattica è il **Piano dell'offerta formativa**.

Il regolamento (275/99), in particolare, valorizza l'Autonomia delle istituzioni scolastiche ai fini della definizione e realizzazione del Piano dell'offerta formativa (art. 4 del regolamento).

Il Piano è predisposto dalle singole istituzioni scolastiche, in aderenza con le istanze provenienti dal territorio, ed è elaborato dal collegio dei docenti sulla base degli indirizzi generali per le attività della scuola.

Il Piano è il progetto di studio e di formazione, curricolare ed extracurricolare, che ogni scuola propone e si impegna a predisporre in favore della collettività scolastica.

Il Piano è reso pubblico e consegnato agli alunni e alle famiglie all'atto dell'iscrizione.

A questo riguardo, tuttavia, va precisato che il Piano dell'offerta formativa elaborato dai singoli istituti deve tenere conto delle indicazioni generali elaborate dal Ministero.

In effetti, sono e restano stabiliti dal Ministro della pubblica istruzione gli obiettivi generali e specifici del processo formativo e le discipline e le attività costituenti la quota nazionale dei curricula e il relativo monte ore annuale, nonché l'orario obbligatorio annuale complessivo, gli standard relativi alla qualità del servizio; gli indirizzi generali circa la valutazione degli alunni, il riconoscimento dei crediti e dei debiti formativi ( D.M. 22 maggio 2007 n. 42 e D.M. 3 ottobre 2007 n. 80) (articolo 8 del Regolamento).

Conseguentemente le istituzioni scolastiche determinano, nel Piano dell'offerta formativa il curricolo obbligatorio, in modo da integrare quanto già indicato a livello nazionale ed eventualmente ampliando il piano dell'offerta formativa (art. 8 del regolamento).

Il Piano dell'offerta formativa comprende due parti:



- la prima centrata sulla **costruzione dei curricoli** (vedi art. 8 del Regolamento 8 marzo 1999, n. 275),
- una seconda riservata ai **criteri di organizzazione ed erogazione** del servizio di insegnamento.

Il Piano dell'offerta formativa descrive così l'intera realtà didattica della scuola, sia in termini di organizzazione e regole della didattica, che di corsi di studio attivati, che di curricoli.

Il regolamento 275/99 chiarisce, poi che, all'interno dell'Autonomia didattica è compresa la regolamentazione dei tempi di insegnamento e delle attività scolastiche, con possibilità di individuare forme di flessibilità, fra cui l'articolazione modulare del monte ore annuale di ciascuna disciplina e attività; la definizione di unità di insegnamento non coincidenti con l'unità oraria della lezione, l'attivazione di percorsi didattici individualizzati o per gruppi, l'aggregazione di discipline in aree e ambiti disciplinari.

### **8.5 L'Autonomia amministrativo contabile**

Conseguenza necessaria della previsione del riconoscimento ai singoli istituti della Autonomia e della personalità giuridica è il riconoscimento agli stessi dell'Autonomia finanziaria.

Il comma 5 dell'art. 21 della L. 59/97 ha previsto che i singoli istituti, al conseguimento della personalità giuridica, abbiano una *"dotazione finanziaria essenziale costituita dall'assegnazione dello Stato per il funzionamento amministrativo e didattico"*.

Gli stanziamenti sono ripartiti dal Ministero della pubblica istruzione secondo due flussi:

- assegnazione attraverso finanziamento diretto ai sensi del D.M. n. 21/2007 relativamente al cap. 1203 "Fondo per le competenze dovute al personale delle istituzioni scolastiche, con esclusione delle spese per stipendi del personale a tempo indeterminato e determinato" e al cap. 1204 "Fondo per il funzionamento delle istituzioni scolastiche";
- assegnazione su base regionale attraverso l'USR e quindi assegnati, dopo essere stati suddivisi su base provinciale o sub provinciale, ai singoli istituti, dai dirigenti degli uffici periferici dell'amministrazione scolastica.

La dotazione si suddivide in assegnazione ordinaria e assegnazione perequativa ed è senza altro vincolo di destinazione che quello dell'utilizzazione prioritaria per lo svolgimento delle attività di istruzione, di formazione e di orientamento proprie di ciascuna tipologia e di ciascun indirizzo di scuola.

Il regolamento chiarisce poi che l'assegnazione ordinaria ha carattere uniforme e risponde a parametri fissi, quali numero di studenti e tipologia di studi.

L'assegnazione perequativa ha invece natura integrativa, per fare fronte a istituti in difficoltà economica e supplire a disomogeneità territoriali.

Nel contempo la legge 59/97 promuove il ricorso dei singoli istituti all'"autofinanziamento".



In quest'ottica, il Regolamento abroga le disposizioni che prevedono autorizzazioni preventive per l'accettazione di donazioni, eredità e legati da parte delle istituzioni scolastiche".

Sempre in tale finalità, il regolamento, specifica, enfaticamente, che l'assegnazione della dotazione in esame non esclude l'apporto di ulteriori risorse finanziarie da parte dello Stato, delle regioni, degli enti locali, di altri enti e di privati per l'attuazione di progetti promossi e finanziati con risorse a destinazione specifica.

Nel D.I. 1° febbraio 2001 n. 44 si specifica che punti salienti della gestione finanziaria sono:

- la gestione per competenze (art. 2);
- l'esercizio finanziario su base annuale per anno solare (art. 2);
- la gestione della spesa sulla base di programma annuale (art. 2);
- l'obbligo di utilizzo di istituto cassiere (art. 16);
- la possibilità di utilizzare le strutture scolastiche per lo svolgimento di attività e la vendita di beni e servizi a favore di terzi, con vantaggio economico dell'istituto (art. 21);
- l'obbligo di tenuta di scritture contabili (titolo III);
- la piena capacità negoziale, esercitarsi nelle procedure di legge (art. 31),
- l'individuazione della procedura ordinaria di contrattazione, per gli importi eccedenti 2000 euro sulla base delle offerte di almeno tre ditte direttamente interessate (art. 34)
- l'individuazione di una serie di contratti certamente rientranti nella capacità negoziale degli istituti (Capo II, contratti di insegnamento, di sponsorizzazione, di fornitura di siti informatici) comodato, mutuo, locazione finanziaria e numerosi altri).

### **8.6 Le funzioni amministrative e la gestione del servizio di istruzione nell'autonomia**

Nell'ambito della valorizzazione delle competenze dei singoli istituti e del trasferimento agli stessi delle funzioni già di competenza delle Amministrazioni statali, locali o periferiche, l'art. 14 del D.P.R. n. 275 del 1999 prevede che "a decorrere dal 1° settembre 2000 alle istituzioni scolastiche sono attribuite le funzioni già di competenza dell'amministrazione centrale e periferica relative alla carriera scolastica e al rapporto con gli alunni, all'amministrazione e alla gestione del patrimonio e delle risorse e allo stato giuridico ed economico del personale non riservate, all'amministrazione statale centrale e periferica"

Le **funzioni trasferite alle istituzioni scolastiche** in particolare attengono:

- alla carriera scolastica degli alunni (iscrizioni, frequenze, certificazioni, documentazione, valutazione, riconoscimento degli studi compiuti in Italia e all'estero, la valutazione dei crediti e debiti formativi);
- alla gestione del bilancio e dei beni e alla stipula dei contratti (secondo le modalità che dovranno essere stabilite in apposito



regolamento non ancora emanato, ma di cui si allega in sede di documenti una bozza attualmente in avanzata fase di discussione);

- allo stato giuridico ed economico del personale.

Restano invece **attribuite allo Stato**, fra l'altro, le seguenti funzioni in materia di personale (per un esame completo vedi l'art. 15 del D.P.R. n. 275 del 1999):

- formazione delle graduatorie permanenti;
- reclutamento del personale docente, amministrativo, tecnico e ausiliario con rapporto di lavoro a tempo indeterminato;
- mobilità esterna alle istituzioni scolastiche.

### **8.7 L'attribuzione della personalità giuridica e dell'Autonomia**

Secondo La previsione normativa dell'articolo 21 della L. 59/1997 l'Autonomia scolastica è stata attuata innanzitutto attraverso il riconoscimento della **personalità giuridica** a tutte le scuole che hanno raggiunto entro e non oltre il 31 dicembre 2000 i parametri stabiliti dal DPR 18 giugno 1998, n.233.

Nello spirito della legge e del regolamento 233, il raggiungimento delle dimensioni ottimali delle istituzioni scolastiche ha avuto la finalità di garantire l'efficace esercizio dell'Autonomia di cui all'art. 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59, di dare stabilità nel tempo alle stesse istituzioni ed il peso istituzionale necessario per interloquire con le comunità locali ed offrire alle stesse una pluralità di scelte, articolate sul territorio, che agevolino l'esercizio del diritto all'istruzione.

In particolare il regolamento in esame dispone che *"L'Autonomia amministrativa, organizzativa, didattica e di ricerca e progettazione educativa è riconosciuta alle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado, ivi comprese quelle già dotate di personalità giuridica, che raggiungono dimensioni idonee a garantire l'equilibrio ottimale tra domanda di istruzione e organizzazione dell'offerta formativa"*.

Le Dimensioni sono stabilite in una popolazione scolastica, consolidata e prevedibilmente stabile almeno per un quinquennio, compresa tra 500 e 900 alunni riducibili, nelle piccole isole e nei comuni montani o in altre situazioni particolari, a 300 alunni.

Nell'ipotesi in cui le singole scuole non raggiungano gli indici di riferimento indicati, secondo le indicazioni del regolamento si procede alla loro unificazione orizzontale, con le scuole dello stesso grado comprese nel medesimo ambito territoriale o verticalmente in istituti comprensivi.

Al fine del raggiungimento delle dimensioni su riferite, le regioni e le provincie predispongono ed approvano il piano di dimensionamento delle istituzioni scolastiche (art. 3 del Regolamento n. 233/1998).

Sulla base di tale Piano i dirigenti dell'amministrazione scolastica periferica hanno adottato, in attuazione dei piani approvati dalle regioni, i provvedimenti conseguenti, ivi compresi quelli di riconoscimento dell'Autonomia alle singole istituzioni scolastiche e di attribuzione della personalità giuridica alle istituzioni scolastiche che ne erano prive.



Attualmente la riorganizzazione della rete scolastica è oggetto di uno Schema di regolamento recante "Norme per la riorganizzazione della rete scolastica e il razionale ed efficace utilizzo delle risorse umane nella scuola, ai sensi dell'art. 64, comma 4, del decreto – legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133"

### **8.8 Le attribuzioni della dirigenza e del personale**

Anche le attribuzioni della dirigenza e del personale scolastico, in ragione delle nuove competenze attribuite alle amministrazioni scolastiche hanno trovato forti punti di innovazione nella riforma come si vedrà nella successiva sessione.

### **8.9 Le competenze dello Stato e della Regione**

L'assetto istituzionale delle competenze in materia di istruzione e formazione ha subito da oltre un decennio una serie importante di trasformazioni, molte delle quali deliberate anche prima che la modifica del Titolo V conferisse loro rilievo costituzionale. In questa fase le modifiche furono fatte "a Costituzione invariata", sfruttando cioè solo le potenzialità dell'art. 5 della Costituzione. Di particolare importanza l'impulso dato al sistema delle "autonomie funzionali", fra cui, in primo luogo, la scuola.

Dopo il tentativo fallito operato dall'art. 4 della legge 537 del 1993, dobbiamo arrivare all'art. 21 della legge n. 59 del 1997 che sostanzialmente ha ripreso i tentativi di riforma inserendoli in un ampio disegno di riassetto amministrativo. Per effetto di tale normativa l'amministrazione statale assumeva il ruolo di centro del sistema di istruzione, titolare del potere di indirizzo, di determinazione degli ordinamenti e dei programmi, di determinazione della struttura organizzativa e dello status del personale insegnante, abbandonando le funzioni di gestione.

Nel contempo sono state trasferite le funzioni di gestione amministrativa alle singole scuole con il conseguente riconoscimento della personalità giuridica e dell'autonomia organizzativa e didattica. Mentre allo stato restavano attribuiti compiti amministrativi riguardanti il "governo" del sistema di istruzione alle istituzioni scolastiche ed alle autonomie locali spettavano le rimanenti funzioni. In particolare alle istituzioni scolastiche venivano trasferite le funzioni tecniche; agli enti locali le funzioni non tecniche ma amministrative volte ad organizzare, programmare ed implementare il servizio. A ciò si è provveduto attraverso il d.lgs n. 112 del 1998, il quale realizza un policentrismo del sistema di governo attraverso le seguenti attribuzioni:

- allo stato spettano funzioni di indirizzo, programmazione, controllo e valutazione; in particolare la determinazione degli obiettivi educativi generali, la definizione di standard di qualità di livello nazionale, la definizione dei criteri e dei parametri per l'organizzazione della rete scolastica, le funzioni di valutazione del sistema scolastico e soprattutto quelle relative alla determinazione e all'assegnazione delle risorse finanziarie a carico del bilancio dello stato;





- alle regioni spettano funzioni amministrative relative a: programmazione dell'offerta formativa; programmazione della rete scolastica; suddivisione del territorio regionale in ambiti funzionali al miglioramento dell'offerta formativa; determinazione del calendario scolastico; contributi alle scuole non statali; iniziative e attività di promozione relative all'ambito delle funzioni conferite;
- agli enti locali spettano funzioni di programmazione, quali istituzione, soppressione e aggregazione di scuole nonché la redazione dei piani di utilizzazione di edifici e delle attrezzature, d'intesa con le istituzioni scolastiche.

La legge costituzionale n. 3 del 2001, che ha modificato il titolo V, ha rinforzato l'indirizzo riformatore precedente, definendo l'istruzione come materia di legislazione concorrente "salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione dell'istruzione e della formazione professionale"

Alla potestà legislativa esclusiva dello Stato competono le norme generali sull'istruzione, nonché la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. Lo Stato deve inoltre fissare i principi fondamentali ai quali deve ispirarsi la legislazione concorrente delle Regioni. Il potere regolamentare spetta infine allo Stato per le materie di legislazione esclusiva e alle Regioni per ogni altra materia.

### **8.10 'edilizia scolastica**

La materia dell'edilizia scolastica è disciplinata, principalmente, dalla legge 11 gennaio 1996, n. 23, recante "norme in materia di edilizia scolastica".

Per quanto qui interessa, la legge in questione, variamente integrata e modificata e riportata nel testo aggiornato nella parte relativa ai documenti, afferma la competenza generale degli enti locali a sopportare gli oneri di realizzazione e manutenzione degli edifici sedi di strutture scolastiche.

In particolare la legge in questione, dispone che i Comuni provvedono alla realizzazione, alla fornitura e alla manutenzione ordinaria e straordinaria degli edifici da destinare a sede di scuole materne, elementari e medie e le Province, per quelli da destinare a sede di istituti e scuole di istruzione secondaria superiore, compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, di conservatori di musica, di accademie, di istituti superiori per le industrie artistiche, nonché di convitti e di istituzioni educative statali.

Gli stessi enti debbono provvedere alle spese varie di ufficio e per l'arredamento e a quelle per le utenze elettriche e telefoniche, per la provvista dell'acqua e del gas, per il riscaldamento ed ai relativi impianti.

Tuttavia è importante sottolineare che Comuni e Province possono delegare alle singole istituzioni scolastiche, su loro richiesta, funzioni relative alla manutenzione ordinaria degli edifici destinati ad uso scolastico, assicurando le risorse finanziarie necessarie per l'esercizio delle funzioni delegate.



## 9 Diritto scolastico - Il personale scolastico

### 9.1 Sintesi

Alla riforma della scuola nel senso delle autonomie e del conseguente riconoscimento della centralità dei singoli istituti nel sistema della pubblica istruzione si sono accompagnate corrispondenti e speculari innovazioni anche nella disciplina del personale.

Del resto importanti cambiamenti nel settore erano già imposti dalla riforma del pubblico impiego avviata con il D.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29.

Queste in particolare ed in sintesi le novità e le riforme degli ultimi anni.

Per quanto riguarda il **personale direttivo**, il decreto legislativo 6 marzo 1998, n. 59 ha istituito la qualifica dirigenziale per i capi di istituto preposti alle istituzioni scolastiche alle quali è attribuita la personalità giuridica.

In particolare, la legge detta ha introdotto gli articoli 25bis e 25 ter al D.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 prima e al D.lgs 30 marzo 2001 n. 165 successivamente, che si unisce nel testo integrale ed aggiornato nella sezione documenti.

Per quanto riguarda il **personale docente**, la legge 3 maggio 1999, n. 124, ha modificato il sistema degli accessi alle nomine e alle graduatorie e delle assegnazioni delle supplenze.

Con riferimento invece al **personale amministrativo, ausiliario, e tecnico**, innanzitutto, già il testo unico del 1994, aveva dato atto che la disciplina del relativo rapporto di lavoro avrebbe dovuto essere stabilita in sede di contrattazione collettiva.

Le norme in proposito contenute nel T.U. nei limiti detti vanno pertanto lette con l'avvertenza (dalle stesse affermate) che il loro vigore è cessato con la sottoscrizione dei contratti predetti.

Il Contratto collettivo nazionale attualmente vigente è stato sottoscritto il 7 ottobre 2007

La legge 3 maggio 1999, n. 124 ha, inoltre introdotto, anche attraverso modifiche ed integrazioni al T.U. di cui al D.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, importanti innovazioni con riferimento ai procedimenti di reclutamento del personale ATA.

La stessa legge infine ha previsto il trasferimento dell'intero personale Amministrativo tecnico e ausiliario degli istituti e scuole statali a carico dello Stato e disposizioni attuative per il rammentato trasferimento sono state quindi dettate con D.M. 23 luglio 1999.

La L. 10 marzo 2000, n. 62 è intervenuta a disciplinare la complessa materia della parità scolastica e della scuola privata.

La legge n.146 del 12 giugno 1990, modificata e innovata dalla L.n.83 del 11 aprile 2000, affida la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, ad uno strumentario misto, composto da norme legali e negoziali. Dalla pluralità di fonti che concorre alla disciplina sullo sciopero deriva una distinzione tra norme immediatamente precettive e norme il cui contenuto precettivo necessita di una attività ulteriore delle parti di integrazione e specificazione nella contrattazione collettiva.



## 9.2 Le fonti della disciplina del rapporto di impiego nel comparto scuola

Le fonti della disciplina del rapporto di impiego nel comparto scolastico, come già anticipato dalla rassegna che precede, e come ormai comune all'intero settore del pubblico impiego, debbono pertanto essere ricercate nei seguenti due livelli:

- livello normativo
- contrattazione collettiva.

Il primo livello è il **livello normativo** sostanzialmente rappresentato dalle disposizioni di cui al d.lgs.30 marzo 2001 n. 165, dettante norme di principio (ma anche di dettaglio in materia) e dalle altre leggi di settore in materia.

In particolare, il decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, esaminato in altra parte del lavoro, detta le norme generali e, talvolta anche di dettaglio sui singoli istituti (come ad es. la dirigenza, la responsabilità) e soprattutto, individua gli spazi demandati alla disciplina legislativa ed alla disciplina ad opera della contrattazione collettiva.

Nella legislazione di settore deve essere rammentato innanzitutto il D.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, Testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione e le disposizioni di integrazione e modifica, quali ad es. la L. 3 maggio 1999, n. 124, "Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico".

Il secondo livello è invece quello della **contrattazione collettiva**.

Il livello della contrattazione è rappresentato dalla contrattazione nazionale coincidente con

- il Contratto collettivo nazionale di comparto
- la Contrattazione collettiva integrativa.

Secondo il vigente Contratto collettivo nazionale la contrattazione integrativa si svolge a livello nazionale, regionale ), di istituto.

La contrattazione integrativa nazionale si occupa di

- Mobilità
- Formazione,
- Con cadenza biennale, criteri per l'esercizio dei diritti e dei permessi sindacali
- Con cadenza annuale, criteri e parametri di attribuzione delle risorse, per le scuole a rischio educativo e a disagio sociale.

La contrattazione integrativa regionale si occupa di:

- linee di indirizzo e criteri per la tutela della salute nell'ambiente di lavoro;
- criteri di allocazione e utilizzo delle risorse, provenienti dall'Ente Regione e da Enti diversi dal MPI, a livello d'istituto per la lotta contro l'emarginazione scolastica e per gli interventi sulle aree a rischio e a forte processo immigratorio, inclusa l'assegnazione di una quota dei fondi destinati alla formazione per il finanziamento di moduli formativi, da concludersi entro il 31 ottobre;
- criteri, modalità e opportunità formative per il personale docente, educativo ed ATA.;



- criteri di utilizzazione del personale;
- criteri e modalità di verifica dei risultati delle attività di formazione.
- con cadenza quadriennale delle seguenti materie:
- criteri per la fruizione dei permessi per il diritto allo studio;
- criteri e modalità per lo svolgimento delle assemblee territoriali e l'esercizio dei diritti e dei permessi sindacali;
- istituzione di procedure di raffreddamento dell'eventuale conflittualità contrattuale generatasi a livello di singola istituzione scolastica;
- modalità per la costituzione di una commissione bilaterale incaricata dell'assistenza, supporto e monitoraggio delle relazioni sindacali sul territorio regionale.

Sono materie di *contrattazione integrativa* le seguenti:

- modalità di utilizzazione del personale docente in rapporto al piano dell'offerta formativa e al piano delle attività e modalità di utilizzazione del personale ATA in relazione al relativo piano delle attività formulato dal DSGA, sentito il personale medesimo;
- criteri riguardanti le assegnazioni del personale docente, educativo ed ATA alle sezioni staccate e ai plessi, ricadute sull'organizzazione del lavoro e del servizio derivanti dall'intensificazione delle prestazioni legate alla definizione dell'unità didattica. Ritorni pomeridiani;
- criteri e modalità di applicazione dei diritti sindacali, nonché determinazione dei contingenti di personale previsti dall'accordo sull'attuazione della legge n. 146/1990, così come modificata e integrata dalla legge n.83/2000;
- attuazione della normativa in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro;
- i criteri per la ripartizione delle risorse del fondo d'istituto e per l'attribuzione dei compensi accessori, ai sensi dell'art. 45, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001, al personale docente, educativo ed ATA, compresi i compensi relativi ai progetti nazionali e comunitari;
- criteri e modalità relativi alla organizzazione del lavoro e all'articolazione dell'orario del personale docente, educativo ed ATA, nonché i criteri per l'individuazione del personale docente, educativo ed ATA da utilizzare nelle attività retribuite con il fondo di istituto.



### 9.3 *Il personale della scuola pubblica*

Il personale della scuola pubblica è articolato in

- personale docente, educativo, direttivo e ispettivo
- personale amministrativo tecnico e ausiliario.

AREE	PROFILI PROFESSIONALI
AREA D	Direttore dei servizi generali e amministrativi
AREA C	Coordinatore amministrativo o tecnico
AREA B	Assistente amministrativo Assistente tecnico Cuoco Infermiere Guardarobiere
AREA As	Addetto alle Aziende Agrarie Collaboratore scolastico dei servizi
AREA A	Collaboratore scolastico

#### 9.3.1 *I Capi di istituto*

Il personale direttivo, ovverosia i capi di istituto hanno la funzione di promozione e di coordinamento delle attività.

Tale funzione è stata oggetto di importanti riforme con l'attribuzione ai capi di istituto della qualifica dirigenziale. La qualifica dirigenziale è stata attribuita unicamente contestualmente (e limitatamente) alla preposizione di istituti dotati di personalità giuridica (cfr. D.Lgs 29/93, art. 25 bis ora confluito nell'art 25 del D.Lgs. n 165/2001).

Con l'attribuzione della dirigenza il capo di istituto nel rispetto delle prerogative degli organi collegiali ha autonomi poteri di

- **direzione**
- **coordinamento**
- **valorizzazione delle risorse umane**
- **gestione delle risorse economiche e finanziarie.**

In via di sintesi possono essere esemplificativamente ricordate,

- la rappresentanza della scuola,
- la presidenza degli organi collegiali,
- la formazione delle classi e l'assegnazione ad esse dei singoli docenti,
- la formulazione dell'orario;
- l'assunzione o l'avvio dei provvedimenti e procedimenti conseguenti a inadempienze o carenze del personale docente, amministrativo, tecnico e ausiliario;



- il rilascio dei certificati di spettanza.

I compiti del capo di istituto sono ripresi anche dal Contratto collettivo nazionale 11.04.2006, (artt. 1e 2 ), mentre la verifica e valutazione sono descritte nell'art. 20

Con la attribuzione della autonomia inoltre il capo di istituto ha compiti anche in sede di Relazioni sindacali a livello di istituzione scolastica

### **9.3.2 Il Personale docente**

Le funzioni e i compiti del personale docente, al di là dell'essenziale compito di trasmissione di cultura e conoscenze sono indicati agli artt. 395 del T.U. e alla sezione II del Contratto collettivo nazionale cui si rinvia.

Quanto all'**accesso dei ruoli** per il personale docente, la legge 3 maggio 1999 n. 124, modificando gli art. 399 e seguenti del T.U. ha istituito le graduatorie permanenti, formate e periodicamente integrate dai docenti che anno superato le prove dell'ultimo concorso (art. 401 del T.U.).

Nello stesso tempo la legge 124/99, ha disposto che l'immissione nei ruoli ha luogo, per il 50 per cento dei posti annualmente assegnabili, mediante concorsi per titoli ed esami e, per il restante 50 per cento, attingendo alle graduatorie permanenti (art. 399 del T.U.).

Il testo unico disciplina poi la materia dei congedi straordinari e aspettative (art. Capo III del T.U., art. 447 e seg.), degli utilizzi degli incarichi e degli esoneri, in merito alle quali occorre rinviare all'esame dei corrispondenti artt. del T.U. (artt. 453- 459).

Sempre il testo unico disciplina poi le questioni attinenti ai **trasferimenti** (art. 460 e segg.), che possono essere a domanda o di ufficio. I trasferimenti a domanda hanno luogo annualmente con effetto dall'inizio dell'anno scolastico successivo. I trasferimenti d'ufficio hanno invece luogo soltanto in caso di soppressione di posto o di cattedre ovvero per incompatibilità.

Distinti dai trasferimenti sono invece i **passaggi**, disciplinati agli art. 470 e segg. del T.U. (passaggi per mobilità professionale, di cattedra o di presidenza, di ruolo) e le assegnazioni provvisorie (art. 475).

In ragione della perdita di posti si ha poi l'individuazione di docenti in soprannumero e la disciplina del loro utilizzo in aderenza alle disposizioni del T.U. del 1994 (art. 479).

Infine, in materia di mobilità, sono ammesse peculiari forme di ricorso, al Ministero della pubblica istruzione che decide, su parere del Consiglio nazionale della Pubblica istruzione.

Norme e istruzioni in ordine alle assunzioni (programmate) di personale a tempo indeterminato sono state introdotte da:

dpr 30.11.2000

dpr 4.08.2001

dpr 19.11.2003

nota prot. 280 del 23.7.2004

DM n. 59 del 23.07.2004

<http://localhost:8500/appen204/ip107158.htm> art. 3 d.l. 30.6.2005 n. 115, conv. da legge 17.8.2005, n. 168





DM 08.07.2005, n. 61  
[http://localhost:8500/reali/DPR\\_20060418\\_NIR-1.htm](http://localhost:8500/reali/DPR_20060418_NIR-1.htm)DI 18.10.2005, n.  
79

dPR 18 aprile 2006  
DM 30.06.2006, n. 50  
nota 13 luglio 2006, prot. 971  
DM 3 luglio 2007, n. 56  
nota 4 luglio 2007, prot. 13637

Le **sanzioni disciplinari** e le relative procedure di irrogazione sono regolate tuttora per il personale docente (in virtù del rinvio contenuto nell'art 55 del D.Lgs. n. 165/2001) dal T.U. di cui al D.l.s. n. 297/94, art. 492 e segg. e nel caso di violazione dei propri doveri, possono essere l'avvertimento scritto, la censura, la sospensione dall'insegnamento o dall'ufficio fino a un mese da oltre un mese a sei mesi o per un periodo di sei mesi, la destituzione.

Competenti ad irrogare le sanzioni predette sono il provveditore, il direttore generale, il Ministro della pubblica Istruzione per le sanzioni più gravi.

Avverso tali provvedimenti è ammesso, oltre che ricorso giurisdizionale, ricorso gerarchico al Ministro della pubblica istruzione.

Anche la tematica delle **supplenze** è stata da ultimo oggetto di profonda riforma. La legge 3 maggio 1999, n. 124 in particolare ha riordinato l'intera materia.

La disciplina attualmente vigente è prevista nel regolamento di cui al D.M. 13-6-2007 n. 131, emanato in attuazione dell'art. 4 della legge 3.5.1999 n. 124.

Ulteriori innovazioni sono state introdotte dall'art. 4 del d.l. 255/2001, conv. da legge n. 333/2001.

Le tipologie di supplenze conferibili sono le seguenti:

1. supplenze annuali, aventi durata sino al 31 agosto, per la copertura delle cattedre e dei posti d'insegnamento che risultano vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre. Si tratta di posti previsti dall'organico di diritto e residuati alle operazioni di mobilità;
2. supplenze sino al termine delle attività didattiche per la copertura delle cattedre e dei posti d'insegnamento disponibili di fatto entro il 31 dicembre e sino al termine dell'anno scolastico, e per gli spezzoni di ore (fino a 6) in classi collaterali, non utilizzati per la composizione delle cattedre -orario da parte dell'Ufficio Scolastico provinciale;
3. supplenze temporanee per la sostituzione del personale temporaneamente assente e per la copertura dei posti resisi disponibili per qualsiasi causa dopo il 31 dicembre

Il Contratto collettivo nazionale ed il Contratto collettivo nazionale integrativo valorizzano inoltre, nell'ambito della funzione docente l'attivazione di processi di formazione e la progressione professionale, vale a dire l'attribuzione di un trattamento economico differenziato per posizioni stipendiali.



### 9.3.3 ***Il personale amministrativo, tecnico e ausiliario***

Il rapporto di lavoro del personale amministrativo, tecnico e ausiliario è sostanzialmente disciplinato in sede di contrattazione collettiva.

In questo senso depone innanzitutto il T.U. del 1994 che all'art. 542 dispone il rapporto di lavoro del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (A.T.A.) delle scuole di ogni ordine e grado è disciplinato dai contratti collettivi.

Parimenti, secondo le disposizioni del testo unico sono rimesse alla contrattazione collettiva la disciplina comunemente rubricata come "diritti e doveri" (cfr. art. 561 del T.U.), "mobilità" (art. 565 del T.U.), "sanzioni disciplinari" (art. 575 del T.U. regolamentate dall'art. 60 del CCNL 04.08.1995) .

Il contratto collettivo chiarisce innanzitutto che il personale ATA assolve alle funzioni amministrative, contabili, gestionali, strumentali, operative e di sorveglianza, connesse all'attività delle istituzioni scolastiche, in rapporto di collaborazione con il capo di istituto e con il personale docente, sulla base dei principi dell'autonomia scolastica e del principio generale dell'unità dei servizi amministrativi e generali.

La **classificazione del personale** ATA è articolata in quattro profili, a loro volta sotto articolati. I profili elencati alla tabella A del contratto, cui si rinvia, sono:

- D) /Direttore dei servizi generali ed amministrativi;
- C) Coordinatore amministrativo o tecnico;
- B) Assistente Amministrativo, tecnico, cuoco, infermiere, guardarobiere;
- As) Collaboratore scolastico dei servizi
- As) Addetto alle aziende agrarie
- A) Collaboratore scolastico tecnico/collaboratore scolastico.

Come si vedrà le **modalità di accesso ai ruoli** sono e restano disciplinate con legge. I requisiti di accesso invece sono stati stabiliti in sede di contrattazione collettiva.

I **compiti** del personale ATA sono quelli derivanti dalle attività e mansioni espressamente previste dal profilo professionale di appartenenza e dagli incarichi specifici che nell'ambito dei profili professionali comportano l'assunzione di responsabilità ulteriori, per le possono essere o sono previsti compensi accessori e crediti professionali (art. 47, comma 1 lett. b) del contratto vigente ).

Al riguardo profilo senza dubbio innovativo di rilevanza è quello del Direttore dei servizi generali ed amministrativi.

Il Direttore dei servizi generali ed amministrativi deve sovrintendere i servizi generali amministrativo-contabili e curarne l'organizzazione, con l'ausilio del personale ATA e autonomia operativa.

I **passaggi interni** ai profili possono avvenire, secondo l'art. 48 del CCNL 29.11:2007 sostituito a seguito della sequenza contrattuale realizzata ai sensi dell'art. 62, sottoscritta il 25 luglio 2008:

- A) TRA LE AREE con le seguenti procedure:

- a) I passaggi del personale A.T.A. da un'area inferiore all'area immediatamente superiore avvengono mediante procedure selettive, previa frequenza di apposito corso organizzato dall'amministrazione, le cui modalità



saranno definite con la contrattazione integrativa nazionale, comunque nel rispetto di quanto sancito dalla Corte Costituzionale con sentenze n. 1/99 e n.194/2002.

b) Alle predette procedure selettive, collegate alla formazione, è consentita la partecipazione anche del personale privo dei titoli di studio previsti per il profilo professionale di destinazione - fatti salvi i titoli abilitativi previsti da norme di legge - purchè in possesso del titolo di studio stabilito dall'allegata tabella B per l'accesso al profilo di appartenenza o comunque del titolo che ha dato accesso al medesimo profilo, e fatto salvo, comunque, il possesso di un'anzianità di almeno cinque anni di servizio effettivo nel profilo di appartenenza.

B) ALL'INTERNO DELL'AREA con le seguenti procedure:

Il passaggio dei dipendenti da un profilo all'altro all'interno della stessa area avviene mediante percorsi di qualificazione ed aggiornamento professionale, ovvero con il possesso dei requisiti culturali e/o professionali richiesti per l'accesso al profilo professionale cui si chiede il passaggio.

I passaggi di cui alle lettere A e B sono possibili nei limiti della dotazione organica e della aliquota di posti prevista a tal fine

In sede di contrattazione collettiva nazionale integrativa è stato, più in particolare disciplinato tutto il sistema della formazione, dell'aggiornamento e della formazione specialistica.

La formazione in particolare deve essere finalizzata anche alla mobilità professionale all'interno dell'area e al passaggio ad aree superiori (art. 48 del CCNL 2007).

La partecipazione ad attività di formazione e di aggiornamento costituisce un diritto per il personale in quanto funzionale alla piena realizzazione e allo sviluppo delle proprie professionalità.

Secondo l'art. 64 del CCNL vigente il personale amministrativo, tecnico e ausiliario, può partecipare, previa autorizzazione del capo d'istituto, in relazione alle esigenze di funzionamento del servizio, ad iniziative o di aggiornamento organizzate dall'amministrazione o svolte dall'Università o da enti accreditati. La partecipazione alle iniziative di aggiornamento avviene nel limite delle ore necessarie alla realizzazione del processo formativo, da utilizzare prioritariamente in relazione all'attuazione dei profili professionali. In quest'ultimo caso il numero di ore può essere aumentato secondo le esigenze, tenendo conto anche del tempo necessario per raggiungere la sede dell'attività di formazione

Per i direttori ed i responsabili amministrativi è prevista un'apposita indennità di amministrazione, per il primo biennio contrattuale.

Tale indennità è stata determinata in sede di contrattazione integrativa nazionale, all'art. 56, cui si rinvia.

Anche **l'orario di lavoro** del personale ATA è disciplinato in sede di contrattazione collettiva nazionale e fissato in 36 ore settimanali, di norma suddivise in sei ore continuative antimeridiane per un massimo di nove ore giornaliere.

La relativa disciplina è contenuta agli articoli 51 e 53 del CCNL.



Specifici istituti contrattuali sono poi diretti alla valorizzazione del personale ATA (art. 49 del CCNL).

Tale valorizzazione del personale ATA può comportare adeguati percorsi formativi con titolo a compensi accessori e alla costituzione di crediti professionali valutabili ai fini della mobilità.

E' tuttora rimessa alla disciplina legislativa la materia dell'accesso in ruolo e delle supplenze.

La disciplina, in particolare dei requisiti di accesso e delle procedure di concorso e delle categorie riservatarie è devoluta ad apposito regolamento dall'art.550 del T.U.

L'accesso in ruolo (cfr. art. 551 del T.U.) ha luogo, come già visto per il personale docente, per i direttori dei servizi generali e amministrativi mediante concorso per titoli ed esami e attingendo alla graduatoria permanente.

I concorsi per titoli ed esami sono indetti con frequenza triennale, in presenza di disponibilità di posti.

Le graduatorie permanenti sono ottenute per trasformazione delle graduatorie relative ai concorsi per soli titoli dei direttori dei servizi generali e amministrativi; sono trasformate in graduatorie e sono periodicamente integrate con l'inserimento di coloro che hanno superato le prove dell'ultimo concorso per titoli ed esami.

Ai ruoli relativi ai profili professionali dell'Area A e B si accede invece per concorsi provinciali per titoli, indetti annualmente.

Le stesse disposizioni regolano la partecipazione ai concorsi del personale non di ruolo e i concorsi riservati (art. da 550 a 559 del T.U.).

La disciplina delle supplenze è la stessa di quella prevista per il personale docente di cui all'art. 4 della L. 3 maggio 1999, n. 124. Attualmente le regole generali si ritrovano nel DM 13.12.2000 n. 430 che prevede l'utilizzo di graduatorie provinciali e la costituzione di graduatorie di circolo o di istituto

#### **9.4 La responsabilità del personale direttivo docente ATA**

Come visto nella parte generale che precede la responsabilità è civile, penale disciplinare e amministrativo-contabile. Diversi sono in ciascuno dei casi anzidette le forme della responsabilità.

Nel caso della **responsabilità civile** la responsabilità è di carattere pecuniario e risarcitorio.

Nel caso della **responsabilità penale** essa comporta l'assoggettamento ad una sanzione afflittiva.

Nel caso ancora della **responsabilità disciplinare** si tratterà della assoggettamento ad una sanzione disciplinare.

Ancora nel caso della **responsabilità amministrativo-contabile** si avrà una responsabilità di tipo risarcitorio nei confronti dello stato per il danno allo stesso arrecato.

Quando si parla di responsabilità amministrativa, ci si riferisce in particolare a quel tipo di responsabilità che sorge dal danno recato dal funzionario all'amministrazione. Quindi la responsabilità amministrativa ricade su tutti gli operatori pubblici e sugli amministratori, siano essi dipendenti pubblici o



soggetti legati alla pubblica amministrazione da un rapporto d'impiego o di servizio. Per rapporto di servizio si intende la sussistenza di una relazione funzionale tra l'amministrazione ed un soggetto, caratterizzata dall'inserimento di quest'ultimo nell'*iter* procedimentale o nell'apparato organico dell'ente.

#### **9.4.1 La responsabilità del personale dirigenziale**

Il personale dirigenziale assomma tutte le forme di responsabilità appena richiamate, oltre ad essere destinatario di un'ulteriore forma di responsabilità: responsabilità dirigenziale..

Sulla classe dirigente si poggiano oggi non solo responsabilità legate al corretto svolgimento dell'azione amministrativa vera e propria, ma anche compiti organizzativi e manageriali. Va precisato che la c.d. responsabilità dirigenziale non sostituisce le preesistenti responsabilità giuridiche (civile, penale, amministrativa e disciplinare) che vengono espressamente fatte salve dalla legge (v. art. 55 del d. lgs.n. 165/2001), ma si aggiunge ad esse.

In effetti il personale dirigenziale nella scuola ha responsabilità relativa alla esecuzione delle deliberazioni degli organi collegiali ed alla applicazione delle disposizioni giuridiche ed amministrative connesse alla presidenza degli organi collegiali della scuola, nonché alla vigilanza sulla legittimità di tutta l'azione amministrativa posta in essere dalla scuola. Tali funzioni possono evidentemente essere occasione di responsabilità amministrativa ovvero sia disciplinare, amministrativo-contabile e dirigenziale

Inoltre una responsabilità civile del personale direttivo può riconnettersi alla direzione del complesso scolastico ed alla mancata prevenzione di pericoli dallo stesso derivanti.

#### **9.4.2 La responsabilità del personale docente**

La responsabilità del personale docente acquista particolare rilievo con riferimento alla custodia degli alunni e del materiale agli stessi affidato.

La giurisprudenza consolidata fa rientrare il personale insegnante delle scuole pubbliche nella nozione dei cosiddetti "precettori" di cui all'art. 2048, 2° comma del codice civile. Ma l'obbligo della vigilanza è però, contenuto dal punto di vista del rapporto di lavoro nei limiti disciplinati dalla contrattazione collettiva, sia con riferimento al personale docente che ATA (collaboratori scolastici). Qualora si tratti di scuola statale, la responsabilità si estende all'Amministrazione dell'istruzione secondo il principio dell'immedesimazione organica, ai sensi dell'art. 28 della Costituzione<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 28.

I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici.



L'art. 2048 , 3° comma del codice civile prevede una responsabilità aggravata a carico del personale scolastico che ha il dovere di vigilanza degli alunni, in quanto si basa su di una colpa presunta, cioè sulla presunzione di una "culpa in vigilando", superabile solo con la prova liberatoria di non aver potuto impedire il fatto.

#### **9.4.3 La responsabilità del personale ATA**

Il personale ATA può andare incontro, per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue attività e relativamente all'ufficio ricoperto, a diverse forme di responsabilità (penale, civile, amministrativa, contabile, disciplinare)

In particolare responsabilità amministrativa sorge anche in connessione a comportamenti degli alunni, nel qual caso è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave nell'esercizio della vigilanza sugli alunni stessi (art. 574 del T.U).

#### **9.5 La scuola privata**

Esigenze di spazio non consentono più ampia trattazione.

Il presente lavoro, tuttavia, non potrebbe neppure definirsi un riepilogo di sintesi della materia se non desse atto della L. 10 marzo 2000, n. 62 in materia di Norme sulla parità scolastica e disposizioni per il diritto allo studio e all'istruzione.

La legge n. 62 ha individuato come obiettivo prioritario della Repubblica *"... l'espansione dell'offerta formativa e la conseguente generalizzazione della domanda di istruzione dall'infanzia lungo tutto l'arco della vita"* ed ha, in correlazione, definito un *"Sistema nazionale di istruzione"* costituito dalle scuole statali e dalle scuole paritarie private e degli enti locali. Entro il Sistema in modo pluralista e svolgendo identiche funzioni operano, quindi, sia le scuole statali, sia le scuole private o di enti locali in possesso di requisiti necessari al riconoscimento della "parità".

La parità, d'altronde, dal punto di vista giuridico non consiste esclusivamente nel potere di rilascio di titoli di studio aventi corso legale, ma, più estesamente, nella erogazione di prestazioni destinate a rendere possibile la fruizione di un diritto civile quale è quello all'istruzione, assicurando in tal modo il "trattamento scolastico equipollente" cui fa cenno l'art. 33, comma 3, Cost.

La stessa legge obbliga le scuole paritarie al rispetto dei principi costituzionali di cui all'art. 34 della Costituzione che sancisce la "scuola è aperta a tutti" ed individua i presupposti per il riconoscimento della parificazione.

Fra tali presupposti sono un progetto educativo in armonia con i principi della costituzione, un piano dell'offerta formativa conforme agli ordinamenti ed alle disposizioni vigenti, l'attestazione della titolarità della gestione e la pubblicità dei bilanci, la disponibilità di personale docente abilitato.

Ulteriore elemento di novità introdotto dalla legge in questione è la previsione di un piano straordinario di finanziamento alle regioni da utilizzare a sostegno della spesa sostenuta e documentata dalle famiglie per l'istruzione, sussistendo tutte le ulteriori condizioni, sia nelle scuole statali che paritarie.





## 10 Diritto del lavoro

### 10.1 Sintesi

Il diritto del lavoro è il complesso di norme che disciplinano il rapporto di lavoro subordinato e che tutelano oltre che l'interesse economico anche la libertà e la personalità del lavoratore.

Esso si caratterizza e presenta una propria autonomia come disciplina giuridica del lavoro subordinato. Tradizionalmente si distinguono al suo interno:

- la **disciplina del rapporto individuale di lavoro**; tale disciplina regola i diritti e gli obblighi del singolo lavoratore contrapposto al datore di lavoro e si occupa della materia oggetto del contratto e del rapporto di lavoro.
- Il **diritto sindacale**; con tale termine si intende definire quell'ambito della materia che regola interessi collettivi o di gruppo particolarmente rilevanti e disciplina le associazioni sindacali, la contrattazione collettiva, lo sciopero e gli altri diritti delle organizzazioni sindacali.
- Il **diritto della previdenza** o della sicurezza sociale; tale settore dispone e regola l'erogazione di beni o servizi da parte di soggetti pubblici in favore di coloro che si trovano o verranno a trovarsi in particolari situazioni di bisogno.

Come ogni disciplina giuridica, inoltre, il diritto del lavoro deve la sua struttura ed articolazione ad un sistema di fonti normative ben precise.


Le fonti del diritto del lavoro possono essere classificate secondo lo schema seguente:

- **fonti statali legislative**; al loro interno va compresa la Carta Costituzionale dove è riconosciuto e tutelato il diritto al lavoro; lo statuto dei lavoratori; gli specifici articoli del codice civile e le altre leggi speciali ;
- **fonti internazionali**; all'interno di questo ambito possiamo includere i trattati internazionali le Convenzioni facenti capo alla Organizzazione internazionale del lavoro OIL e gli atti della Unione europea che fissano e stabiliscono principi basilari quali la libera circolazione dei lavoratori nell'ambito dell'Unione, lo scambio di giovani lavoratori, la parità retributiva tra i sessi, la formazione professionale.
- **fonti contrattuali**; derivanti dalla contrattazione collettiva.

### 10.2 Il diritto sindacale

Già si è detto come il diritto sindacale rifletta e contemperi diritti ed interessi collettivi, che appaiono maggiormente tutelati ed assumono maggiore rilevanza in conseguenza della rivoluzione industriale.

Se, infatti, originariamente esso appariva focalizzato a tutelare specifiche categorie di soggetti o si faceva portavoce di singoli interessi legati a specifiche categorie sociali legate al settore industriale, ora si presenta quale diritto che



tutela differenti e molteplici categorie professionali che vanno dal settore impiegatizio a quello del lavoro pubblico sino a lambire alcune forme di lavoro autonomo.

Per questo diritto è, pertanto, appropriato parlare di un maggiore processo espansivo - anche se, talvolta, più lento ed incompleto- rispetto al rapporto di lavoro individuale subordinato alla previdenza sociale.

La caratteristica pregnante e tipicizzante di questa disciplina lavoristica rispetto alle restanti è da individuarsi negli aspetti e momenti collettivi del rapporto di lavoro.

Oggetto della disciplina sono, infatti:

- l'**organizzazione collettiva** dei lavoratori e dei datori di lavoro
- il **contratto collettivo**
- il **conflitto collettivo** cioè a dire lo sciopero e la serrata.

Anche i protagonisti sono collettivi.

Si tratta infatti delle **organizzazioni sindacali** dei lavoratori, e degli imprenditori nelle loro varie forme, cui deve aggiungersi lo **Stato**, o più in generale le istituzioni pubbliche, la cui presenza è divenuta nel tempo sempre più rilevante.

### **10.3 Le parti**

Volendo classificare le parti dell'ordinamento sindacale possiamo schematizzare il concetto secondo un sistema nel quale operano tre soggetti:

1. Le **organizzazioni sindacali** dei lavoratori,
2. le **organizzazioni imprenditoriali**,
3. lo **Stato** o meglio le istituzioni pubbliche.

La classificazione operata non può essere effettuata secondo una forma rigida e va costantemente correlata con la realtà storica ed i mutamenti socio politici intervenuti. Quanto alle organizzazioni sindacali dei lavoratori e degli imprenditori va detto che esse risultano influenzate dalle vicende storiche e dal contesto generale dei rapporti di lavoro. La più comune caratteristica del sindacato, con riferimento ad entrambe le categorie, è che deve essere seguita una duplice linea organizzativa, da una parte abbiamo una classificazione verticale, dall'altra una orizzontale:

- *classificazione verticale* si caratterizza per l'appartenenza dei soggetti coinvolti allo stesso settore o categoria produttiva. Abbiamo, per esempio, il sindacato o l'associazione dei tessili, dei metalmeccanici, dei bancari.
- *classificazione orizzontale* si caratterizza perché comprende tutti i lavoratori e le imprese dei vari settori merceologici presenti in un determinato ambito geografico (la camera provinciale del lavoro, l'unione doganale industriale).

Le due linee di cui si discute non hanno una caratteristica di esclusione reciproca: è più esatto parlare, infatti, di coesistenza tra i due ambiti.



#### 10.4 La libertà sindacale ed i diritti sindacali

All'interno del nostro ordinamento il riconoscimento della libertà sindacale è incentrata sul sintetico disposto dell'articolo 39 della Costituzione al primo comma.

Ai sensi di tale articolo:

*"l'organizzazione sindacale è libera".*

Oltre alla norma costituzionale dobbiamo prendere in considerazione altresì le fonti internazionali a cominciare dalle Convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del lavoro (OIL):

- la Convenzione internazionale n. 87 (San Francisco) concernente la libertà sindacale e la protezione dei fenomeni sindacali in genere;
- la Convenzione internazionale n. 98 (Ginevra) che sviluppa, invece, il principio del diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva,
- entrambe ratificate dal nostro Paese.

La **libertà di associazione e di attività sindacale** trova, inoltre il suo fondamento

- nella *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 1950,
- nella *Carta Sociale europea*
- nel *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*.

L'articolo 39 comma primo della Carta Costituzionale è diretto a garantire la libertà sindacale tanto ai singoli individui che ai gruppi organizzati in quanto entrambi titolari di un complesso di situazioni giuridiche attraverso le quali trova espressione la libertà sindacale, intesa come **libertà positiva** che si sostanzia nella libertà per il singolo di costituire un sindacato e/o aderirvi.

Di contro esiste una **libertà negativa**, disciplinata nell'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori, intesa quale libertà del lavoratore di non aderire o di recedere dal sindacato. Il lavoratore, infatti, non può essere discriminato in relazione alla assunzione, al licenziamento o a qualunque altro rapporto di lavoro in ragione della sua appartenenza o meno al sindacato.

#### 10.5 La contrattazione collettiva

La contrattazione collettiva rappresenta il principale istituto dei moderni sistemi di relazione industriale e consiste nel processo di regolamentazione congiunta dei rapporti di lavoro comprendente anche l'insieme dei rapporti non strettamente negoziali intercorrenti tra i vari sistemi di lavoro.

Le modalità della contrattazione sono in Italia scarsamente normativizzate in quanto maggiormente disciplinate dalla consuetudine e dalla prassi.

Le **parti**, lavoratori e datori di lavoro, attraverso le rispettive organizzazioni maggiormente rappresentative, previa ampia consultazione, elaborano trattative.

L'**accordo** raggiunto è condizionato, a partire dalla fine degli anni sessanta, alla ratifica dei lavoratori nelle aziende, ratifica che è, talora, meramente di facciata. La vigenza dell'accordo è stabilita in tre anni per i



contratti di categoria. Nelle aziende medio-grandi le rivendicazioni tendono a concentrarsi in un'unica fase, nell'intervallo fra i rinnovi di categoria.

Il prodotto della contrattazione collettiva è il **contratto collettivo**.

Tale tipo di contratto può essere di due tipi:

- contratto collettivo unilateralmente sindacale: cioè stipulato da un singolo datore di lavoro con l'organizzazione collettiva dei lavoratori;
- contratto collettivo bilateralmente sindacale: nel senso che è stipulato da contrapposte associazioni sindacali di datori di lavoro, da un lato, e da prestatori di lavoro dall'altro.

Solitamente ogni contratto collettivo, che abbiamo visto avere una durata temporanea, si realizza attraverso un procedimento che può essere schematizzato in tre fasi:

1. la preparazione e l'elaborazione di una proposta contrattuale;
2. la mediazione dei pubblici poteri;
3. l'accordo.

Una volta sottoscritto il contratto collettivo **vincola** non solo le associazioni stipulanti ma anche e soprattutto gli associati, i datori di lavoro, e lavoratori in relazione al suo contenuto normativo: è questa la c.d. vincolatività *erga omnes* del contratto collettivo (il contratto cioè ha un effetto eccedente le parti stipulanti, comportandosi in tal modo come una fonte del diritto, oltre il principio di relatività degli effetti del contratto), a cui si arriva attraverso percorsi interpretativi differenti in relazione al contesto privatistico e pubblicistico.

## **10.6 Lo sciopero**

La disciplina di tutela del diritto di sciopero costituisce senza alcun dubbio una espressione della libertà sindacale Costituzionalmente tutelata.

La Carta Costituzionale dispone all'articolo 40 che.

*" È tutelato il diritto di sciopero nell'ambito delle regole che lo regolano".*


Il diritto di sciopero è configurabile quale diritto soggettivo potestativo, nel senso di potere accordato ad un soggetto di modificare il rapporto di cui è parte con un atto o comportamento unilaterale.

Lo sciopero consiste nell'astensione dal lavoro che può estrinsecarsi in concreto secondo molteplici modalità varianti a seconda della durata, dell'estensione, dell'articolazione, della lotta. Tutte presentano una comune caratteristica consistente nell'essere una astensione concertata dal lavoro per la tutela di un interesse collettivo.

Con riferimento alla **durata** la distinzione è tra sciopero ad oltranza e sciopero a tempo.

Nella prospettiva dell'**estensione** abbiamo lo sciopero generale, cioè potenzialmente esteso all'intero universo del lavoro subordinato di un paese.

Quanto all'**articolazione** possiamo parlare di due tipi di sciopero: quello a singhiozzo e quello a scacchiera. Il primo consiste in successive astensioni dal lavoro in forma non continuativa, il secondo si riferisce a singoli reparti della stessa azienda, anche in tempi diversi.



Nei servizi pubblici essenziali, lo sciopero è disciplinato dalla L. n. 146/1990.

### **10.7 Il rapporto di lavoro**

La disciplina del diritto e del rapporto di lavoro può essere configurata secondo un duplice schema:

- rapporto di lavoro **autonomo**: che si realizza nel momento in cui il lavoratore si obbliga a fornire un risultato in termini di opera o di servizi prestati ;
- rapporto di lavoro **subordinato**: che consiste nell'attività svolta da un soggetto, il prestatore di lavoro, al servizio e alle dipendenze di un altro soggetto, il datore di lavoro, in cambio di un corrispettivo economico.

Esistono differenze fondamentali all'interno dei due ambiti sopra citati in quanto differente è l'oggetto della prestazione, differente è la posizione del soggetto che effettua la prestazione stessa, differente il rischio al quale si incorre e il corrispettivo percepito.

Le due tipologie di rapporti appartengono a due discipline normative differenti: il lavoro subordinato appartiene al diritto del lavoro in senso stretto, il lavoro autonomo è da inserire all'interno dei rapporti commerciali.

#### **10.7.1 I caratteri della disciplina del rapporto di lavoro subordinato**

All'interno del lavoro subordinato abbiamo due parti:

1. Il **datore di lavoro**, colui che impartisce direttive ad altri soggetti dietro il versamento di un corrispettivo. Il datore di lavoro può essere una persona fisica, una persona giuridica, un ente di fatto e può assimilarsi con un soggetto privato o con un ente pubblico..
2. Il **prestatore di lavoro**, colui che si obbliga dietro al corrispettivo della retribuzione a collaborare nell'impresa prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore (art. 2094 C.C.).

Il rapporto di lavoro si caratterizza per la sua natura contrattuale e presenta le seguenti caratteristiche:

- oneroso: poiché è necessaria per la sua validità una retribuzione;
- sinallagmatico: vale a dire un contratto a prestazioni corrispettive.

Come ogni contratto necessita di parti stipulanti che debbono essere dotate di capacità giuridica e di capacità di agire, nonché di alcuni elementi costitutivi, previsti a pena di nullità del rapporto:

- la volontà negoziale o volontà delle parti;
- la causa lecita cioè lo scambio tra lavoro e retribuzione;
- l'oggetto che deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile;
- la forma che è nel caso quella scritta.



Anche nel contratto di lavoro possiamo trovarci di fronte ad elementi accidentali del contratto, cioè ad elementi non sono indispensabili per la validità del contratto, come per esempio il termine.

Costituisce, ad esempio, elemento accidentale del contratto di lavoro il patto di prova che deve risultare da atto scritto anche da parte del lavoratore che ne deve indicare la durata.

### **10.7.2 Lo svolgimento del rapporto di lavoro**

Il lavoratore è tenuto a svolgere la propria attività lavorativa nel luogo previsto dal contratto e non può essere trasferito ad altra unità produttiva se non per comprovate ragioni tecniche.

Il **trasferimento** è regolato da specifiche norme previste nello Statuto dei lavoratori:

- l'articolo 15 che sancisce la nullità di qualsiasi atto o fatto diretto a discriminare il lavoratore nei trasferimenti a causa della sua adesione ad attività sindacali ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero oppure per ragioni politiche, religiose, razziali, di lingua o di sesso;
- l'articolo 22 che tutela i trasferimenti dei dirigenti delle rappresentanze sindacali.

Il lavoratore è, poi, tenuto ad osservare l'orario di lavoro che deve essere affisso e comunicato all'Ispettorato del lavoro, fissato dal datore nel regolamento d'impresa o, eccezionalmente, stabilito dal contratto individuale entro i limiti previsti dalla contrattazione collettiva.

La Costituzione, all'articolo 36 comma 5, dispone che:

*"il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e non può rinunciarvi".*

Il codice civile dispone, poi, che il prestatore di lavoro ha diritto ad un giorno di riposo settimanale di regola coincidente con la domenica. La regola generale appena indicata trova applicazione nei confronti di tutte le categorie di lavoratori qualunque sia la loro attività. Qualsiasi clausola che stabilisca di rinunciare al riposo settimanale è nulla, trattandosi di diritto irrinunciabile. Oltre alle domeniche il lavoro deve essere sospeso nelle festività nazionali e religiose espressamente previste.

La disciplina dell'orario di lavoro è contenuta nel R.D. 10.09.1923 n. 1955 per le aziende industriali e commerciali e nel R.D. 10.09.1923 n. 1956 per le aziende agricole, nonché da altre norme relative a situazioni particolari.

Di contro il datore di lavoro deve, oltre a corrispondere la retribuzione quale obbligo primario derivante dal contratto di lavoro:

- tutelare le condizioni di lavoro;
- fornire una tutela assicurativa e previdenziale;
- assicurare i dipendenti nei confronti di eventuali rischi di responsabilità civile verso i terzi;
- procedere a determinati accertamenti sanitari;
- aggiornare il libretto di lavoro;
- informare il lavoratore ed altresì il sindacato sullo svolgimento dei rapporti di lavoro.





### 10.7.3 La retribuzione

Già si è visto come una delle caratteristiche del rapporto di lavoro sia la presenza della retribuzione. La retribuzione costituisce, anzi, l'obbligazione fondamentale del datore di lavoro e si inserisce nello schema sinallagmatico del contratto, costituendone la controprestazione dovuta dal datore di lavoro a fronte della prestazione del lavoratore.

Secondo quanto disposto dall'articolo 36 della Costituzione la retribuzione deve essere

*"proporzionata alla quantità e qualità del lavoro nonché in ogni caso sufficiente  
a garantire al lavoratore e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa".*

L'analisi dell'articolo citato nonché l'esame dell'articolo 2099 del codice civile permette di definire la retribuzione secondo i seguenti criteri:

- Sufficienza;
- Proporzionalità;
- Determinatezza;
- Obbligatorietà;
- continuità.

Generalmente la retribuzione consiste in una somma di denaro e può assumere la differente denominazione di:

- **stipendio**;
- **salario**.

La retribuzione si compone di due elementi:

- **paga-base**, cioè la retribuzione propriamente detta stabilita dalla contrattazione collettiva;
- **attribuzioni patrimoniali accessorie**, che possono essere retribuite, come per esempio le maggiorazioni per straordinario, o non retribuite, come per esempio le spese sostenute per le riunioni, entrambe non aventi carattere corrispettivo.

La retribuzione, inoltre, può essere:

- **a tempo** cioè proporzionata al lavoro prestato;
- **a cottimo**, commisurata in base a tariffa alle unità di prodotto fornite dal lavoratore;
- attraverso **meccanismi incentivanti**, quali la corresponsione di percentuali sugli affari, o partecipazione agli utili dell'impresa.

### 10.7.4 La cessazione del rapporto di lavoro

La cessazione del rapporto di lavoro può avvenire secondo una duplice tipologia:

- la prima, nel momento in cui viene meno il contratto avendo questo compiutamente realizzato il suo scopo;
- la seconda nel momento in cui il contratto si risolve prima di aver raggiunto il suo scopo; in questo caso si ha lo scioglimento o la risoluzione del contratto.



Cause di **scioglimento** del rapporto sono:

- la morte del prestatore di lavoro;
- la cessazione totale dell'impresa

Cause di **risoluzione** del rapporto sono:

- l'impossibilità sopravvenuta di eseguire la prestazione per causa di forza maggiore;
- il recesso unilaterale;
- il mutuo consenso che si verifica nel momento in cui entrambi i contraenti si accordano per sciogliere il rapporto;
- l'inadempimento o recesso per giusta causa.

La figura più diffusa tra quelle sino ad ora esaminate è costituita dal **recesso** che è, ai sensi dell'articolo 2118 del codice civile, un negozio giuridico unilaterale per cui ciascun contraente può recedere dal contratto a tempo indeterminato dando un giusto preavviso stabilito dai singoli contratti collettivi.

In mancanza di preavviso il recedente è tenuto a dare all'altra parte un equo indennizzo.

Il recesso può avvenire da parte del lavoratore o da parte del datore di lavoro.

Nel primo caso ci troviamo di fronte alle cosiddette **dimissioni**, che non sono sottoposte ad alcuna limitazione.

Nel secondo caso, invece, si configura l'ipotesi del **licenziamento** che, per la gravità delle conseguenze prodotte, è sottoposto ad una serie di sbarramenti e necessita di un motivo legittimo.

La legge 11.05.1990 n. 108 ha dato una nuova configurazione al sistema dei licenziamenti modificando l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori.

A norma dell'articolo 1 della Legge 604/1966

*"il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 c.c. o per giustificato motivo",*

ma mentre prima dell'entrata in vigore della L. 108/1990 la necessità della giustificazione del licenziamento riguardava solo i datori di lavoro che occupavano più di 35 dipendenti, l'articolo 6 di detta legge dispone che tutti i datori di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti occupati, sono tenuti a motivare il licenziamento con una giusta causa o un giustificato motivo.

La normativa, inoltre, ha ampliato la sfera di operatività dei soggetti che ne possono usufruire disponendo che essa vale anche per categorie professionali prima escluse e più precisamente:

- per i dipendenti da datori di lavoro non imprenditori;
- per i lavoratori assunti con contratti di formazione e lavoro;
- per i lavoratori part-time.

L'articolo 2 della legge citata detta, altresì, regole formali per effettuare il licenziamento. Esso deve essere intimato:

- in forma scritta
- possono esserne richiesti entro 15 giorni i motivi;
- il datore di lavoro deve comunicarli entro 7 giorni per iscritto;
- il lavoratore ha l'onere di impugnare entro 60 giorni il licenziamento



- il datore di lavoro deve dare la prova della giusta causa o del giustificato motivo.

In tutti i casi in cui non si può applicare la disciplina delle leggi speciali deve trovare applicazione il contenuto degli articoli 2118 e 2119 del codice civile. In questi casi si opera un licenziamento senza la necessità di una forma scritta ma vengono egualmente disciplinati e garantiti i diritti degli appartenenti alle categorie professionali interessate.

L'articolo 7 dello Statuto dei lavoratori ha stabilito, altresì, una forma di licenziamento cosiddetto "disciplinare" ed operante nel momento in cui viene contestato al lavoratore un grave illecito disciplinare. L'addebito va contestato formalmente al lavoratore e questo ha la possibilità di discolarsi per iscritto e di essere sentito personalmente dal datore di lavoro.

#### **10.7.5 Il part-time**

Un istituto che ha avuto in quest'ultimo decennio una particolare considerazione da parte del legislatore è quello del contratto di lavoro a tempo parziale,

Facendo un excursus storico ci accorgeremmo che tale istituto contrattuale è stato più volte modificato ed integrato da una serie di norme nel corso del tempo. In particolare, il decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003 (c.d. "riforma Biagi") con l'articolo 46 ha apportato rilevanti modifiche alla disciplina del rapporto di lavoro a tempo parziale contenuta nel decreto legislativo n. 61 del 2000 così come già modificato dal decreto legislativo n. 100 del 2001.

Le modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003 come precisato dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con circolare del 18 marzo 2004, n. 9 "sono volte a favorire il ricorso a questa tipologia contrattuale, che in tutti i Paesi europei ha dimostrato di fornire occasione di lavoro di qualità rispetto a prestazioni flessibile o atipiche prive di tutele adeguate per i lavoratori, soprattutto per le fasce deboli altrimenti escluse dal mercato del lavoro (donne, giovani in cerca di prima occupazione e anziani). Tali modifiche sono attuate principalmente mediante una nuova regolamentazione degli strumenti di flessibilità del rapporto a tempo parziale, attraverso la valorizzazione del ruolo della autonomia collettiva e, in mancanza di questa, della autonomia individuale, fermo restando il rispetto di standard minimi di tutela del lavoratore secondo quanto previsto dalla direttiva 97/81/CE".

La legge 24 dicembre 2007, n. 47, recante "Norme di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività" (c.d. "Pacchetto Welfare") modifica nuovamente il decreto 25 febbraio 2000, n. 61, recante norme sul lavoro a tempo parziale. Il "Pacchetto Welfare" è intervenuto sulla regolamentazione delle clausole elastiche e flessibili, sulla regolamentazione della trasformazione del rapporto di lavoro e, infine, ha introdotto una nuova tipologia di diritto di precedenza.



### **10.7.6 Il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione**

Per privatizzazione del pubblico impiego si intende quel processo attraverso il quale lo speciale sistema normativo proprio del pubblico impiego è stato sostituito da una disciplina privatistica, fatta eccezione per alcune categorie di personale che la legge ha sottratto alla riforma (magistrati, prefetti, diplomatici e personale appartenente ad alcuni organismi con funzioni nel settore del credito e risparmio).

La "privatizzazione" è stata attuata seguendo principalmente due linee direttrici: la contrattualizzazione, a livello sia individuale che collettivo, delle fonti normative del rapporto di lavoro, operata dal d. lgs. n. 29 del 1993 ora confluito nel d. lgs n.165 del 2001 e succ mod. e la devoluzione delle controversie di lavoro dal giudice amministrativo a quello ordinario. E' merito del d. lgs. 80/98 l'aver compiuto la devoluzione della giurisdizione in materia di lavoro pubblico trasferendola dal giudice amministrativo al giudice ordinario- devoluzione già prevista originariamente dal d. lgs. 29/93 e successivamente disciplinata in una successione piuttosto caotica di norme. Il decreto lgs. n.80/98. ha anche previsto, all'art 45 comma17, una data certa in ordine al momento del passaggio della competenza, stabilendo che le questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro antecedente al 30 giugno 1998 dovessero rimanere attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre quelle successive a tale data fossero attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro.



## 11 Diritto privato - I soggetti di diritto

### 11.1 Sintesi

Nello studio del diritto privato rilievo particolare assumono i soggetti del rapporto giuridico.

Con il termine rapporto giuridico possiamo definire la relazione regolata dal diritto che lega due soggetti.

Soggetto attivo è colui al quale l'ordinamento giuridico attribuisce il potere, soggetto passivo è invece colui a carico del quale sta l'obbligo.

La classificazione dei soggetti ai quali è attribuito tale potere può essere effettuata secondo un duplice schema e più precisamente può suddividersi a seconda che si tratti di:

1. persone fisiche;
2. persone giuridiche.

La persona fisica è qualsiasi essere umano nato vivo, centro di imputazione di situazioni giuridiche e pertanto soggetto di diritto. Le persone giuridiche sono disciplinate all'interno del titolo II del codice civile e sono un complesso organizzato di beni rivolto ad uno scopo, al quale la legge riconosce la personalità giuridica.

I soggetti di diritto, inoltre, si caratterizzano per la loro attitudine ad essere titolari di rapporti giuridici, cioè di diritti e doveri. Hanno in tal caso capacità giuridica.

I soggetti di diritto, infine, nel momento in cui acquisiscono la piena capacità d'intendere e di volere sono idonei a costituire, modificare o estinguere la propria situazione giuridica. Hanno in tal caso capacità d'agire.

### 11.2 La persona fisica

#### 11.2.1 La capacità giuridica

Il concetto di **persona fisica** è fondamentale per il sistema del diritto privato, tanto che è il primo concetto disciplinato dal codice civile che nel libro I al titolo I parla delle persone fisiche in generale.

Il concetto di persona fisica è strettamente legato a quello di **capacità giuridica** cioè alla idoneità ad essere soggetti di diritti e di obblighi.

L'esistenza della persona fisica e con essa la sua capacità giuridica inizia con la nascita. L'articolo 1 del codice civile dispone, infatti: "*la capacità giuridica si acquista al momento della nascita*" e prosegue poi al secondo comma, con: "*i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita*".

La lettura dell'articolo citato ci permette di constatare che è sufficiente la separazione del feto dall'alveo materno per l'acquisizione della capacità giuridica, non è invece necessaria la vitalità.

Se la persona nata muore subito dopo la nascita i diritti acquisiti si trasmettono agli eredi.



La capacità giuridica viene quindi attribuita ad ogni uomo con alcune eccezioni o meglio con alcune limitazioni legate all'età, alla salute, alle condanne penali.

Si tratta in questi casi di una incapacità speciale ed indica la preclusione del soggetto rispetto a determinati rapporti.

Tali cause sono:

- l'**età**: in relazione ad alcuni rapporti la capacità giuridica non decorre dalla nascita, essendo richiesta una determinata età (ad esempio per fare testamento è necessario avere compiuto i 18 anni);
- la **salute**: l'interdetto giudiziale per infermità mentale non può, ai sensi dell'articolo 85 del codice civile, contrarre matrimonio;
- le **condanne penali**: a seguito di determinate condanne è prevista una pena accessoria che comporta la perdita o la sospensione durante l'esecuzione della pena della potestà sui figli.

### **11.2.2 La capacità di agire**

Se la capacità giuridica è disciplinata e definita ai sensi dell'articolo 1 del codice civile, la **capacità d'agire** intesa quale idoneità del soggetto ad esercitare da solo, con il proprio volere, i diritti soggettivi ed assumere obblighi trova compiuta definizione dell'articolo 2 del codice civile.

Anche una prima e sommaria definizione può far comprendere la differenza tra i due ambiti.

La capacità di agire non si acquista a differenza della capacità giuridica con la nascita bensì con il compimento della maggiore età. Ai sensi dell'articolo 2 citato, infatti, *"la maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno"*.

Con la maggiore età pertanto si acquista la capacità di compiere tutti quegli atti per i quali non sia eccezionalmente stabilita una età diversa.

Possiamo schematizzare la capacità d'agire secondo la seguente classificazione e più precisamente dire che si tratta di una capacità:

- **generale**: poiché abilita al compimento di tutti i tipi di atti;
- **piena**: in quanto legittima il suo titolare a porre da solo validamente in essere l'atto senza il concorso necessario di altri soggetti

### **11.2.3 Limiti alla capacità di agire**

Le considerazioni, sino ad ora esposte, ci permettono di analizzare i casi nei quali la capacità di agire è **limitata** o **esclusa** anche dopo il compimento degli anni diciotto.

E' il caso per esempio della **interdizione giudiziale** situazione che si verifica nel caso in cui un soggetto si trovi in condizioni di abituale infermità di mente. In questo caso concreto può farsi luogo alla sua interdizione mediante un apposito procedimento giudiziale.





L'interdizione determina una situazione di incapacità legale pressoché identica a quella del minore e decorre dalla data di pubblicazione della sentenza che il giudice pronuncia dopo l'esame della persona.

A seguito di detta sentenza il soggetto risulta totalmente incapace di agire con la conseguenza che gli eventuali atti posti in essere possono essere oggetto di impugnazione.

Accanto alla forma di incapacità sino ad ora descritta ne esiste un'altra che interviene nel momento in cui un soggetto è stato condannato all'ergastolo o ad una pena non inferiore ai cinque anni. In questo caso specifico il condannato è in stato di **interdizione legale**, situazione che si protrae sino alla durata della pena.

Nel caso, invece in cui un soggetto sia legalmente capace, ma non sia in grado di intendere e di volere per intervenuta infermità mentale temporanea e non grave o abituale (per cause quali abuso di sostanze stupefacenti, alcoliche, imperfezioni o menomazioni fisiche), la sua incapacità legale relativa, è detta **inabilitazione**.

In questo caso la limitazione della capacità va riferita ai soli atti di ordinaria amministrazione.

Per tali atti è necessaria l'autorizzazione di un giudice tutelare; senza le esatte forme gli atti compiuti sono annullabili.

#### **11.2.4 Limiti alla capacità di agire**

Nel caso, infine, in cui un soggetto sia incapace di intendere e di volere, anche in per un periodo transitorio per una qualunque causa, ubriachezza, infermità di mente, ipnosi, ci troviamo di fronte ad una **incapacità di fatto**.

Gli atti posti in essere in questa particolare condizione sono annullabili. Affinché lo stato di incapacità abbia rilevanza occorre provare che l'infermità era presente nel momento in cui l'atto è stato compiuto.

#### **11.2.5 La sede della persona**

Il luogo in cui la persona vive e svolge la propria attività viene presa in considerazione dall'ordinamento giuridico sotto tre profili e più precisamente allorquando si parla di: **domicilio, residenza e dimora**.

La residenza e la dimora corrispondono a situazioni di fatto e rappresentano rispettivamente

- il luogo in cui la persona ha dimora abituale
- quel luogo in cui la persona si trova in un determinato momento.

Il domicilio, invece rappresenta il luogo in cui la persona ha stabilito la sede principale dei suoi affari o interessi anche morali e materiali. Il domicilio può essere di differenti tipi:

- volontario
- legale è questo il caso specificamente stabilito dalla legge all'articolo 45 del codice civile
- generale: riferito a tutti i diritti ed affari di un soggetto
- speciale: per atti o fatti determinati



### 11.2.6 La cessazione della persona fisica

La persona fisica si estingue con la morte.. Ma non sempre la morte di una persona può essere constatata, pertanto l'ordinamento giuridico prende in considerazione anche due ipotesi nelle quali la morte di una persona è incerta : A. Ci si riferisce più precisamente al caso della persona **scomparsa** o dell'**assenza**.

Si ha la prima situazione nel momento in cui l'individuo si è allontanato dal luogo del suo ultimo domicilio e contemporaneamente non si hanno più notizie.

Si ha la seconda situazione nel momento in cui la scomparsa della persona si protrae per un tempo maggiore. Essa viene dichiarata con sentenza dopo due anni dal giorno in cui risale l'ultima notizia della persona.

Differente situazione si ha, invece, nel caso della dichiarazione di morte presunta. Questa è una situazione che si verifica nel momento in cui la scomparsa si protrae per un periodo di tempo maggiore, o che si riconnette ad avvenimenti (guerra, infortuni) che fanno presumere verosimile la morte.

Per la dichiarazione di morte presunta, che viene dichiarata con sentenza, occorre siano trascorsi dieci anni dal giorno in cui risale l'ultima notizia dell'assente.

### 11.3 La persona giuridica

La definizione di soggetti di diritto data sino a questo momento ha preso in considerazione la persona fisica. Le relazioni giuridiche tuttavia non si possono classificare soltanto sulla base di rapporti tra persone considerate "*uti singuli*", ma anche per conto di entità sociali, un Comune, un partito politico ecc.

Esistono in sostanza alcuni organismi detti intermedi cioè diversi sia dallo Stato sia dall'individuo, che all'interno di un sistema pluralistico suppliscono alla impossibilità da parte dello Stato e degli individui di provvedere direttamente agli interessi della collettività.

Esiste in sintesi una tendenza al pluralismo consacrata dalla Carta costituzionale all'articolo 2, dove viene esplicitamente disposto che:

Lo stato garantisce i diritti inviolabili dell'uomo "*sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità*".

In sintesi la **persona giuridica** può essere considerata come quel complesso organizzato di persone e beni preordinato ad uno scopo lecito, socialmente rilevante, al quale l'ordinamento giuridico riconosce la qualifica di soggetto di diritto.

Tutti questi soggetti diversi dalle persone fisiche, ma egualmente passibili di essere definiti come soggetti di diritto, possono essere classificati nella più generale figura degli enti.

#### 11.3.1 Gli enti e la loro classificazione

Gli **enti** possono essere distinti secondo una prima classificazione generale in:

- Pubblici;
- privati.



Gli **enti pubblici** si caratterizzano a loro volta per il perseguimento di un fine generale per essere stati istituiti direttamente dallo Stato o da altri enti pubblici oppure per essere sottoposti a controlli pubblici e la loro disciplina è regolamentata da apposite norme che non sono contenute nel codice civile.

Gli **enti privati** trovano una compiuta disciplina all'interno di specifiche norme del codice civile e alcuni di essi, come per esempio le società, hanno lo specifico scopo di svolgere attività economiche.

Nel caso in cui non abbiano per scopo lo svolgimento di attività economiche essi si distinguono per avere o meno chiesto ed ottenuto il riconoscimento da parte dello Stato. In caso di mancato riconoscimento si dice che essi esistono di fatto.

Agli enti privati che hanno ottenuto il riconoscimento si applicano le disposizioni contenute nell'articolo 14 e ss. del codice civile e per essi si ottiene la qualificazione di persona giuridica.

All'interno di questo ambito, poi, va operata una successiva distinzione e cioè associazioni e fondazioni.

Nelle prime prevale l'elemento personale perché l'ente si costituisce in base alla volontà di una pluralità di persone.

Nelle seconde prevale l'elemento patrimoniale perché si costituisce per destinare allo scopo stabilito dal fondatore un complesso di beni messi da questo a disposizione dell'ente.

### **11.3.2 L'autonomia patrimoniale della persona giuridica**

L'elemento fondamentale della persona giuridica è la sua **autonomia patrimoniale**.

Con tale termine si vuole sottolineare il fatto che il patrimonio dell'ente si distingue nettamente da quello degli associati, degli amministratori, di qualunque altro soggetto.

Ciò comporta particolari conseguenze, infatti, quanti utilizzano nell'ambito degli scopi dell'ente beni di una persona giuridica, non possono mai considerarsi in una situazione eguale a quella di chi utilizza beni propri ed ancora i creditori degli associati o degli amministratori non possono chiedere all'ente il pagamento dei propri crediti così come i creditori della persona giuridica non possono pretendere che l'adempimento del debito venga effettuato con i beni personali dell'associato o degli altri amministratori.

Ne nasce una irresponsabilità della persona giuridica irresponsabilità che viene mitigata dal principio che gli amministratori di un ente sono responsabili sia verso l'ente sia verso i terzi per i danni da essi arrecati violando i doveri inerenti alla loro carica.

### **11.3.3 Gli elementi della persona giuridica e le società**

Gli elementi costitutivi della persona giuridica possono essere classificati secondo un differente schema e più precisamente sono:

- per le associazioni una pluralità di persone e lo scopo comune,
- per le fondazioni, il patrimonio e lo scopo.



Tali elementi non sono tuttavia sufficienti.

Perché sia, infatti, formalizzata tale volontà comune, è necessario che vi sia un riconoscimento che nel caso delle persone giuridiche pubbliche si concretizza in un riconoscimento dello Stato.

Caso differente è quello delle società che necessitano di un riconoscimento generico cioè genericamente conferito dalla legge.

Ai sensi dell'articolo 2247 del codice civile il termine società viene indicato sia per definire l'ente cui danno vita associandosi i soci sia il contratto con cui due o più persone si accordano per dare costituire il nuovo ente.

Sotto il primo profilo la società si caratterizza rispetto a tutti gli altri enti a struttura associativa in quanto la sua finalità esclusiva e principale è lo svolgimento di una attività economica mentre in tutte le altre associazioni, riconosciute o non gli associati perseguono scopi ideali.

Spesso può accadere che le società non siano effettivamente operanti e cioè si dedichino effettivamente ad un'attività imprenditoriale. Sono frequenti società di comodo, società immobiliari costituite ad esempio allo scopo di amministrare immobili che si vogliono mantenere separati dai patrimoni dei soci.

Il codice civile inizia la trattazione delle società dall'articolo 2247. Per esso la società è il contratto per mezzo del quale *"due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili"*.

In materia societaria vige il principio della tipicità, vale a dire che è possibile dare vita ad una società regolare unicamente adottando uno degli schemi previsti dalla legge. In tal senso possiamo operare la seguente suddivisione a seconda di specifici elementi:

1. lo **scopo**: in questo senso possiamo parlare di società lucrative o meglio di società che perseguono un profitto e la divisione degli utili tra i soci e società cooperative cioè società che perseguono uno scopo mutualistico;
2. l'**oggetto**: in questo senso possiamo parlare di società commerciali se hanno per oggetto una delle attività per le quali è necessaria l'iscrizione al registro delle imprese e società non commerciali quando hanno per oggetto una attività diversa;
3. le **persone dei soci**: in questo caso è possibile parlare di società di persone e di società di capitali. Nelle prime i soci sono gli amministratori della società e sono illimitatamente responsabili per i debiti sociali; nelle seconde gli amministratori possono essere dei terzi ed i soci non sono responsabili con il proprio patrimonio personale dei debiti sociali. Intermedie tra le due categorie sono le società in accomandita perché in esse vi sono due tipi di soci: gli accomandanti che si trovano nella stessa situazione dei soci della società di capitali e gli accomandatari che si trovano nella stessa situazione dei soci della società di persone;
4. il **tipo di mercato**: in questo caso possiamo parlare di società quotate in borsa o non quotate, di società finanziarie, di società di revisione.



All'interno delle società va sicuramente inserito il progetto per la costituzione di una società europea basta sulle nuove esigenze del mercato e sempre maggiormente proiettata verso un futuro schema imprenditoriale ed economico.

#### **11.3.4 Le associazioni**

Le associazioni sono enti di dritto privato che non hanno per fine il perseguimento di una attività economica. Esse possono essere fondamentalmente di due tipi: **riconosciute** o **non riconosciute**.

1. Si rientra all'interno della prima categoria nel momento in cui esse abbiano ricevuto un apposito riconoscimento da parte dell'ordinamento.
2. Si rientra all'interno della seconda categoria nel momento in cui tali associazioni o non hanno richiesto tale riconoscimento oppure, pur avendolo richiesto, non l'hanno ancora ottenuto.

La caratteristica più significativa è che lo scopo a cui l'attività di queste organizzazioni è rivolto sia **lecito**; in caso contrario si troverebbe di fronte ad ipotesi perseguibili penalmente.

Gli associati al loro interno possono stipulare accordi che regolamentino la sfera puramente interna: i contributi degli associati ed i beni acquistati con i medesimi contributi fanno parte del fondo comune dell'associazione. Si verifica in tal caso una sorta di comunione la cui finalità è quella di soddisfare i creditori dell'associazione.

L'**autonomia patrimoniale** dell'associazione è una autonomia imperfetta. Si ha infatti, da un parte la distinzione del patrimonio dell'associazione da quello degli associati, ma essa è imperfetta in quanto per le obbligazioni dell'associazione rispondono anche, personalmente e solidalmente le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione.

La **responsabilità personale** di coloro che agiscono in nome e per conto di una sottoscrizione non riconosciuta è disposta in quanto per tale tipo di ente mancando il riconoscimento non è possibile operare un controllo preventivo circa l'esistenza dei mezzi necessari per la realizzazione dello scopo dell'associazione a garanzia dei futuri creditori dell'ente nel procedimento per la concessione della personalità giuridica.



## 12 Diritto privato - I diritti reali

### 12.1 Sintesi

Con il termine diritti reali si è soliti indicare i cd. diritti su di una cosa caratterizzati dalla pretesa del titolare nei confronti di tutti i soggetti di poter esercitare il proprio diritto.

Proprio a motivo di questa caratteristica è possibile dire che il diritto reale è un **diritto assoluto**.

La necessaria conseguenza del principio della assolutezza è il diritto di sequela, cioè a dire che il diritto continua immutato anche nei confronti dei proprietari del bene successivi al primo nei cui riguardi il diritto è stato acquistato.

I diritti reali si caratterizzano, inoltre, per la loro tipicità cioè per il fatto di essere specificamente disciplinati e previsti dalle norme del codice civile.

Tra i diritti reali un ruolo preminente ha la **proprietà**: è un diritto costituzionalmente garantito dall'articolo 42 della Costituzione.

I diritti reali possono distinguersi poi in diritti reali di godimento e diritti reali di garanzia.

Tra i diritti reali di godimento si possono ricordare la superficie, l'enfiteusi, l'usufrutto, l'uso e l'abitazione.

Tra i diritti reali di garanzia ricordiamo il pegno e l'ipoteca.

Accanto alla classificazione operata possiamo aggiungere anche le situazioni possessorie che si distinguono dalle situazioni indicate precedentemente poiché non vi è il diritto di esercitare un potere, ma vi è il fatto di esercitarlo effettivamente.

### 12.2 La proprietà: definizione

La definizione del diritto di proprietà è specificamente disposto dall'articolo 832 del codice civile, secondo il quale: *"il proprietario ha diritto di godere e di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo"*

Secondo questa definizione il diritto di proprietà si caratterizza per la sua assolutezza e per la sua esclusività, con divieto di ingerenza della collettività in ordine alle scelte che il proprietario può operare.

Il proprietario può avvalersi di due diritti:

1. il **diritto di godere** ossia di decidere se, come e quando utilizzare la cosa, nell'ambito delle destinazioni volta a volta fissate dal legislatore, e secondo le specifiche tipologie previste dall'ordinamento. In tal senso è più esatto parlare delle proprietà e non della proprietà dal momento che non è possibile parlare di una sola figura con caratteristiche costanti bensì delle proprietà con caratteristiche comuni.
2. Il **diritto di disporre**. Il proprietario non ha solo il valore d'uso, ma anche il valore di scambio della cosa, ossia il potere di realizzare dei corrispettivi cedendo ad altri in tutto o in parte, i diritti sulla cosa.





Il diritto del proprietario è, inoltre:

- imprescrittibile
- perpetuo
- pieno
- elastico

### **12.3 Proprietà pubblica e privata**

La tutela della proprietà ha nel nostro ordinamento una tutela specificamente prevista dalla Carta costituzionale. In tal senso dispone l'articolo 42 relativo ai rapporti economici secondo il quale *"la proprietà è pubblica e privata"*, disconoscendo in questo modo un ruolo prioritario alla proprietà privata; tale norma inoltre dispone che è necessario *"assicurare la funzione sociale del diritto di proprietà e rendere questa accessibile a tutti"*.

Si subordina così l'interesse individuale a quello collettivo e viene auspicata una più chiara e obiettiva distribuzione della ricchezza.

L'articolo citato, inoltre, dispone che *"la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge"*.

Tale garanzia implica che non sia consentito al legislatore ordinario sopprimere l'istituto della proprietà privata: sarebbe altresì in contrasto con la Costituzione un'eventuale trasformazione del nostro sistema in un ordinamento in cui i beni sono collettivizzati.

L'articolo 42 della Costituzione dispone altresì i limiti entro i quali la proprietà va garantita. In tal senso è esatto parlare di due grosse categorie e più specificamente:

1. limiti posti nell'interesse pubblico;
2. limiti posti nell'interesse privato.

La prima categoria è sicuramente la più ampia e tende a confermare quanto già indicato precedentemente tende cioè ad assicurarne la cd. funzione sociale. In proposito si ricorda come l'articolo 44 della Costituzione preveda limiti alla proprietà terriera privata anche attraverso la fissazione di limiti alla sua estensione.

A titolo indicativo, ma non esaustivo, indichiamo all'interno di tali limiti i vincoli pubblici: le distanze legali di ogni costruzione da strade, autostrade, ferrovie alberghi; le soggezioni od imposizioni sul fondo per assicurare l'utilità alle pubbliche amministrazioni, l'imposizione di servitù pubbliche, i vincoli forestali, i vincoli idrogeologici.

Venendo ora ai limiti posti nell'interesse privato si evidenzia come essi possano essere riferiti alla proprietà immobiliare e regolino rapporti tra proprietà vicine: si tratta più semplicemente di tutti quei rapporti che regolano i rapporti di **buon vicinato**.

Possiamo classificare le stesse all'interno di due ambiti e più precisamente in limiti che riguardano:

1. le distanze nelle costruzioni e nelle piantagioni: in questo caso stabilisce l'articolo 873 del codice civile esse non devono superare i tre metri



2. luci e vedute: in questo ambito o meglio per quanto concerne le prime debbono rispettare i requisiti indicati dall'articolo 901 del codice civile, nel secondo caso debbono rispettare le distanze indicate nell'articolo 905 e 906 del codice stesso.
3. acque private: tali acque sono disciplinate dagli articoli 900-910 del codice civile.

#### **12.4 I modi di acquisto della proprietà**

I modi di acquisto della proprietà, cioè i fatti giuridici che determinano l'acquisto della proprietà stessa, possono essere fondamentalmente classificati secondo un duplice schema:

- acquisto a titolo originario;
- acquisto a titolo derivativo.

Nel primo caso l'acquisto non ha alcuna relazione con il diritto del precedente proprietario; nel secondo, invece, lo stesso diritto passa da un soggetto all'altro in forza di un contratto, di una successione, ecc.

I modi di acquisto a titolo originario possono essere schematizzati secondo il seguente schema:

1. **Occupazione** (artt. 923-926 c.c.): si ha questo caso nel momento in cui vi è presa di possesso di cose mobili che non sono di proprietà di nessuno. La possibilità di acquistare la proprietà per occupazione non vale per ogni tipo di bene e più precisamente si riferisce solo a beni mobili. Per i beni immobili l'ipotesi non si verifica, perché nel caso di beni non appartenenti ad alcuno cosiddetti beni vacanti tali beni spettano al patrimonio dello Stato.
2. **Invenzione** (artt. 927-933 c.c.): questo caso riguarda le cose smarrite. Ai sensi dell'articolo 927 del codice civile queste vanno restituite al proprietario o consegnate al sindaco. In caso contrario si configura l'ipotesi di appropriazione indebita di cose smarrite. Trascorso un anno se la cosa non è stata ritrovata la cosa spetta al ritrovatore.
3. **Accessione** (art. 934 c.c.): nei modi d'acquisto precedentemente analizzati l'acquisto della proprietà dipende dal comportamento del soggetto che apprende materialmente la cosa. Nell'accessione, invece, una proprietà preesistente attira nella sua orbita altre cose che prima ne erano estranee astraendo dalla volontà del soggetto, il quale diventa proprietario delle nuove cose anche senza saperlo e senza volerlo. L'acquisto si verifica a favore del proprietario della cosa principale. L'accessione può, a sua volta, essere di diversi tipi.

Abbiamo:

- accessione di mobile ad immobile;
- accessione di immobile ad immobile (artt. 941-947 c.c.);
- accessione di mobile a mobile.



### **12.5 I diritti reali di godimento**

Abbiamo già visto la natura dei diritti reali su cose ed anche in modo più particolareggiato la natura del diritto di proprietà.

Si tratta ora di analizzare i diritti reali di godimento: sono quei diritti che comprimono il potere di godimento su una cosa che spetta al proprietario.

Essi sono:

- la superficie;
- l'enfiteusi;
- l'usufrutto;
- l'uso;
- l'abitazione.

#### **12.5.1 La superficie**

La superficie è disciplinata, ai sensi degli articoli 952-956 del codice civile e si basa sul principio per il quale tutto ciò che si trova sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario del suolo medesimo. La superficie consiste, pertanto o nella proprietà della costruzione separata dalla proprietà del suolo o nel diritto che il proprietario del suolo concede ad altri di fare o mantenere al di sopra del suolo una costruzione.

Il titolare del diritto di superficie ha la libera disponibilità della costruzione che altro non è se non una proprietà separata: può alienarla e costituire su di essa diritti reali, ma se il diritto di superficie fu costituito a tempo determinato la scadenza del termine facendo venire meno il diritto del superficario segna l'estinzione anche di questi diritti.

#### **12.5.2 L'enfiteusi**

L'enfiteusi, disciplinata dagli articoli 957-977 del codice civile, è tra i diritti reali di godimento quello più usato in tempi passati. Deve la sua massima popolarità nel periodo medioevale. Esso attribuisce alla persona a cui favore è costituita lo stesso potere di godimento che spetta al proprietario salvo l'obbligo di migliorare il fondo e di pagare al proprietario concedente un canone fisso, ai sensi dell'articolo 960 del codice civile.

L'enfiteuta può anche mutare la destinazione del fondo purché non lo deteriori.

Questo potere di godimento si vuole denominare dominio utile; al proprietario spetta invece il dominio diretto che in concreto si riduce al solo pagamento del canone.

L'enfiteusi può essere perpetua o a tempo e può essere costituita mediante titolo o mediante usucapione.

Essa si può estinguere in alcuni casi specifici:

- per decorso del termine;
- per il perimento del fondo
- per effetto di affrancazione
- in conseguenza di devoluzione
- per prescrizione estintiva.



### 12.5.3 L'usufrutto

Ulteriore diritto di godimento è costituito dall'usufrutto disciplinato dagli articoli 978-1020 del codice civile. Esso consiste nel diritto di godere ed usare della cosa altrui traendo da essa utilità, con l'obbligo di rispettare la destinazione economica.

L'usufruttuario può trarre dalla cosa tutte le utilità che ne può trarre il proprietario ma non può per esempio, costruirvi opere di alcun genere.

L'usufrutto ha **durata temporanea** deve pertanto essere costituito *ad tempus*. L'usufrutto può essere costituito per legge o per volontà dell'uomo e, se ha per oggetto la costituzione di un diritto su beni immobili, deve farsi per iscritto ed è soggetto a trascrizione.

I **diritti dell'usufruttuario** possono essere sintetizzati nel modo seguente:

1. possesso della cosa;
2. frutti della cosa;
3. alienazione del diritto di usufrutto.

Gli **obblighi dell'usufruttuario** possono sintetizzarsi nel

- dovere di restituire la cosa al termine del suo diritto così come disposto dall'articolo 1001 del codice civile, nonché nell'usare;
- godere del bene secondo la diligenza del buon padre di famiglia;
- fare l'inventario e prestare garanzia.

L'usufruttuario è tenuto alle spese nonché agli oneri relativi alla custodia, alla amministrazione, alla manutenzione ordinaria della cosa comprese le spese relative alle riparazioni ordinarie, alle imposte, ai canoni, alle rendite e agli altri pesi che gravano sul reddito.

Il proprietario ha invece l'onere di effettuare le riparazioni straordinarie cioè le spese che superano i limiti della conservazione della cosa o delle sue utilità per la durata della vita umana.

L'usufrutto ha una durata ben precisa e può estinguersi per le seguenti ragioni:

- per la scadenza del termine o per la morte dell'usufruttuario;
- per la prescrizione ordinaria (art. 1014 c.c.);
- per consolidazione cioè per la riunione dell'usufruttuario e del proprietario nella stessa persona;
- per l'abuso del proprio diritto.

### 12.5.4 L'uso e l'abitazione

Esistono accanto al diritto di usufrutto, esaminato in precedenza, altri due tipi di diritti reali di godimento e cioè l'uso e l'abitazione.

Con il primo termine, previsto dall'articolo 1021 del codice civile, si definisce il diritto di servirsi di un bene e di raccogliere gli eventuali frutti limitatamente ai bisogni propri e della propria famiglia.



L'**abitazione** disciplinata dall'articolo 1022 del codice civile è invece il diritto di abitare una casa limitatamente ai diritti propri e della propria famiglia.

La differenza tra i due diritti è, pertanto, legata ad un aspetto meramente quantitativo, essendo il secondo limitato a beni ben specifici.

Si tratta in ogni caso di diritti aventi carattere personale, che, come tali non possono essere ceduti ad altri o dati in locazione.

Al pari dell'usufrutto, stante la loro caratteristica di diritti strettamente personali, si estinguono con la morte del titolare e non possono formare oggetto di disposizione testamentaria.

### **12.5.5 Azioni a difesa della proprietà**

La proprietà può essere difesa attraverso alcuni strumenti giuridici definiti come azioni a difesa della proprietà e disciplinati dagli articoli 948-951 del codice civile.

Tali azioni dette petitorie possono essere così schematizzate:

- azione di rivendicazione art. 948 del codice civile: è l'azione proposta da colui che sostiene di essere proprietario e chiede la restituzione delle cose da chiunque le possieda
- azione negatoria art. 949 del codice civile: è quell'azione con la quale il proprietario tende a far dichiarare l'inesistenza dei diritti affermati da altri sulla cosa
- azione di regolamento dei confini art. 950 del codice civile è l'azione mediante la quale ciascuno dei proprietari limitrofi può chiedere al giudice la determinazione di un confine
- azione per l'apposizione di termini art. 951 del codice civile azione con la quale ciascun proprietario può chiedere l'apposizione a spese comuni di segni di confine che è determinato in modo incontestato.

### **12.6 Il possesso e le situazioni possessorie**

Accanto alla proprietà così come definita nei paragrafi precedenti abbiamo una ulteriore situazione che si realizza nel momento in cui non vi è il solo diritto di esercitare un potere bensì il fatto di esercitarlo effettivamente. Queste situazioni danno luogo alle cosiddette situazioni possessorie situazioni di fatto concretizzanti i poteri sulle cose. A tali situazioni il legislatore attribuisce rilievo indipendentemente dalla corrispondente situazione di diritto, anche se talvolta i due ambiti coincidono.

Possiamo suddividere le situazioni possessorie secondo due ambiti: **detenzione, possesso** vero e proprio.

Si ha la **detenzione** nel momento in cui si ha la disponibilità di una cosa con il potere di utilizzarla ogni volta che si desidera pur sapendo e riconoscendo che essa appartiene ad altri ai quali si deve rendere conto dell'uso dei beni. Sono esempi di detenzione quelli del conduttore nel contratto di locazione o quello del comodatario nel contratto di comodato.

Si ha il **possesso** vero e proprio nel momento in cui colui il quale ha il potere di fatto sulla cosa ha anche ricevuto od acquistato la cosa con l'intenzione



di esercitare su di essa qualunque potere ed escludendo la volontà di restituirla o di riconoscere alcun diritto da parte di altri sul bene.

Le situazioni possessorie sono tutelate alla stregua della tutela della proprietà o degli altri diritti reali, sono estensibili a tutti i beni tranne a quelli demaniali e non possono essere estese al diritto di famiglia e ai rapporti obbligatori.

Il quadro descrittivo sino ad ora esposto permette di comprendere quali sono le ragioni che danno luogo ad una chiara valutazione delle situazioni possessorie.

Il legislatore ha voluto salvaguardare una situazione di fatto garantendo in linea generale il soggetto che effettivamente è titolare di un determinata situazione così come colui al quale la legge espressamente riconosce il diritto.

Il possesso inoltre garantisce la possibilità di acquisire determinati vantaggi quali ad esempio l'acquisto del bene per **usucapione**. Questa eventualità e possibilità fa sì che, anche se sprovvisto di un effettivo diritto, colui il quale si trovi in una situazione possessoria possa acquisire tale diritto.

Il possesso può allo stesso modo dei diritti reali essere acquisito o perso.

L'acquisto di possesso può essere: a titolo originario, a titolo derivato

Si verifica la prima situazione nel momento in cui vi è la sola apprensione della cosa o l'esercizio di fatto del diritto a meno che tale apprensione non si sia verificata per mera tolleranza altrui.

Si verifica la seconda situazione quando vi è la consegna o con la tradizione, caso esemplificativo è, per i beni immobili, la consegna delle chiavi.

L'esatta situazione contraria di acquisto delle situazioni possessorie è la loro perdita. Questa si verifica nel momento in cui viene meno uno dei due elementi del possesso e cioè o la signoria sulla cosa o la volontà di tenere la cosa per sé.

Per quanto riguarda la perdita del possesso delle cose mobili esse vengono meno nel momento in cui sono uscite dalla custodia del possessore in modo permanente non è sufficiente la semplice dimenticanza.

La perdita di possesso di animali si verifica nel momento in cui essi riacquistano la libertà naturale.

Quanto infine ai **beni immobili** si ritiene che la conservazione possa avvenire anche per solo effetto della persistenza dell'*animus* limitatamente ai sensi dell'articolo 1168 del codice civile al periodo di tempo entro cui si può esercitare l'azione di spoglio.

Già abbiamo visto come esista una differenza fondamentale tra detenzione e possesso in relazione all'elemento psicologico. Tale distinzione, tuttavia non è così pacifica in relazione all'elemento spirituale, anche se a tale proposito soccorre in aiuto l'articolo 1141 del codice civile per il quale è stabilito che è sufficiente fornire la prova della detenzione con l'onere di provare a quale titolo il detentore ha ricevuto il bene.

Una particolare protezione riceve, poi, il **possesso di buona fede**.

Questa consiste nella mancata percezione di ledere l'altrui diritto così come disposto dall'articolo 1147 del codice civile, cioè a dire la convinzione di





avere acquisito un diritto sulla cosa per mezzo di un titolo che si ritiene idoneo ma che in realtà non lo è.

L'elemento fondamentale di tale situazione è la buona fede, considerata non da un punto di vista etico, ma quale mero elemento psicologico.

La buona fede si presume:

- deve sussistere al momento dell'acquisto;
- lo stato di ignoranza non deve dipendere da colpa grave e cioè dal fatto che sia stato omissso di usare qualsiasi diligenza.

Un importante effetto del possesso relativo ai beni mobili è il cosiddetto **principio del possesso vale titolo**.

Si verifica tale situazione, che è stata regolamentata per rendere più agevole la circolazione dei beni mobili ai sensi dell'articolo 1153 del codice civile, nel momento in cui una persona acquista una cosa mobile da chi non ne è proprietario, ma ne diventa proprietario nel momento in cui ne riceve in buona fede la consegna e se sussiste un titolo idoneo al trasferimento della proprietà.

Abbiamo visto come esista tutela alle situazioni di fatto e, come conseguentemente tali situazioni abbiano una regolamentazione anche di fronte alla situazione possessoria. In sintesi, è possibile tutelare le situazioni possessorie attraverso azioni a tutela del possesso stesso.

Le azioni possessorie si differenziano dalle azioni petitorie, le quali sono invece legate alla tutela della proprietà e all'accertamento di essa. Le azioni possessorie assicurano una tutela di carattere provvisorio: chi soccombe nel giudizio deve restituire la cosa.

Azioni possessorie sono:

- l'azione di **spoglio** art. 1168 e seg. c.c. che risponde all'esigenza di assicurare una sollecita tutela contro la privazione con violenza del possesso o della clandestinità;
- l'azione di **manutenzione** art. 1170 c.c. azione a disposizione del possessore di un bene immobile, di un diritto reale sopra un bene immobile o di una universalità di mobili per far cessare le molestie e le turbative arrecate al suo possesso;
- l'azione di **nuova opera** o di danno temuto (artt. 1171-1172 c.c.) Tali azioni sono conosciute con il termine di azioni di nunciazione e tendono a conservare uno stato di fatto che, nel caso della denuncia di nuova opera, spetta al proprietario o al titolare di un diritto reale di godimento o al possessore che abbia ragione di temere che da una nuova opera iniziata da meno di un anno e non ancora terminata stia per derivare danno alla cosa che forma oggetto del suo diritto o del suo possesso. Nel caso della denuncia di danno temuto il proprietario, il titolare di diritto reale di godimento o il possessore hanno la possibilità di agire nel momento in cui sussista il pericolo di un danno grave e prossimo derivante da qualsiasi albero, edificio, o altra cosa senza che ricorra la nuova opera.

Oltre alle azioni possessorie che servono a tutela delle situazioni legate al possesso esistono, poi, situazioni legate all'acquisto di una cosa legate al possesso protratto per un certo periodo di tempo.



Ai sensi dell'articolo 1158 e seguenti del codice civile ci troviamo di fronte al caso dell'**usucapione** istituto che dà la possibilità di acquisire la proprietà di un bene per il solo effetto di un possesso prolungato nel tempo.

Requisiti dell'usucapione sono pertanto:

- il tempo;
- il possesso che deve essere ininterrotto e continuato.

L'usucapione ordinaria si compie per i beni immobili in venti anni; nei casi di usucapione abbreviata per i beni immobili è dieci anni e per i mobili registrati tre anni. Per l'usucapione abbreviata oltre il possesso non vizioso occorrono altresì:

- la buona fede
- un titolo idoneo
- la trascrizione del titolo

### **12.7 I diritti reali di garanzia: il pegno e l'ipoteca**

Tra i diritti reali esistono anche diritti che hanno la funzione di garantire la soddisfazione di un credito. Ci si riferisce al **pegno** e all'**ipoteca**.

Si ha il primo caso nel momento in cui la garanzia ha per oggetto beni mobili, si ha il secondo caso nel momento in cui la garanzia ha per oggetto beni immobili.

Il **pegno** fa sì che la cosa mobile resti riservata al futuro soddisfacimento del creditore; in caso di inadempimento costui ha il diritto di farsi assegnare in pagamento del suo credito il bene oggetto della garanzia. Il pegno è un accessorio del credito garantito ed è indivisibile.

L'**ipoteca** è un diritto reale di garanzia che attribuisce al creditore il potere di espropriare il bene sul quale l'ipoteca è costituita. Essa attribuisce al suo titolare il diritto di sequela cioè di espropriare il bene anche se viene alienato.

L'ipoteca è:

- speciale, in quanto deve avere ad oggetto beni determinati;
- indivisibile, sussiste per intero su tutti i beni, sopra ciascuno di essi e sopra ogni loro parte.

Oggetto dell'ipoteca possono essere gli immobili con le loro pertinenze, i mobili registrati e le rendite dello Stato.

L'ipoteca può inoltre essere:

- giudiziale;
- legale.



## 13 Diritto privato - Le obbligazioni ed i contratti

### 13.1 Sintesi

Tra i **diritti relativi** cioè i diritti che si possono opporre solo al soggetto interessato rivestono importanza fondamentale le obbligazioni e i contratti.

L'**obbligazione** consiste in un rapporto tra due parti in base al quale una di esse è obbligata nei confronti dell'altra per l'esecuzione di una determinata prestazione.

Il **contratto** è invece un negozio giuridico costituito da un accordo tra due o più parti per costituire, regolare od estinguere tra loro un rapporto giuridico avente contenuto patrimoniale ed è anche una fonte dell'obbligazione poiché, com'è disposto dall'articolo 1173 del codice civile rappresenta un fatto dal quale l'obbligazione trae origine.

Con il termine **negozio giuridico** si deve intendere un atto o un insieme di atti di più persone rivolto a produrre effetti riconosciuti e garantiti dall'ordinamento giuridico. Il negozio giuridico, a differenza del contratto può essere anche **unilaterale**, cioè posto in essere da una sola parte da intendersi come centro di interesse.

Sia il rapporto obbligatorio sia il contratto trovano una compiuta disciplina all'interno del codice civile.

Le ipotesi contrattuali direttamente disciplinate dal codice civile sono definite quali **contratti tipici**.

L'autonomia contrattuale è la possibilità riconosciuta ai singoli di regolare da sé i rapporti giuridici con altre persone, anche attraverso contratti diversi da quelli tipici (c.d. contratti atipici).

### 13.2 Il rapporto obbligatorio


L'obbligazione consiste in un rapporto tra più parti in virtù del quale una di esse risulta obbligata nei confronti dell'altra ad eseguire una determinata prestazione.

La parte che deve la prestazione è detta **debitore**, la parte a favore della quale la prestazione è dovuta viene detta **creditore**.

Il rapporto obbligatorio si caratterizza per una particolarità: ha una connotazione **relativa**, va cioè effettuata solo nei confronti della persona o delle persone interessate.

Non ha, invece una portata assoluta come avviene nel caso dei diritti reali. Non possiamo dire che possa essere opponibile *erga omnes*.

Il valore giuridico del rapporto obbligatorio è rappresentato dal fatto che esiste una responsabilità patrimoniale da parte del soggetto inadempiente nei confronti del creditore e più precisamente è esatto dire che il debitore in caso di inadempimento risponde personalmente per la propria obbligazione ed al contempo il creditore ha a propria disposizione una serie di strumenti per poter ottenere il soddisfacimento.



L'obbligazione può trovare fonte nel contratto, nel fatto illecito o comunque in ogni altro atto idoneo a produrla secondo l'ordinamento.

### **13.2.1 I soggetti del rapporto**

I soggetti del rapporto obbligatorio sono almeno due: da una parte il soggetto attivo o **creditore** dall'altra il soggetto passivo o **debitore**.

La presenza di due persone è indispensabile per la sussistenza di un rapporto obbligatorio; tale presenza numerica è indispensabile come caratteristica minima di costituzione del rapporto, ma non è una caratteristica fissa. Infatti può accadere che nel rapporto obbligatorio vi sia una pluralità di soggetti attivi o passivi. In questo caso può accadere che l'obbligazione assuma una differente titolarità e che possa pertanto definirsi **parziaria** o solidale.

E' parziaria nel momento in cui il creditore può pretendere solo una parte della prestazione è invece solidale nel momento in cui ciascun creditore può pretendere l'intero.

Nel caso in cui l'**obbligazione** sia **solidale**, l'adempimento di una sola parte libera anche gli altri, come disposto dall'articolo 1292 del codice civile.

La solidarietà costituisce, pertanto, un modo per rafforzare la tutela del creditore. Il codice civile all'articolo 1294 stabilisce una presunzione generale di solidarietà. L'aspetto appena descritto ha un risvolto che si riflette sul lato esterno del rapporto obbligatorio e più precisamente si riferisce al rapporto con il creditore.

Nei confronti degli altri condebitori ciascuno è tenuto soltanto per la propria parte a meno che non sia stata contratta per un esclusivo interesse di un condebitore.

Esistono degli strumenti a disposizione del condebitore solidale per agire nei confronti degli altri condebitori.

Si tratta **dell'azione di regresso** che configura il caso in cui il condebitore solidale abbia pagato. In questo caso egli può agire nei confronti degli altri condebitori perché ciascuno di essi rimborsi la sua parte.

Differente dall'obbligazione solidale è l'**obbligazione indivisibile**, che si realizza nel momento in cui l'oggetto della prestazione è una cosa che non può essere per sua natura o per volontà delle parti frazionata. Si pensi per esempio ad un animale o al caso in cui siano state le stesse parti a volerlo.

Le obbligazioni indivisibili sono sottoposte ad una disciplina analoga a quella delle obbligazioni solidali, con la differenza che la loro indivisibilità opera anche nei confronti degli eredi del debitore o di quelli del creditore.

### **13.2.2 Gli elementi essenziali del rapporto: la prestazione**

Dopo avere esaminato quali sono i soggetti coinvolti nel rapporto obbligatorio vediamo ora di analizzare quali sono le caratteristiche della prestazione cioè dell'adempimento cui è tenuto il debitore.

La prestazione può avere differenti oggetti e può consistere in un:

1. **dare**: per esempio una somma di denaro o altri beni mobili;
2. **fare**: per esempio costruire una determinata opera;



3. **non fare**: per esempio non produrre un determinato bene.

La prestazione viene ad essere pertanto un comportamento che è dovuto, ma al contempo anche il risultato in un determinato comportamento.

Talvolta l'obbligazione può essere:

- **di risultato**; in questo caso la prestazione viene individuata proprio descrivendo il risultato;
- **di mezzi**; in questo caso viene individuata attraverso il comportamento del debitore il quale non garantisce il suo risultato specifico. In questo caso viene definita **obbligazione di mezzi**.

La prestazione può essere:

- **fungibile**: quando non è rilevante chi procura il risultato;
- **infungibile**: quando sono rilevanti le caratteristiche personali dell'obbligato.

Ancora più specificamente la prestazione dovuta deve avere carattere patrimoniale e deve avere le seguenti caratteristiche:

- deve essere possibile non può trattarsi di una obbligazione inesistente;
- lecita;
- determinata nel senso che devono essere determinati i criteri per la sua classificazione;
- determinabile.

Le obbligazioni o meglio le prestazioni possono essere:

- pecuniarie: nel momento in cui hanno ad oggetto la dazione di somme di denaro;
- alternative: nel caso in cui il debitore possa liberarsi eseguendo una sola prestazione.

### **13.2.3 La modificazione dei soggetti dell'obbligazione**

I soggetti dell'obbligazione possono modificarsi nel corso della vita del rapporto stesso.

Possiamo avere due tipi di modificazione:

- a) una modificazione nel lato attivo
- b) una modificazione nel lato passivo.

Ricorre il primo caso nell'ipotesi della cessione del credito che è un contratto con il quale il creditore trasferisce ad un altro il suo diritto. Il cedente trasferisce il credito ad un'altra persona e per effetto della cessione il debitore è tenuto verso il cessionario.

Altro esempio è dato, per esempio dal contratto di factoring che è un accordo con il quale un'impresa specializzata si impegna a gestire per conto di un'altra impresa il servizio di amministrazione e riscossione di tutti o parte dei crediti che il cliente acquista nei confronti della propria clientela.

Venendo ora alla modificazione nel lato passivo, va segnalato come si tratti di una ipotesi importante poiché il creditore deve conoscere con precisione la persona che dovrà adempiere l'obbligazione anche e soprattutto per vedere garantita la propria posizione.

Sono casi di modificazione nel lato passivo:



- la **delegazione**;
- l'**espromissione**;
- l'**accollo**.

Con la delegazione una persona ordina o invita un'altra persona ad eseguire o a promettere di eseguire un determinato pagamento a favore di un terzo. Con l'espromissione un terzo può assumere verso il creditore il debito di un altro promettendo che provvederà lui stesso al pagamento.

Con l'accollo, infine, che può essere semplice o esterno vi è un contratto tra il debitore ed un terzo con il quale quest'ultimo assume a suo carico l'obbligo del debitore di pagare al creditore.

#### **13.2.4 L'estinzione dell'obbligazione**

La naturale estinzione dell'obbligazione è costituita dall'**adempimento**. Vi sono casi tuttavia nei quali l'obbligazione si estingue anche se la prestazione non è stata compiuta. E' questo il caso della morte del debitore quando si tratta di obbligazioni infungibili. L'adempimento consiste nella esatta realizzazione della prestazione dovuta ed in tal senso il legislatore stabilisce che nell'eseguire la prestazione il debitore debba usare la diligenza del buon padre di famiglia.

L'adempimento deve essere eseguito tenendo presenti alcune precise indicazioni relative al luogo e alle modalità di esecuzione. Più precisamente il luogo di adempimento dell'obbligazione è di regola determinato nel titolo costitutivo ovvero è determinato dagli usi. In linea di principio l'adempimento va eseguito nelle mani del creditore che sia in grado di ricevere o di un suo rappresentante legale.

Quanto poi alla durata è naturale che debba essere stabilito un momento iniziale ed un termine finale entro i quali eseguire l'adempimento. Quando questo è fissato si presume che sia a favore del debitore.

Oltre all'adempimento esistono altri modi di estinzione differenti. Essi possono essere così schematizzati:

- la **compensazione**: si ha questa situazione quando intercorrono tra due persone rapporti obbligatori reciproci che possono tra loro compensarsi sino ad estinguersi;
- la **confusione**: è la situazione nella quale debitore e creditore vengono a trovarsi nella medesima persona;
- la **novazione**: è un contratto con il quale viene sostituito un nuovo rapporto a quello originario;
- la **remissione**: in questo caso vi è la rinuncia del creditore al debito;
- l'**impossibilità sopravvenuta**: è una situazione sopravvenuta alla originaria obbligazione che la estingue.

### **13.3 Il contratto**

#### **13.3.1 Gli elementi essenziali e gli elementi accidentali**

La definizione di contratto più sopra esaminata ci permette di evidenziare quali sono gli elementi essenziali del negozio giuridico di cui si discute.





Secondo quanto disposto dall'articolo 1325 del codice civile gli elementi essenziali del contratto sono:

- l'**accordo** delle parti;
- la **causa**; con tale termine si suole indicare la ragione economico-sociale che dà luogo al contratto ed è differente dalle ragioni personali che danno luogo alla stipulazione e che si dicono motivi;
- l'**oggetto** o contenuto; deve essere possibile, lecito determinato e determinabile;
- la **forma**; quando necessaria per espressa disposizione di legge per la validità del contratto stesso.

Senza la presenza degli elementi indicati il contratto è nullo.

Il contratto può avvalersi di elementi che non sono necessari per la sua validità. Si tratta dei cosiddetti elementi accidentali che possono essere classificati come:

- **condizione**; elemento futuro ed incerto dal quale le parti fanno dipendere o la produzione degli effetti del negozio o l'eliminazione degli effetti che il negozio ha prodotto;
- **termine**; avvenimento futuro e certo dal quale o fino al quale debbono prodursi gli effetti del negozio;
- **modo**; clausola accessoria che si appone ad una liberalità allo scopo di limitarla.

### **13.3.2 Gli effetti del contratto: la rescissione e la risoluzione**

Il principio generale stabilisce che il contratto ha effetti tra le parti. Lo stesso codice civile dispone all'articolo 1372 che le parti, dopo avere stipulato il contratto sono tenute a rispettarlo.

La regola generale in materia contrattuale è poi quella della autonomia negoziale, nel senso che le parti sono libere di autoregolare e regolare i propri interessi stipulando o meno il contratto stesso.

Può accadere che il contratto si sciogla e ciò può avvenire in due modi fondamentali:

1. per il mutuo consenso;
2. per cause previste dalla legge.

Il primo caso ricorre quando si stipula un nuovo contratto uguale e contrario all'originario destinato cioè a stabilire il venir meno delle obbligazioni pattuite.

Nel secondo caso ci troveremo di fronte all'ipotesi prevista dall'articolo 1373 del codice civile e cioè al caso del recesso.

Il recesso è il diritto di sciogliersi dal contratto mediante una dichiarazione unilaterale comunicata all'altra parte e può essere:

- **legale**, quando è tassativamente previsto dalla legge;
- **convenzionale**, quando è previsto all'interno di una specifica clausola.

Oltre agli effetti tra le parti il contratto produce effetti anche nei confronti dei terzi cioè di coloro che non sono parti del contratto. Abbiamo in questo caso:



- il **contratto a favore del terzo** ( artt.1411-1413) : che si verifica nel momento in cui la prestazione oggetto del contratto viene resa a vantaggio di un terzo
- il **contratto per persona da nominare** (artt. 1401-1405): che si verifica nel momento in cui al momento della conclusione del contratto una parte si riserva di nominare successivamente la persona nella cui sfera giuridica il negozio deve produrre effetti.

Così come il contratto può produrre effetti nei confronti dei soggetti indicati allo stesso modo può produrre efficacia. Ci troviamo di fronte in questo caso a due ipotesi particolari e più precisamente ai casi di: annullamento o risoluzione.

Nel primo caso ci troviamo di fronte ad una causa di invalidità, ad una causa, cioè che incide sull'atto effetto da vizi.

Nel secondo caso ci troviamo di fronte ad una rottura del rapporto contrattuale per difetto sopravvenuto che si può riferire ad un elemento funzionale del contratto oppure ad un difetto genetico parziale della causa.

Il caso del **difetto sopravvenuto funzionale** è la risoluzione che si verifica:

- per inadempimento nel caso di contratti a prestazioni corrispettive qualora vi sia inadempimento di una prestazione per causa imputabile alla parte stessa. In questo caso non sempre è il giudice che dispone con sentenza la risoluzione. Essa può, infatti, operare anche di diritto e cioè mediante:
  - l'inserimento di una clausola risolutiva espressa;
  - una diffida ad adempiere;
- nel momento in cui vi è la scadenza del termine essenziale.

Oltre ai casi di risoluzione abbiamo anche i casi disciplinati dagli articoli 1447-1452 del codice civile cioè a dire i casi di **rescissione**.

La rescissione è una forma di invalidità del contratto posta principalmente a tutela di chi contrae a **condizioni inique** per il suo stato di **bisogno** o di **pericolo**.

Lo **stato di pericolo** è disciplinato dall'articolo 1447 del codice civile e si verifica quando vi è la presenza di una situazione nella quale viene a trovarsi il contraente al momento della conclusione del contratto, situazione tale da dar luogo ad un pericolo grave per la sua persona o per la persona di un familiare. In questo caso le condizioni di contratto sono inique, spropositate, tale da far dubitare della volontà piena del soggetto.

Esiste poi un secondo motivo di rescissione e cioè la **rescissione per lesione**. Si verifica questa ipotesi quando vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra e tale sproporzione è dovuta allo stato di bisogno in cui versa una delle parti.

### **13.3.3 I contratti tipici: compravendita, appalto, mandato**

Il sistema contrattuale previsto dal nostro ordinamento si basa su di una caratteristica peculiare: la tipicità. Esistono, infatti, contratti che sono specificamente previsti e disciplinati da apposite norme del codice civile.



Tra questi ricordiamo:

- Il contratto di compravendita
- Il contratto di appalto
- Il mandato.

Il **contratto di compravendita** è sicuramente il più importante contratto di scambio ed è definito come *"il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo"* (artt. 1470-1547 codice civile).

La compravendita è un contratto:

- **tipico**: essendo specificamente disciplinato dal codice civile;
- **consensuale**: essendo per il suo perfezionamento necessario il solo consenso delle parti;
- **a titolo oneroso**: dal momento che entrambe le parti ricevono un vantaggio economico in cambio della loro prestazione;
- **non sottoposto a forma** per la sua validità;
- **a prestazioni corrispettive**: la causa del contratto è, infatti lo scambio tra beni e denaro.

Nel contratto di compravendita abbiamo due parti: il **venditore** ed il **compratore**. Entrambi sono tenuti ad una serie di obblighi.

Gli **obblighi del venditore** sono:

- la consegna della cosa;
- dar modo al compratore di acquistare la disponibilità della cosa;
- garantire il compratore dall'evizione e dai vizi occulti della cosa stessa.

Gli **obblighi del compratore** si concretizzano invece nel pagamento del prezzo nel modo e secondo le modalità stabilite dal contratto.

Un ulteriore contratto tipico la cui disciplina è regolamentata dagli articoli 1655-1677 del codice civile è l'appalto.

L'**appalto** è un contratto con il quale una persona assume con l'organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio il compimento di un'opera o di un servizio dietro corrispettivo in denaro. (artt. 1655-1677)

Anche nel contratto d'appalto esistono obblighi a carico delle parti denominate appaltatore e committente. Sono **obblighi a carico dell'appaltatore**:

- compiere direttamente e con la propria organizzazione l'opera o il servizio che ha assunto senza affidarla in subappalto;
- i rischi sono a suo carico;
- l'opera deve essere eseguita secondo le modalità convenute;
- deve garantire l'opera da eventuali difformità e vizi;
- deve constatare che l'opera è a regola d'arte attraverso il sistema del collaudo.

Gli **obblighi del committente** sono:

- il pagamento del prezzo;
- l'esecuzione del collaudo appena ricevuto l'invito di verifica da parte dell'appaltatore.



Il **mandato** è il contratto con il quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra parte (artt. 1703-1730). Esso può essere con o senza rappresentanza. In quest'ultimo caso è collegato ad una procura. Anche con il mandato nascono obblighi a carico del mandante ed obblighi a carico del mandatario.

**Sono obblighi a carico del mandante:**

- fornire i mezzi necessari per eseguire il mandato;
- rimborsare ed anticipare le spese;
- pagare il compenso;
- risarcire eventuali danni.

**Sono obblighi a carico del mandatario:**

- l'uso della diligenza del buon padre di famiglia nell'esecuzione dell'opera assegnata;
- non eccedere ai limiti imposti dal contratto;
- dare un rendiconto.

### **13.3.4 I contratti aleatori: assicurazione e rendita**

Accanto alle tipologie più sopra descritte esistono anche i cosiddetti contratti **aleatori**. Per essi l'elemento fondamentale è costituito dal rischio.

Nel **contratto di assicurazione** disciplinato dagli articoli 1882- 1932 del codice civile una parte verso il pagamento di una somma di denaro detta premio, si obbliga a rivalere, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente la vita umana.

L'**assicurazione sulla vita** non ha carattere indennitario l'assicurato tende a procurarsi una somma o una rendita in relazione ad un evento della vita umana.

Nella **rendita** disciplinata dagli articoli 1861-1881 del codice civile nel caso di cessione di un bene o di un capitale le parti possono convenire che il corrispettivo consista invece che in un prezzo in una rendita, cioè nella corresponsione periodica di denaro o altre cose fungibili

La rendita può essere:

- **perpetua**;
- **vitalizia** corrisposta cioè per donazione o testamento.



## 14 Diritto comunitario e dell'unione europea

### 14.1 Sintesi

Il Trattato di Nizza del 1° febbraio 2003 ha apportato ai trattati preesistenti modifiche di natura tecnica per dotare le istituzioni comunitarie di procedure decisionali più semplici ed efficaci.


Nel corso del Consiglio europeo di Laeken del 14-15 dicembre 2001 è stato istituito un organismo ad hoc – la Convenzione – con il compito di elaborare la bozza della Costituzione europea. Il Trattato costituzionale riunisce in un testo unico tutti i Trattati e i protocolli vigenti eccetto quello che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica

I principi su cui si fonda il trattato costituzionale:

- **supremazia del diritto europeo sul diritto nazionale** già consacrato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ma **nel quadro di una più stabile e chiara ripartizione delle competenze** con gli Stati membri.
- **chiara e trasparente delimitazione delle competenze attribuite all'Unione**, tale da rendere facile e immediata la comprensione ai cittadini europei di ciò che l'Unione fa e di ciò di cui l'Unione è responsabile;
- **riaffermazione e ridefinizione del principio di sussidiarietà** e individuazione di **modalità di verifica e controllo** del rispetto del medesimo, secondo criteri e procedure che possano impedire ogni tendenza pervasiva dell'Unione rispetto agli Stati membri e, allo stesso tempo, possano comunque assicurare che l'Unione intervenga laddove sia necessario e utile per i cittadini europei;
- **previsione esplicita di una clausola residuale in favore degli Stati membri**, tale da assicurare che in ogni caso le competenze non attribuite all'Unione spettino agli Stati membri e che, al di fuori delle competenze ad essa assegnate, l'Unione non possa intervenire con strumenti vincolanti e a carattere normativo ma solo con **strumenti di soft law**.
- **mantenimento di poteri impliciti in capo all'Unione**, pur con la previsione di un maggiore ruolo per i parlamenti nazionali a tutela del principio di sussidiarietà e proporzionalità.
- **La riconduzione in un'unica norma di tutti i tipi di competenze dell'Unione**.

### 14.2 L'ordinamento giuridico dell'UE

L'UE comprende l'insieme delle forme di cooperazione fra 27 Stati dell'Europa (gli Stati fondatori delle Comunità europee: Francia, Italia, Germania, Paesi Bassi, Belgio e Lussemburgo, gli Stati che hanno successivamente aderito: Regno Unito, Irlanda, Danimarca, Spagna, Portogallo, Grecia, Austria, Finlandia e Svezia Ungheria, Slovenia, Slovacchia, Romania,



Repubblica Ceca, Polonia, Malta, Lituania, Lettonia, Estonia, Cipro, Bulgaria)). Tali forme si concretano:

- nella cosiddetta **cooperazione istituzionale** (I° pilastro): è la cooperazione che consiste in azioni e politiche delle tre Comunità europee;
- nella **cooperazione in materia di politica estera e sicurezza comune** (PESC; II° pilastro);
- nella **cooperazione fra le autorità nazionali di polizia e giudiziarie penali** degli Stati membri (CGAI, III° pilastro);
- nella **cooperazione rafforzata** che può eventualmente essere avviata nell'ambito del I e del III° pilastro fra un gruppo di Stati membri (che rappresenti almeno la maggioranza di tutti i Paesi membri dell'UE).

Queste forme di cooperazione non sono omogenee. Nell'ambito del I° pilastro operano le materie (acquis comunitario) delle tre preesistenti Comunità europee, create dai tre Trattati di Roma e di Parigi secondo procedure che affidano alle istituzioni comunitarie (infra, ) la competenza ad adottare atti unilaterali destinati a perseguire gli obiettivi e i compiti affidati alle Organizzazioni stessa.

Nell'ambito del II° e del III° pilastro la collaborazione è concepita di massima in chiave di cooperazione intergovernativa, concretandosi principalmente non tanto in atti unilaterali dell'Organizzazione, quanto in accordi sottoposti dall'Organizzazione alla ratifica degli Stati membri.

I tre ambiti non sono stabiliti in modo definitivo: è infatti possibile che - a mano a mano che l'integrazione degli Stati procede - alcune materie trattate col il metodo della cooperazione "passino" al pilastro istituzionale, siano cioè "comunitarizzate" (art. 42 TUE). Ciò è già avvenuto (grazie a una modifica introdotta dal Trattato di Amsterdam) nella CGAI per la materia dei visti, dell'asilo e dell'immigrazione che è ora disciplinata dal Tit. IV, Parte III del Trattato CE.

L'UE in quanto tale è un **soggetto giuridico** dell'ordinamento internazionale; al suo interno le Comunità europee hanno perso la propria individualità.

### **14.3 Obiettivi e competenze dell'Unione e delle Comunità europee**

L'UE ha il compito di *"organizzare in modo coerente e solidale le relazioni tra gli Stati membri e tra i loro popoli"* (art. 1.3 TUE), secondo obiettivi, che - come dice testualmente il Trattato (art. 2 TUE) - sono quelli di *"promuovere un progresso economico e sociale e un elevato livello di occupazione e pervenire a uno sviluppo equilibrato e sostenibile, attraverso la realizzazione di un mercato interno e dell'unione economica e monetaria; affermare una propria identità sulla scena internazionale attraverso l'attuazione di una politica estera e di sicurezza comune; rafforzare la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini attraverso la cittadinanza europea; conservarsi e svilupparsi quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia; mantenere e sviluppare quanto già realizzato in sede di tre Comunità europee"*.





Ciascuno degli obiettivi indicati trova specificazione in concrete disposizioni del Trattato UE o dei Trattati istitutivi delle Comunità europee.

#### **14.3.1 Obiettivi della CE**

Gli obiettivi della CE consistono nel "promuovere .... uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche, una crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l'ambiente, un elevato grado di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri" (art. 2 CE).

La CE realizza questi obiettivi mediante (art. 3 CE):

- l'instaurazione di un mercato comune ed armonizzato fra gli Stati membri (cosiddetto "**mercato interno**");
- l'instaurazione di una **UEM**, anche attraverso la creazione di una moneta unica;
- l'**attuazione di politiche e azioni comuni**, a volte esercitate in via esclusiva (come accade per la politica agricola e quella commerciale), altre in via concorrente con gli Stati membri.

Il Trattato CE elenca tali politiche ed azioni nell'art. 3, dedicando a ciascuna di esse un Titolo, che detta le disposizioni puntuali per la loro realizzazione.

Esse sono cresciute rispetto all'originario elenco contenuto nel Trattato di Roma; oggi sono:

- politica in materia di visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone;
- trasporti;
- occupazione;
- cooperazione doganale;
- politica sociale, istruzione, formazione professionale e gioventù;
- cultura; sanità pubblica;
- protezione dei consumatori;
- reti transeuropee;
- industria;
- coesione economia e sociale;
- ricerca e sviluppo tecnologico;
- ambiente;
- cooperazione allo sviluppo.

Il mercato interno rappresenta il cuore della cooperazione: esso è stato realizzato attraverso la creazione di una **unione doganale** (che consiste nell'abolizione dei dazi doganali fra gli Stati membri e nella creazione di una tariffa doganale esterna comune nei rapporti con i Paesi terzi) congiuntamente alla realizzazione di un'area di **libero scambio**, attuata attraverso le cosiddette quattro libertà di circolazione (delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali).

Su questo tronco si innestano le politiche e le azioni comuni elencate, tenendo presente che esse vengono gestite secondo un'impostazione neo-



liberista: la circolazione dei fattori della produzione è garantita da un sistema di **libera concorrenza**, non falsato da intese restrittive della concorrenza stessa nonché da abusi di posizione dominante determinate da concentrazioni fra imprese (artt. 81 ss. CE).

Il principio secondo il quale funziona il mercato interno è quello del **mutuo riconoscimento**: esso consiste nel fatto che il Paese di destinazione del bene che fruisce della libertà di circolazione non può imporre condizioni più onerose di quelle richieste dal Paese d'origine. Per rendere possibile in concreto il funzionamento di tale principio la CE favorisce anche il ravvicinamento delle legislazioni nazionali (artt. 94-95).

#### **14.3.2 Obiettivi della CECA**

L'obiettivo della CECA consiste nella realizzazione di un mercato comune dei prodotti carbo-siderurgici. Per realizzare tale obiettivo le istituzioni della CECA devono:

- vigilare sull'approvvigionamento regolare del mercato;
- assicurare a tutti i consumatori eguale accesso alle fonti di produzione;
- vigilare sulla fissazione dei prezzi e sul mantenimento di condizioni suscettibili di stimolare lo sviluppo della capacità di produzione delle imprese;
- promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera inserita nel settore carbo-siderurgico;
- promuovere gli scambi internazionali nonché l'espansione e l'ammodernamento della produzione e della qualità (art. 3 CECA).

#### **14.3.3 Obiettivi della CEEA**

L'obiettivo della CEEA consiste nel porre le basi per l'integrazione fra gli Stati membri del settore dell'uso pacifico dell'energia nucleare. Tale obiettivo viene perseguito mediante alcune azioni e politiche comuni:

- la creazione di un mercato comune dei prodotti e delle attrezzature diverse dalle materie fissili;
- un regime giuridico integrato di queste ultime;
- un'armonizzazione nel campo della sicurezza e della ricerca scientifica in materia.

#### **14.3.4 Obiettivi della PESCE**

Per affermare una propria identità sulla scena internazionale l'UE si avvale delle disposizioni relative alla PESCE, che dettano procedure e competenze in materia di realizzazione di una politica estera e di sicurezza comune (cosiddetto II° pilastro dell'UE). La PESCE si propone come obiettivi (artt. 11 e 17 TUE):

- la difesa dei valori comuni, degli interessi fondamentali, dell'indipendenza e dell'integrità dell'UE, in conformità con i principi posti dalla Carta di San Francisco istitutiva dell'Organizzazione delle Nazioni Unite;



- il rafforzamento della sicurezza dell'UE in tutte le sue forme;
- il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale; lo sviluppo ed il consolidamento della democrazia, dello Stato di diritto, del rispetto dei diritti fondamentali della persona;
- la definizione progressiva di una politica di difesa comune, che include le missioni umanitarie e di soccorso, le attività di mantenimento della pace, le missioni di unità di combattimento nella gestione delle crisi internazionali.

#### **14.3.5 Obiettivi del TUE**

La realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia è l'obiettivo perseguito nell'ambito dell'UE dalle disposizioni contenute negli artt. 29-39 del TUE. Esse sono integrate dal Tit. IV (della Parte III) del Trattato CE, che - come ricordato - si propone di contribuire alla creazione di un tale spazio con la politica in materia di visti, asilo e immigrazione.

Tale obiettivo è perseguito prevenendo e reprimendo la criminalità, organizzata e non, e in particolare: il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e armi, la corruzione e la frode (art. 29.1 TUE). A questo fine il Trattato identifica le forme e modalità della collaborazione degli Stati all'interno dell'UE (art. 29.2 TUE):

- una cooperazione effettiva tra le autorità nazionali competenti (segnatamente le forze di polizia e le autorità doganali): è in questo contesto che è nata EUROPOL;
- una più stretta cooperazione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri: è in questo contesto che si sta realizzando una rete di scambio di informazioni anche a fini processuali fra i magistrati nazionali; procedure più rapide relative all'estradizione; misure preventive e repressive della corruzione di pubblici ufficiali nazionali e comunitari, ovvero del riciclaggio di proventi derivanti da traffici illeciti;
- il ravvicinamento delle normative nazionali in materia penale, attraverso la previsione anche di fattispecie di reato comuni agli Stati, e dunque proprie dell'ordinamento dell'UE.

#### **14.4 Il quadro istituzionale**

Al fine di realizzare questi obiettivi - ovvero di porre in essere le politiche e le azioni comuni a diverso titolo previste - l'UE dispone (art. 3 TUE) di un "quadro istituzionale unico" che lavora all'interno dell'UE secondo procedure diverse da ambito ad ambito. Tale "quadro istituzionale" è composto da quelle, che ormai giurisprudenza e prassi, denominano istituzioni e sono cinque

- il Consiglio dell'Unione;
- la Commissione;
- il Parlamento europeo;
- la Corte di Giustizia;
- la Corte dei Conti.



affiancate da numerosi organi che operano normalmente in veste consultiva (Comitato economico e sociale, Comitato delle Regioni, Comitato per i trasporti, ecc.), nonché dalla Banca centrale europea e dal "sistema sistema delle Banche centrali".

Al di fuori dell'Unione - ma con il compito specifico di dare all'Unione l'impulso necessario al suo sviluppo e di definirne gli orientamenti politici generali - opera il Consiglio europeo, attraverso lo strumento della conferenza intergovernativa ormai istituzionalizzata fra gli Stati membri dell'UE.

L'unicità del quadro istituzionale consente di garantire la coerenza globale dell'azione dell'UE, sia all'interno che all'esterno.

Ciascuna istituzione è depositaria di un interesse ben preciso e da tale interesse dipendono la sua composizione nonché le sue competenze.

#### **14.4.1 Consiglio dell'Unione**

Il **Consiglio dell'Unione rappresenta gli Stati membri considerati nella loro individualità**. E' un organo composto da Stati (in esso siedono quindici delegati dei Governi nazionali che ricoprano una funzione a livello ministeriale: art. 203 CE). E' in questa sede che gli Stati devono far valere il proprio punto di vista, i propri interessi politici ed economici. Era originariamente depositario esclusivo del potere normativo; oggi tale potere è spartito con il PE.

Il Consiglio si riunisce nella composizione determinata dall'o.d.g.:

- il "Consiglio agricoltura" si occupa della politica comunitaria nella materia (ed è composto da 15 membri);
- il "Consiglio ECOFIN" tratta gli affari economici e finanziari (ed è composto da 11 rappresentanti nazionali, poiché l'UEM è ristretta a soli 11 Stati);


e così via.

#### **14.4.2 Commissione**

La **Commissione rappresenta gli interessi dell'Organizzazione in quanto tale**. E' dunque un organo collegiale composto da individui, scelti per la loro competenza e per le garanzie di indipendenza dai Governi nazionali e da centri di potere economici privati (in essa siedono venti persone: art. 213.1 CE).

La Commissione è una sorta di "Governo" dell'Organizzazione: ciascun componente ha la responsabilità politica ed amministrativa di una branca dell'amministrazione dell'Unione (è a capo di una Direzione generale, struttura a somiglianza dei Ministeri nazionali) e deve esercitare tale funzione in piena indipendenza e nell'interesse generale dell'Organizzazione.

La Commissione è diretta da un Presidente. Essa è considerata la "guardiana" dei Trattati. In questa veste esercita un potere di vigilanza sul funzionamento dell'Organizzazione, nei confronti di ogni soggetto dell'ordinamento dell'Unione (le altre istituzioni, gli Stati membri, le persone fisiche e giuridiche di questi).



In campo normativo ha un potere di iniziativa legislativa ed esercita poteri normativi propri o su delega del Consiglio.

#### **14.4.3 Parlamento europeo**

Il **Parlamento europeo è depositario di un interesse corporativo**: quello dei cittadini degli Stati membri dell'Unione; è dunque un organo di rappresentanza politica.

Il PE oggi è composto da 626 parlamentari, che siedono a Strasburgo: la legislatura europea dura cinque anni. Pur essendo nato con poteri assai limitati - di controllo politico sulla Commissione e consultivi esercitati all'interno del procedimento decisionale -, oggi il PE spartisce con il Consiglio (anche se non su base perfettamente paritaria) la funzione legislativa ed esercita un diffuso controllo politico sull'intera attività dell'Organizzazione.

Questa evoluzione è stata determinata da due fattori:

- anzitutto un'accresciuta rappresentatività del PE che oggi è eletto a suffragio universale diretto e non è più composto di delegati dei Parlamenti nazionali;
- poi l'esigenza di diminuire il deficit democratico dell'Organizzazione che, pur adottando atti dotati di effetti diretti nei confronti dei cittadini degli Stati membri, non ha una struttura informata ai principi dello Stato di diritto.

#### **14.4.4 Corte di Giustizia**

E' l'**organo giurisdizionale dell'Organizzazione**: è composta da individui scelti - 15 giudici - nominati di comune accordo dai Governi degli Stati membri (art. 223 CE) "fra personalità che offrano tutte le garanzie di indipendenza e che riuniscano le condizioni richieste per l'esercizio, nei rispettivi Paesi, delle più alte funzioni giurisdizionali, ovvero che siano giureconsulti di notoria competenza".

All'interno della Corte opera il Tribunale di primo grado, al quale le persone fisiche e le persone giuridiche diverse dagli Stati possono presentare ricorsi contro atti comunitari presunti illegittimi; nei confronti del Tribunale la Corte opera come giudice d'appello.

La Corte *"assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e applicazione"* del Trattato (art. 220CE). A questo titolo esercita:

- a) **funzioni contenziose** (principalmente: controllo di legittimità sugli atti delle istituzioni; controllo in carenza; controllo sugli inadempimenti degli Stati; soluzione delle controversie fra Comunità e suoi agenti, fra gli Stati membri, in materia di responsabilità extracontrattuale delle Comunità, ecc.);
- b) **funzioni non contenziose** (dichiara l'interpretazione delle norme che appartengono al diritto comunitario su rinvio pregiudiziale dei giudici nazionali di fronte ai quali si ponga una questione interpretativa; esplica una funzione consultiva con riferimento alla



stipulazione di accordi internazionali da parte della CE con Stati terzi).

#### **14.4.5 Corte dei Conti**

La Corte dei Conti è l'organo collegiale di individui composto da 15 membri scelti fra personalità che fanno o hanno fatto parte, nei rispettivi Paesi, delle istituzioni di controllo finanziario esterno o che possiedono una qualifica specifica per tale funzione.

Ai suoi membri sono richieste garanzie di indipendenza dai Governi nazionali o da altri fonti di pressione affinché possano esercitare imparzialmente e nell'interesse della Comunità le funzioni di controllo sulle finanze dell'UE.

#### **14.4.6 Istituzioni finanziarie**

Anche se non considerate "istituzioni" vanno menzionate - per l'importanza che ricoprono - le istituzioni finanziarie che operano nell'ambito dell'UEM.

Si tratta della Banca centrale europea e del Sistema delle Banche centrali, disciplinate dagli artt. 1.1 e 105 ss. CE

La BCE ha sede a Francoforte: è l'organo centrale dell'UEM; le è infatti affidato il governo della moneta europea, l'euro, in piena indipendenza dalle istituzioni comunitarie nonché da quelle nazionali che, anzi, risultano a lei sottoposte: le Banche centrali nazionali risultano infatti essere le esecutrici delle decisioni della BCE.

#### **14.5 Le fonti del diritto dell'UE**

Sono fonti dell'ordinamento dell'UE anzitutto i **Trattati istitutivi** (supra, 1): essi hanno una portata costituzionale, nel senso che contengono i principi di funzionamento e di struttura dell'UE e delle Comunità. Sempre portata costituzionale è ricoperta dai principi generali elaborati dalla Corte di Giustizia nello svolgimento della sua funzione giurisdizionale. A tali fonti si affiancano gli atti adottati dalle istituzioni.

Nell'ordinamento della CE gli atti principali sono elencati nell'art. 249 CE, che individua anche gli effetti giuridici ricollegabili a ciascuno di essi:

- i **regolamenti** sono atti a portata generale, obbligatori in tutti i loro elementi e direttamente applicabili all'interno di ciascuno Stato membro senza necessità di un provvedimento nazionale di recezione. Come si comprende il regolamento è il tipico atto utile a uniformare gli ordinamenti degli Stati secondo un modello precettivo adottato dagli organi comunitari;
- le **direttive** sono norme-quadro: sono vincolanti ma soltanto per il risultato che impongono allo Stato di raggiungere, consentendo a quest'ultimo la scelta dei mezzi e delle forme secondo le quali pervenire allo scopo prescritto. Le direttive sono norme utili al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri; per l'intenso lavoro normativo che richiedono a ciascuno Stato membro il tempo





del loro adempimento è spesso molto lungo (di norma superiore ai diciotto mesi). Nella prassi tuttavia si riscontra l'esistenza di direttive che contengono norme sostanzialmente di portata regolamentare (in quanto chiare, precise, incondizionate, complete in tutti i loro elementi): queste direttive sono state considerate legittime e suscettibili di esplicare gli effetti propri di una disposizione regolamentare se nella materia in cui intervengono è lasciata alle istituzioni comunitarie la scelta fra regolamento e direttiva; queste direttive, indirizzandosi direttamente alle persone fisiche e giuridiche degli Stati, attribuiscono loro un diritto immediatamente azionabile nei confronti delle autorità nazionali che sono tenute a rispettarlo, provvedendo anche al risarcimento dei danni nel caso di mancato adempimento dei contenuti dell'atto;

- le **decisioni** sono atti vincolanti in tutti i loro elementi ma a portata individuale, si tratta per esempio di quelle decisioni che si indirizzano a due o più imprese che abbiamo stipulato un accordo suscettibile di violare la libertà di concorrenza (art. 81 CE), decisioni che hanno l'effetto di dichiarare nullo tale accordo;
- le **raccomandazioni** e i pareri sono atti a contenuto non vincolante.

A tali atti se ne affiancano numerosi altri, quali programmi generali, dichiarazioni, risoluzioni, codici di condotta, dichiarazioni congiunte interistituzionali, ecc.

Devono poi essere menzionati di accordi che la Comunità europea stipula con Stati terzi e altre Organizzazioni internazionali: essi sono vincolanti per le istituzioni comunitarie e per gli Stati membri (art. 300.7 CE). In questa sede ci si occupa della sola CE perché rappresenta la sede più significativa della cooperazione nell'ambito del I° pilastro; la CEEA - a motivo della scelta antinucleare diffusamente accolta dagli Stati membri - ha ridimensionato la propria attività; il Trattato CECA scade nel 2002, e allora presumibilmente le competenze ivi stabilite verranno assorbite dalla CE.

Nel settore PESC il Consiglio ha a disposizione:

- la definizione di principi comuni e di orientamenti generali;
- la decisione di strategie comuni;
- l'adozione di azioni comuni e di posizioni comuni (art. 12 TUE).

Nel settore del III° pilastro il Consiglio adotta posizioni comuni, decisioni-quadro, decisioni e convenzioni; queste ultime sono senza dubbio l'atto più significativo: si tratta di accordi proposti dal Consiglio agli Stati membri che entrano in vigore soltanto dopo che la maggioranza di essi abbia provveduto a ratificarli secondo le rispettive norme costituzionali.

#### **14.6 Le differenti procedure decisionali**

Le istituzioni esercitano le proprie attribuzioni alle condizioni e ai fini stabiliti dai Trattati della Comunità e dal Trattato sull'UE: quindi funzionano secondo procedure diverse a seconda dell'ambito dell'intervento.



Per le materie di competenza (esclusiva o concorrente) comunitaria si utilizzano le seguenti procedure:

- **consultiva** (l'atto è adottato - secondo la ripartizione di competenze stabilita dal Trattato CE - da Consiglio o da Commissione, ma il PE viene consultato talvolta facoltativamente, talaltra obbligatoriamente prima che l'atto sia perfezionato);
- **codecisione** (l'atto risulta dalla decisione congiunta di Consiglio e PE, risultando imputato simultaneamente alle due istituzioni);
- **cooperazione** (l'atto è adottato dal Consiglio che giunge a formularlo dopo un'attività di concertazione con il PE);
- **parere conforme** (se il parere del PE è negativo la procedura decisionale è bloccata).

E' ormai diffusamente accolto il principio della maggioranza (in taluni casi ponderata); e solo eccezionalmente il Consiglio ricorre ancora al criterio dell'unanimità.

Per le questioni che ricadono nel II° e nel III° pilastro l'organo competente ad adottare gli atti ricordati sopra è esclusivamente il Consiglio dell'Unione, che normalmente delibera all'unanimità e solo eccezionalmente a maggioranza.

#### **14.7 Principi di funzionamento**

L'attività dell'UE - dunque dell'apparato istituzionale di essa e delle Comunità - è retta da taluni principi e criteri direttivi.

Anzitutto opera - come in ogni altra Organizzazione internazionale - il principio dell'**attribuzione delle competenze**: l'UE e le Comunità possono svolgere la propria attività normativa soltanto in relazione alle competenze stabilite dai rispettivi Trattati.

Opera comunque in ambito comunitario l'art. 308 CE, secondo il quale  
*"quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il .... Trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le decisioni del caso".*

Questa disposizione ha consentito al Consiglio di ampliare i campi d'intervento della CE anche oltre gli ambiti originariamente stabiliti; ampliamenti che il Trattato di Maastricht e il Trattato di Amsterdam hanno "ratificato" esplicitando tale estensione di competenze.

Nelle materie di competenza concorrente opera il **principio di sussidiarietà**.

Sulla scorta delle esperienze costituzionali di tipo federale, questo principio dovrebbe operare in ambito comunitario come criterio-guida per la distribuzione verticale dei poteri fra Stati membri e istituzioni comunitarie, partendo dall'assunto che il livello di governo più vicino ai cittadini debba godere della massima valorizzazione nel conseguimento dell'obiettivo comunitario.

Ne deriva che le istituzioni sono chiamate a deliberare soltanto **se e nella misura in cui** gli obiettivi dell'azione prevista non possano essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e, a motivo delle dimensioni e



degli effetti dell'azione in questione, possano essere realizzati meglio a livello comunitario (art. 5 CE).

In questa formula convenzionale è anche compreso il **principio di proporzionalità**.

La **cittadinanza** dell'Unione rappresenta un altro principio fondamentale stabilito dal Trattato CE.

Lo status di cittadino europeo è stabilito dagli artt. 17-22, ai sensi dei quali egli è titolare di

- taluni diritti (diritto di libera circolazione nel territorio dell'UE);
- elettorato attivo e passivo nel luogo di residenza – anche se diverso da quello di cittadinanza – nelle elezioni del PE e dei Consiglio municipali;
- diritto alla protezione diplomatica e consolare da parte di uno qualsiasi degli Stati membri nel territorio di uno Stato terzo ove il proprio Paese di cittadinanza non sia rappresentato;
- diritto di rivolgersi al mediatore europeo per denunciare casi di cattiva amministrazione comunitaria).

L'Unione Europea

- deve rispettare i principi dello Stato di diritto, di democrazia, nonché i diritti e le libertà fondamentali della persona (art. 6 TUE);
- deve pretendere il rispetto di questi parametri dagli Stati membri (art. 7 TUE).

Lo Stato che voglia aderire all'UE deve dimostrare di poter e saper rispettare tali parametri (art. 49 TUE).

#### **14.8 Rango del diritto comunitario negli ordinamenti degli Stati membri**

Nell'ordinamento italiano la garanzia dell'adattamento di esso al diritto della CE e della sua primazia sulle norme nazionali anche posteriori è offerta dall'art. 11 della Costituzione secondo il quale il nostro Paese può consentire – a condizioni di parità con altri Stati – a limitazioni di sovranità se sono determinate dall'esigenza di partecipare a un'Organizzazione internazionale volta ad assicurare la pace e la sicurezza fra le nazioni. In tale modo il diritto della CE ha portata sostanzialmente costituzionale, anche se è stato introdotto con legge ordinaria del Parlamento.

Una scelta diversa è stata fatta dalla grande maggioranza degli Stati membri dell'UE, che hanno modificato nell'occasione dell'adesione all'UE una cosiddetta "clausola europea" che costituzionalizza il diritto dell'UE.

La portata costituzionale che il diritto comunitario e, in taluni Stati, il diritto dell'UE riveste incontra tuttavia un limite nell'esigenza che le norme sovranazionali non confliggano gravemente con i principi fondamentali degli ordinamenti nazionali: le Corti costituzionali italiana (sentenza n. 170/1984, *Granital*) e tedesca (sentenza 12 ottobre 1993, *So lange III*) hanno infatti ricostruito l'esistenza di un diritto dello Stato a non uniformarsi alle norme dell'Organizzazione ove esse siano suscettibili di confliggere con un principio supremo dell'ordinamento.

