

1

L'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1.1. Il “problema” del diritto amministrativo. – 1.1.1. La pubblica amministrazione ed il problema del diritto amministrativo. – 1.1.2. Diritto amministrativo e diritto pubblico. – 1.2. Le fonti del diritto amministrativo. – 1.2.1. Diritto europeo e diritto nazionale. – 1.2.2. Diritto amministrativo e principi generali. – 1.2.3. Le fonti legislative. – 1.2.4. Le fonti secondarie: i regolamenti. – 1.2.5. Le fonti comunitarie. – 1.3. La formazione storica del diritto amministrativo. – 1.3.1. Origine del diritto amministrativo. – 1.3.2. Il diritto amministrativo nello Stato italiano unitario. – 1.3.3. Prima linea di evoluzione: dall’accentramento al decentramento. – 1.3.4. Seconda linea di evoluzione: dall’atto amministrativo alla funzione amministrativa. – 1.3.5. Terza linea di evoluzione: dal contenzioso alla giurisdizione amministrativa. – 1.3.6. Dalla legge del 1865 al consolidamento della giurisdizione amministrativa.

1.1. *Il “problema” del diritto amministrativo.*

1.1.1. *La pubblica amministrazione ed il problema del diritto amministrativo.*

L’amministrazione, si sa, è cura concreta di interessi. Azione concreta intesa a curare determinati interessi. A risolvere problemi, come si usa dire nel linguaggio comune, e anche in quello politico.

L’amministrazione domestica, l’amministrazione di un condominio, come l’amministrazione di un bosco, o di una cantina, e ancora, l’amministrazione di una città, consistono di attività, più o meno complesse, articolate in moduli tra loro diversificati, di azioni giuridiche e di operazioni materiali (dai conti della spesa, alla piantumazione di alberi, alla commercializzazione di prodotti agricoli, alla gestione del traffico cittadino, ai piani

urbanistici, alle licenze di costruzioni); tutte attività, invero, caratterizzate dalla loro concretezza: affrontare situazioni determinate, cercare di risolverle mediante l'adozione di atti giuridici produttivi di determinati effetti (acquistare o vendere un bene, concedere a qualcuno il diritto o la facoltà di fare qualcosa) ovvero mediante il compimento, senz'altro, di operazioni materiali (piantare gli alberi, riparare la strada, curare il malato), che in genere, a loro volta, presuppongono l'adozione di atti giuridici produttivi di effetti. E programmare queste azioni, regolarle nel loro svolgimento, determinarne gli obiettivi, i risultati da raggiungere.

Nell'ambito di ogni organizzazione sociale, quale che sia, dal più modesto circolo sportivo, a una grande impresa, fino allo Stato italiano o all'Unione europea, la *funzione di amministrazione* è fondamentale e ineliminabile. Senza di essa, l'organizzazione sociale non sussiste, non ha ragione di essere: essa sussiste invero, proprio al fine di curare gli interessi del gruppo, della comunità, delle persone che in essa, appunto, si organizzano. Si badi, la cura dei comuni interessi, nell'ambito dell'organizzazione, non avviene soltanto mediante le attività di amministrazione; ché avviene, com'è ben noto, mediante la fissazione delle regole della vita dell'organizzazione, dei rapporti sociali che in essa si snodano, al suo interno, nonché con l'esterno (funzione della normazione, si potrebbe dire semplificando al massimo); e nelle organizzazioni più complesse, come quelle degli Stati, ma non solo, avviene mediante l'attività di risoluzione dei conflitti, delle controversie insorte all'interno dell'organizzazione in ordine all'applicazione delle regole: come attività separata da quella di amministrazione, sia in termini organizzativi che funzionali (negli Stati moderni, com'è noto, si tratta della funzione della giurisdizione).

Ma l'insieme delle attività che costituiscono la funzione dell'amministrazione, nella loro maggiore o minore complessità, non può mai mancare nell'ambito di qualsivoglia organizzazione sociale; ché altrimenti l'organizzazione non sarebbe tale.

Nelle organizzazioni minori, ad esempio, la normazione è ben poca cosa dato che le regole sono in genere di fonte eteronoma, e così anche la funzione di risoluzione dei conflitti all'interno dell'organizzazione stessa. L'azione dell'organizzazione invero si identifica senz'altro e totalmente nella funzione di amministrazione: curare in concreto gli interessi, che possono essere del tutto settoriali o marginali nell'ambito della vita sociale ovvero di grande rilievo e importanza, e in ogni caso accomunano i membri del gruppo; e la cui cura costituisce la ragione stessa dell'esserci il gruppo; con quelle determinate caratteristiche di organizzazione sociale.

La centralità della funzione di amministrazione, a maggior ragione può essere predicata con riferimento alle organizzazioni di governo delle collettività generali, alle organizzazioni politiche (delle quali noi ci dobbiamo occupare), chiamate, per loro propria natura, a occuparsi in principio di tutti gli affari, di tutti gli interessi, che riguardano la collettività di riferimento, quali emergono in un determinato contesto storico sociale (come si usa dire, *organizzazioni a competenza generale*). In queste organizzazioni, dagli imperi dei grandi fiumi di remota memoria, sino al nostro Stato o alle nostre regioni o alla nostra Unione europea, le attività di amministrazione (che nel loro insieme identificano la funzione di amministrazione), sempre più complesse, costituiscono la gran parte delle attività poste in essere in funzione del governo della collettività.

E in ogni epoca, le organizzazioni di governo delle collettività generali, sino agli Stati moderni, hanno fatto fronte alle esigenze dell'amministrazione (all'esercizio della funzione di amministrazione) mediante strumenti, giuridici e materiali, diversi, a seconda dei diversi contesti ordinamentali (ma prima ancora, culturali) nei quali si sono trovate ad operare (e che esse stesse hanno prodotto).

L'esercizio della funzione di amministrazione, in qualche misura nell'ambito di ogni organizzazione, ma segnatamente nelle organizzazioni politiche, che, com'è noto, sono organizzazioni ad appartenenza necessaria (per tutti coloro che fanno parte delle relative collettività) e in ogni epoca storica, ha sempre posto *il problema dell'esercizio dell'autorità*. Ché non sempre le attività di amministrazione, necessarie in un determinato contesto storico-sociale (a giudizio di coloro che in quel determinato contesto storico-sociale detengono il potere di governo) trovano, nell'ambito dei soggetti cui sono rivolte, il consenso indispensabile perché esse possano avere luogo. Consensualmente appunto: in termini di strumentazione giuridica, attraverso rapporti negoziali, paritari, come quelli tipici delle relazioni interprivate. O comunque questo consenso, anche se è diffuso, può non coincidere, e di regola non coincide, con quello imputabile a tutti i membri, singolarmente presi, della collettività di riferimento, e nei confronti dei quali le attività di amministrazione debbono svolgersi.

È evidente, che ove fosse ipoteticamente verificabile un tale generalizzato consenso, ciò consentirebbe sempre l'utilizzo di strumenti di diritto comune come supporto giuridico delle attività di amministrazione. E così ad esempio, se si deve costruire una strada o una ferrovia, il consenso di tutti i proprietari fondiari i cui terreni sono necessari per la costruzione, consen-

tirebbe senz'altro l'utilizzo dello strumento privatistico della compravendita come supporto giuridico dell'attività di costruzione della strada o della ferrovia. E in caso di disastro naturale che produca molteplici situazioni di famiglie senz'atetto, la spontanea messa a disposizione da parte dei proprietari di case inutilizzate, delle stesse, al fine di accogliervi le famiglie, renderebbe possibile la semplice stipulazione di contratti di locazione a termine secondo gli schemi civilistici.

Ché, in via di principio, l'amministrazione può senz'altro essere regolata secondo il diritto comune.

Ma l'esigenza sopra indicata dell'esercizio dell'autorità che si pone in ogni tipo di organizzazione politica ha fatto sì che in ogni epoca, sia pure con strumentazioni totalmente diverse le une dalle altre, l'esercizio dell'amministrazione da parte dei soggetti detentori dei poteri di governo, abbia sempre dato luogo all'utilizzo di norme in qualche misura derogatorie rispetto al diritto comune; di norme cioè che contengano, almeno in determinati casi, una disciplina giuridica degli atti di amministrazione tale da consentire la produzione degli effetti ritenuti necessari per l'esercizio dell'amministrazione in una determinata situazione concreta, anche senza il consenso dei destinatari.

Con riferimento a questa notazione, si può affermare che, non il diritto amministrativo, come meglio si vedrà, ma il «*problema del diritto amministrativo*» è cosa antica e in qualche modo connaturale all'esistenza di ogni organizzazione politica. Per «*problema del diritto amministrativo*», intendiamo evidentemente il problema della individuazione di una disciplina giuridica, ovvero di determinati strumenti giuridici, che consentano laddove è necessario, appunto, l'esercizio in quei termini dell'autorità (come meglio si vedrà, il diritto amministrativo non è solo questo, anzi oggi si può dire che sia fondamentalmente altra cosa, ma all'origine è questo).

Il diritto amministrativo moderno, proprio dei Paesi e dei sistemi giuridici dell'Europa continentale (denominati, appunto, *sistemi a diritto amministrativo*) è una risposta a questo problema; non l'unica risposta possibile, ma quella storicamente data, come frutto delle idee e delle tradizioni giuridiche formatesi a cavallo tra il XVIII e il XIX secolo, dal tramonto dell'Antico regime (quello della Monarchia francese anteriore alla Rivoluzione) al consolidarsi delle istituzioni nate con la Rivoluzione e sviluppatesi nel corso del Regime napoleonico (1799-1815).

1.1.2. Diritto amministrativo e diritto pubblico.

La formazione del diritto amministrativo come disciplina giuridica tipica delle attività di amministrazione (funzione di amministrazione) nonché dell'organizzazione dei soggetti che ad essa sono deputati, è avvenuta attraverso una complessa evoluzione, che caratterizza la vicenda storica degli Stati moderni, almeno nell'area europea continentale; della quale si indicheranno alcuni passaggi essenziali, a mo' di introduzione della nostra trattazione. Essa ha ad oggetto il diritto amministrativo vigente nell'ordinamento italiano, a sua volta inserito nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, rappresentato, in questa trattazione, attraverso i suoi principi.

Disciplina giuridica, vigente in questo ordinamento, e caratterizzata, da una parte, per il suo oggetto, le attività di amministrazione e l'organizzazione dei soggetti che vi sono preposti, e i rapporti che nell'ambito di esse si svolgono; e dall'altra parte, per la natura delle sue norme, di diritto pubblico e non di diritto comune. Il diritto amministrativo, com'è del tutto pacifico, è una *branca del diritto pubblico*.

Mentre vi sono, come s'è accennato, e in principio vi possono sempre essere, attività di amministrazione senz'altro disciplinate dal diritto comune, per le quali si applica la normazione del diritto privato. Tuttavia, come si vedrà, molto spesso le attività di amministrazione mediante strumenti giuridici di diritto privato (la compravendita, l'affitto, l'appalto, etc.) sono rette in parte da disciplina pubblicistica; ciò che le attrae, per questa parte, nell'ambito della nostra trattazione.

Il diritto amministrativo non è perciò il *diritto dell'amministrazione pubblica*, senz'altro; ma una parte, assai cospicua, di esso. È una specie della disciplina giuridica, peraltro storicamente individuata nella sua formazione, delle attività di amministrazione e dell'organizzazione dei soggetti che vi sono preposti.

Le attività di amministrazione di cui ci occupiamo, sono quelle di amministrazione *pubblica*, cioè svolte doverosamente da alcuni soggetti a ciò espressamente deputati, per la cura di interessi della collettività generale o di collettività particolari che la prima compongono; interessi che sono individuati come oggetto di cura (di amministrazione) dalle stesse fonti dell'ordinamento positivo (e in primo luogo, dalla legge) ovvero dagli stessi soggetti deputati all'amministrazione, nell'ambito della *discrezionalità* loro conferita. In sostanza, come sopra s'accennava, dai detentori del potere di governo nel contesto storico sociale di cui si tratta.

I soggetti deputati all'esercizio dell'amministrazione sono anzitutto quelli che denominiamo *pubbliche Amministrazioni*, organizzazioni in genere dotate di personalità giuridica (ma non necessariamente), disciplinate dal diritto pubblico, e sottoposte a un regime giuridico loro proprio del tutto differenziato dalle organizzazioni giuridiche delle categorie fissate nel codice civile. Ma vi sono altri soggetti, anche di carattere del tutto privatistico (ad esempio, società per azioni), e finanche persone fisiche, che in virtù di specifiche disposizioni normative, ovvero per particolari circostanze, sono chiamati a svolgere attività di amministrazione pubblica; e in conseguenza, per questa parte della loro azione, sono disciplinati dal diritto amministrativo, e perciò attratti nell'ambito della nostra trattazione.

Il diritto amministrativo è parte del diritto pubblico. Esso si compone, come disciplina giuridica, di norme di diritto pubblico, poste cioè (dalle fonti normative competenti secondo il vigente ordinamento) nell'interesse della collettività (*rei publicae interest*) e non nell'interesse particolare dei singoli soggetti che la compongono nei loro reciproci rapporti. In conseguenza, le norme di diritto pubblico sono in principio cogenti, e inderogabili dai soggetti tenuti ad applicarle (salve marginali fattispecie); e la loro violazione dà luogo ad invalidità (in vario modo sanzionata) dei relativi atti; gli scopi che esse stabiliscono debbono essere perseguiti dagli stessi (sono scopi non nella disponibilità del soggetto agente, ma posti nell'interesse altrui, della collettività, di cui esso è servente); gli effetti dell'attività giuridica posta in essere hanno la forza di prodursi nella sfera giuridica dei terzi, anche a prescindere dal consenso di questi (c.d. *imperatività*).

1.2. Le fonti del diritto amministrativo.

1.2.1. Diritto europeo e diritto nazionale.

Le fonti del diritto amministrativo sono quelle dell'ordinamento generale, per le quali si rinvia alle trattazioni di diritto costituzionale limitandoci al richiamo di alcuni concetti fondamentali; salve alcune particolarità e specifici caratteri che meritano alcune osservazioni, nell'ambito di questa trattazione.

In premessa, si deve tener presente che l'attività di amministrazione, e per certi aspetti anche l'organizzazione dei soggetti ad essa preposti, è og-

getto di normazione oltre che dalle fonti di diritto nazionale, anche da quelle di diritto europeo; emanate cioè dagli organi dell'Unione europea sulla base delle regole di produzione normativa proprie di quell'ordinamento secondo il Trattato istitutivo della Comunità europea nel testo oggi vigente (*Tratt. C.E.*). Ciò avviene, com'è noto, ormai in quasi tutti i rami del diritto. Il fenomeno investe non solo, come si vedrà, alcuni importanti settori dell'amministrazione pubblica (ad esempio, quelli degli appalti pubblici, dei servizi pubblici, etc.) ma anche la stessa parte generale della disciplina, i cui principi sono, almeno in parte, stabiliti dalla Corte di giustizia delle Comunità europee sulla base delle tradizioni giuridiche comuni degli Stati membri.

Per le parti della materia disciplinate dal diritto europeo, in virtù del noto meccanismo elaborato dalle due Corti (Corte di giustizia C.E., Corte costituzionale) che regge i rapporti tra diritto europeo e diritti nazionali, il diritto europeo viene a far parte del diritto nazionale, a volte in seguito al recepimento attraverso fonti nazionali, a volte per forza applicativa propria: diritto che viene applicato, come appunto il diritto nazionale, dalle Amministrazioni e dai giudici e che vincola direttamente l'attività dei cittadini. Esso perciò è parte integrante della nostra trattazione.

Viceversa, la disciplina dei rapporti tra i due ordinamenti, nonché quella delle fonti europee; e d'altra parte, la disciplina delle attività di amministrazione svolte direttamente dagli organi dell'Unione europea, restano al di fuori di questa trattazione in quanto rilevanti in altro ordinamento. È da tenere tuttavia sempre ben presente che l'oggetto proprio della nostra trattazione, cioè l'amministrazione pubblica della comunità nazionale italiana, in quanto tale comprenderebbe anche l'azione giuridica dei soggetti che sono organizzati e che agiscono in virtù del diritto europeo e non del diritto italiano, ma che tuttavia esercitano un'azione che produce effetti nell'ambito della comunità nazionale italiana (la stessa notazione vale ovviamente per gli altri ordinamenti degli Stati membri dell'Unione). Perciò è soltanto per una esigenza di divisione del lavoro, che peraltro influisce com'è noto sulla trattazione delle discipline giuridiche, che anche la nostra trattazione viene a subire questa limitazione.

1.2.2. Diritto amministrativo e principi generali.

Il diritto amministrativo, come disciplina giuridica dell'organizzazione e dell'azione concreta dei pubblici poteri, consiste di un sistema assai articolato e complesso di norme, delle quali una parte assai cospicua, e segnatamente quelle concernenti la disciplina generale della materia (*la parte generale del diritto amministrativo*, principale oggetto di questa trattazione) si esprime attraverso *principi*, a loro volta in parte formulati in Costituzione (come ad esempio, quello dell'imparzialità amministrativa di cui all'art. 97; quello del decentramento amministrativo di cui all'art. 5) o in leggi ordinarie (principi che adesso emergono segnatamente nella *L. proc. amm.*); in parte inespressi, e ricavabili dall'interprete, segnatamente in sede giurisprudenziale, dal complesso dell'ordinamento positivo (art. 12, *preleggi*).

È noto che, in sede di interpretazione, ove una controversia non possa essere decisa in base ad una precisa disposizione normativa, si fa ricorso, secondo il criterio dell'analogia, alle «disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe». Ove questo non sia sufficiente («il caso rimane ancora dubbio») si fa ricorso ai «*principi generali* dell'ordinamento giuridico dello Stato». Come è stato chiarito da autorevole dottrina, anche i principi, espressi o non, sono norme giuridiche, tuttavia differenziate da quelle particolari, per una maggiore generalità delle relative fattispecie, nonché per la funzione che essi svolgono, connettiva di tutto l'ordinamento giuridico (CRISAFULLI).

I principi, la cui evidenziazione è sempre opera dell'interprete e in ultima analisi della giurisprudenza delle magistrature supreme, sono fondati sulle fonti più diverse. Nella nostra disciplina ciò è storicamente dimostrato dalla vicenda della progressiva emersione dei principi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. A volte sono desunti attraverso progressive astrazioni da norme particolari. In tal caso, come è stato osservato in dottrina, i principi trovano la loro fonte non tanto in quelle norme quanto piuttosto nel «fatto della compresenza di più norme espressive di un medesimo indirizzo» (FRANCO, MODUGNO). A volte essi sono ricavati da una singola norma positiva, la quale viene intesa come tale (cioè come principio, al di là della sua concreta portata normativa) per la sua «eccedenza di contenuto normativo, deontologico o assiologico, cioè valutativo» (secondo la celebre formula che risale al BETTI). A volte ancora (e nella nostra disciplina, almeno nella prima fase, assai più spesso) essi non trovano la loro fonte in alcuna norma positiva ma nell'essenza stessa dell'ordinamento, nei suoi

valori supremi, negli indirizzi politico-ideologici che ne hanno ispirato la formazione o una sua decisiva svolta, i c.d. *principi istituzionali* (Corte cost. n. 6/1956). E così ad esempio, nel tipo di Stato fondato sulla sovranità popolare (art. 1 Cost.) la pubblica Amministrazione è chiamata a svolgere un ruolo del tutto servente degli interessi della collettività, e perciò la sua azione non può essere giammai libera, come manifestazione di *autonomia*, ma è sempre in qualche modo vincolata nei fini, funzionalizzata, manifestazione non di autonomia ma di *discrezionalità*, nell'accezione moderna di questa nozione (sulla quale ci soffermeremo).

Nel vigente ordinamento, una parte significativa dei principi della nostra disciplina, come si è accennato, trova esplicita enunciazione direttamente in Costituzione. E allora il principio acquista un valore elevatissimo e permea di sé l'intero ordinamento amministrativo. Ed è per definizione, principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato ai sensi dell'art. 12 *preleggi*. E tutta la normativa sottordinata deve essere interpretata alla luce di questi principi, salva, laddove ciò non risulta possibile, l'illegittimità costituzionale della stessa.

Ma anche gli altri principi che non trovano in Costituzione diretta o implicita determinazione, sempre sono riconducibili, per via di successive astrazioni, a qualche norma costituzionale. Non possono esistere principi che regolano l'azione o l'organizzazione della pubblica Amministrazione in un ordinamento a costituzione rigida, come il nostro, che non siano riconducibili alla Costituzione, che risultino privi di "copertura" costituzionale.

In diritto amministrativo, mancando una disciplina legislativa di parte generale (salve alcune disposizioni, particolarmente nella *L. proc. amm.*) l'importanza dei principi generali nell'applicazione del diritto, come s'è avvertito, è decisamente prevalente.

Questa particolarità della nostra disciplina, la rende assai simile a quello che era il diritto civile prima della codificazione, cioè un diritto fondamentalmente giurisprudenziale, nel quale invero il ruolo della giurisprudenza, che è sempre un ruolo "creativo" nell'applicazione del diritto, viene esaltato in tale sua qualità.

In un sistema normativo siffatto il ruolo della giurisprudenza (ma anche della scienza, o giurisprudenza teorica, cui quella pratica in larga misura si ispira) è assai più importante ed incisivo, che quello svolto in un sistema codificato (nella sua parte generale) o comunque fortemente normato. Sino a configurare la giurisprudenza stessa come fonte dell'ordinamento amministrativo: ciò che sicuramente non è, almeno nel nostro sistema positivo. Il

ruolo della giurisprudenza non è qualitativamente diverso nel diritto amministrativo rispetto alle altre branche dell'ordinamento, ma è certamente più incisivo, appunto, a causa della scarsa consistenza della normazione scritta (e perciò della necessità di ricorrere, nell'applicazione del diritto, a principi generali) e della sua formulazione, a sua volta, per principi generali (come ad esempio nella *L. proc. amm.*).

1.2.3. Le fonti legislative.

Fatte queste premesse, dedichiamo qualche breve cenno alla tematica delle *fonti* del diritto amministrativo: da intendere, come si sa, gli atti e i fatti che nell'ambito di un determinato ordinamento giuridico, e per quanto ci riguarda dell'ordinamento italiano nell'ambito dell'ordinamento europeo, e sulla base delle norme sulla produzione normativa in esso vigenti, sono capaci di produrre norme giuridiche.

Occorre avere ben chiari il concetto di atto-fonte (atto giuridico capace di produrre norme giuridiche in un determinato ordinamento), quello di disposizione normativa (proposizione contenuta nell'atto fonte che esprime una norma giuridica) e di norma giuridica (che viene ricavata dalla disposizione attraverso l'opera dell'interprete); gli istituti che presiedono all'interpretazione delle fonti; quelli intesi a regolare i rapporti tra le fonti (in un sistema caratterizzato dalla pluralità delle sue fonti) in termini di "gerarchia" e di "competenza", e le antinomie che si verificano tra di esse (tra le normazioni rispettivamente prodotte); l'abrogazione, la disapplicazione (della normativa contenuta in una fonte, in contrasto con la normativa contenuta in altra fonte sulla prima prevalente, per la successione nel tempo, art. 15 *preleggi*; ovvero per la sua forza nell'ordinamento); l'invalidità della fonte, o di singole sue disposizioni per contrasto con la fonte superiore secondo il principio della gerarchia delle fonti, ovvero perché eccedente la propria competenza quale determinata dalla fonte superiore (così l'invalidità della legge per contrasto con la Costituzione, l'invalidità del regolamento per contrasto con la legge); i mezzi e i procedimenti (come il giudizio davanti alla Corte costituzionale) previsti per l'accertamento di tale invalidità. Concetti e istituti tutti, fondamentali per lo studio della nostra disciplina, in ordine ai quali ci si limita a rinviare alle trattazioni di diritto costituzionale.

I rapporti tra le fonti sono strutturati, come si sa, secondo il duplice