

vare dall'esame della Costituzione, il quale rivela che, accanto all'amministrazione statale, vi sono le amministrazioni regionali nonché gli enti esponenziali delle comunità territoriali, riconosciuti dall'ordinamento generale in quanto portatori di interessi pubblici. A sua volta, l'amministrazione statale (e il discorso vale anche per quella regionale e locale) si articola in una serie di enti variamente collegati alla prima, ma da questa distinti in quanto provvisti di propria personalità. Il quadro attuale è la risultante dell'evoluzione storica che ha conosciuto il nostro ordinamento.

L'estensione della sfera di azione dei poteri pubblici ed il passaggio da un modello di Stato liberale a quello di Stato sociale ha poi determinato la necessità di avvalersi in modo crescente dell'apporto dei privati che, in quanto chiamati a svolgere alcuni servizi di rilievo pubblicistico, vengono in qualche modo attratti nell'ambito dell'organizzazione pubblica (par. 13).

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

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

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

Al riguardo, l'art. 4, l. 70/1975, afferma che « nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge ». Questa norma può essere considerata applicativa della disposizione costituzionale sopra citata (anche se l'art. 97 Cost., a rigore, si occupa non già di enti pubblici, ma di pubblici uffici e la l. 70/1975 concerne i soli enti c.d. « parastatali », enti cioè operanti nell'orbita statale). La norma costituzionale esprime, in-

fatti, il principio essenziale secondo cui spetta all'ordinamento generale e alle sue fonti individuare le soggettività che operano al suo interno.

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

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

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

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

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

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

Alla luce di quanto osservato nel paragrafo precedente il problema dell'individuazione dell'ente pubblico non dovrebbe sorgere nelle ipotesi in cui sia il diritto positivo ad affermare espressamente la pubblicità di un soggetto. Tuttavia neppure la qualificazione operata dalla legge sembra essere decisiva. Infatti talora la giurisprudenza, in pratica rifiutandosi di assoggettarsi ai dettami della legge, è intervenuta per superare la qualificazione in termini privatistici di alcuni soggetti, quasi che la "sostanza" delle cose reagisca alle scelte del legislatore, prevalendo su di esse.

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

Ciò premesso, ove si voglia descrivere sotto il profilo teorico l'essenza dell'ente pubblico, occorre osservare in primo luogo che, pur non disconoscendo l'importanza degli **indici esteriori rivelatori della pubblicità**, sopra

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

richiamati (par. 3) e impiegati dalla giurisprudenza, essi non sembrano idonei a consentire l'individuazione dell'elemento essenziale della pubblicità di una persona giuridica. Tale elemento va ricercato considerando la particolare rilevanza pubblicistica dell'interesse perseguito dall'ente, cui è connessa come necessaria la valutazione della presenza di questo nell'ordinamento. L'interesse è pubblico non già perché ontologicamente si possa qualificare come tale, ma in quanto la legge, accertato che esso ha una dimensione collettiva, l'abbia imputato ad una persona giuridica, tenuta giuridicamente a perseguirlo: di qui il riconoscimento della « pubblicità » di quella persona giuridica.

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

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

L'impiego di
denaro
pubblico
quale
indicatore di
pubblicità

Spesso non è semplice individuare l'imputazione legislativa cui si è fatto cenno: si ritiene, comunque, che possano soccorrere alcuni elementi rivelatori (taluni corrispondono a quelli elaborati dalla giurisprudenza: v. *supra*, n. 3), tra i quali è particolarmente importante — anche se non decisivo, atteso che pure i privati si giovano di finanziamenti pubblici — l'utilizzo di denaro pubblico da parte dell'ente.

Il criterio qui seguito pare trovare una conferma nel disposto degli artt. 11 e 14 della l. 59/1997, i quali prevedono la trasformazione in associazioni o in persone giuridiche di diritto privato degli enti nazionali che « non svolgono funzioni o servizi di rilevante interesse pubblico ».

Talora l'ordinamento considera di pubblico interesse la presenza necessaria di un soggetto sul mercato, sicché il pubblico interesse è individuato nel fatto che tale soggetto svolga, piuttosto che attività autoritative, attività economiche, avvalendosi degli strumenti giuridici degli altri soggetti operanti nel settore: vengono così istituiti gli **enti pubblici economici** (dei quali si parlerà più diffusamente nel cap. IV), a cui non vengono riconosciuti poteri autoritativi e che, dunque, non sono soggetti a tutti i profili di disciplina richiamati al paragrafo precedente.

Si consideri infine che l'ente pubblico è inserito nell'organizzazione am-

ministrativa pubblica: a seguito dell'imputazione della cura di interessi pubblici, esso entra infatti a far parte dell'amministrazione pubblica, che può essere considerata unitariamente, avendo il proprio vertice nel governo.

La qualificazione di un ente come pubblico è importante perché comporta conseguenze giuridiche di rilievo.

Caratteristiche
degli enti

È comunque essenziale notare che la presenza di talune di esse è spesso considerata come indice rivelatore della pubblicità, per cui vi è una certa sovrapposizione tra presupposti e conseguenze.

Elenchiamo ora siffatte conseguenze, alcune delle quali scorporano un regime di favore rispetto ai soggetti di diritto privato, mentre altre costituiscono una situazione di *deminutio*.

a) Soltanto gli enti pubblici possono emanare provvedimenti che hanno efficacia sul piano dell'ordinamento generale alla stessa stregua dei provvedimenti dello Stato, impugnabili davanti al giudice amministrativo. Al fine di comprendere il significato di questa potestà occorre muovere dall'esame del concetto di **autonomia**. L'autonomia, intesa come possibilità di effettuare da sé le proprie scelte, si ravvisa, in misura certo diversa, in tutti gli enti pubblici. L'autonomia è altresì tradizionalmente riferita alla possibilità di porre in essere norme generali e astratte che abbiano efficacia sul piano dell'ordinamento generale. Da questo punto di vista, molti enti dispongono di siffatta autonomia, detta « normativa »: si pensi agli enti territoriali, che possono emanare statuti e regolamenti.

L'autonomia può poi venire intesa anche in modi differenti, in primo luogo come possibilità di determinare da sé i propri scopi.

Se con tale formula ci si riferisce all'**autonomia di « indirizzo »**, e cioè alla possibilità di darsi obiettivi anche diversi da quelli statali, essa si ravvisa sicuramente negli enti territoriali, costituendone anzi una caratteristica essenziale. In particolare dispone della potestà di indirizzo politico la regione, anche in virtù della posizione di autonomia ad essa costituzionalmente riconosciuta. Ma gli altri enti esponenziali di comunità (province, città metropolitane, comuni, comunità montane) possono perseguire in modo autonomo interessi cui l'ordinamento attribuisce rilevanza pubblica (autonomia di « indirizzo politico-amministrativo »).

La legge può poi attribuire agli enti l'**autonomia finanziaria** (possibilità di decidere in ordine alle spese e di disporre di entrate autonome), quella **organizzativa** (possibilità di darsi un assetto organizzativo — derivante normalmente da uno statuto, talora soggetto ad approvazione da parte di un'autorità vigilante — diverso rispetto a modelli generali), l'**autonomia tributaria** (possibilità di disporre di propri tributi) o quella **contabile** (potestà di derogare al normale procedimento previsto per l'erogazione di spese e

l'introito di entrate: in particolare, costituisce espressione di tale autonomia la sussistenza di un bilancio distinto da quello di altri enti).

La possibilità di agire per il conseguimento dei propri fini mediante l'esercizio di attività amministrativa che ha la natura e gli effetti di quella della pubblica amministrazione viene invece comunemente ricondotta alla nozione di **autarchia**.

Va avvertito che parte della dottrina rifiuta la configurazione dell'autarchia come mera specificazione dell'autonomia, ma opera una più netta distinzione tra le due figure: la prima sarebbe attinente alla possibilità di emanare norme giuridiche; la seconda indicherebbe la capacità di emanare provvedimenti amministrativi, sicché, si potrebbe sintetizzare, l'autonomia sta alle leggi come l'autarchia sta ai provvedimenti. Soggetti di particolare rilievo e dotati di peculiare autonomia sono le "autonomie funzionali", che saranno analizzate *infra*.

b) Soltanto agli enti pubblici è riconosciuta la potestà di **autotutela**; l'ordinamento attribuisce cioè a tali enti la possibilità di risolvere un conflitto attuale o potenziale di interessi e, in particolare, di sindacare la validità dei propri atti producendo effetti incidenti su di essi.

L'importanza dell'autotutela amministrativa si evince ponendo mente alla differente situazione dei privati, i quali, di norma, non possono farsi giustizia da sé e debbono sempre previamente ottenere una pronuncia in sede giurisdizionale.

L'ambito di applicazione dell'autotutela è incerto. Si nega che essa attenga soltanto ai rapporti di diritto pubblico, ritenendo che in taluni casi sia esercitabile anche in relazione ad alcuni rapporti di diritto privato che fanno capo all'amministrazione. Si distingue poi (Benvenuti) tra autotutela che si esprime mediante l'adozione di provvedimenti (c.d. "decisoria": ad es. annullamento) e quella che consiste nel compimento di operazioni (autotutela esecutiva: ad es. demolizione di opere abusive).

Sotto altro profilo, in passato si è discusso se il potere di autotutela e le sue esplicazioni fossero di carattere generale, ovvero sussistessero soltanto nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge.

La l. 241/1990, disciplinandone i presupposti, riconosce oggi carattere generale ai poteri amministrativi di revoca (art. 21-*quinquies*), di sospensione (art. 21-*quater*), di annullamento e di convalida degli atti (art. 21-*novies*).

Essa chiarisce poi che il potere di imporre coattivamente al cittadino l'adempimento degli obblighi nei confronti delle amministrazioni deve essere previsto dalla legge (c.d. esecutorietà: art. 21-*ter*: si esclude pertanto l'esistenza di un potere generale), così come il recesso unilaterale dai contratti è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto (art. 21-*sexies*).

Le decisioni assunte in sede di autotutela sono pur sempre provvedimenti amministrativi, assoggettate al regime proprio degli stessi e, dunque, anche suscettibili di essere impugnate davanti ad un giudice.

L'autotutela costituisce di norma esercizio di funzione di amministrazione attiva e, più precisamente, è finalizzata a curare lo stesso interesse pubblico iniziale. Questo aspetto vale ulteriormente a distinguere l'autotutela dalla giurisdizione, viceversa "terza": di conseguenza, l'autotutela medesima deve obbedire alle regole generali della funzione amministrativa attiva, in base alle quali occorre sempre la dimostrazione dell'esistenza di un interesse pubblico attuale all'emanazione dell'atto, ovvero all'assunzione delle misure di autotutela (v. infatti art. 21-*nonies*, l. 241/1990). Il solo presupposto che un provvedimento sia illegittimo non è dunque sufficiente a giustificare l'esercizio dell'autotutela su quell'atto. La regola che impone la dimostrazione della sussistenza dell'interesse pubblico non viene ricordata in generale dal citato art. 21-*sexies* in tema di recesso dai contratti, che peraltro, come detto, rinvia alle singole disposizioni di legge. L'autotutela costituisce di norma esercizio di un potere discrezionale nel corso di un procedimento che inizia d'ufficio e non a istanza di parte (cap. VI: nel senso peraltro che il diritto dell'Unione europea impone all'amministrazione di riesaminare, a seguito di richiesta di parte, una decisione definitiva per tenere conto dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia ad una disposizione comunitaria pertinente, v. Corte giust. CE, 13 gennaio 2004, causa C-453/00).

Si danno tuttavia ipotesi di autotutela anche nell'esercizio di altre funzioni: la dottrina considera infatti manifestazioni di autotutela pure le decisioni su **ricorso amministrativo**, che ineriscono invece all'amministrazione giustiziale (v. cap. IX).

c) Le persone fisiche legate da un rapporto di servizio agli enti pubblici sono assoggettate ad un particolare regime di responsabilità penale, civile e amministrativa (v. cap. VIII e cap. IV).

d) Gli enti pubblici sono tenuti al rispetto dei principi applicabili alla pubblica amministrazione; alcuni loro beni sono assoggettati ad un regime speciale (par. 21 e ss.). Essi sono poi soggetti al controllo della Corte dei conti, alle regole della contabilità pubblica, al regime di tesoreria unica e, in generale, alla disciplina posta a tutela della sostenibilità finanziaria.

e) L'attività che costituisce esercizio di poteri amministrativi è di regola retta da norme peculiari, quali quelle contenute nella l. n. 241 del 1990 relativa ai procedimenti amministrativi, sul cui ambito di applicazione v. cap. VI. Anche l'attività che gli enti svolgono utilizzando gli strumenti del diritto comune è disciplinata da regole specifiche, volte in particolare ad assicurare

che la scelta del contraente sia effettuata nel rispetto dei principi di imparzialità e di economicità.

f) Ai sensi dell'art. 21-ter, l. 241/1990, ai fini dell'esecuzione delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro (si pensi agli oneri di urbanizzazione) si applicano le disposizioni per l'esecuzione coattiva dei crediti dello Stato.

Gli enti pubblici possono dunque utilizzare procedure privilegiate per la **riscossione delle entrate patrimoniali** dello Stato (r.d. 639/1910, applicabile anche alle entrate patrimoniali degli enti locali e alla riscossione dei proventi dei pubblici servizi).

g) Nell'ipotesi in cui abbiano partecipazioni in una società per azioni, vi è una particolare disciplina sui relativi poteri (art. 2449, c.c. e par. 8);

h) Gli enti pubblici sono soggetti a particolari rapporti o relazioni (con lo Stato, la regione o il comune, a seconda dei casi), la cui intensità (strumentalità, dipendenza e così via) varia in ragione dell'autonomia dell'ente.

Si è fatto più sopra cenno ai concetti di autotutela, autarchia e autonomia.

Essi non vanno confusi con le nozioni di autodichia e di autogoverno.

ichia L'**autodichia** consiste nella possibilità, spettante ad alcuni organi costituzionali in ragione della loro peculiare indipendenza, di sottrarsi alla giurisdizione degli organi giurisdizionali comuni, esercitando la funzione giurisdizionale relativamente alle controversie con i propri dipendenti.

L'autodichia è riconosciuta alla Camera, al Senato (in questo caso il fondamento costituzionale è indirettamente rinvenuto nell'art. 66 Cost.) e alla Corte costituzionale.

no Il termine **autogoverno** è impiegato nella dottrina italiana per indicare, in generale, la situazione che ricorre nell'ipotesi in cui gli organi dello Stato siano designati dalla collettività di riferimento, anziché essere nominati o cooptati da parte di autorità centrali.