Parte Prima

Principi e organizzazione

Capitolo 1

Diritto pubblico e diritto privato

SOMMARIO: 1. Diritto pubblico e diritto privato. – 2. Il diritto amministrativo. – 3. La cura degli interessi dell'organizzazione sociale e la funzione amministrativa. – 4. La funzione amministrativa e il potere pubblico. – 5. Le amministrative pubbliche in senso soggettivo. – 6. La formazione storica del diritto amministrativo. – 7. Il diritto delle amministrazioni pubbliche tra pubblico e privato.

1. *Diritto pubblico e diritto privato*

Il presupposto della disciplina di diritto amministrativo è rappresentato dall'esistenza delle categorie del 'pubblico' e del 'privato'. Questa distinzione, che caratterizza l'ordinamento giuridico moderno, divide l'ambito del diritto in due parti, né estranee né contrarie, ma soggette a distinti principi e regole.

Il criterio sul quale è tradizionalmente fondata la distinzione è il seguente: la dimensione del 'privato' attiene alla posizione di libertà della persona, mentre la dimensione del 'pubblico' riguarda la doverosità di curare interessi che la persona non può soddisfare individualmente e che, dunque, devono essere imputati a soggetti della collettività.

Queste due dimensioni portano con sé una serie di corollari.

La libertà della persona si traduce nella configurazione dell'autonomia contrattuale ossia nella facoltà di autoregolare i propri interessi privati (tramite l'uso del contratto), nei limiti di ciò che non è 'illecito' (è possibile fare tutto ciò che le norme non vietano): autonomia è la possibilità di decidere *sul se* e *sul come* raggiungere un certo scopo liberamente determinato. Il diritto privato è, dunque, principalmente il diritto che regola i rapporti tra soggetti privati, formalmente uguali (salvo le eccezioni riconosciute in favore della parte più debole), che si vincolano gli uni agli altri mediante un autonomo atto di volontà e, dunque, se e nei limiti in cui liberamente decidono di dare vita ad un vincolo giuridico.

La doverosità pubblica, oltre alla indisponibilità dei fini determinati dalla legge, configura come necessario il perseguimento di quei medesimi fini da parte di un'autorità investita di una pubblica potestà d'imperio.

Il diritto pubblico è, quindi, essenzialmente il diritto che regola il rapporto tra l'autorità pubblica, dotata di un potere di comando attribuitogli dalla legge per il conseguimento dell'interesse pubblico, e i soggetti destinatari degli effetti del suo esercizio. La vicenda giuridica, in questo caso, non è fondata sul consenso, secondo una configurazione bilaterale e paritaria, ma è costruita sull'autorità, configurandosi come unilaterale, in cui si fronteggiano parti diseguali. Il carattere di questa vicenda ha una importante conseguenza: mentre nel diritto privato domina la categoria del lecito, nel diritto pubblico domina la categoria del legittimo per cui è possibile fare soltanto ciò che le norme permettono e la 'legittimità' è la condizione di esercizio del potere.

Questi due ambiti non vivono ciascuno una distinta vita propria: i loro contatti sono frequenti così come le contaminazioni che, conseguentemente, producono fattispecie che alterano sia la pienezza dell'autonomia privata che l'autoritarità del potere pubblico. Questo fenomeno riguarda, in forme e modalità diverse, sia i soggetti privati che i soggetti (l'organizzazione) l'attività (le forme e modalità della decisione) pubblica.

Per questo riguarda i soggetti privati, il primo esempio è rappresentato dai limiti e dai vincoli di diritto pubblico posti al diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo. Il secondo esempio è costituito dal campo delle obbligazioni nel quale il contenuto o il modo di formazione del contratto non sempre è totalmente rimesso all'autonomia privata (come nei contratti 'per adesione'): purtroppo, essi restano atti negoziali i cui effetti giuridici poggiano sempre e soltanto sulla volontà delle parti. In altre ipotesi ancora abbiamo contratti caratterizzati da specifiche regole imperative che circoscrivono, fino ad annullare, la libertà dei soggetti privati: sono i casi in cui la legge impone di contrattare (è, ad esempio, il caso del contratto di assicurazione obbligatoria sugli autoveicoli), oppure fissa in maniera unilaterale il prezzo.

Sul versante della pienezza della potestà pubblica – del potere autoritario destinato ad essere tradotto nel provvedimento amministrativo – questa è stata circoscritta attraverso principi, regole ed istituti che hanno attribuito al destinatario degli effetti del suo esercizio la possibilità di condizionare (e, talora, di 'contrattare') il contenuto della decisione. La formazione dell'atto unilaterale, produttivo di effetti nella sfera giuridica di terzi ('provvedimento'), è subordinata allo svolgimento di un procedimento che garantisce la partecipazione e l'informazione del destinatario e nell'ambito del quale le parti (pubblica e privata) possono, altresì, concludere accordi destinati ad integrare il contenuto del provvedimento finale (ovvero a sostituirlo).

Quanto alle figure soggettive, mentre nessuno dubita che Fininvest s.p.a. sia un soggetto privato a tutti gli effetti, né che l'INPS sia un soggetto (ente) pubblico, tra questi due estremi sono collocati tutta una se-

rie di soggetti che possiedono caratteri appartenenti ad entrambe le dimensioni e la cui natura finisce per essere incerta. Ad esempio: *i*) società per azioni con personalità di diritto pubblico (l'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a.: art. 1, co. 460, legge 27 dicembre 2006, n. 296; Difesa servizi s.p.a.: art. 535, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66); *ii*) soggetti privati (fondazione, società per azioni, società a responsabilità limitata) che sono qualificati come soggetti pubblici per talune parti della loro attività, con la conseguente attribuzione della loro disciplina al diritto pubblico (è il caso di quei soggetti privati qualificabili come 'organismi di diritto pubblico'); *iii*) soggetti privati che curano interessi diversi da quelli dei loro componenti: ad esempio, le organizzazioni non lucrative di utilità sociale (Onlus) (cfr. art. 19, d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460); *iv*) soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni, oppure le c.d. S.O.A. (società organismi di attestazioni) società per azioni preposte all'attività di attestazione per la qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici.

2. Il diritto amministrativo

L'origine del diritto amministrativo appare, pertanto, legata alla disciplina di quel particolare soggetto (pubblico) costituito dallo Stato (e, successivamente, dagli altri soggetti ad esso equiparati) e dei suoi rapporti con i cittadini e si fonda sull'attribuzione di competenza e responsabilità ai singoli attori pubblici (le pubbliche amministrazioni).

Questa disciplina ha per oggetto rapporti in cui si fronteggiavano parti irriducibili ad unità: lo Stato (l'amministrazione pubblica) e il soggetto privato (il cittadino), in contrasto tra loro, soggetti di una relazione asimmetrica, conflittuale, costruita sulla separazione e sulla divergenza dei reciproci interessi. Un conflitto che ha origine nell'attribuzione ad uno dei due soggetti (quello pubblico) di un potere in grado di imporsi alla volontà dell'altro soggetto (quello privato), che per questa ragione si trova in una posizione di soggezione rispetto al potere 'esorbitante' dello Stato. Tutto questo si è, per lungo tempo, tradotto in una relazione di supremazia speciale dell'amministrazione pubblica sulla sfera privata del cittadino, una supremazia che non trovava alcun ostacolo nelle posizioni giuridiche soggettive vantate dal soggetto privato, che divenivano naturalmente cedevoli di fronte all'esercizio unilaterale del potere pubblico, di fronte all'atto di imperio.

Questa rappresentazione storica del diritto amministrativo ha peraltro dovuto fare i conti con le novità successivamente intervenute: innanzitutto, la Costituzione del 1948 e, quindi, il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, l'affermazione dei principi fon-

damentali, tra cui il principio di legalità quale pilastro fondamentale dell'organizzazione e dell'attività amministrativa (art. 97, co. 2, Cost.), la giustiziabilità degli atti della pubblica amministrazione (art. 113, co. 1, Cost.). Poi, le novità legislative che a partire dal 1990 hanno comportato un progressivo superamento della tradizionale visione dell'amministrazione pubblica a favore di un modello che riconosce al cittadino una serie di diritti in grado di rimuovere la sua originaria posizione di mera soggezione.

Il mutamento che tutto ciò ha prodotto sul sistema del diritto amministrativo può essere riassunto nel superamento di una disciplina tutta preordinata a definire e presidiare, innanzitutto, l'autoritarità e l'imperio dell'amministrazione. Il diritto amministrativo appare, adesso, caratterizzato da una duplice finalità: *i*) garantire all'amministrazione gli strumenti mediante i quali svolgere effettivamente i propri compiti preordinati alla cura dell'interesse pubblico e *ii*) assicurare al cittadino un insieme di facoltà in grado di dialogare con il potere, nonché la pienezza della tutela contro le illegittime ingerenze dell'amministrazione.

Il diritto amministrativo non si limita più a stabilire la superiorità dell'amministrazione: esso si preoccupa pure di circoscriverla, ponendo alla stessa attività unilaterale delle limitazioni che l'autonomia dei privati non conosce e attribuendo ai soggetti privati facoltà sconosciute nel diritto privato (ad esempio, la partecipazione procedimentale, il diritto di accesso).

3. *La cura degli interessi dell'organizzazione sociale e la funzione amministrativa*

Amministrare deriva da *ad + ministrare*, inteso nel significato di prestare un servizio.

Qualsiasi gruppo o comunità quando si organizza deve, innanzitutto, provvedere a darsi un'amministrazione. La necessità di organizzarsi coincide con l'amministrazione della convivenza civile e presuppone un collegamento con le istituzioni politiche tramite il principio democratico. Questa relazione trova la propria sintesi nell'affermazione del principio di legalità e quindi nella subordinazione dell'organizzazione e dell'attività amministrativa alla legge.

Amministrazione pubblica è, quindi, sintesi verbale del prendersi cura, in modo concreto, di interessi, di quegli interessi dell'organizzazione sociale che il pubblico potere, le istituzioni politiche democratiche hanno qualificato come pubblici.

L'amministrazione pubblica, pertanto, provvede a far fronte ai problemi della convivenza sociale e il concetto di funzione amministrativa individua un'attività svolta doverosamente da alcuni soggetti a ciò espres-

samente deputati, per la cura di interessi della collettività generale (lo Stato) o di collettività particolari (gli enti locali).

4. *La funzione amministrativa e il potere pubblico*

Alla funzione amministrativa è connaturata la potestà pubblica: la necessaria attribuzione del potere all'amministrazione pubblica è figlia del fatto che non sempre l'attività amministrativa – necessaria in un determinato contesto storico-sociale – trova – in relazione ai soggetti cui essa si rivolge e nei confronti dei quali è destinata a produrre i suoi effetti giuridici – il consenso indispensabile perché essa possa avere luogo. Ove, ipoteticamente, fosse sempre e comunque predicabile un consenso generalizzato all'attività di amministrazione, ciò consentirebbe l'utilizzo degli strumenti di diritto comune e renderebbe superfluo il ricorso al potere unilaterale: se, per realizzare una strada o una qualsiasi altra infrastruttura, i terreni potessero comunque essere acquisiti mediante un contratto di compravendita, il ricorso al potere di espropriazione per pubblica utilità sarebbe superfluo. Lo stesso art. 1, co. 1-*bis*, legge 7 agosto 1990, n. 241, dispone che, in via di principio, l'attività amministrativa è retta dal diritto comune.

Tuttavia, se manca quel consenso necessario, il ricorso all'espropriazione per p.u. si rende necessario e imprescindibile. In mancanza del consenso, l'esercizio del potere (pubblico) diventa inevitabile per risolvere i conflitti ed i problemi della convivenza civile. Se una parte di soggetti ha interessi in conflitto con quelli di un'altra parte, la cura dell'interesse pubblico diventerebbe impossibile se non fosse attribuito ad un soggetto la possibilità di decidere: per questa ragione è necessario attribuire ad un soggetto (pubblico) un potere (unilaterale) in grado di garantire la cura dell'interesse pubblico.

L'esercizio della funzione amministrativa da parte dei soggetti detentori dei poteri di governo presuppone, quindi, il ricorso a norme in qualche misura derogatorie rispetto al diritto comune: norme sulla attribuzione di potere esorbitante (norme di azione) e norme sull'esercizio del potere (norme di relazione). E, nello stesso tempo, pone il problema dell'esercizio dell'autorità quale problema del diritto amministrativo: individuare una disciplina giuridica – ossia determinati principi, strumenti e regole giuridiche – sull'attribuzione del potere e sull'esercizio (ove necessario) dell'autorità.

5. *Le amministrative pubbliche in senso soggettivo*

Le amministrazioni pubbliche sono definibili come organizzazioni in genere dotate di personalità giuridica, disciplinate dal diritto pubblico, dunque sottoposte ad regime differenziato rispetto alle organizzazioni giuridiche previste dal codice civile.

L'art. 1, co. 2, d.lgs. 20 marzo 2001, n. 165, individua alcune categorie di amministrazioni pubbliche che, tuttavia, non rappresentano la totalità dell'insieme: «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300».

Da ricordare, inoltre, che ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica e in particolare della redazione del conto economico consolidato, la legge 31 dicembre 2009, n. 196, di riforma della contabilità pubblica, ha assegnato all'I.s.t.a.t. il compito di aggiornare annualmente l'elenco delle amministrazioni pubbliche che concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica definiti in ambito nazionale in coerenza con le procedure e i criteri stabiliti dall'Unione europea e ne condividono le conseguenti responsabilità (art. 1, co. 3). L'elenco è compilato sulla base delle norme classificatorie e definitorie del sistema statistico nazionale e comunitario (regolamento UE n. 549/2013 sul Sistema Europeo dei Conti Nazionali e Regionali nell'Unione europea – SEC2010) ed i criteri utilizzati per la classificazione sono di natura statistico-economica. L'ultimo elenco è stato pubblicato nella *G.U.* del 29 settembre 2017, n. 228.

6. *La formazione storica del diritto amministrativo*

La formazione del diritto amministrativo come corpo di regole e principi di diritto pubblico, come disciplina giuridica tipica delle attività di amministrazione (c.d. funzione amministrativa), nonché dell'organizzazione dei soggetti ad essa deputati, è avvenuta attraverso un processo storico complesso che caratterizza la vicenda della costituzione degli Stati moderni.

Questo processo storico ha condotto alla formazione di un sistema di norme connotate da alcuni caratteri specifici. In particolare queste norme: *i*) sono cogenti e inderogabili per i soggetti tenuti ad applicarle; *ii*) escludono la disponibilità dei fini da esse previsti da parte del soggetto agente: il fine è posto nell'interesse della collettività e deve necessariamente esser perseguito attraverso l'azione concreta dei soggetti competenti; *iii*) definiscono gli effetti dell'attività posta in essere, attività che dà luogo a provvedimenti che hanno la capacità di produrre effetti giuridici nella sfera giuridica del destinatario a prescindere dalla volontà di quest'ultimo (imperatività); *iv*) la loro violazione produce l'invalidità dei relativi atti giuridici, sindacabile dal giudice amministrativo cui è attribuita la giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi (art. 113 Cost).

7. Il diritto delle amministrazioni pubbliche tra pubblico e privato

Il sistema del diritto amministrativo, incardinato sul principio di legalità, è stato per lungo tempo rappresentato come dominato dalla centralità della figura del provvedimento amministrativo quale momento in-fungibile di esercizio di un potere funzionale alla cura e alla tutela di interessi pubblici. Questo modello ha finito per condizionare le stesse forme della tutela costruite sulla verifica della corrispondenza dell'atto al relativo paradigma normativo e della conseguente idoneità a conservare l'assetto di interessi fissato dal provvedimento stesso. Un sistema, per converso, nel quale le regole sulla responsabilità – legate alla violazione di regole di condotta suscettibili di provocare conseguenze sul piano risarcitorio (tutela risarcitoria) – sono state, fino a tempi recenti sostanzialmente secondarie e recessive.

Tuttavia l'affermazione che la forma naturale di estrinsecazione del potere è il provvedimento autoritario e unilaterale è vera solo in parte. Se in un primo momento è stata attribuita all'amministrazione «generale possibilità di utilizzare [...] strumenti di diritto privato, salvo che nelle materie o nelle fattispecie nelle quali l'interesse pubblico non può essere perseguito senza l'esercizio di poteri autoritativi» (art. 20, co. 4, lett. *f-bis*, legge n. 59/1997, modif. da art. 1, legge n. 246/2005), poi è intervenuta la disposizione secondo la quale la «pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente» (art. 1, co. 1-*bis*, legge n. 241/1990).

Dunque, il diritto delle amministrazioni pubbliche non è sempre e comunque 'diritto amministrativo' e gli atti posti in essere dalle ammini-

strazioni pubbliche non sono sempre necessariamente ‘atti amministrativi’. Anzi, secondo l’art. 1, co. 1-*bis*, legge n. 241/1990, l’azione della pubblica amministrazione è retta, come regola generale, dalle norme del diritto privato (che è pertanto diritto comune). Questa regola generale conosce due eccezioni.

La prima riguarda l’ipotesi in cui gli atti delle amministrazioni abbiano ‘natura autoritativa’ (ad esempio, l’espropriazione per p.u.). Atti che sono intrinsecamente estranei al diritto privato. E, se si considera che quest’ultimo disciplina i rapporti tra soggetti che sono ordinariamente fondati sul consenso, appare naturale dedurne che si tratti di quegli atti mediante i quali si esercitano i poteri ‘esorbitanti’ attribuiti in molti campi alle pubbliche amministrazioni, ovvero dei «provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati» *ex* art. 21-*bis*, legge n. 241/1990.

L’altra eccezione, si ha nei casi in cui «la legge dispone diversamente». Ossia, la legge può disporre che l’attività della pubblica amministrazione, nonostante l’assenza del carattere autoritario – dunque svolta in applicazione del diritto privato (per esempio, la messa a disposizione di un bene pubblico potrebbe essere realizzata da un contratto di locazione) – sia sottoposta ad una disciplina diversa da quella di diritto privato (ad esempio, nel caso in cui la messa a disposizione di un bene pubblico a favore di un privato avvenga mediante concessione, ossia con un atto sottratto alla applicazione del diritto comune).

Un ultimo profilo da sottolineare.

La regola per la quale, in via di principio, le amministrazioni pubbliche, quando non agiscono autoritativamente, operano applicando il diritto privato, non significa che in questo caso esse svolgono un’attività privata ossia un’attività indistinguibile da quella di un qualsiasi altro soggetto che persegue interessi liberamente scelti. L’attività in questione resta comunque soggetta ai principi e alle regole sullo svolgimento dell’attività amministrativa. Questa conclusione trae conferma da quella stessa previsione che obbliga i «soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative [al] rispetto dei principi di cui al comma 1» [l’«attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario»] (art. 1, co. 1-*ter*, legge n. 241/1990). Se il rispetto di questi principi è imposto espressamente all’attività amministrativa svolta da soggetti privati, la stessa prescrizione non può non valere anche per quell’amministrazione pubblica che ponga in essere atti di diritto privato.

Capitolo 2

Lo sviluppo dei modelli di amministrazione nell'esperienza italiana

SOMMARIO: 1. La formazione storica del sistema amministrativo e un nuovo modello di Stato. – 2. I caratteri fondamentali del sistema amministrativo napoleonico. – 3. Sviluppo del diritto amministrativo nello Stato italiano unitario. – 4. La fisionomia originaria dell'amministrazione pubblica italiana. – 5. Evoluzione del modello organizzativo: dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse. – 6. Il sistema amministrativo nell'ordinamento fascista: il parastato. – 7. La Costituzione repubblicana e l'amministrazione pubblica. – 8. Quale 'amministrazione pubblica' secondo la Costituzione. – 9. La decadenza dell'amministrazione per enti e le riforme dell'ultimo decennio del XX secolo. – 10. L'evoluzione del sistema amministrativo nel XXI secolo.

1. La formazione storica del sistema amministrativo e un nuovo modello di Stato

Con la formazione degli Stati nazionali in Europa a partire dal XVI secolo e il superamento dell'organizzazione feudale, caratterizzata – per quanto qui interessa – da rapporti di tipo pattizio (vassallaggio), l'esistenza di apparati burocratici organizzati è una costante della storia. Con la nascita dello Stato moderno, l'unificazione del potere politico in capo al Re (Stato assoluto) va di pari passo con la formazione di apparati amministrativi stabili, al centro e in periferia, posti alle dirette dipendenze del Sovrano e contrapposti ai poteri locali, fino ad allora rappresentati dai Comuni.

Il momento di svolta in questo processo coincide con la Rivoluzione Francese, che vede la formazione di uno Stato e di un sistema amministrativo fortemente accentrato e gerarchico, alla cui organizzazione e attività presiede un insieme di norme omogenee, il *droit administratif*. In quegli stessi anni, emerge e si afferma il principio della separazione dei poteri, che contribuisce al consolidamento dell'autonomia dell'amministrazione rispetto alle altre funzioni. L'espansione dei compiti dello Stato e l'attribuzione di poteri amministrativi agli apparati burocratici portano alla con-

figurazione della funzione amministrativa come funzione autonoma. In tal senso, lo Stato napoleonico vede il consolidamento di un sistema amministrativo caratterizzato da un'organizzazione burocratica professionale, costituita da una pluralità di uffici, costruita secondo un modello funzionale gerarchico, in grado di svolgere la funzione amministrativa in maniera omogenea e uniforme sull'intero territorio mediante atti speciali dotati di una specifica efficacia, i provvedimenti amministrativi.

Questo modello sarà successivamente 'perfezionato' con la previsione di un apparato giurisdizionale, distinto dal giudice civile, per la tutela (indiretta) del cittadino-borghese nei confronti dell'agire illegittimo dell'organizzazione pubblica.

La mancanza iniziale di un apparato (giurisdizionale) di controllo del potere viene ben presto colmata dalla previsione di un giudice speciale per l'amministrazione. Speciale perché questo giudice non può essere quello civile, a meno di non voler mettere in discussione il principio di separazione dei poteri. Il giudice speciale per l'amministrazione diviene così il *Conseil d'Etat*, che già svolgeva la funzione di consulenza del sovrano e alla quale si aggiunge quella giurisdizionale, il cui scopo sarà quello di controllare la legittimità (la conformità alla legge) degli atti della funzione amministrativa, senza guardare agli interessi dei soggetti coinvolti nella contesa, ma avendo come unica finalità quella di garantire l'interesse (oggettivo) alla legalità dell'azione amministrativa. È chiaro che il *Conseil d'Etat* è privo dei connotati tipici del giudice civile (terzietà e imparzialità), ma questa mancanza dovrebbe essere superata dalla configurazione di una giurisdizione di tipo oggettivo con la precipua funzione di ripristinare la legalità del sistema amministrativo e in grado di offrire al *citoyen* una tutela solamente indiretta, in quanto la rimozione del provvedimento non conforme alla legge può produrre indirettamente un effetto favorevole nella sua sfera soggettiva. La rimozione dell'atto avviene in quanto illegittimo, a prescindere dalla titolarità o meno di una situazione giuridicamente rilevante in capo al ricorrente.

L'attribuzione al *Conseil d'Etat* della funzione di giudice dell'amministrazione segna il momento conclusivo della formazione dello Stato liberale come stato di diritto, uno stato a diritto amministrativo, in cui la funzione amministrativa finisce per trovare il soggetto del proprio controllo.

2. I caratteri fondamentali del sistema amministrativo napoleonico

I caratteri fondamentali del sistema amministrativo uscito dall'esperienza rivoluzionaria francese e dal successivo regime napoleonico sono:

a) Il primato della legge come atto dell'assemblea parlamentare (rap-

presentativa della volontà popolare) e quale *atto che vincola l'attività di* tutti i soggetti dell'ordinamento, quindi anche la funzione amministrativa. È l'affermazione – embrionale – del principio di legalità, della sottoposizione dell'amministrazione (al pari dei soggetti privati) alla legge, i cui caratteri organizzativi e funzionali devono sempre trovare fondamento nella legge.

b) L'attività amministrativa è dotata di caratteri strutturali propri. Quando si inizia a riflettere sulle forme dell'attività, quando si sposta l'attenzione dalla competenza e dai compiti attribuiti all'amministrazione all'attività amministrativa, è allora che si percepiscono i caratteri strutturali propri dell'attività amministrativa, non assimilabili a quelli tipici del soggetto privato, e la centralità del provvedimento amministrativo, quale atto tipico della funzione amministrativa, al centro dello stesso controllo giurisdizionale. Il provvedimento amministrativo possiede caratteri e forza giuridica propri, specifici, come la capacità di produrre effetti nella sfera soggettiva del destinatario a prescindere dal suo consenso (imperatività) e la capacità di realizzare coattivamente le pretese senza necessità dell'intervento del giudice (esecutorietà). Talché la stessa giurisdizione del giudice amministrativo non dà luogo ad un giudizio sul rapporto (come nel caso del giudizio civile) ma ad un controllo sull'atto. Si forma il concetto di atto/provvedimento amministrativo che individua gli atti di amministrazione come atti giuridici distinti sia dalle leggi (e dagli atti normativi in genere) che dagli atti degli organi giurisdizionali (sentenze).

c) L'amministrazione è separata dalla giurisdizione con l'affermazione del principio di sottrazione delle attività di amministrazione alla cognizione dell'autorità giudiziaria. Il baluardo della specialità del diritto amministrativo (rispetto al diritto civile) è dato proprio da questo carattere: la separazione dell'amministrazione dalla giurisdizione e la conseguente sottrazione del provvedimento amministrativo alla giurisdizione del giudice civile.

d) La formazione di un apparato organizzativo a base burocratico-professionale, costituito da soggetti con una preparazione professionale specifica, incardinati nell'organizzazione dello Stato, nella quale si sviluppano le loro carriere.

e) La costruzione dell'organizzazione amministrativa secondo un modello unitario con la soppressione dell'antica varietà delle istituzioni locali. Con l'accentramento amministrativo l'amministrazione territoriale locale viene posta alle dipendenze del centro e quindi dal potere esecutivo. L'organizzazione amministrativa dello Stato è costruita tramite l'aggregazione di una serie di uffici in apparati centrali, di numero variabile in relazione ai compiti assunti dallo Stato, a ciascuno dei quali è affidato un determinato e omogeneo 'ramo dell'amministrazione' e con proprie terminazioni in periferia (ad esempio, il Ministero degli interni e le Pre-

fetture), al vertice del quale è posto un organo politico responsabile, verso il sovrano (e, successivamente, verso il Capo dello Stato, il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Parlamento, a seconda della forma di governo nella quale è inserito il sistema amministrativo).

3. Sviluppo del diritto amministrativo nello Stato italiano unitario

Lo Stato italiano unitario si forma nel 1861 per effetto dell'aggregazione al Regno di Sardegna di una serie di Stati che per secoli avevano governato la penisola. Dopo la concessione dello Statuto albertino (1848) e quindi successivamente alla instaurazione di un sistema di governo costituzionale puro, con la netta separazione tra legislativo ed esecutivo, le istituzioni del Regno di Sardegna e il connesso sistema amministrativo avevano assunto tutti i connotati delle istituzioni francesi. È così che il *droit administratif* finisce per costituire il principale punto di riferimento per il nascente diritto amministrativo dello Stato unitario.

All'inizio, il nuovo Stato unitario appare la mera continuazione del Regno di Sardegna, tant'è che il sovrano conserva il titolo e la precedente numerazione, il Governo e il Parlamento restano quelli anteriori con l'aggiunta di nuovi membri. D'altra parte, la formazione politica del Regno d'Italia come Stato unitario determinò l'esigenza di unificare in un solo modello le diverse organizzazioni preunitarie, sia per quanto riguarda le strutture e le funzioni, sia con riferimento al modo di operare dell'amministrazione. Questo modello finisce per essere quello del Regno di Sardegna, che all'epoca appariva come quello più strutturato e efficace a governare l'unità. Il modello di organizzazione pubblica adottato dal regime napoleonico finisce in questo modo per trovare diretta applicazione anche nella penisola italiana e con esso il modello e le forme giuridiche del *droit administratif*.

Nel 1865 si avvia l'unificazione amministrativa con la legge 20 marzo 1865, n. 2248, costituita da un solo articolo ma da ben sei allegati, distinti con le lettere da A a F relativi, rispettivamente: *a*) all'amministrazione provinciale e comunale; *b*) alla sicurezza; *c*) alla sanità pubblica; *d*) al Consiglio di Stato; *e*) all'abolizione del contenzioso amministrativo; *f*) ai lavori pubblici.

4. La fisionomia originaria dell'amministrazione pubblica italiana

L'amministrazione delineata dalla legge di unificazione del 1865 non si differenziava granché da quella del Regno di Sardegna. Ma appare molto diversa dall'amministrazione che conosciamo oggi. Le strutture orga-

nizzative erano concentrate negli enti territoriali: Stato, Province e Comuni. L'amministrazione pubblica è un corpo compatto, governato dal centro, organizzato secondo il modello ministeriale. È un'amministrazione: *i*) costituita da una mezza dozzina di dicasteri che si occupano di un numero di materie circoscritte; *ii*) fortemente gerarchizzata secondo uno schema rapportabile ad una catena: le politiche si generano al centro e discendono in periferia, attraverso gli ordini e le circolari; *iii*) articolata sulla circoscrizione provinciale al vertice della quale è posto il prefetto; *iv*) in cui la presenza di enti pubblici diversi dagli enti territoriali è molto esigua.

All'accentramento amministrativo è legata l'unitarietà e uniformità del sistema amministrativo sull'intero territorio. Uniformità che è propria, innanzitutto, dell'amministrazione diretta dello Stato: al centro i Ministeri, in periferia le Prefetture, quale apparato amministrativo del decentramento statale con funzioni di controllo sull'intera amministrazione periferica. La conseguenza è il venir meno non soltanto delle forme organizzative che avevano caratterizzato gli Stati pre-unitari, ma altresì la riduzione della stessa vitalità amministrativa dei Comuni, ricondotti all'interno del sistema amministrativo statale.

Tutto questo aveva un importante corollario: l'identificazione della natura pubblica con la qualificazione statale.

Non solo: lo Stato era costruito come il soggetto di riferimento di ogni interesse pubblico e ogni organizzazione preordinata al soddisfacimento di un pubblico interesse finiva per essere ricondotta allo Stato. La stessa presenza dei Comuni e delle Province era ordinata non sul concetto di autonomia ma su quello di autarchia, così da garantire la coincidenza tra l'interesse pubblico attribuito a questi soggetti e quello del soggetto sovrano per antonomasia, lo Stato.

In questo contesto è collocabile l'emblematica vicenda della pubblicizzazione delle Istituzioni di pubblica assistenza e beneficenza (Ipab) ad opera della legge 17 luglio 1892, n. 6972, che conferisce carattere pubblicistico, al fine di assoggettarlo ai controlli governativi, a qualunque istituto sia diretto a prestare ai poveri «assistenza, educazione, istruzione, avviamento a qualche professione, arte o mestiere» (art. 1), in coerenza con l'idea per cui ogni soggetto che cura un interesse qualificabile come pubblico deve essere, a sua volta, pubblico. Su questa disciplina interverrà successivamente la sentenza della Corte costituzionale n. 396/1988, dichiarandone l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 38, ult. co., Cost.

L'altro essenziale profilo che contribuisce alla definizione del sistema amministrativo (e a fondare la specialità del diritto amministrativo) è la sottrazione dell'attività amministrativa alla cognizione dell'autorità giudiziaria, un processo che era iniziato ben prima del 1865 con il sistema

del contenzioso amministrativo, quale settore dell'amministrazione pubblica – articolato in organi specializzati – competente a risolvere le 'questioni' insorte in ordine alle attività di amministrazione. La legge n. 2248/1865, all. E (*legge sul contenzioso amministrativo*) abolisce gli organi del contenzioso amministrativo per attribuire tutte le controversie con l'amministrazione pubblica al giudice ordinario, dando vita ad un sistema giurisdizionale monista (a giudice unico). Ma è un sistema che non funziona sin da subito: sopravviverà appena un venticinquennio. Gli artt. 4 e 5 dell'all. E precludono al giudice ordinario di portare la propria attenzione sul provvedimento amministrativo, sulla funzione amministrativa. Il giudice ordinario può giudicare solo sui profili della responsabilità civile conseguenti all'esercizio della funzione, ma non può incidere sull'esistenza del provvedimento, non lo può annullare, tutt'al più lo può disapplicare ai fini di «conoscere gli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio». La separazione dei poteri (della funzione amministrativa dalla giurisdizione) si spinge fin dentro al sistema monista, precludendo al giudice il controllo sul provvedimento.

Questo modello verrà superato nel 1889 con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato con la legge 31 marzo 1889, n. 5992 (art. 3) e il ritorno alla dualità della giurisdizione. Alla IV Sezione del Consiglio di Stato «spetta di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali».

5. *Evoluzione del modello organizzativo: dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse*

L'originaria scarna composizione dell'amministrazione centrale è in piena sintonia con i fini propri di quello Stato liberale 'monoclasse' costruito sulla normazione del 1865. I fini pubblici sono rappresentati dagli interessi della classe egemone, quella agraria. La fase industriale e l'emersione di nuove classi sociali deve ancora avvenire. Il sistema economico è costruito sul libero mercato, l'ingerenza pubblica nell'attività economica è sconosciuta, l'attività statale, che si prende cura degli interessi che di lì a poco sorgeranno, è qualcosa che al momento dell'unità non è presente: lo Stato è minimo.

Il dogma del libero mercato viene tradotto in una drastica limitazione dei fini perseguiti dall'ordinamento generale: lo Stato quale guardia-

no notturno, che deve vigilare sui confini nazionali e sull'ordine pubblico interno, quell'ordine pubblico interno che deve presidiare, innanzitutto, il principio (e il regime) della inviolabilità della proprietà privata (art. 29 Statuto Albertino), sul quale è conformato quello Stato di diritto.

Un sistema così semplice ed uniforme – in una realtà economico-sociale profondamente diversificata – non poteva reggere alla significativa accelerazione del processo di trasformazione dello Stato liberale. Tra la fine dell'800 e l'inizio del nuovo secolo si assiste alla emersione di nuovi soggetti sociali, di nuovi interessi da curare e da gestire. Di lì a poco, si produce il passaggio dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse. Quando gli interessi da curare e tutelare diventeranno molteplici, muteranno i compiti e le forme dell'amministrazione. All'amministrazione sarà chiesto non solo di essere guardiano, ma anche di rimediare a quelle situazioni di bisogno in grado di ostacolare lo sviluppo economico.

Il centro dell'economia nazionale si sposta dalla terra alla fabbrica: il ciclo di produzione della ricchezza si sposta dalla rendita agraria a quella industriale, la borghesia degli agrari cede il passo alla classe sociale della borghesia capitalista.

Lo Stato liberale non può più limitarsi ad essere uno Stato monoclasse: con la conquista da parte dei ceti medi e del mondo operaio degli strumenti di rappresentanza politica (i partiti), essi reclamano la tutela dei loro interessi che non sono più emarginabili. Il nuovo Stato liberale assume così il compito di rappresentare e mediare tra gli interessi differenziati delle diverse classi sociali. Inizia l'epoca giolittiana dello Stato pluriclasse (1901-1914).

Se dal punto di vista costituzionale, uno dei caratteri dello Stato pluriclasse è l'irrompere nel panorama politico di una pluralità di partiti, cosicché esso diventa più vasto e più partecipato rispetto all'epoca della Destra e della Sinistra storica, dal punto di vista dell'amministrazione si assiste ad una forte accelerazione nella costruzione del sistema amministrativo.

In questo ambito il connotato principale del cambiamento è costituito dall'incremento delle funzioni assegnate all'amministrazione pubblica, la quale non è più unicamente chiamata a tutelare l'ordine giuridico pre-costituito mediante provvedimenti autoritativi. Questo incremento non è solo un aumento quantitativo di compiti, ma è un mutamento qualitativo: amministrare non coincide più con le funzioni di ordine, ma si estende progressivamente allo svolgimento sia di prestazioni di utilità alla generalità dei cittadini o a determinate persone, che di attività che hanno per oggetto il benessere e il progresso economico generale.

L'amministrazione pubblica è chiamata a svolgere un compito positivo entro la vita economica e non soltanto a disciplinare e controllare il processo economico: l'attività dello Stato nell'economia diventa la più

complessa e la più vasta fra quelle che costituiscono l'azione amministrativa. Lo Stato interviene nel processo economico attraverso la gestione dei pubblici servizi, mediante le varie forme di integrazione e sostituzione dell'attività degli enti pubblici a quella dei privati nella produzione di determinati beni, con la realizzazione delle infrastrutture indispensabili per lo sviluppo e la crescita economica di un Paese ancora fortemente arretrato e con profonde disomogeneità territoriali. Lo Stato cessa di essere soltanto gendarme/vigile/poliziotto e diviene qualcosa di assai diverso, comincia ad essere il maestro, l'infermiere, l'operaio.

Questa trasformazione coinvolge tanto le forme dell'attività quanto l'organizzazione. Sotto quest'ultimo profilo, il mutamento si muove lungo due direttrici.

La prima riguarda l'amministrazione centrale: la sua organizzazione viene modernizzata attraverso una migliore articolazione dei ministeri e la creazione di strutture imprenditoriali pubbliche. Esempi della nuova configurazione del sistema amministrativo sono: *a*) la creazione da parte dello Stato della rete di telefonia pubblica (legge 3 maggio 1903, n. 196); *b*) l'istituzione dell'Azienda Autonoma delle Ferrovie dello Stato (legge 22 aprile 1905, n. 137, e legge 7 luglio 1907, n. 429); *c*) la costituzione dell'Istituto nazionale di assicurazioni che gestisce in regime di monopolio tutte le possibili forme di assicurazioni sulla durata della vita umana (legge 4 aprile 1912, n. 305). Sorgono così enti pubblici a livello nazionale che vanno ad aggiungersi all'amministrazione diretta: in questo modo, il sistema amministrativo si evolve, a fianco dell'amministrazione per ministeri compare il primo nucleo di quella che, ancora oggi, definiamo 'amministrazione indiretta' (o 'amministrazione parastatale'), imputabile allo Stato, ma che tuttavia non è incardinata direttamente nei ministeri, ma in soggetti distinti: gli enti pubblici.

La seconda direttrice riguarda le autonomie locali dove fiorisce il fenomeno delle imprese pubbliche, nella forma delle aziende municipalizzate per la gestione dei servizi pubblici locali (legge 29 marzo 1903, n. 103).

Innanzitutto, l'amministrazione centrale.

Il numero dei ministeri aumenta, perché aumentano le competenze che devono essere gestite. La forma, tuttavia, resta sempre la stessa, ministro al centro e prefetto in periferia. Ma la vera novità di questo periodo, come detto, è la creazione di nuovi soggetti pubblici, con la costituzione di enti pubblici, anche di carattere imprenditoriale. Finora lo Stato si era preoccupato solo di ordinare la convivenza civile: ora si occupa anche della produzione di beni e servizi per soddisfare le richieste della collettività. Le decisioni non si formano più unicamente all'interno dei ministeri, ma anche in altri organismi amministrativi, come le aziende.

Quanto all'apparato amministrativo periferico e alle autonomie loca-

li, il fenomeno delle imprese pubbliche è dirompente e muta completamente il panorama. Tra la fine dell'800 e l'inizio del '900 il quadro delle autonomie locali viene rivoluzionato dalle imprese pubbliche che si prendono cura delle esigenze della cittadinanza. La prima legge sulle aziende municipalizzate è del 1903 e consente la costituzione di soggetti distinti dal Comune per la produzione di quei servizi richiesti dalla città.

Si assiste così: *i*) al processo di dilatazione e diversificazione delle strutture organizzative originarie dello Stato e degli enti territoriali minori, che continua ancora oggi; *ii*) al massiccio incremento degli enti pubblici ausiliari e strumentali (il parastato); *iii*) all'introduzione di nuovi modelli organizzativi. La creazione di una organizzazione pubblica multipolare incardinata su una pluralità di enti pubblici è, dunque, la risposta dell'ordinamento alle esigenze derivanti dall'allargamento dei compiti ritenuti di rilievo pubblicistico.

6. *Il sistema amministrativo nell'ordinamento fascista: il parastato*

Nello Stato fascista (30 ottobre 1922-25 luglio 1943), benché l'organizzazione pubblica dello Stato liberale continuasse a sopravvivere con i suoi apparati, i suoi mezzi ed il suo personale, l'amministrazione statale (c.d. diretta) subì un processo di radicale trasformazione. L'organizzazione per ministeri venne razionalizzata con l'accentuazione del carattere gerarchico (r.d. 11 novembre 1923, n. 2395), venne varata una organica disciplina per gli impiegati civili dello Stato (r.d. 30 dicembre 1923, n. 2960), si procedette al riordino della disciplina comunale e provinciale con lo smantellamento del sistema della rappresentanza (r.d. 3 marzo 1934, n. 383).

Ma la novità più significativa, sulla quale interverrà direttamente la Costituzione del 1948, fu l'attribuzione al Governo del potere di dettare le norme sull'organizzazione e sul funzionamento delle amministrazioni dello Stato e degli enti ed istituti pubblici (legge 31 gennaio 1926, n. 100). Mutava così lo strumento di normazione dei pubblici uffici: dalla legge alla fonte regolamentare. La competenza non era più del Parlamento, ma del Governo al quale, d'ora in avanti, spetterà una competenza strategica: organizzare l'amministrazione così da organizzare la società.

Trovò poi conferma il nuovo modello c.d. di 'amministrazione indiretta' o 'per enti', che travalicherà il periodo fascista per caratterizzare gran parte dell'epoca repubblicana. Furono istituiti numerosi enti definiti ausiliari/parastatali (in quanto 'vicini' allo Stato). A fianco della tradizionale amministrazione diretta si sviluppò una imponente amministrazione indiretta, in posizione servente, ausiliaria delle autorità centrali.

La situazione contingente di mercato offrì allo Stato totalitario anche

l'occasione per intervenire nel governo dell'economia, con l'estensione a questo settore del modello di organizzazione per enti: l'intervento pubblico nell'economia iniziò in quel tempo. Nata con finalità di mero salvataggio, la *holding* pubblica (IRI: r.d.l. 23 gennaio 1933, n. 5, conv. in legge 3 maggio 1933, n. 512) sarà destinata a gestire per un cinquantennio le partecipazioni azionarie pubbliche nelle s.p.a. (c.d. azionariato di Stato).

L'opera di modernizzazione si concluse con il completamento dell'incerto sistema di giustizia amministrativa (r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840, poi confluito nel t.u. 26 giugno 1924, n. 1054).

7. La Costituzione repubblicana e l'amministrazione pubblica

Sotto il profilo dell'evoluzione storica del sistema amministrativo, l'assetto dello Stato fascista – in cui parte del mercato è sottratta all'iniziativa privata e l'altra parte del mercato è governata dalla mano pubblica – confluisce nell'ordinamento repubblicano. Il sistema amministrativo non è investito da un processo di rinnovamento: l'amministrazione diretta e quella indiretta mantengono la loro multiforme articolazione. Le novità costituzionali (artt. 5, 41, 43, 95, 97, 98; artt. 114 ss.) restano sullo sfondo, non incidono immediatamente sul sistema, ad eccezione dell'istituto regionale e dell'affermazione del decentramento autonomistico che, tuttavia, iniziano a trovare attuazione solo a partire dagli anni '70. Invero, di questi due ultimi fenomeni viene data – per oltre un ventennio – una lettura fortemente riduttiva: l'ordinamento regionale (ossia un nuovo ente pubblico territoriale) resta inattuato per un ventennio. Il decentramento è inteso come decentramento burocratico che fa scendere – lungo la scala gerarchica – le competenze dall'amministrazione centrale agli apparati dell'amministrazione periferica dello Stato.

Soltanto con l'avvio degli anni '70 si affaccia sulla scena dell'organizzazione pubblica un nuovo soggetto: la Regione. A questo nuovo ente vengono prima trasferite funzioni specifiche (con i d.p.r. del gennaio 1972) e poi con il d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616, si dà avvio un ampio processo di decentramento con un copioso trasferimento di funzioni che troverà un successivo sviluppo nella seconda metà degli anni '90 e poi nella riforma costituzionale del 2001 (legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3).

8. Quale 'amministrazione pubblica' secondo la Costituzione

La Costituzione non contiene una definizione di amministrazione pubblica, ma l'insieme delle norme riferibili direttamente o indirettamente ad

essa rivelano una sua specifica qualificazione in termini di organizzazione pubblica dell'attività in funzione degli interessi e al servizio dell'insieme dei cittadini.

Innanzitutto, l'amministrazione è definibile quale organizzazione 'pubblica' perché gli interessi di cui si occupa sono quelli di un numero indeterminato di individui considerati nel loro complesso come collettività (quale insieme dei cittadini), che rappresentano l'elemento soggettivo costitutivo di Comuni, Città metropolitane, Province, Regioni, Stato.

Poi, amministrazione pubblica è 'attività' perché destinata a concretizzarsi in un'azione di organizzazione e regolazione della convivenza civile.

Infine, amministrazione pubblica è funzione al servizio dell'insieme dei cittadini.

Quest'ultimo aspetto impone una specificazione. L'idea di amministrazione non è disgiunta dal principio di libertà che organizza il sistema sociale: ogni persona è libera di stabilire quali sono i propri interessi e di soddisfarli nel modo che ritiene migliore. Questa idea deve peraltro essere collocata nel tessuto costituzionale. Se fosse presa di per sé, infatti, saremmo di fronte ad un modello in cui l'intervento dell'amministrazione pubblica sarebbe configurabile soltanto laddove la cura individuale dell'interesse non fosse possibile (pensiamo alla cura dell'ambiente) ovvero allorché la cura dell'interesse individuale risultasse inconciliabile con quello degli altri.

Tuttavia l'idea di amministrazione pubblica come funzione al servizio dell'insieme dei cittadini, inserita nel tessuto costituzionale, rinvia ad un concetto di amministrazione il cui intervento e le cui attività si manifestano non soltanto laddove vi è un'insufficienza dell'individuo nella cura del proprio interesse, ma anche per promuovere la cura di interessi e bisogni idonei a dare attuazione ai principi fondamentali della Carta costituzionale. L'idea dell'amministrazione che sopperisce alle carenze individuali non coincide con il ruolo che la Costituzione le attribuisce. La posizione dell'amministrazione pubblica è data, allora, dall'attuazione di quei principi fondamentali di solidarietà ed uguaglianza (artt. 2 e 3 Cost.), che presuppongono un soggetto in grado di compiere un'analisi della situazione concreta, di scegliere tra le opzioni possibili e di cooperare con gli attori in gioco, senza restarne prigioniero.

Il ruolo dell'organizzazione pubblica non è quindi costruibile come sussidiario (principio di sussidiarietà: cfr. adesso art. 118, co. 4, che lo ha espressamente costituzionalizzato) nei confronti dei privati e delle loro organizzazioni. L'art. 118, co. 4, Cost. afferma il principio di sussidiarietà orizzontale, ma questo non comporta che la posizione dell'amministrazione possa essere ricondotta ad un ruolo di mera supplenza rispetto al privato e al mercato. L'organizzazione e l'attività amministrati-

va è imprescindibile allorché si intenda dare attuazione e concretizzare i principi costituzionali.

9. *La decadenza dell'amministrazione per enti e le riforme dell'ultimo decennio del XX secolo*

Nel momento della sua maggiore ed incontrastata espansione, l'amministrazione per enti entra in crisi. A partire dalla metà degli anni '80 inizia ad essere messo in discussione quello che negli anni passati era stato definito il *welfare state*. Il successivo decennio si apre con una fase di grave crisi finanziaria dello Stato, nel corso della quale si affermano nuove ideologie che coinvolgono il ruolo dello Stato e la sua presenza in relazione allo sviluppo della persona.

Inizialmente tutto ciò coincide con l'avvio del processo di privatizzazione degli enti pubblici economici: l'art. 1, d.l. 5 dicembre 1991, n. 386 (conv., con modif., nella legge 29 gennaio 1992, n. 35), dispone la trasformazione degli enti di gestione delle partecipazioni statali e degli altri enti pubblici economici, nonché delle aziende autonome statali, in società per azioni. Il successivo d.l. 11 luglio 1992, n. 333 (conv., con modif., in legge 8 agosto 1992, n. 359) ha disposto la trasformazione in società per azioni dell'Istituto nazionale per la ricostruzione industriale (IRI), dell'Ente nazionale idrocarburi (Eni), dell'Istituto nazionale assicurazioni (Ina) e dell'Ente nazionale energia elettrica (Enel). Le nuove società, inizialmente possedute interamente dallo Stato, sono state successivamente cedute, in tutto o in parte, sul mercato, passando da una privatizzazione formale ad una privatizzazione sostanziale. Questo processo ha coinciso con il mutamento del ruolo dello stesso Stato che, dismesse le vesti di operatore economico e di produttore di servizi a favore della collettività, ha assunto progressivamente quello di mero regolatore della concorrenza e del mercato.

A questo processo si aggiungono le riforme amministrative degli anni '90 che disegnano nuovi modelli organizzativi. Nel loro insieme, le riforme sono ispirate ai principi: *i*) della distinzione/separazione delle funzioni di indirizzo e di controllo dalle funzioni operative di gestione; *ii*) della razionalizzazione e flessibilità organizzativa; *iii*) della semplificazione amministrativa. Tra le riforme di questi anni vanno ricordate quella delle autonomie locali (legge 8 giugno 1990, n. 142), la legge 7 agosto 1990, n. 241, che contiene i principi e le regole dell'azione amministrativa; infine il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, sulla riforma del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni.

Questa evoluzione si è, poi, accompagnata ad un altro processo riformatore: il c.d. federalismo amministrativo (legge 15 marzo 1997, n. 59, e

legge 15 maggio 1997, n. 127), dove i poteri locali diventano una sorta di baricentro dell'amministrazione pubblica. Si tratta di un modello che non si limita a dare un diverso assetto alle autonomie locali, ma tende ad intervenire radicalmente nella distribuzione della funzione amministrativa tra i vari livelli territoriali di governo. Questa novità è legata all'introduzione del principio di sussidiarietà verticale («le funzioni amministrative sono attribuite ai comuni, salvo che per assicurarne l'esercizio unitario debbano essere conferite ad altri soggetti»: art. 118, co. 4, Cost.): il governo dell'interesse pubblico deve essere collocato al livello più prossimo al luogo d'insorgenza del medesimo. Il Comune, quale ente locale di prossimità, diventa così il centro di gravità del sistema organizzativo che in ascesa si sviluppa con le successive autonomie provinciali e regionali. L'applicazione del principio di sussidiarietà verticale significa che l'intervento dell'ente territoriale superiore si giustifica quando quello sottostante non è in grado di curare quel determinato interesse. Questa fase si chiude con la modifica del Titolo V della Costituzione che consolida il principio di autonomia degli enti locali e quelli sussidiarietà (anche orizzontale), di adeguatezza e differenziazione.

10. *L'evoluzione del sistema amministrativo nel XXI secolo*

Gli ultimi venti anni del secolo scorso hanno visto, dunque, un imponente sforzo di riforma, tradotto in leggi generali sull'organizzazione, sul procedimento, sul personale pubblico, sui rapporti fra centro e periferia, sulla distribuzione delle funzioni, sulla finanza pubblica, sui controlli. A queste si sono aggiunte nei primi quindici anni di questo secolo altre ed ulteriori riforme, più spesso indirizzate a questioni specifiche o trasversali: la semplificazione, la codificazione, la dirigenza amministrativa, la valutazione, le società pubbliche, la trasparenza, l'accesso, la lotta alla corruzione amministrativa.

Tra queste va, innanzitutto, richiamata quella contenuta nel d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, che rappresenta il tentativo di migliorare l'efficienza, la trasparenza e la produttività delle amministrazioni pubbliche, sottolineando la necessità di avere servizi pubblici di qualità ed un alto livello di *performance* organizzativa e individuale. Gli obiettivi perseguiti dalla riforma, sono una «migliore organizzazione del lavoro, il rispetto degli ambiti riservati rispettivamente alla legge e alla contrattazione collettiva, elevati standard qualitativi ed economici delle funzioni e dei servizi, l'incentivazione della qualità della prestazione lavorativa, la selettività e la concorsualità nelle progressioni di carriera, il riconoscimento di meriti e demeriti, la selettività e la valorizzazione delle capacità e dei risultati ai fini degli incarichi dirigenziali, il rafforzamento dell'autonomia, dei po-

teri e della responsabilità della dirigenza, l'incremento dell'efficienza del lavoro pubblico ed il contrasto alla scarsa produttività e all'assenteismo, nonché la trasparenza dell'operato delle amministrazioni pubbliche anche a garanzia della legalità» (art. 1, co. 1). Tra le principali novità: *i*) l'introduzione del concetto di *performance* quale presupposto per una valutazione delle amministrazioni e dei dipendenti volta al miglioramento e al riconoscimento del merito; *ii*) la previsione di uno stretto collegamento tra *performance*, valutazione, premialità e trasparenza; *iii*) una procedura semplificata per le sanzioni disciplinari, con la definizione di un catalogo di infrazioni particolarmente gravi assoggettate al licenziamento; *iv*) la riforma della contrattazione collettiva, volta a chiarire gli ambiti di competenza rispettivi dell'amministrazione e della contrattazione; *v*) il rafforzamento delle responsabilità dirigenziali.

L'ultima riforma amministrativa è quella contenuta nella legge 7 agosto 2015, n. 124, che contiene deleghe legislative in materia di pubblico impiego, riorganizzazione dell'amministrazione statale centrale e periferica, digitalizzazione dell'amministrazione pubblica, semplificazione dei procedimenti amministrativi, razionalizzazione e controllo delle società partecipate, anticorruzione e trasparenza, e il cui obiettivo appare quello di definire, mediante interventi settoriali, una nuova architettura complessiva dell'intero sistema amministrativo.

Capitolo 3

Diritto amministrativo e diritto europeo

SOMMARIO: 1. Ordinamento europeo e sistema amministrativo nazionale. – 2. I principi/valori della normativa europea. – 3. I canali di propagazione del processo di europeizzazione. – 4. I rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo. Il progressivo affermarsi del principio del primato del diritto europeo. – 5. L'equiordinazione delle norme e la separazione degli ordinamenti. – 6. La tesi dualistica degli ordinamenti autonomi e distinti e l'incostituzionalità delle norme interne in contrasto con il diritto europeo. – 7. La tesi dualistica e il potere-dovere del giudice comune di disapplicare le norme interne in contrasto con il diritto europeo. – 8. Il superamento della tesi dualistica e l'affermazione della tesi monistica. – 9. Il rinvio pregiudiziale: conclusione di una vicenda di integrazione? – 10. I principi direttamente enunciati o desumibili dalla normativa europea. – 11. I principi generali comuni ai diritti degli Stati membri. – 12. Gli ambiti di condizionamento europeo sulla disciplina dell'amministrazione pubblica.

1. Ordinamento europeo e sistema amministrativo nazionale

La ricostruzione dell'evoluzione del sistema amministrativo deve affrontare, per completezza, il tema del suo condizionamento da parte del diritto europeo: l'assetto organizzativo e funzionale è influenzato, in molti ambiti, dal diritto europeo ed è molto frequente incontrare discipline di diritto amministrativo che hanno origine e fondamento nel diritto europeo, dal diritto alimentare al diritto dei contratti pubblici.

La presenza dell'ordinamento europeo si è progressivamente intensificata ed è divenuta sempre più avvertita, sia in relazione agli ambiti che alle trasformazioni indotte. Questo fenomeno, solitamente, viene indicato con l'espressione 'europeizzazione' del sistema amministrativo: l'espressione fa riferimento al processo di adesione e conformazione dell'ordinamento nazionale al sistema di regole e valori proposto dalle istituzioni europee. Con un effetto su tutti: di avvicinamento (sul piano giuridico) dei sistemi nazionali, anche se il suo sviluppo nei diversi Paesi non appare sempre omogeneo. Talché esso non è necessariamente un processo di armonizzazione multilaterale trattandosi talvolta di un mero adeguamento unilaterale del singolo Paese.

L'attenzione va indirizzata all'azione che il diritto dell'Unione europea svolge nei confronti dell'insieme del sistema amministrativo degli Stati membri. Questa azione è, innanzitutto, caratterizzata dal passaggio da un modello di Stato interventista e imprenditore – legato all'idea di *welfare state* – a un modello di Stato che rinuncia a dirigere e gestire direttamente attività economiche e sociali per assumere il ruolo di regolatore pubblico dell'attività svolte dai privati per garantirne condizioni di funzionamento efficiente (c.d. Stato regolatore). Per questo aspetto, sono configurabili due differenti forme di regolazione pubblica: la prima preordinata a promuovere finalità sociali e a garantire che l'attività privata, svolta in regime di concorrenza, non pregiudichi gli interessi pubblici ritenuti rilevanti (ad esempio, tutela dell'ambiente o quella della salute). La seconda, finalizzata a massimizzare l'efficienza economica del mercato e a soddisfare, di riflesso, le esigenze dei soggetti privati nella loro veste di 'consumatori' ma non sempre anche di 'cittadini'.

2. I principi/valori della normativa europea

La disciplina europea ha, da sempre, una forte impronta mercantile. Essa esprime valori che non sono estranei alla Costituzione, basti pensare alla libertà d'impresa. Tuttavia, nell'ordinamento interno, questi valori sono collocati in un contesto costituzionale che attribuisce allo Stato un ruolo attivo nella definizione dei contenuti della cittadinanza (basti pensare, per tutti, all'art. 3, co. 2, Cost.: «è compito della Repubblica ...») e sono stati oggetto di un attento bilanciamento con le esigenze sociali presenti nella Costituzione, così da risultare più spesso recessivi.

L'art. 41 Cost. contiene una chiara affermazione del principio di libertà d'impresa e della concorrenza mercantile. L'affermazione a livello europeo della concorrenza e del mercato non rompe il disegno costituzionale: il co. 1 («l'iniziativa economica è libera») è infatti l'affermazione più limpida della libertà d'impresa, dunque della concorrenza. L'art. 41 Cost., tuttavia, contiene anche un co. 3 ove è affermato che la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata a fini sociali: quindi prevede una presenza attiva dello Stato nel processo economico, una presenza che si è tradotta, in una certa stagione politica, in un'idea di programmazione economica in cui lo sviluppo e la crescita economica sono stati legati ad un ruolo di governo dell'economia da parte dello Stato.

Sotto questo profilo, il processo di europeizzazione ha percorso due strade.

La prima è l'affermazione del primato delle libertà individuali (prima tra tutte quella di libera circolazione dei lavoratori) e della loro necessa-

ria coesistenza e armonizzazione quale mezzo per la creazione del mercato unico.

La seconda è costituita dal rafforzamento di taluni valori – già presenti nell'ordinamento – nel bilanciamento sotteso alle scelte da farsi a livello normativo e amministrativo. È così che l'art. 41, co. 1, Cost. ha assunto una specifica centralità nell'ordinamento che ha condotto al dissolvimento di gran parte di quelle misure di monopolio e di riserva nell'attività economica a favore dello Stato. Pensiamo all'art. 43 Cost.: questa norma è stata per lungo tempo il presupposto attraverso cui tutta una serie di attività economiche hanno finito per costituire oggetto di monopolio pubblico. Ai fini di utilità generale, la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale (art. 43 Cost.). Ad esempio, in materia di servizi pubblici economici, la produzione in regime monopolistico dell'energia elettrica è stato l'esito della nazionalizzazione dell'intero settore in forza dell'applicazione dell'art. 43 Cost. C'è stato, infatti, un periodo in cui l'energia elettrica era prodotta da una pluralità di operatori: all'inizio degli anni '60 (l'epoca del boom economico), per garantire uno sviluppo omogeneo del Paese e per sopperire alla richiesta di energia elettrica che veniva dalla società, lo Stato procedette alla nazionalizzazione dell'energia elettrica. Quella che in precedenza era un'attività privata divenne, così, un'attività pubblica, gestita da un ente pubblico economico, il cui acronimo sopravvive ancora oggi: Enel (Ente nazionale energia elettrica). Fino a quando non è stato avviato il processo di liberalizzazione dell'attività economica, accompagnato dalla privatizzazione degli enti pubblici economici, questa attività è stata prodotta dallo Stato in regime di monopolio *ex art.* 43 Cost. All'inizio degli anni '60, nel bilanciamento degli interessi, che presiedeva alle decisioni in materia economica e al ruolo della c.d. 'mano pubblica', ha preso il sopravvento una certa lettura del testo costituzionale che poi è divenuta recessiva man mano che il diritto dell'Unione europea ha sempre più condizionato la disciplina interna.

Questa conclusione non significa, peraltro, che il diritto europeo non contempli ipotesi di promozione e di tutela di altri interessi (economici ed extra economici). È il Trattato stesso a prevedere che, per promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione, questa sviluppi e prosegua la propria azione intesa a realizzare il rafforzamento della sua coesione economico, sociale e territoriale (artt. 174 ss. TFUE). Ancora, in tema di servizi pubblici è disposto che, al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai

servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati (art. 36 Carta dei diritti fondamentali; art. 3, § 3, direttiva 97/65/CE). Infine, possono essere richiamati quegli interventi preordinati a conseguire un sviluppo economico sostenibile, coerente con un uso e una gestione prudente delle risorse naturali: ad esempio per controllare le emissioni industriali e ridurne la quantità, l'Unione ha previsto un sistema di autorizzazioni integrate e il rilascio dell'autorizzazione da parte all'autorità competente deve tener conto di tutte le prestazioni ambientali di un impianto per evitare che l'inquinamento sia spostato da un elemento (l'atmosfera, l'acqua o il suolo) ad un altro (direttiva 2010/75/UE sulle immissioni industriali).

3. I canali di propagazione del processo di europeizzazione

I valori e i modelli che l'ordinamento europeo persegue e che impone agli Stati membri penetrano attraverso canali variegati.

Innanzitutto, sono le singole amministrazioni nazionali che devono conformare la propria azione alla normativa europea (specie ai regolamenti e alle direttive) nella cura dell'interesse pubblico. Un esempio tipico (e attuale) è la materia dei contratti pubblici, la cui disciplina è interamente di derivazione europea, caratterizzata da una finalità principale, quella di aprire il mercato, di garantire a tutti gli operatori economici di partecipare alle procedure concorsuali che precedono la conclusione di un contratto pubblico.

Poi, è il diritto europeo a prevedere vere e proprie politiche pubbliche da attuare attraverso le amministrazioni nazionali. Mentre l'amministrazione pubblica pertiene necessariamente ad un pubblico potere – da cui riceve gli indirizzi ed a cui è legata da particolari vincoli organizzativi – l'esistenza dell'Unione europea pone il problema della configurazione di un'amministrazione nazionale che – con le forme e i mezzi del diritto interno – fornisca applicazione al diritto europeo: è il c.d. fenomeno dell'amministrazione europea indiretta. In queste ipotesi, l'Unione europea affida ai singoli Stati membri il compito di sviluppare la disciplina europea attraverso i propri apparati amministrativi interni e secondo le proprie regole, la cui attività è configurata come funzione doverosa che deve necessariamente essere svolta per raggiungere gli obiettivi prestabiliti in sede europea. Ne è un esempio tipico il settore dell'agricoltura ed, in particolare, la disciplina del mercato agricolo, oggi in gran parte di competenza del diritto europeo.

Questa ultima modalità dà luogo ai maggiori problemi perché in queste ipotesi le amministrazioni nazionali devono esercitare i propri poteri applicando il diritto europeo e in una qualche misura, variabile in rela-

zione alle differenti fattispecie, anche il diritto nazionale. Talché deve distinguersi il caso in cui l'amministrazione nazionale sia tenuta a rispettare i regolamenti europei, da quella in cui sia chiamata a dare attuazione alle direttive. Queste due ipotesi presentano caratteristiche diverse in relazione alla diversa efficacia degli atti normativi europei, ma entrambe pongono il problema della uniformità dell'applicazione delle regole. L'applicazione uniforme del diritto dell'Unione europea e, dunque, la certezza giuridica viene garantita attraverso il c.d. rinvio pregiudiziale nei casi in cui l'esercizio dei poteri amministrativi in applicazione di norme comunitarie (ovvero di una disciplina interna di recepimento della normativa europea) abbia dato luogo a controversie dinanzi al giudice nazionale concernenti la legittimità dei singoli provvedimenti adottati. Mediante il rinvio pregiudiziale un giudice nazionale può, così, interrogare la Corte di giustizia dell'Unione europea sull'interpretazione o sulla validità del diritto europeo nell'ambito di quella vicenda giuridica oggetto della sua decisione.

Quest'ultimo aspetto richiama il principale canale di propagazione del processo di europeizzazione, ossia la relazione tra le fonti normative europee e quelle interne.

4. I rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo. Il progressivo affermarsi del principio del primato del diritto europeo

I rapporti tra ordinamento interno e ordinamento europeo hanno costituito oggetto, nel corso degli anni, di un lungo processo evolutivo scandito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale. Questo processo è stato contrassegnato dall'esigenza di rendere sempre più compatibili i due ordinamenti ed ha finito per assicurare una forte europeizzazione del sistema e del diritto amministrativo.

L'opera della Corte costituzionale è stata per questo aspetto decisiva. Anzitutto perché si è trattato di definire le relazioni tra l'ordinamento interno e un ordinamento, quale quello dell'Unione europea, nuovo e diverso dalle comuni organizzazioni internazionali. Pertanto, il tradizionale approccio dualistico, improntato alla separazione degli ordinamenti giuridici, che connota i rapporti tra soggetti internazionali, appariva inadeguato.

Oggi, il punto di approdo è costituito dal riconoscimento di un rapporto di reciproca integrazione e coordinamento regolato dal principio di sussidiarietà e proporzionalità nell'esercizio delle rispettive competenze e dal primato del diritto europeo, primato che ha un significato ben preciso, e cioè che qualsiasi norma interna contrastante con il diritto europeo direttamente applicabile deve essere disapplicata sia dal giudice naturale che dalla pubblica amministrazione.

A questo risultato interpretativo si è giunti attraverso una complessa evoluzione, nell'ambito della quale possono individuarsi quattro ben distinte fasi.

5. *L'equiordinazione delle norme e la separazione degli ordinamenti*

Nella prima fase, la Corte costituzionale ha escluso la prevalenza del diritto europeo sul diritto nazionale, ritenendo che il rapporto tra norme europee e norme interne (al pari del rapporto tra norme internazionali e norme interne) fosse di equiordinazione. Con la sent. 24 febbraio 1964, n. 14 (caso *Costa c. Enel*), la Corte costituzionale ritenne che l'art. 11 Cost. non conferisse alla legge esecutiva dei Trattati alcuna efficacia superiore a quella delle altre leggi ordinarie: talché, gli atti comunitari immessi nel nostro ordinamento con legge ordinaria dovevano essere valutati in base al criterio cronologico della successione delle leggi nel tempo e, quindi, considerati abrogabili da leggi interne posteriori.

6. *La tesi dualistica degli ordinamenti autonomi e distinti e l'incostituzionalità delle norme interne in contrasto con il diritto europeo*

Le sentt. 18 dicembre 1973, n. 183 (caso *Frontini*), e 30 ottobre 1975, n. 232 (*Industrie chimiche farmaceutiche Italia centrale s.p.a. c. Ministro del commercio con l'estero*), inaugurano la seconda fase con un primo riconoscimento del principio del primato del diritto europeo su quello interno.

La Corte costituzionale chiarisce che i rapporti tra i due ordinamenti sono fondati sui seguenti principi: *i*) l'attribuzione di potestà normativa agli organi delle Comunità europee, con la corrispondente limitazione di quella propria dei singoli Stati membri, ha fondamento nell'art. 11 Cost., che legittima le limitazioni dei poteri dello Stato a favore delle Comunità in ordine all'esercizio delle funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale; *ii*) i regolamenti emanati dai competenti organi delle Comunità europee appartengono all'ordinamento proprio delle Comunità: il diritto di queste e il diritto interno dei singoli Stati membri possono configurarsi come sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato; *iii*) le esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ri-

cezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge, in modo tale da conseguire applicazione uguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari; *iv*) i regolamenti delle Comunità, quali fonte immediata di diritti ed obblighi sia per gli Stati sia per i loro cittadini in quanto soggetti delle Comunità, non devono essere oggetto di provvedimenti statali a carattere riproduttivo, integrativo o esecutivo, che possano comunque differirne o condizionarne l'entrata in vigore, e tanto meno sostituirsi ad essi, derogarvi o abrogarli, anche parzialmente.

In virtù di questi argomenti e in particolare del fatto che i rapporti tra le fonti nazionali ed i regolamenti comunitari debbono essere definiti in termini di competenza, escluso il potere di disapplicazione da parte del giudice comune delle norme interne in contrasto con quelle comunitarie, la violazione dei regolamenti comunitari da parte di leggi ordinarie – per invasione della loro sfera di competenza – costituisce, secondo questa ricostruzione, una violazione mediata dell'art. 11 Cost. e pertanto tali leggi possono essere impugnate davanti alla Corte costituzionale per un vizio di legittimità.

7. La tesi dualistica e il potere-dovere del giudice comune di disapplicare le norme interne in contrasto con il diritto europeo

Le critiche mosse dalla Corte di giustizia a quest'ultima impostazione sono state recepite dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. 5 giugno 1984, n. 170 (caso *Granital*), che inaugura la terza fase dell'evoluzione dei rapporti tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale e determina l'allineamento tra le posizioni delle due Corti per quanto riguarda il sindacato diffuso sull'eventuale contrasto tra norma interna e diritto dell'Unione europea.

Tuttavia, le impostazioni di fondo della Corte di giustizia e della Corte costituzionale restano ancora divergenti. Mentre per la Corte di giustizia i due ordinamenti (europeo e nazionale) sarebbero legati da un rapporto di integrazione, nel senso che pur distinti dal punto di vista genetico, confluiscono nell'ambito di un ordinamento unitario, la Corte costituzionale continua a professare la loro autonomia e separatezza, anche se tra loro coordinati: le norme europee continuano a far parte di un ordinamento esterno, al quale si coordina quello nazionale per effetto di un peculiare fenomeno di ritrazione della legge statale in adempimento ad obblighi internazionali sanciti con il Trattato. Secondo questa ricostruzione, per effetto dell'operare congiunto dell'art. 11 Cost. e della legge di esecuzione del Trattato, l'ordinamento nazionale si ritirerebbe lasciando uno spazio libero alla produzione normativa del distinto ed autonomo ordinamento europeo. La norma interna incompatibile non sarebbe tuttavia né

abrogata, né affetta da invalidità: resterebbe semplicemente quiescente, ossia temporaneamente incapace di trovare applicazione perché il suo campo è stato occupato da una norma europea rispetto alla quale la norma nazionale deve ritrarsi. Con la conseguenza che il giudice comune deve considerarla *tamquam non esset*.

La Corte costituzionale conferma, così, la natura dualistica dei due ordinamenti, autonomi e distinti, benché coordinati secondo il riparto di competenza fissato nei Trattati, ma archivia il criterio gerarchico di risoluzione delle antinomie. Essa affida al giudice comune il compito di garantire la prevalenza delle norme comunitarie direttamente applicabili, attraverso il potere-dovere di disapplicare le norme interne in contrasto con i regolamenti comunitari (o con altre norme comunitarie direttamente applicabili), senza bisogno di sollevare questione di costituzionalità sulle prime. Al giudizio di costituzionalità rimangono assoggettate sia la legge di esecuzione del Trattato di Roma in caso di violazione dei c.d. 'controlimiti', sia le leggi interne che impediscono o pregiudicano la perdurante osservanza dei Trattati.

La Corte ha, poi, definito ulteriormente i termini della questione, chiarendo che sono direttamente applicabili anche le sentenze interpretative e di inadempimento della Corte di giustizia (sentt. 23 aprile 1985, n. 113, e 11 luglio 1989, n. 389), nonché le direttive, allorché sia scaduto il relativo termine di recepimento ed esse risultino incondizionate e sufficientemente precise (c.d. direttive dettagliate) (sentt. 2 febbraio 1990, n. 64, e 18 aprile 1991, n. 168). Inoltre, non spetta soltanto al giudice disapplicare la normativa interna con tali atti incompatibile, ma anche alla pubblica amministrazione (sent. 11 luglio 1989, n. 389).

8. *Il superamento della tesi dualistica e l'affermazione della tesi monistica*

Il successivo momento di questo processo evolutivo è rappresentato dalle aperture della giurisprudenza costituzionale alla tesi monistica patrocinata dalla Corte di giustizia. Con sent. 10 novembre 1994, n. 384, la Corte ha ritenuto ammissibile giudicare della legittimità costituzionale di leggi statali o regionali impugnate in via principale per violazione di norme comunitarie direttamente applicabili e, quindi, per violazione mediata dell'art. 11 Cost.

La sent. n. 384/1994, nell'ambito di un giudizio di costituzionalità sollevato in via principale avverso una legge regionale, ha per la prima volta affermato l'esigenza di depurare l'ordinamento nazionale da norme incompatibili con quelle comunitarie mediante una dichiarazione d'illegittimità costituzionale. Secondo la Corte «poiché nei giudizi di costituzio-

nalità in via principale l'oggetto del giudizio stesso, non è una norma in quanto applicabile, ma una norma di per sé lesiva delle competenze costituzionalmente garantite alle regioni (nel caso di impugnazione di leggi statali da parte delle regioni) o *ex se* violatrice di norme costituzionali (nel caso di impugnazione di leggi regionali da parte dello Stato) [...], non si rinviene, come invece nei giudizi in via incidentale, alcun ostacolo processuale in grado di precludere alla Corte la piena salvaguardia, con proprie decisioni, del valore costituzionale della certezza e della chiarezza normativa di fronte a ipotesi di contrasto di una norma interna con una comunitaria». Sono, quindi, i principi di certezza giuridica e di conformità dell'ordinamento interno a quello comunitario che impongono alla Corte, adita con ricorso in via principale dello Stato, di giudicare della compatibilità comunitaria delle leggi statali e regionali.

La tesi dell'integrazione tra i due ordinamenti parrebbe trovare conferma, dopo la riforma del Titolo V, anche a livello costituzionale: il riferimento è ai vincoli derivanti dall'ordinamento europeo all'esercizio della potestà legislativa statale e regionale previsti dall'art. 117, co. 1, Cost. L'efficacia delle norme europee non sarebbe più frutto di una scelta contingente e reversibile, ma diviene una situazione compiuta nella quale lo Stato italiano ha deciso di integrarsi in modo permanente in sede europea, trasformando il proprio ordinamento in ordinamento parziale di un ordinamento unitario.

L'impostazione monista trova la sua definitiva affermazione nella sent. 28 gennaio 2010, n. 28, dove, per la prima volta, la Corte dichiara l'inconstituzionalità, in un giudizio in via incidentale, di una norma interna confliggente con una norma comunitaria non direttamente applicabile, stante l'impossibilità di operarne la disapplicazione o di correggerla mediante una interpretazione conforme. In particolare, la Corte afferma che le norme europee «sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell'ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost.», mostrando così una chiara apertura a favore della tesi monista (§ 7 *consid. in diritto*).

9. Il rinvio pregiudiziale: conclusione di una vicenda di integrazione?

Una tappa importante nell'evoluzione dei rapporti tra diritto interno e diritto europeo è rappresentata dall'ord. 15 aprile 2008, n. 103 (e, più di recente, dall'ord. 18 luglio 2013, n. 207), con la quale la Corte costituzionale ha, per la prima volta, ammesso nel giudizio di costituzionalità delle leggi la possibilità di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE (*ex art. 234 TCE*).

L'ordinanza evidenzia «che, quanto alla sussistenza delle condizioni perché questa Corte sollevi davanti alla Corte di giustizia CE questione

pregiudiziale sull'interpretazione del diritto comunitario, va osservato che la Corte costituzionale, pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno, costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234, § 3, del Trattato CE e, in particolare, una giurisdizione di unica istanza (in quanto contro le sue decisioni – per il disposto dell'art. 137, co. 3, Cost. – non è ammessa alcuna impugnazione): essa, pertanto, nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale è legittimata a proporre questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia CE; che, in tali giudizi di legittimità costituzionale, a differenza di quelli promossi in via incidentale, questa Corte è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia; che conseguentemente, ove nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale non fosse possibile effettuare il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 del Trattato CE, risulterebbe lesa il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia CE».

10. *I principi direttamente enunciati o desumibili dalla normativa europea*

I principi affermati dalla normativa comunitaria appartengono a due diverse specie: quelli direttamente enunciati o desumibili dalla normativa europea e quelli comuni agli ordinamenti degli Stati membri.

Alla prima categoria appartengono, innanzitutto, i principi enunciati dal Trattato dell'Unione europea quali valori comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini. Questi principi sono quelli dello Stato di diritto, nonché di quelli in punto di rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e, più in generale, del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze (art. 2).

Altri esempi significativi di principi enunciati direttamente dai Trattati sono quelli immediatamente espressione del principio democratico: il principio dell'uguaglianza dei cittadini (art. 9 TUE) e il principio della massima possibile trasparenza del modo in cui sono prese le decisioni (art. 1, co. 2, TUE).

Ancora, con riferimento in maniera più specifica all'attività amministrativa, devono essere ricordati *i*) il principio di sussidiarietà, in relazione all'allocazione delle funzioni tra l'Unione europea e gli Stati membri e tra i livelli di governo interni agli Stati membri (art. 5, co. 1 e 2 TUE) e *ii*) il principio di proporzionalità, che riguarda anche l'amministrazione laddove eserciti poteri discrezionali (art. 5, co. 1 e 4, TUE).

In secondo luogo, l'Unione riconosce «i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati» (art. 6, co. 1, TUE).

Tra i principi della Carta dei diritti, qui interessa in maniera specifica il diritto ad una buona amministrazione (art. 41), che configura il diritto di ogni individuo ad ottenere che le questioni che lo riguardano siano trattate «in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole» (art. 41, co. 1) dalle istituzioni e dagli organo dell'Unione europea.

La stessa disposizione, poi, specifica il suo contenuto configurando «il diritto di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio, il diritto di accedere al fascicolo che lo riguarda nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale, l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni» (art. 41, co. 2).

Infine, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (art. 6, co. 3, TUE).

11. I principi generali comuni ai diritti degli Stati membri

La seconda specie è quella costituita dai principi ai quali i giudici devono fare ricorso in assenza di norme comunitarie utilizzabili: fin dalla sentenza cc.rr. 7/56 e 3-7/57 dell'12 luglio 1957, *Algera*, la Corte di giustizia ha affermato il proprio diritto/dovere di colmare le lacune dell'ordinamento europeo «informandosi alle leggi, alla dottrina e alla giurisprudenza dei Paesi membri».

La particolarità, in questo secondo caso, è data dal fatto che questi principi sono tratti direttamente dai singoli ordinamenti statali: lo stesso TFUE prevede espressamente che, in materia di responsabilità extracontrattuale, la Comunità è tenuta «a risarcire conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri» (art. 340, co. 2, TFUE). Peraltro non essendo i principi degli ordinamenti nazionali del tutto omogenei tra loro (tanto più di fronte ad un processo di continuo ampliamento dell'Unione), non sempre i principi generali del diritto dell'Unione sono effettivamente comuni agli ordinamenti dei Paesi membri e non sempre l'applicazione di principi di altri ordinamenti è preferibile rispetto a quelli propri. Questo profilo è particolarmente importante proprio allorché si tratti di applicare il diritto dell'Unione europea. Nel caso in cui l'applicazione del diritto dell'Unione europea discenda direttamente dall'adesione

al Trattato si configura un immediato obbligo per il Paese membro, rispetto al quale non pare potersi configurare alcun margine di discrezionalità per scelte differenti.

Nei casi in cui l'applicazione del diritto dell'Unione europea dipenda da una scelta statale autonoma il rinvio (anche ai principi) «non può che essere di tipo non recettizio» ossia non semplicemente un rinvio alle disposizioni di quella fonte, e «comunque settoriale, poiché altrimenti il risultato è un circolo vizioso, cioè la connessione di due circuiti che debbono restare separati se si vuole che il sistema continui a funzionare» (D. Sorace).

Questa specificazione è particolarmente importante con riferimento alla previsione secondo la quale l'attività amministrativa è retta, tra l'altro, dai principi dell'ordinamento comunitario (art. 1, co. 1, legge n. 241/1990). Infatti, ove si intendesse come un rinvio meramente recettizio si configurerebbe una rigida connessione tra l'ordinamento europeo e quello nazionale a prescindere dall'esistenza di un effettivo obbligo circa l'applicazione delle regole e dei principi del primo. Un pericolo che pare dover essere evitato, circoscrivendo il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario, per un verso, ai casi in cui l'attività amministrativa nazionale costituisca amministrazione indiretta comunitaria e, per l'altro, a specifiche ipotesi previste dalla legge. Quest'ultimo è il caso contemplato dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, istitutiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che prevede che l'interpretazione delle norme sulle intese, sull'abuso di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione debba essere effettuata «in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza» (art. 1, co. 4).

12. *Gli ambiti di condizionamento europeo sulla disciplina dell'amministrazione pubblica*

Nel progetto europeo la centralità spetta alla costruzione del mercato comune. Specularmente, l'ambito di maggior impatto concerne l'attività amministrativa di svolgimento e di regolazione delle attività economiche. Nello sviluppo dello Stato sociale, il rapporto tra Stato e mercato ha rappresentato uno degli elementi caratteristici del modello di amministrazione che si è andato progressivamente formando. Per tutto il XX secolo si era consolidata l'idea che alcune attività economiche rilevanti per garantire l'attuazione dei principi fondamentali e dei diritti sociali, affermati dalla Costituzione, dovessero essere necessariamente esercitate da soggetti pubblici, anche in regime di esclusività (di monopolio) (cfr. art. 43 Cost.). In tal modo l'amministrazione pubblica ha occupato ampi spazi dell'attività economica, sottraendola all'iniziativa privata.

Sul rapporto tra sfera pubblica e sfera privata – innanzitutto rispetto all'erogazione di servizi pubblici – si è consumata una prima collisione tra il sistema nazionale e quello europeo. Questa collisione ha prodotto un progressivo smantellamento nella difesa di alcuni valori fondanti dello Stato sociale. L'azione europea, prima, ha rimosso i monopoli esistenti e, poi, ha imposto una disciplina in grado di costruire, promuovere e garantire un mercato che presentasse specifici connotati tanto sotto il profilo della concorrenza che della garanzia di alcune prestazioni.

Questo fenomeno ha inciso, innanzitutto, sul contenuto di certe nozioni: ad esempio, quella di impresa a cui sono state ricondotte attività che in precedenza erano ritenute dall'ordinamento interno quali forme di espressione di potere pubblico (ad esempio, lo svolgimento di operazioni portuali: Corte di giustizia CE, 10 dicembre 1991, C-170/90), ovvero alle quali era riconosciuto valore sociale (ad esempio, il trasporto sanitario: Corte di giustizia UE, 29 novembre 2007, C-119/06) e che, dunque, venivano escluse dall'ambito di applicazione della disciplina del mercato.

In secondo luogo, le ricadute sono state notevoli in termini di modello di amministrazione. A livello nazionale, l'amministrazione ha cessato di svolgere funzioni di erogazione di prestazioni, limitando il proprio ruolo di fornitore diretto a specifici servizi sociali (come l'istruzione e la sanità). Gli enti pubblici economici sono scomparsi. Le società pubbliche, nate dalla trasformazione degli enti pubblici, sono state privatizzate. Parallelamente è mutato l'assetto organizzativo degli apparati pubblici. Sono state create nuove forme organizzative: le agenzie e, soprattutto, le autorità amministrative indipendenti, con funzioni di regolazione che si vorrebbero neutre rispetto agli indirizzi politici. Neutre perché dirette non ad orientare politicamente la concorrenza, ma ad armonizzare gli interessi in gioco in vista del corretto funzionamento del mercato concorrenziale, assunto come valore. Molte di esse sono state istituite in attuazione di direttive europee, secondo modalità che hanno determinato la creazione di una vera e propria rete integrata di organismi amministrativi indipendenti (ad esempio, il sistema europeo delle Banche centrali oppure le autorità di regolazione dei servizi pubblici), costituiti in ogni Stato membro per svolgere «in modo coordinato la propria attività, in gran parte allo scopo di curare l'attuazione del diritto europeo in particolari materie» (M. Clarich).

Gli ambiti della disciplina amministrativa condizionati dal processo di europeizzazione non sono circoscritti unicamente a quelli dell'organizzazione e dell'attività (*supra*, § 10): questo processo ha coinvolto anche *i*) la legislazione amministrativa, *ii*) la finanza e *iii*) la tutela giurisdizionale.

Quanto alla legislazione amministrativa, l'art. 117, co. 1, Cost., stabi-

sce che la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni deve essere esercitata nel rispetto, tra l'altro, «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario». Questa previsione condiziona fortemente la legislazione amministrativa, quantomeno sotto due differenti profili.

Sotto un primo profilo, la disciplina nazionale costituisce, in molti ambiti, la mera riproposizione, con le integrazioni necessarie, delle direttive europee: tra i molti esempi possibili, è emblematico il caso dei contratti pubblici, la cui più recente disciplina (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) recepisce il contenuto di tre direttive europee (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE) che contengono, già di per sé, una regolazione pressoché esaustiva.

Sotto un secondo profilo, la disciplina nazionale rappresenta lo strumento per la creazione del mercato europeo. È il caso della normativa in materia di mercato dei servizi interni intesi come «qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione, diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione anche a carattere intellettuale» (d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, di attuazione della direttiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, in tema di libera circolazione dei servizi), ove il regime autorizzatorio delle suddette attività è conformato in maniera tale da escludere che esso possa costituire un ostacolo alla libera circolazione dei servizi a livello europeo.

Quanto alla finanza, il diritto europeo ha imposto agli Stati membri vincoli sempre maggiori in materia di gestione della finanze, tali da condizionare tanto l'organizzazione delle amministrazioni pubbliche quanto l'attuazione dei loro programmi di intervento. Questo processo è culminato nella sottoscrizione del Trattato istitutivo del meccanismo europeo di stabilità, firmato il 2 febbraio 2012 ed entrato in vigore l'8 ottobre 2012 (l'Italia lo ha ratificato con legge 23 luglio 2012, n. 116), e del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria, firmato a Bruxelles il 2 marzo 2012 da venticinque Stati membri aderenti all'area dell'euro ed entrato in vigore il 1 gennaio 2013 (l'Italia lo ha ratificato con legge 23 luglio 2012, n. 114). Secondo quest'ultimo Trattato «la necessità di mantenere finanze pubbliche sane e sostenibili e di evitare disavanzi pubblici eccessivi è per i governi di fondamentale importanza al fine di salvaguardare la stabilità di tutta la zona euro e richiede quindi l'introduzione di regole specifiche, tra cui una 'regola del pareggio di bilancio' e un meccanismo automatico per l'adozione di misure correttive». Sulla base degli impegni assunti, è stata approvata la legge cost. 20 aprile 2012, n. 1, che introduce nella Costituzione il principio del pareggio di bilancio e con la quale è stato riscritto l'art. 81 Cost.

Infine, per quanto riguarda la tutela giurisdizionale il codice del processo amministrativo stabilisce che la giurisdizione amministrativa deb-

ba essere volta ad assicurare «una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo» (art. 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), nell'ambito del quale sono da ricomprendere anche i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. In precedenza, sempre nel settore degli appalti pubblici, alcune direttive avevano anticipato gli sviluppi del diritto nazionale in materia di tutela risarcitoria (cfr. direttiva 89/665/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989, sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori) e di rimedi tipici (cfr. in particolare direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, sul rito differenziato in materia di contratti pubblici).