

G. della Cananea, M. Dugato, B. Marchetti  
A. Police, M. Ramajoli

# Manuale di diritto amministrativo

Seconda edizione



  
**Giappichelli**

## Capitolo I

# GENESI E SVILUPPO DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Il nuovo diritto dell'età contemporanea. – 1.1. Un diritto recente, ma diffuso. – 1.2. Un diritto in continua trasformazione. – 1.3. Un diritto pervasivo. – 1.4. Pubblica amministrazione e diritto amministrativo. – 1.5. Il diritto amministrativo e i suoi giudici. – 1.6. Il diritto amministrativo oltre lo Stato: principi comuni e diritto comunitario. – 1.7. Il diritto amministrativo oltre lo Stato: i regimi regolatori globali. – 2. I tratti originari e successivi del diritto amministrativo, in Italia. – 2.1. Un diritto autonomo. – 2.2. I rapporti con il diritto civile, costituzionale e penale. – 2.3. Un diritto in parte originale. – 2.4. Un diritto di origine prevalentemente giurisprudenziale. – 2.5. L'incremento della legislazione. – 2.6. Il diritto amministrativo tra uniformità e differenze. – 2.7. Varietà di nozioni di pubblica amministrazione. – 3. L'ambivalenza del diritto amministrativo. – 3.1. Amministrazione e cittadinanza. – 3.2. I mutevoli equilibri tra autorità e libertà. – 3.3. Diritto amministrativo e democrazia. – 3.4. "Al servizio esclusivo della Nazione". – 3.5. Stato di diritto e ragion di Stato. – 3.6. Globalizzazione: interessi e principi. – 3.7. Diritto amministrativo, società ed economia. – 4. Il diritto amministrativo e le altre scienze amministrative.

### *1. Il nuovo diritto dell'età contemporanea*

#### *1.1. Un diritto recente, ma diffuso*

Il **diritto amministrativo** ha un'origine recente, ma si è rapidamente diffuso ed è divenuto sempre più pervasivo, coinvolgendo nuovi ambiti sociali ed economici.

Ha un'origine recente perché ha acquisito una configurazione autonoma alla fine del Settecento, a più di due millenni di distanza dalle prime norme scritte riguardanti il diritto privato e il diritto penale nell'antica Roma. Si è formato all'interno degli ordinamenti giuridici generali, gli Stati, che si sono affermati in Europa soprattutto dopo i Trattati di Vestfalia (1648). Si è consolidato tra Otto e Novecento, nel periodo in cui lo Stato perdeva il carattere di assolutezza, per via dell'affermazione dei principi liberali e, in seguito, delle istanze democratiche. Ha subito ulteriori mutamenti nel corso della prima metà del secolo scorso, quando sono state estese le protezioni sociali. Negli ultimi cinquant'anni, ha risentito dell'influenza dei poteri pubblici ultrastatali, soprattutto nella cornice dell'integrazione più stretta che si è realizzata all'interno dell'Unione europea.

Malgrado la sua origine relativamente recente, il diritto amministrativo ha avuto una rapida diffusione dal punto di vista geografico: nell'arco di poco più di due secoli, si è affermato ben al di là dell'Europa continentale e dell'America latina. Malgrado l'iniziale diffidenza di molti osservatori, nei Paesi anglosassoni vi è un diritto amministrativo assai sviluppato nei contenuti e sofisticato nelle forme. Il diritto amministrativo esiste anche ai margini dell'Europa, per esempio in Turchia e nei Paesi dell'Africa settentrionale, nonché nell'Asia orientale, dal Giappone fino a Taiwan e, con tratti morfologici particolari, nella Repubblica popolare cinese.

Si è realizzata, quindi, la previsione di Alexis de Tocqueville, il giurista e politico francese che alla metà dell'Ottocento colse prima di altri quanto di nuovo e di originale vi era nelle istituzioni e nelle procedure amministrative. Comprese che esse si diffondevano in ragione della loro corrispondenza ai mutati bisogni espressi dalla società e all'aspirazione all'eguaglianza. Ne trasse lo spunto per pronosticare che il diritto amministrativo si sarebbe diffuso, presto o tardi, in tutte le nazioni civili. Le analisi storiche e comparate di cui disponiamo attestano che quella previsione si è rivelata esatta. Il diritto amministrativo è quello che più di ogni altro ha contraddistinto l'età contemporanea, segnata da due rivoluzioni: la **Rivoluzione francese** (1789) e la **Rivoluzione industriale**. Fa parte, quindi, del mondo nuovo subentrato a quello che Tocqueville definì l'antico regime. Ma ha subito numerose, rapide trasformazioni.

Prima di darne conto in modo sintetico, sono opportune tre avvertenze. La prima è che i diritti amministrativi vanno considerati come parti di un esteso mosaico. In Europa, essi hanno attinto all'eredità del diritto romano, pur se assai meno di quanto abbia fatto il diritto civile. Altrove, essi mostrano l'influenza di diverse tradizioni culturali. La seconda avvertenza è che il diritto amministrativo risente della forma di governo, assumendo forme diverse nelle democrazie liberali e in altri regimi politici, come i governi autoritari e quelli in cui manca una distinzione tra la sfera civile e quella religiosa. Infine, il diritto amministrativo è in costante mutamento, ma esso non ha carattere lineare e progressivo, bensì è segnato da frequenti contrasti e crisi, a volte da regressi, come è accaduto negli anni '30 del secolo scorso in Italia, in Germania, in Austria e in Spagna.

## 1.2. *Un diritto in continua trasformazione*

Le pubbliche amministrazioni e il diritto amministrativo non sono coevi, anzi vi è una rilevante distanza tra la fase in cui le amministrazioni si sono affermate e la formazione del diritto amministrativo. L'esistenza di apparati amministrativi all'interno di regni, imperi e repubbliche è attestata da fonti attendibili. Presenta particolare interesse l'accurata ricostruzione effettuata da uno storico di prim'ordine, Carlo M. Cipolla, a proposito degli strumenti utilizzati per contrastare le epidemie nel Seicento. Le repubbliche italiane, come Firenze, Genova e Venezia, erano all'avanguardia nell'apprestare misure anche draconiane di controllo e di isolamen-

to, gestite da apposite magistrature dotate della potestà di stabilire regole, di amministrarle e di dirimere alcune liti. Lo erano anche nel coordinamento delle informazioni, che circolavano con continuità. Nel medesimo periodo, era abituale che i signori e i sovrani si circondassero di colleghi composti da consiglieri e alti funzionari. Lo Stato si è affermato man mano che ha assunto, in periodi e con modalità che differiscono da un paese all'altro, il **monopolio dell'uso legittimo della forza**, grazie all'esistenza d'una burocrazia professionale adibita al reperimento delle necessarie risorse finanziarie.

In seguito, il rapporto tra lo Stato e la società ha risentito della crescente richiesta di **libertà ed eguaglianza**. Nelle parole di Tocqueville, le due passioni che animarono “la Francia del diciottesimo secolo [furono] l'odio violento e inestinguibile dell'ineguaglianza [e] il voler vivere non solo da eguali ma da uomini liberi”. Tutta l'Europa continentale ne fu influenzata. In una società alla ricerca di ordine come quella ottocentesca e in un'economia di mercato che si voleva libera dall'interferenza statale, la necessità di un diritto adeguato si manifestò con crescente intensità. Ovunque furono ricercate soluzioni idonee a difendere tutti dall'arbitrio dei governanti, non fornite dalle norme allora esistenti. Il diritto che fornì quelle soluzioni, gradualmente, fu il diritto amministrativo. I suoi principi generali furono elaborati, nell'arco di vari decenni, dalla giurisprudenza, con il fondamentale contributo della dottrina. Ebbero un ruolo centrale, i giudici amministrativi, istituiti dapprima in Francia e poi altrove, con l'eccezione dell'Inghilterra e del Belgio.

All'inizio della Rivoluzione francese, nel 1790, due leggi proibirono ai giudici ordinari, cui spettava la risoluzione delle dispute tra privati, d'immischiarsi negli affari amministrativi. Ne risultò una lacuna, quanto alla tutela giurisdizionale, che fu colmata nel 1799 da Napoleone Bonaparte. Fu istituito il *Conseil d'État*, con il duplice compito di redigere i progetti di legge e i regolamenti governativi e di risolvere le liti tra i cittadini e lo Stato. Insomma, era al tempo stesso amministratore e giudice, ciò che non mancò di sollevare perplessità. Infatti, riscosse adesioni soprattutto l'idea che vi fosse bisogno di un giudice speciale per l'amministrazione. Vari Stati tedeschi lo istituirono a partire dal 1863, l'Impero asburgico nel 1875, l'Italia nel 1890. Il modello francese di giustizia amministrativa fu quindi recepito altrove, con adattamenti alle varie realtà nazionali.

La vicenda italiana presenta tratti specifici. Una delle leggi volte a realizzare l'unificazione amministrativa (la legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E) aveva sancito la cosiddetta **abolizione del contenzioso amministrativo**, con la conseguente attribuzione ai giudici ordinari della funzione di giudicare sulle liti riguardanti i diritti. Ma i nuovi interessi che emergevano nella società rimasero senza tutela. Silvio Spaventa fu il più energico sostenitore della necessità d'una riforma, ne indicò la direzione nel senso dell'adeguamento alla soluzione prevalsa in Francia, in Austria e in Germania. La relazione presentata dal Governo, sotto Francesco Crispi, al disegno di legge istitutivo della IV sezione del Consiglio di Stato (che poi divenne la legge 31 marzo 1889, n. 5992) affermò che “la legge 20 marzo 1865, all. E, proclamò l'unità della giurisdizione, ma nulla avendo sostituito al contenzio-

so amministrativo che abolì, rimase abbandonata alla potestà amministrativa l'immensa somma di interessi onde lo Stato è depositario". Mise, così, al centro un'esigenza di tutela, cui si fornì una soluzione ispirata dal prestigio che in tutta l'Europa continentale era riconosciuto alle istituzioni francesi.

L'Ottocento fu contraddistinto anche dallo sviluppo dell'eguaglianza. Lo si è spesso notato con riferimento all'estensione dell'elettorato, a livello locale e nazionale. Ciò ebbe una ricaduta sulle funzioni amministrative. Gli istituti di protezione sociale furono introdotti allo scopo di fornire risposte alle istanze dei lavoratori e di quanti erano inabili al lavoro. Non è senza interesse che a introdurli siano stati sovente politici conservatori, come il cancelliere prussiano Bismarck, allo scopo di evitare che crescesse il consenso per i partiti popolari o socialisti. Nel Novecento, spesso i governi autoritari, segnatamente in Italia, hanno cercato di controllare la società, per esempio trasformando gli enti privati esistenti nel settore sportivo in enti pubblici: è il caso del Comitato olimpico nazionale italiano (sorto nel 1914). Anche negli USA la vocazione individualistica fu fortemente attenuata dal *New Deal*, voluto da Roosevelt per contrastare la *Great depression* degli anni '30 del secolo scorso, tanto che i suoi critici gli addebitarono intenti dispotici.

Anche il progresso tecnologico ha scandito varie fasi del diritto amministrativo. Tra Otto e Novecento, quando ragioni tecniche ed economiche consentirono unicamente l'esercizio congiunto delle infrastrutture di rete e dei servizi, come le ferrovie e l'attività di trasporto delle persone e delle merci, lo Stato effettuò investimenti nelle infrastrutture di trasporto, assunse direttamente o tramite appositi enti l'attività d'impresa, per esempio nei trasporti marittimi. Un secolo dopo, a partire dal 1980, le nuove modalità di gestione dei servizi rese disponibili dal progresso tecnologico sono state recepite dal diritto comunitario. Esso ha stabilito sia la separazione tra la regolazione dei servizi a rete e la loro erogazione, sia la disgiunzione tra l'esercizio delle reti e dei servizi stessi.

### 1.3. Un diritto pervasivo

Illustrate le ragioni per cui il diritto amministrativo è recente, ma diffuso e ha subito varie trasformazioni, resta da spiegare in che senso esso sia divenuto pervasivo nel corso dell'ultimo secolo, diffondendosi in campi e aspetti prima riservati alle scelte di individui e formazioni sociali, come le famiglie e le imprese.

In Europa, nelle Americhe, in altre aree del mondo, la sfera dei bisogni materiali il cui soddisfacimento è in qualche modo determinato dalle pubbliche amministrazioni si è ampliata progressivamente, in tutti gli ambiti della vita sociale. Alle funzioni pubbliche tradizionali, volte a difendere la collettività contro le minacce esterne (difesa, diplomazia, intelligence) e contro i fattori di disordine all'interno del territorio statale (polizia e giustizia) si sono aggiunti il governo della moneta, attribuito alle banche centrali in varie forme, la costruzione di infrastrutture ma-

teriali (reti ferroviarie e di tele comunicazioni, ospedali, scuole) e la protezione civile. Nella raccolta delle indispensabili risorse finanziarie, il settore pubblico svolge un ruolo allocativo non meno importante, talora confliggente con quello dei mercati, a seconda di ciò che è richiesto dagli interessi pubblici: attraverso la leva fiscale e l'indebitamento, l'azione delle imprese pubbliche, l'attività antitrust.

Ciò che colpisce maggiormente è, secondo alcuni osservatori, l'**ingerenza dell'amministrazione**. Ma spesso essa fornisce sostegno finanziario alle imprese ed eroga beni e servizi a individui e gruppi sociali. Per darne meglio l'idea, è utile prendere le mosse dal raffronto tra la Francia e gli USA effettuato da Tocqueville all'inizio del terzo decennio dell'Ottocento. Egli segnalò le limitate dimensioni dell'amministrazione pubblica e il suo decentramento, coerentemente con l'aspettativa del cittadino americano a poter esercitare liberamente la propria autonomia, mentre il cittadino europeo era ormai abituato a trovarsi incessantemente sotto il controllo di un funzionario "che s'immischia quasi di tutto". Un secolo più tardi, quella differenza si è ridotta. Già negli anni '20 del secolo scorso, il giudice della Corte Suprema americana Felix Frankfurter osservò che il diritto amministrativo disciplinava, oltre ai servizi di pubblica utilità, le banche, l'industria, le telecomunicazioni e le professioni, insomma tutte le "risposte governative alle forze e ai bisogni della moderna società". Sviluppi simili sono stati riscontrati in altri Paesi, in diverse fasi e con varie modalità, ma con due tratti comuni: l'incremento della legislazione in ogni campo dei rapporti sociali ed economici e la previsione di nuove attività amministrative, sovente accompagnata dall'istituzione di nuovi organismi o dal riassetto di quelli esistenti.

Negli anni '80 del secolo scorso, ne è stata constatata l'ulteriore prodigiosa espansione ben oltre l'espressione "dalla culla alla tomba", coniata per esporre il nuovo ordine sociale gradualmente prevalso nel secondo dopoguerra, cioè il *Welfare State*, che si preoccupa della sicurezza e del benessere dei cittadini. Infatti, gli amministratori pubblici condizionano l'esistenza quotidiana degli individui prima ancora della culla, consentendo l'utilizzo di determinate tecniche riguardanti la fertilità o all'opposto fornendo l'accesso all'interruzione delle gravidanze indesiderate. Condizionano inoltre gli accadimenti successivi alla fine della loro esistenza terrena, per esempio in rapporto alla soppressione di cimiteri motivata dalla necessità di costruire nuove infrastrutture o di far espandere i centri abitati. Tali osservazioni potrebbero essere ulteriormente sviluppate, perché l'amministrazione pubblica provvede direttamente all'erogazione dei trattamenti volti a favorire la gravidanza, rende accessibili a tutti farmaci volti a interromperla (come la pillola RSU 468), in alcuni casi autorizza la cessazione delle cure ai pazienti.

Il fatto saliente nel nostro tempo è che, in un modo o nell'altro, l'azione dei pubblici poteri è determinante ai fini del soddisfacimento d'una ampia gamma di bisogni materiali dei singoli individui e delle formazioni sociali in cui essi agiscono, prima tra tutte la famiglia. Prendendo spunto dall'inizio d'una qualsiasi giornata, si considerino l'illuminazione, l'acqua corrente e il riscaldamento all'interno delle abitazioni e degli uffici, i farmaci forniti da apposite strutture pubbliche (farmacie co-

munali), l'accesso a internet all'interno delle reti pubbliche, la possibilità di utilizzare beni mobili (mezzi di trasporto) e immobili adibiti allo svolgimento di attività culturali (biblioteche, pinacoteche, teatri) o sportive (palestre, piscine, stadi). Per tutte queste attività, le pubbliche amministrazioni assicurano la disponibilità di beni e servizi che le forze del mercato possono non avere interesse a fornire, quanto meno non ovunque e normalmente solo a condizione di trarne un profitto. Le amministrazioni vi provvedono sul presupposto che tali attività siano connotate da uno o più interessi collettivi. Stabiliscono gli standard generali e specifici dei **servizi pubblici**, come la qualità dell'acqua corrente, la frequenza minima dei mezzi di trasporto e gli interventi volti a ripristinare la funzionalità della rete elettrica. Determinano in via autoritativa le **tariffe**, mediante il meccanismo dell'inserzione automatica nei rapporti di utenza che è stato sperimentato inizialmente in tempo di guerra per il prezzo del pane e degli altri alimenti ritenuti indispensabili.

Proprio perché si occupano, tendenzialmente, di tutti gli interessi rilevanti per le moderne società, sempre più spesso le pubbliche amministrazioni si trovano in conflitto. Questa evenienza, già riconosciuta dalla legge del 1890 istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato, relativamente agli enti pubblici diversi dallo Stato, è divenuta frequente. Sono tutt'altro che rari i conflitti tra le istituzioni che agiscono ai vari livelli di governo e che i giudici amministrativi e costituzionali sono chiamati a dirimere.

Quelle finora esposte sono linee di tendenza comuni a molti Stati della nostra epoca, non necessariamente a tutti. Anche all'interno degli Stati che ne sono contraddistinti, il disegno degli istituti giuridici non è sempre lo stesso. In vaste aree del globo l'amministrazione è appena in grado di provvedere ad alcune funzioni di ordine e a volte nemmeno a quelle, per via della carenza di risorse finanziarie e tecniche e dell'arbitrio dei governanti. Tuttavia, la direttrice di fondo del cambiamento è quella indicata. Essa ha notevolmente contribuito a plasmare le società moderne, contrastando l'ingiustizia sociale comportata dalla disuguaglianza delle basi di partenza e accrescendo la possibilità che tutti concorrano al benessere collettivo e ne traggano vantaggi. Peraltro, il cambiamento non è privo di inconvenienti. Da una parte, è stata criticata l'eccessiva espansione della sfera pubblica a detrimento della sfera intima dei singoli e della loro autonomia, nonché dei corpi intermedi; è stato invocato il rispetto del **principio di sussidiarietà** inteso in senso orizzontale (art. 118, ultimo comma, Cost.). Dall'altra parte, proprio perché l'azione dei pubblici poteri si svolge entro confini comunque non ristretti, è ancor più avvertita l'esigenza che essa si svolga nella logica del buon andamento, cioè dell'efficienza e dell'efficacia, oltre che della trasparenza.

#### 1.4. *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*

Esposte le tendenze che il diritto amministrativo presenta in molti moderni ordinamenti giuridici, si possono meglio comprendere tre aspetti di particolare im-

portanza. Essi attengono al rapporto che il diritto amministrativo ha con la pubblica amministrazione, con i giudici e, infine, con lo Stato.

Secondo la tradizionale impostazione, il diritto amministrativo è il diritto applicabile all'amministrazione pubblica, considerata nel suo complesso. Vi è un rapporto tra l'amministrazione e il diritto amministrativo. Ma entrambe le parti di tale rapporto richiedono alcuni chiarimenti. Inoltre, non è corretto far coincidere l'una con l'altra.

Prima di tutto, il termine “**pubblica amministrazione**” ha un duplice significato. Sul piano soggettivo od organico, esso designa un insieme di uffici e organi (ministeri e autorità indipendenti, enti pubblici funzionali e territoriali, società a partecipazione statale o regionale, per limitarsi ad alcune specie), tutti adibiti allo svolgimento delle funzioni e delle potestà pubbliche. Tali funzioni e potestà attengono alla tutela dell'ordine e della sicurezza, nonché alle attività di *intelligence*, alla tenuta dei registri dello stato civile, al controllo sulle attività imprenditoriali, alla protezione civile e all'erogazione dell'istruzione e delle cure sanitarie. Poiché sono variamente distribuite tra una varietà di pubblici poteri, non si può fare riferimento unicamente allo Stato. Così, nella **contabilità**, cioè nell'intavolazione delle risorse finanziarie, ha acquisito importanza il settore pubblico.

Il secondo significato, oggettivo o funzionale, del termine “amministrazione” designa le serie di attività, di operazioni e di atti, tra loro concatenati sul piano giuridico, in vista del raggiungimento d'uno o più fini, come la protezione del patrimonio culturale e naturale, lo sviluppo economico e l'incremento dell'occupazione. L'amministrazione, così intesa, è stata variamente configurata. In omaggio alla teoria della **separazione dei poteri**, e più di recente al primato delle istituzioni parlamentari, si è sostenuto che essa consistesse nell'esecuzione della legge.

Questo modo di concepire l'amministrazione presenta, tuttavia, un duplice difetto. In primo luogo, presuppone la tripartizione dei poteri in legislativo, giudiziario ed esecutivo, senza tenere conto del fatto che quella suddivisione è stata intesa in modi assai diversi nel corso del tempo e dev'essere aggiornata alla luce dell'emergere dell'indirizzo politico, che non si risolve nel legiferare, e di funzioni pubbliche dette neutrali, che presentano tratti comuni all'amministrare e al giudicare. In secondo luogo, presuppone che si possa fornire una definizione unitaria dell'amministrazione, che invece è assai differenziata. Basti pensare alle differenze che sussistono tra il rilascio di un certificato dello stato civile o di un'autorizzazione e l'approvazione dei bilanci o di altri atti generali. Nei primi due casi, l'autorità cui sono attribuite funzioni amministrative deve accertare il rispetto dei requisiti previsti dalla legge, oltre a vari elementi di fatto. Negli altri due casi, far coincidere l'amministrare con l'esecuzione della legge non permette di comprendere come siano ordinati i vari interessi pubblici che la legge ha individuato, ma senza stabilire una gerarchia o una priorità. Non è esecuzione della legge nemmeno l'attività che dà luogo alla nomina dei titolari delle più altre cariche dello Stato, per esempio quando il Governo sceglie il presidente del Consiglio di Stato o della Corte dei conti tra le persone indicate dai rispettivi consigli di presidenza o

il Governatore della Banca d'Italia a partire dalla proposta formulata dal Consiglio superiore.

Fare riferimento ai bilanci, ai piani (come quello per l'attribuzione delle frequenze disponibili per la tecnologia 5G o quello per il riassetto della rete ospedaliera) e agli atti amministrativi generali (per esempio, quelli che definiscono i **livelli essenziali delle prestazioni** sanitarie che le Regioni devono erogare) serve anche a mettere in guardia rispetto a un'altra definizione dell'amministrazione, quella secondo cui essa consisterebbe nella cura concreta di interessi pubblici. L'amministrare, insomma, si esplica in una grande varietà di attività amministrative, che presentano diversi livelli e tipi di discrezionalità, quanto all'apprezzamento degli interessi in gioco.

Alla luce di queste precisazioni, si può comprendere meglio perché sia sbagliato affermare che il diritto amministrativo è la branca del diritto riguardante la pubblica amministrazione. Innanzitutto, non esiste una nozione unitaria di pubblica amministrazione. Le norme definiscono diversamente le pubbliche amministrazioni, a volte utilizzando alcuni indici rivelatori. Per esempio, le norme dell'Unione europea volte ad attuare il divieto dei disavanzi pubblici eccessivi si applicano sia alle amministrazioni intese in senso soggettivo, sia alla gestione di fondi previdenziali, in sé pubblici; analogamente, le direttive sugli appalti pubblici fanno riferimento al potere di nomina, al finanziamento e ai controlli. Altre volte, le norme individuano categorie generali di pubbliche amministrazioni: è la tecnica impiegata dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che disciplina l'impiego con le pubbliche amministrazioni, includendovi gli enti territoriali, le istituzioni scolastiche e le università, gli enti del servizio sanitario nazionale e le camere di commercio. Altre volte, ancora, le norme richiedono la redazione di appositi elenchi, come quello formato e aggiornato dall'Istituto nazionale di statistica, in cui sono inclusi, tra l'altro, gli enti produttivi di servizi economici e quelli operanti nel settore sociale e culturale.

In secondo luogo, vi sono casi nei quali la regolazione pubblica della società e dell'economia si rivolge direttamente ai cittadini e alle associazioni di utenti, alle imprese e ai loro vari raggruppamenti, legittimandoli a far valere i propri diritti in sede giurisdizionale. Per esempio, la libertà di concorrenza può essere fatta valere dagli imprenditori o dai consumatori, in alternativa all'attuazione in via amministrativa, spettante all'Autorità antitrust istituita nel 1990. Infine, non vi è coincidenza tra il significato organico e quello funzionale dell'amministrazione, perché vi sono sia servizi pubblici erogati da imprese private, sia attività svolte da pubbliche amministrazioni che non differiscono dalle attività svolte dagli analoghi organismi privati. A titolo d'esempio, anche negli enti pubblici i contratti per l'illuminazione e il riscaldamento sono retti dal diritto privato. In presenza d'una grande varietà di attività e di regimi, non sorprende che le norme recenti volte a fornire una cornice giuridica unitaria all'amministrazione abbiano ad oggetto le sue componenti strumentali, cioè il personale e la finanza.

È opportuna un'ulteriore notazione circa la locuzione "diritto amministrativo".

Finora si è visto che essa designa un ambito dell'ordinamento giuridico. Ma, per una consolidata tradizione, che da noi viene fatta risalire all'insegnamento di Giandomenico Romagnosi all'inizio dell'Ottocento, è denominata "diritto amministrativo" anche la branca della riflessione giuridica che studia tale ambito. Per non confondere i due significati, a partire dal secolo scorso alcuni utilizzano un'altra locuzione, quella di "**scienza del diritto amministrativo**". Pur non essendo pienamente soddisfacente, questa locuzione è entrata nell'uso corrente.

### *1.5. Il diritto amministrativo e i suoi giudici*

Come si è osservato all'inizio, la questione maggiormente dibattuta tra Otto e Novecento tra i cultori del diritto pubblico era se il diritto amministrativo fosse contraddistinto, oltre che dalla presenza di complessi più o meno ordinati e stabili di apparati amministrativi, dall'esistenza di un diritto a sé stante ed eventualmente anche da corti speciali. La risposta di alcuni autorevoli studiosi – l'inglese Albert Venn Dicey, il francese Maurice Hauriou e l'italiano Santi Romano – era che, una volta che la questione era così posta, il diritto amministrativo poteva emergere ovunque si realizzasse quella duplice condizione, ma in fatto esisteva nei Paesi dell'Europa continentale, non nei Paesi di ceppo inglese. Passando dalla descrizione del sistema esistente al giudizio, Dicey aggiungeva che in Inghilterra era impensabile che lo Stato riservasse ai propri funzionari un regime derogatorio, esemplificato dalla loro sottrazione – nella Francia dell'Ottocento – ai principi generali sulla responsabilità e alla giurisdizione dei giudici ordinari, perché così facendo avrebbe violato il principio di eguaglianza, ponendo le premesse per un nuovo dispotismo.

In questo modo d'impostare la questione si annidavano, però, alcuni difetti. Vi era, anzitutto, un difetto di conoscenza degli istituti francesi, che erano mutati nel corso del II Impero. Vi era, inoltre, un difetto riguardante i parametri di giudizio, che erano incentrati sui valori ultimi dell'ordinamento, la libertà e l'eguaglianza, mentre restava del tutto in ombra il loro effettivo inverarsi nella prassi amministrativa e nella giurisprudenza. Un ulteriore difetto riguardava le ragioni di fondo della specializzazione, sommariamente ricondotte al dispotismo amministrativo che riteneva si fosse affermato in Francia. Gli ultimi due aspetti presentano particolare importanza ai fini che qui interessano.

In ogni ordinamento giuridico, contano i valori e gli interessi sui quali il sistema delle tutele si fonda e il rilievo attribuito a ciascuno di essi. Esemplicando, il grado di apertura nei confronti degli interessi vantati da quanti hanno una protesta da insinuare o una pretesa da far valere è logicamente subordinato rispetto alla finalità principale di garantire il rispetto delle situazioni giuridiche soggettive tutelate dall'ordinamento, tenendo nel debito conto l'efficiente svolgimento delle funzioni attribuite alle pubbliche amministrazioni in vista d'una serie d'interessi collettivi. Conta anche, e molto, il modo in cui i giudici effettuano un bilancia-

mento tra queste finalità generali, evitando gli opposti rischi del diniego di giustizia e della logica espressa dalla massima *fiat iustitia, pereat mundus*. Ciò che è soprattutto mancato, nell'impostazione di Dicey e dei suoi emuli, è stata la comprensione di quanto vi era di nuovo nella giurisprudenza del giudice amministrativo francese tra Otto e Novecento. Dosando con accortezza il sindacato sulla legalità e sulle modalità formali e procedurali di esercizio del potere con il sindacato detto di piena giurisdizione, il giudice amministrativo francese è riuscito a graduare il controllo dell'amministrazione, anche in funzione dei mutevoli contesti politici. Ha accertato l'effettivo rispetto delle finalità stabilite dal legislatore (sviamento di potere). Ha dato un ordine allo svolgimento delle attività, all'interno del procedimento. Ha sanzionato l'inosservanza di principi generali come l'eguaglianza e il diritto di difesa, soprattutto nella delicatissima fase di ripristino delle garanzie, dopo il periodo di Vichy. Nello stesso periodo di tempo, invece, i giudici inglesi hanno mostrato una diffusa ritrosia ad applicare i principi di *natural justice* elaborati dal Seicento alla fine dell'Ottocento, come il dovere di neutralità e il diritto di essere sentiti. Solo a partire dagli anni '60 del secolo scorso, vi è stato un *révirement*: i principi tradizionali sono stati ripristinati, altri principi sono stati rielaborati, inclusa la ragionevolezza e, più tardi, la proporzionalità.

Si può quindi impostare su diverse basi il dibattito sulla specializzazione. Con lo sguardo rivolto all'Europa del secondo dopoguerra, si può constatare che nella nuova temperie culturale instaurata dal processo di Norimberga e dal ripristino delle garanzie costituzionali non vi fu una soluzione di continuità fra il sistema delle tutele nei confronti dei pubblici poteri esistente prima del 1948 e quello successivo. Prevalse il convincimento che la giurisdizione amministrativa avesse dato buona prova, corrispondendo alle aspettative di protezione dei diritti individuali, tanto nei Paesi occupati come l'Austria e l'Olanda, quanto in quelli occupanti, come l'Italia e la Germania, nella quale per la prima volta fu istituita una Corte superiore federale. Anche il Belgio si dotò di un Consiglio di Stato, di chiara derivazione francese (1946). Le Corti amministrative furono – invece – soppresse nei Paesi ai quali era stato imposto un regime politico imperniato sul cosiddetto socialismo reale, come la Cecoslovacchia e l'Ungheria. Alcune sono state ripristinate dopo il 1989, in connessione con il moto di rinnovamento che ha coinvolto l'intera Europa centrale e orientale. Ne esistono vari tipi, segnatamente in Polonia e nella Repubblica ceca, in Croazia e in Serbia. In altri casi, come la Romania e la Slovenia, si è preferito istituire sezioni specializzate all'interno delle Corti aventi competenza generale. Nel frattempo, anche il Regno Unito ha creato una sezione specializzata (*Administrative Court*) all'interno della *Queen's Bench Division* della *High Court of Justice*.

L'illustrazione delle tendenze in atto conferma l'esattezza della conclusione raggiunta più di un secolo fa da un magistrato e studioso francese, Eduard Laferrière, il primo a esporre in modo sistematico e comparato i rimedi giurisdizionali esperibili nei confronti delle autorità pubbliche: il criterio principe era quello della competenza tecnica, della **specializzazione**. Dalla seconda metà del secolo scor-

so, vi è stata una sempre più diffusa applicazione di questo criterio principe di fronte alle varie e complesse attività svolte dalle autorità che adempiono funzioni amministrative, sovente all'esito di valutazioni tecniche. In Italia, il codice del processo amministrativo (2010) ha confermato e rafforzato questo indirizzo legislativo. In generale, nell'Europa odierna, in luogo della vecchia contrapposizione tra due modelli astratti, monismo e dualismo, vi è una varietà di soluzioni: esse risentono della storia di ciascun popolo e delle mutevoli preferenze politiche, ma tutte muovono dal riconoscimento della necessità d'una specializzazione, in luogo dell'attribuzione delle dispute di diritto pubblico alle corti generaliste.

### *1.6. Il diritto amministrativo oltre lo Stato: principi comuni e diritto comunitario*

Per completare il quadro generale di riferimento, va considerato il rapporto tra il **diritto amministrativo e lo Stato**. Storicamente, il primo è stato un prodotto del secondo. Tuttavia, fin dall'ultimo terzo dell'Ottocento si istituirono unioni amministrative, nel settore delle poste e delle telecomunicazioni e per regolare la navigazione sui grandi fiumi. Pochissimi giuristi dell'epoca vi dedicarono attenzione, per via della loro connotazione tecnica. Ma, già all'inizio del Novecento, man mano che altri organismi furono istituiti, sorsero dispute tra di essi e i loro dipendenti e agenti temporanei. Per contemperare la consapevolezza dell'esistenza di queste nuove realtà con l'impostazione tradizionale, si coniò l'espressione "diritto amministrativo internazionale". I cultori del diritto pubblico non se ne interessarono, ritenendo che le nuove istituzioni non esercitassero potestà autoritative, non potessero condizionare le condotte degli individui e delle formazioni sociali all'interno degli ordinamenti statali e non vi fosse quindi l'esigenza di tutelarne i diritti.

Ancora alla metà degli anni '60 del secolo scorso, alcuni negarono l'esistenza di un vero e proprio diritto amministrativo all'interno delle Comunità europee (Gianini). Ma vi era un'**amministrazione comunitaria**: la prima fu quella dell'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA). Ed essa era dotata di svariate potestà: di pianificazione, di tipo ablatorio e di tipo sanzionatorio, nonché di autonomia finanziaria, giacché poteva emettere prestiti e imporre contributi alle imprese regolate. Proprio in ragione di queste potestà, si pose il problema di come si potessero correggere eventuali errori o abusi. La soluzione fu trovata nei diritti amministrativi dell'Europa continentale. Il Trattato di Parigi istitutivo della CECA (1952) sancì alcuni principi generali, come la legalità, e incaricò la Corte di giustizia di garantirne il rispetto. Nell'esercitare la sua missione, la Corte seguì l'esempio del giudice amministrativo francese, non esimendosi dal rendere giustizia nei casi in cui un'apposita regola mancava o era oscura. Così, per esempio, pur in assenza di specifiche disposizioni del Trattato CECA, ritenne che l'amministrazione comunitaria avesse la potestà di annullare un provvedimento invalido, poiché tale potestà era ammessa in tutti gli ordinamenti dei Paesi fon-

datori (12 luglio 1957, cause riunite 3/57 e altre, *Algera e altri c. Assemblea comune del carbone e dell'acciaio*). Il Trattato di Roma istitutivo della Comunità economica europea (CEE), nel 1957, creò nuovi uffici amministrativi, all'interno della Commissione. Aggiunse un'importante disposizione riguardante la responsabilità, stabilendo che la Comunità era tenuta risarcire, conformemente ai **principi generali comuni ai diritti degli Stati membri**, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni.

Quella disposizione, ora riprodotta nell'art. 340 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ha consentito alla Corte di giustizia di elaborare un corpo di principi, attingendo ampiamente ai diritti nazionali. Nel novero di tali principi, vi sono la legalità e la certezza del diritto, il diritto di essere sentiti e l'obbligo di motivazione, la ragionevolezza e la proporzionalità. Nella sua opera, la Corte ha altresì riconosciuto l'esistenza di tradizioni costituzionali comuni. Questo orientamento è stato confermato in seguito dal Trattato sull'Unione europea (1992). L'art. 6 TUE fa riferimento proprio alle **tradizioni costituzionali comuni** e ai diritti riconosciuti e protetti dalla **Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali** (CEDU), firmata a Roma nel 1950. Attribuisce loro lo status di **principi generali del diritto dell'Unione**. Lo studio delle tradizioni comuni ai vari ordinamenti, dunque, non ha importanza soltanto sul piano politico. Ne ha anche sul piano strettamente giuridico. Per esempio, una volta riconosciuta l'esistenza di una tradizione costituzionale comune a ottenere un'effettiva tutela giurisdizionale, anche in sede cautelare, la sua osservanza si è imposta agli Stati (Corte Giustizia, 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*).

Accanto ai principi comuni agli ordinamenti giuridici nazionali, ha avuto un formidabile sviluppo la legislazione comunitaria, attraverso i regolamenti e le direttive, le quali lasciano margini di selezione adattativa ai poteri pubblici nazionali. Non esiste più alcun settore del diritto amministrativo – dall'agricoltura all'ambiente e ai servizi pubblici a rete, dalla vigilanza sulla finanza privata alla protezione internazionale dei rifugiati – per il quale manchino disposizioni legislative dell'UE. Spesso, le sue disposizioni contengono le norme d'apice. Tali sono, per esempio, le norme che impongono la separazione tra le funzioni di gestione e regolazione dei servizi di trasporto e richiedono ai regolatori nazionali di adempiere le proprie funzioni nel rispetto dei principi di imparzialità, obiettività e proporzionalità. In alcuni casi, la legislazione di fonte europea è così ampia e dettagliata da lasciare ben pochi margini ai diritti nazionali. È il caso, in particolare, degli appalti pubblici, per i quali sono stabiliti sia i principi da rispettare, sia i procedimenti da utilizzare per la scelta del contraente privato.

Lo sviluppo più rilevante e imprevisto riguarda la reazione alla recente pandemia. Per fronteggiare le sue conseguenze sociali ed economiche, gli Stati membri hanno assunto due decisioni che è corretto ritenere di rilievo costituzionale. Da un lato, hanno istituito un **fondo per la ripresa dell'Europa** (detto *Next Generation EU*), con una dotazione di ben ottocento miliardi di euro, stabilendo che le

relative risorse siano acquisite dalla Commissione mediante l'emissione di prestiti sui mercati finanziari internazionali. Si tratta di una decisione senza precedenti per l'ampiezza della dotazione finanziaria. Dall'altro lato, le norme che disciplinano la gestione di queste risorse finanziarie dispongono che esse si configurino in parte come sovvenzioni e in parte come prestiti; che, per accedervi, ciascuno Stato debba predisporre un apposito piano (il **Piano nazionale di ripresa e resilienza**); che le somme di denaro – a titolo di sovvenzione o di prestito – possano essere erogate soltanto dopo che gli obiettivi e i risultati previsti siano stati conseguiti (mentre per i precedenti strumenti finanziari le risorse erano messe a disposizione delle autorità nazionali, che poi dovevano dimostrare di aver raggiunto gli obiettivi).

Nell'insieme, non si tratta soltanto del più importante intervento coordinato a livello continentale dopo il piano Marshall, che a partire dal 1947 mise a disposizione dell'Europa occidentale circa 13 miliardi di dollari americani per un periodo di quattro anni, diede luogo all'erogazione di beni e servizi alle società europee e imprese un forte impulso alla ripresa dei sistemi produttivi. Al piano per la ripresa dell'Europa, infatti, è correlata una disciplina giuridica immediatamente vincolante per ciascuno Stato membro, perché emanata con un regolamento (n. 2021/241), di cui la Corte di giustizia ha confermato la validità (16 febbraio 2022, causa C-127/21, *Polonia c. Consiglio e Parlamento*). Esso non si limita a disciplinare i procedimenti mediante i quali l'UE approva i piani nazionali e accerta il raggiungimento degli obiettivi. Stabilisce, altresì, che le attività di gestione debbano svolgersi nel rispetto dei principi dello **Stato di diritto** e di protezione degli interessi finanziari dell'UE. In vista di questi principi, tutti i Paesi membri sono tenuti a dotarsi "di un sistema di controllo interno efficiente ed efficace" (art. 22), per evitare conflitti d'interesse e frodi.

Nel caso dell'Italia, il fondo assume un'importanza particolare: perché si tratta del PNRR con il maggior volume di risorse nell'UE; perché si è scelto di accedere non soltanto alle sovvenzioni, ma anche ai prestiti, i quali dovranno essere restituiti; perché questi ultimi sono stati utilizzati soprattutto per ampliare e arricchire le infrastrutture materiali (acquedotti, ferrovie, asili nido) e immateriali (ricerca e insegnamento) per le quali l'Italia ha accumulato un notevole ritardo negli ultimi trent'anni; perché il PNRR richiede la revisione sia delle regole riguardanti l'aggiudicazione e la gestione degli appalti pubblici, sia delle norme processuali, onde garantire il raggiungimento degli obiettivi approvati dal Parlamento e dalle istituzioni europee. Lo si è visto, per esempio, in alcuni casi concernenti la realizzazione delle infrastrutture per i servizi pubblici, come le ferrovie ad alta velocità.

Il **diritto amministrativo europeo** è divenuto così esteso e rilevante da richiedere una trattazione autonoma, nel capitolo II. Nel paragrafo successivo verrà illustrata l'altra componente esterna allo Stato, cioè il diritto amministrativo globale.

### 1.7. *Il diritto amministrativo oltre lo Stato: i regimi regolatori globali*

Con l'espressione "**diritto amministrativo globale**" non si fa riferimento all'esistenza di principi e regole del diritto internazionale che vincolano gli Stati, con effetti all'interno dei loro ordinamenti giuridici, né tanto meno ai condizionamenti derivanti da un'economia sempre più globalizzata. Vari condizionamenti erano riscontrabili, sia pure in ambiti più circoscritti, anche all'epoca di Cavour e in quella di Giolitti, tanto più per un Paese come l'Italia, affetto da scarsità di capitali, oltre che di materie prime. Quanto al diritto internazionale, tale espressione linguistica è stata creata nell'Ottocento da Jeremy Bentham per designare i rapporti giuridici intercorrenti tra gli Stati. Essa è meno adatta a cogliere quanto vi è di nuovo e di originale nei rapporti che si instaurano tra una grande varietà di organismi pubblici o semi-pubblici, gli individui e le formazioni sociali in cui agiscono, le imprese.

Alla base di tali rapporti vi è una varietà di fonti e di principi. Essi sono, inoltre, sempre più spesso sottoposti alla giurisdizione di organi arbitrali o di veri e propri tribunali. Le fonti includono, tradizionalmente, i trattati, la consuetudine e i **principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili**, cioè comuni a più ordinamenti giuridici nazionali, pur se non a tutti. Includono, inoltre, gli atti giuridici emanati dalle istituzioni create dagli Stati, come le risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU. Da tutte queste fonti discendono principi e regole idonei a produrre effetti di tipo legittimante nei confronti dell'azione dei pubblici poteri, nel senso di consentirla, di configurarla come doverosa o di vietarla. Per esempio, nell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), cui aderiscono ben 157 paesi, le amministrazioni statali non possono impedire l'importazione di merci, beni o servizi, se non in ragione d'interessi pubblici ben determinati (ordine pubblico, sicurezza, salute) e in ogni caso nel rispetto del principio di proporzionalità.

La riflessione giuridica ha peraltro da tempo preso atto dell'esistenza di una varietà di atti cosiddetti di *soft law*, mediante i quali svariate istituzioni condizionano – a volte, in grado determinante – l'esercizio delle potestà di cui parlamenti, Governi e amministrazioni sono titolari. Gli **standard globali** sono in costante incremento, ma i loro effetti sono differenziati sul piano giuridico. Alcuni esempi valgono a chiarirlo. Il 28 settembre 2001, poche settimane dopo gli attentati terroristici sul territorio degli USA, l'Organizzazione delle Nazioni Unite ha adottato la risoluzione n. 1373, che impone agli Stati di adottare provvedimenti volti a impedire alle persone e alle organizzazioni, che siano sospette di sostenere il terrorismo, di accedere ai fondi depositati presso le banche e gli altri intermediari finanziari. Si tratta di norme vincolanti, per attuare le quali gli Stati e anche l'UE hanno emanato numerosi provvedimenti di tipo ablatorio e sanzionatorio. Invece, la Convenzione dell'ONU sulla corruzione che, tra l'altro, richiede agli Stati di definire procedimenti per la selezione e la promozione dei dipendenti pubblici, fondati sul merito e sulla trasparenza (art. 7), e di adottare codici di condotta (art. 8), crea obblighi a carico degli Stati membri, ma non ha effetti diretti all'interno dei

loro ordinamenti giuridici. Una situazione diversa concerne il Comitato di Basilea, di cui fanno parte i governatori delle principali banche centrali. Esso redige e aggiorna standard riguardanti le istituzioni finanziarie. Si tratta di standard non vincolanti, ma che lo divengono dopo essere stati recepiti – senza modificazioni – dagli atti giuridici degli Stati (e, da noi, dell'UE).

Anche quando le organizzazioni globali stabiliscono regole vincolanti, la loro attuazione non è priva di difficoltà. Il caso più controverso riguarda le misure prese dall'ONU per contrastare il terrorismo, che si aggiungono a quelle spettanti alle autorità nazionali. Nel novero di tali misure, vi sono il divieto di viaggiare in aereo e il divieto di utilizzare le somme di denaro depositate presso banche e altre istituzioni finanziarie. Il problema è che, per diversi anni, tali misure sono state adottate senza le garanzie procedurali (come il diritto di essere sentiti e l'obbligo di motivazione) di cui si chiede il rispetto in molti ordinamenti statali. Per di più le persone fisiche e giuridiche interessate non possono rivolgersi né alla Corte internazionale di giustizia, né al Tribunale amministrativo dell'ONU, perché l'una si occupa soltanto delle dispute in cui siano coinvolti gli Stati o le organizzazioni internazionali e l'altro delle controversie riguardanti i funzionari e gli agenti dell'ONU o di altre agenzie internazionali. Di qui l'intervento della Corte di giustizia dell'UE, la quale ha affermato l'inderogabilità dei principi del **giusto procedimento** (amministrativo) e dell'**effettività della tutela giurisdizionale** (3 settembre 2008, causa C-402/05, *Kadi c. Commissione e Consiglio*), a tutela di individui, gruppi sociali ed enti. È una pronuncia coerente con le tradizioni costituzionali comuni che esistono nell'Europa unita. Tuttavia, essa pone il problema della diversità dei livelli di tutela rispetto ad altre aree del globo, specialmente dove non vi sono giudici che possano garantire il rispetto dei diritti.

Oltre alle Corti a vocazione generale, ve ne sono altre, come il Tribunale per il diritto del mare. Vi sono, inoltre, importanti organi arbitrali, tra cui i *panels* e l'Organo di appello dell'OMC. Sono numerosi, infine, gli organi arbitrali istituiti *ad hoc*, cioè per risolvere specifiche controversie. I più rilevanti, per il diritto amministrativo, sono i tribunali arbitrali operanti nella cornice dell'ICSID, cioè il Centro internazionale per la regolazione delle controversie relative agli investimenti. Gli investitori esteri se ne avvalgono per contestare la condotta degli Stati nei quali agiscono e le loro pronunce hanno effetti di tipo vincolante, pur se non comportano l'annullamento delle misure nazionali, ma obbligano gli Stati a risarcire i danni arrecati. Così, per esempio, dopo la privatizzazione delle banche nella Repubblica ceca, una di esse è stata acquistata da un gruppo bancario giapponese, che ha ottenuto giustizia dal tribunale arbitrale contro gli atti amministrativi lesivi dei suoi diritti, incluso quello di essere ascoltato prima dell'emanazione di un provvedimento sfavorevole (*Saluka v. Czech Republic*, lodo arbitrale del 17 marzo 2006).

La conseguenza che deriva dai cambiamenti indicati è il passaggio da un assetto istituzionale in cui soltanto al giudice statale spetta il compito di assicurare l'uniforme applicazione del diritto, a un diverso assetto, in cui vi è più di un giudice. Il giudice amministrativo può rivolgersi, oltre che alla Corte costituzionale, alla

Corte di giustizia grazie al rinvio pregiudiziale, donde la possibilità d'interpretazioni non univoche, com'è accaduto per la disciplina delle comunicazioni elettroniche. Delle eventuali violazioni dei diritti fondamentali, lo Stato può essere chiamato a rispondere dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, anche in questo caso con esiti potenzialmente diversi rispetto a quelli ritenuti consoni dai giudici dell'UE. I giudici amministrativi devono, inoltre, far rispettare le decisioni assunte dai tribunali internazionali, come l'Organo di appello dell'OMC (Tar Lazio, sez. III *quater*, 23 ottobre 2014, n. 4410).

## *2. I tratti originari e successivi del diritto amministrativo, in Italia*

Quella finora esposta è una sorta di mappa stilizzata delle principali linee di tendenza emerse soprattutto all'interno della tradizione giuridica occidentale. La mappa consente alcune inferenze d'ordine generale riguardo alle aree culturalmente più vicine, come alcuni Paesi dell'area mediterranea. All'interno delle tendenze richiamate, vanno ora esaminati più da vicino la genesi e lo sviluppo del diritto amministrativo in Italia. In sintesi, esso si configura come un diritto autonomo rispetto ad altri settori dell'ordinamento giuridico; mostra il segno dell'influenza di altri sistemi amministrativi, pur presentando caratteristiche originali; nel periodo della formazione e del consolidamento, i suoi principi generali sono stati elaborati e affinati dalla giurisprudenza, diversamente dal diritto privato, pur se, al pari di quest'ultimo, ha risentito della copiosa attività legislativa nel corso del Novecento; presenta criticità, quanto all'adeguatezza rispetto ai valori costituzionali di imparzialità e buon andamento e alle istanze che affiorano dalla società e dall'economia, nel nuovo secolo.

### *2.1. Un diritto autonomo*

Per come l'ordinamento italiano si è evoluto, dall'unificazione all'entrata in vigore della Costituzione e a seguito dell'integrazione europea, il diritto amministrativo è autonomo e distinto – non separato – rispetto agli altri settori, segnatamente il diritto privato, il diritto costituzionale e il diritto penale. È preferibile parlare di autonomia, anziché di specialità, per due motivi. Il primo è che, in passato, si è fatto riferimento alla specialità per sottolineare le regole che si discostavano dal diritto privato, riguardato come “normale”. In realtà, il diritto amministrativo si fonda su diversi presupposti, a partire dagli interessi in gioco, giacché assumono primaria importanza gli **interessi collettivi** rispetto a quelli individuali. Inoltre, gli enti pubblici dispongono di poteri giuridici diversi rispetto ai poteri spettanti ai privati e sono sottoposti a obblighi assai più gravosi, a fini di trasparenza e di controllo. Il secondo motivo è che, con l'espansione del diritto amministrativo, il termine “speciale” ha assunto un diverso significato, designando una i settori retti da nor-

me di specie, come l'ambiente, i beni pubblici, i contratti e i servizi pubblici. Analogamente, in Francia e in Germania, si distingue tra il diritto amministrativo generale e quello speciale (*droit administratif général, droit administratif spécial; Allgemeine Verwaltungsrecht, Besonderes Verwaltungsrecht*). Così intesa, l'autonomia del diritto amministrativo si è variamente manifestata, nel corso del tempo, in rapporto alle fonti, ai principi fondamentali, alla giurisdizione.

Per quanto concerne le fonti, la formazione e il consolidamento del diritto amministrativo sono dipesi in grado limitato dalla legislazione. Essa si è limitata a delineare alcuni istituti, come la proprietà e l'impresa, lasciando che il resto fosse definito dai regolamenti governativi e soprattutto dalla giurisprudenza. Inoltre, nella vita quotidiana delle pubbliche amministrazioni ha sempre avuto una notevole importanza la prassi. Lo riconosce la giurisprudenza, secondo cui le attività e gli atti amministrativi in contrasto con gli orientamenti esternati tramite circolari possono essere giudicati illegittimi per eccesso di potere: si tratta di una delle cosiddette figure sintomatiche, in cui – cioè – la presenza del sintomo fa presumere l'illegittimità. È peraltro riduttivo fare riferimento unicamente alla patologia, poiché è nella fisiologia delle organizzazioni complesse, come le amministrazioni, che conti la *routine*, per assicurare l'uniforme trattazione degli affari ed evitare il senso d'ingiustizia che è suscitato dal decidere caso per caso, che Weber definì il modello della giustizia di cadì. È preferibile ricondurre queste figure ai principi generali, come la coerenza e consistenza dell'azione amministrativa, o ai principi istituzionali, come l'eguaglianza, senza dimenticare che al fondo vi è il potere amministrativo, che è variamente collegato con il potere politico.

Alle pubbliche amministrazioni sono attribuiti non soltanto poteri giuridici, come quelli spettanti in base al diritto privato alle varie figure giuridiche soggettive (individui, associazioni, società) per esempio per la tutela della proprietà e del possesso, bensì **potestà pubbliche**. In passato esse erano dette "esorbitanti", proprio perché si spingevano ben oltre i poteri dei privati. Vale la pena di richiamarne succintamente alcune. In virtù di altrettante disposizioni costituzionali, si possono comprimere, limitare una serie di libertà riconosciute e protette, inclusa la libertà personale, quella di non soggiacere a trattamenti medici non richiesti e quella d'iniziativa economica privata (artt. 13, 32 e 41 Cost.). Lo Stato e altri pubblici poteri – l'esempio storicamente più importante è quello dei comuni – possono assumere direttamente le attività volte all'erogazione di servizi pubblici, cioè di attività di rilievo economico contraddistinte dall'inerenza di un interesse pubblico, come il servizio scolastico e quello di trasporto, nel secondo caso anche escludendo la legittimazione di ogni altra figura giuridica soggettiva, incluse le imprese private, a rendere tali servizi. Per finanziare le spese pubbliche, gli enti pubblici possono acquisire le risorse di cui hanno bisogno mediante il prelievo (art. 53), se del caso ricorrendo all'**esecuzione forzata**, senza bisogno di alcun provvedimento dell'autorità giudiziaria.

Gli enti pubblici possono acquisire i diritti di proprietà sui beni senza il consenso dei privati, anche prescindendone, tramite l'**espropriazione** (art. 42). Il re-

**gime costituzionale della proprietà pubblica** si differenzia da quello della proprietà privata, nel senso che per la tutela dei beni che, per una risalente tradizione, sono inclusi nel demanio e nel patrimonio indisponibile, le amministrazioni possono sia avvalersi dei rimedi ordinari, sia agire “in via amministrativa”, cioè mediante l'**esercizio della forza**, beninteso nei modi regolati dal diritto (art. 823 c.c.). Ciò comporta una deroga – che è specifica, ma non può certamente dirsi di modesta portata – al **principio della previa verifica giurisdizionale delle pretese**, in virtù del quale nessuno può farsi giustizia da sé. Tale deroga si salda con la potestà di emanare provvedimenti che modificano o estinguono, sempre in via unilaterale, le situazioni giuridiche soggettive coinvolte, delineando così un vero e proprio sistema di poteri giuridici diverso, nei presupposti e nelle modalità di esercizio, rispetto al diritto privato, che si fonda sull'autonomia privata. All'interno di questo sistema, in virtù d'una ininterrotta tradizione giuridica, confermata da disposizioni legislative recenti, la pubblica amministrazione può emanare atti di “natura autoritativa” (art. 1, comma 1 *bis*, legge n. 241/1990). In forza di un'altra potestà generale, solo delimitata da leggi recenti, essa può revocare unilateralmente i propri provvedimenti (art. 21 *quinquies*).

Nella fase meno recente della riflessione giuridica, queste potestà erano giustificate in nome della *plenitudo potestatis* dello Stato, cioè la **sovranità**, o della posizione di supremazia speciale spettante all'amministrazione. Ma questo modo di opinare trascurava un dato fondamentale ed è divenuto meno giustificabile in seguito. Il dato fondamentale era la ragion d'essere delle potestà, ossia la loro necessità in vista della protezione e della promozione degli interessi pubblici, cioè di tutti. Si tratta di interessi non individuati da quanti contingentemente esercitano tali potestà, bensì dalla Costituzione e dalle leggi. Nell'attuale assetto costituzionale, inoltre, lo Stato è assoggettato al diritto e al controllo giurisdizionale. Non può escludere la propria responsabilità (art. 28 Cost.). A tali principi sono riconducibili gli obblighi definiti e perfezionati dalla giurisprudenza amministrativa, come il principio dell'atto scritto, l'obbligo di motivazione e il diritto di essere sentiti prima dell'emanazione di un provvedimento aventi effetti di tipo sfavorevole.

Si può dire che anche nel diritto privato vi sono potestà, non solo poteri, che la forma scritta può essere richiesta e che a volte i motivi devono essere indicati. Ma le situazioni in cui vi sono vere e proprie potestà sono ben tipizzate e sono ricollegate dall'ordinamento alla mancanza di una piena capacità giuridica. Solo in presenza di questo presupposto, tali potestà sono attribuite ai genitori, ai tutori, ai curatori. Quanto al requisito della forma scritta, esso è prescritto per i contratti esclusivamente nei casi indicati dal codice civile (art. 1350), per cui si tratta dell'eccezione, non della regola. Allo stesso modo, negli atti dei privati i motivi sono, di regola, irrilevanti, presentano importanza se sono illeciti o in caso di errore di diritto. La ragione è che individui ed enti dispongono di una sfera di **autonomia** e sono, quindi, liberi di realizzare i propri interessi, nei limiti della liceità e della meritevolezza di tutela.

All'opposto, gli enti pubblici sono astretti dalla canonizzazione degli interessi

da perseguire, che è effettuata dalla legge e da altri atti normativi e amministrativi. Gli amministratori pubblici non possono porre in essere vari negozi giuridici, per esempio, possono accettare donazioni, ma non effettuarne. Non possono esercitare alcuni diritti di godimento sui beni demaniali, né possono disporre, alienando il diritto di proprietà. Non possono nemmeno scegliere i propri contraenti per acquistare beni e servizi come più aggrada loro, né sono liberi di utilizzare un qualsivoglia procedimento per selezionarli, ma debbono avvalersi d'una delle sequenze previste dall'ordinamento. Anche nell'esercizio della legittimazione negoziale, sono astretti dagli interessi pubblici attribuiti alla loro cura, ragion per cui non possono stipulare alcuni tipi di contratti, come i contratti di tipo aleatorio, inclusi quelli riguardanti gli **strumenti finanziari derivati** (Corte Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770).

Si possono indicare ulteriori disposizioni legislative, che costituiscono altrettante ed eloquenti manifestazioni dell'autonomia del diritto amministrativo, come il principio costituzionale del concorso per la scelta dei pubblici dipendenti. Ma il punto di fondo è che la presenza di interessi collettivi giustifica le potestà pubbliche, rende giuridicamente rilevanti nel loro insieme tutte le attività amministrative, richiede non una serie di deroghe, ma un complesso di principi a sé stanti. A volte, tali principi e regole coincidono sostanzialmente con quelli cui soggiacciono i soggetti privati: è il caso della buona fede. Altre volte, tali principi e regole comportano per gli amministratori pubblici vincoli maggiori rispetto a quelli cui soggiacciono gli organismi privati, non solo per proteggere i cittadini dagli eccessi e dagli abusi di potere, ma anche per individuare il miglior modo di tutelare il pubblico interesse: si pensi ai principi di legalità, proporzionalità e trasparenza. Altre volte, ancora, i principi e le regole del diritto amministrativo perseguono l'obiettivo di proteggere i funzionari pubblici, segnatamente allo scopo di evitare che essi abbiano timore di assumere decisioni necessarie per la *res publica*, per esempio nel regolare i mercati finanziari o nell'imporre la cessazione dell'abuso d'una posizione dominante da parte d'una impresa. Ci si può chiedere se talune disposizioni perseguano prevalentemente l'una o l'altra finalità. Ma da tale dato non si può prescindere.

Resta da considerare la **tutela giurisdizionale** nei confronti delle attività amministrative. Essa è ammessa dall'ordinamento con pienezza per quanto concerne sia le situazioni giuridiche soggettive protette, diritti e interessi (artt. 24 e 113 Cost.), sia i rimedi esperibili, che includono l'annullamento dell'atto impugnato e il risarcimento del danno. A conoscere delle controversie riguardanti i diritti è il giudice ordinario (così detto in ossequio a una tradizione risalente all'epoca in cui il giudice amministrativo aveva un ambito di azione circoscritto e non esisteva il giudice delle leggi) o, in un numero crescente di materie determinate dalla legge (ai sensi dell'art. 103, comma 1), il giudice amministrativo. Quest'ultimo ha altresì una giurisdizione generale sugli interessi legittimi ed è il giudice della responsabilità nei confronti dei terzi. La responsabilità degli amministratori nei confronti degli enti pubblici, non soltanto quelli presso i quali prestano abitualmente la propria attività, è – invece – di competenza di un altro giudice, la Corte dei conti (art. 103,