

## Premessa

*Queste Lezioni, che riguardano il diritto amministrativo sostanziale, cercano anzitutto di inquadrare la materia in un contesto storico e di comparazione giuridica. Ciò non soltanto nel primo capitolo, dedicato alle origini e agli sviluppi del diritto amministrativo, ma anche nelle diverse parti del lavoro, ove si analizzano i principi, i modelli organizzativi e l'attività delle pubbliche amministrazioni. L'esame degli andamenti storici è essenziale per comprendere tempi e ragioni della nascita e delle trasformazioni del diritto amministrativo: un diritto giovane – nella sua configurazione compiuta ha poco più di due secoli – che ha conosciuto radicali mutamenti, autentiche metamorfosi. La più evidente è la trasformazione da diritto strettamente legato alle esperienze nazionali a diritto che è venuto ad assumere un ruolo determinante nel panorama dell'Unione europea e dell'esperienza giuridica globale. L'attenzione comparativa è indispensabile, poiché, soprattutto dalla metà del Novecento, è divenuta più intensa la circolazione orizzontale di istituti giuridici, che sono passati da un ordinamento all'altro. In particolare, la tradizione di un penetrante sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa, propria degli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale, ha molto influito sui Paesi legati al common law, a partire dalla Gran Bretagna e dagli Stati Uniti d'America. Viceversa, la tradizione del procedimento amministrativo preliminare al provvedimento – il procedimento che consente al privato di esprimere la propria voce prima che l'amministrazione pubblica decida – è nata in Inghilterra e di lì è trasmigrata gradualmente nelle esperienze eurocontinentali.*

*Queste Lezioni, in secondo luogo, tentano di coniugare l'analisi della mutevole e complessa realtà del diritto amministrativo con la costruzione concettuale. La realtà delle organizzazioni e delle attività amministrative si è fatta sempre più intricata, con il passaggio dallo Stato borghese allo Stato espressione di diversi gruppi sociali e con l'inserimento*

*del diritto amministrativo nel quadro delle istituzioni europee e internazionali. Le definizioni e i concetti tradizionali, che spesso riflettevano impostazioni teoriche lontane dal realismo o fondate su certezze più lineari e rarefatte, non sono più utilizzabili; e definire, guardando alla realtà complessa, risulta sempre più difficile. Il modello uniforme del ministero non esiste più. L'ente pubblico della dottrina classica è una creatura scomparsa. Il servizio pubblico ha assunto connotazioni molto diverse dalla figura che la dottrina francese aveva chiamato service public tra la fine dell'Ottocento e gli esordi del XX secolo. Il potere discrezionale è assai lontano da quello del primo Novecento. L'interesse legittimo ha acquisito garanzie e contenuti più ampi e le differenze rispetto al diritto soggettivo si sono attenuate. Il provvedimento non è più il baricentro dell'azione amministrativa ed è frequentemente sostituito da misure consensuali o da atti privati. La contrattualità amministrativa ha moltiplicato le sue tipologie. Ma la difficoltà di concettualizzare e di definire, a causa della complessità del reale, non può comportare che si abbandonino concetti e definizioni. L'analisi giuridica, quando ha voluto seguire la via del realismo, è rimasta spesso lontana dalla concettualizzazione: è quel che è accaduto più volte al realismo giuridico nordamericano. Ciò ha fatto perdere alla scienza giuridica la sua connotazione sistematica e prescrittiva: occorre definire un determinato istituto giuridico – anche se in modo meno lineare e più complesso rispetto al passato – per collocarlo all'interno del sistema e per individuare la disciplina applicabile al caso che si ha di fronte.*

*In terzo luogo, queste Lezioni provano a mettere in luce alcune disfunzioni di fondo del diritto amministrativo. Non tanto le disfunzioni particolari, che riguardano questo o quel settore, e hanno bisogno di rimedi specifici: come l'incompiuta attuazione del disegno normativo concernente le agenzie amministrative; o i difetti di determinate norme sul procedimento amministrativo. Si guarda, piuttosto, a vicende che potrebbero dirsi disfunzioni di sistema. Quelle disfunzioni, in altri termini, che possono incidere sull'intero diritto amministrativo o su sue componenti essenziali. Ad esempio: la turbativa politica sull'organizzazione e sull'azione amministrativa; le derive degli imperativi dell'efficienza, da un lato, o dell'iperlegalismo, dall'altro; le insufficienze della semplificazione amministrativa o delle garanzie partecipatorie riconosciute agli amministra-*

*ti. Si tratta di disfunzioni che, se non curate, possono minare il sistema del diritto amministrativo. Che non può essere più – beninteso – il sistema compiuto e perfetto cui aspirava la dottrina della fine dell'Ottocento e del primo Novecento. Si avvicina forse, mutuando un'espressione dalla fisica, ai "sistemi disordinati", come quelli delle materie che hanno strutture molecolari asimmetriche: ad esempio il vetro, che non è puro e perfetto come il cristallo. Un sistema disordinato, tuttavia, è pur sempre un sistema, che conserva un'identità propria e diversa da quella delle parti che lo compongono. Manca di ordine, ma può avere un suo equilibrio. Un po' come le Formes circulaires della tela di Robert Delaunay riprodotta in copertina: asimmetriche ma unite tra loro da un equilibrio. Se le disfunzioni di fondo del diritto amministrativo – di cui si tenta di parlare nell'ultimo capitolo di questo lavoro – finiranno per prevalere, l'aspirazione all'equilibrio del sistema potrà essere vanificata; il sistema stesso potrà degenerare.*

*Ecco alcuni dei tentativi, e degli intendimenti, che sono alla base di questo lavoro. Il giudizio sui loro esiti, ovviamente, resta affidato ai lettori: anzitutto agli studenti, che sono i primi destinatari del testo.*

*Ringrazio vivamente Angelo Lalli, per i preziosi commenti sulla prima parte della stesura iniziale del lavoro; Alfredo Moliterni, per essersi sobbarcato, con generosità instancabile, l'onere di una lettura attentissima del testo, delle note e degli indici e per avermi segnalato l'opportunità di integrarne alcuni punti; Massimo Nunziata, per l'assistenza nel controllo delle note bibliografiche; e Michela Rossi, per l'aiuto nella preparazione dell'indice analitico.*

*Roma, gennaio 2012*

## Premessa alla seconda edizione

*Questa seconda edizione è stata riveduta e aggiornata secondo la più recente legislazione. È stato, inoltre, aggiunto un nuovo capitolo sui beni pubblici, materia che negli ultimi anni ha conosciuto mutamenti significativi sul piano normativo, giurisprudenziale e dottrinale.*

*Ringrazio Alfredo Moliterni, Massimo Nunziata, Michela Rossi e Veronica Varone per l'aiuto nella raccolta dei materiali utili agli aggiornamenti e nell'integrazione dell'indice analitico.*

*Roma, ottobre 2013*

## Premessa alla terza edizione

*Numerosi sono gli aggiornamenti e le revisioni che si sono resi necessari per questa terza edizione, a seguito dell'approvazione di importanti leggi, di innovativi orientamenti giurisprudenziali e di nuovi contributi dottrinali.*

*In particolare, la legge n. 124/2015, e i decreti legislativi che ne sono seguiti, hanno modificato aspetti rilevanti della disciplina in materia di pubbliche amministrazioni, dall'organizzazione, al personale, all'attività. Si tratta di un processo di riforma ancora in corso, che dovrà tener conto della sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016, che ha censurato alcune norme di delega.*

*Inoltre, il decreto legislativo n. 50/2016, sulla base delle deleghe contenute nella legge n. 11/2016, ha dato attuazione alle direttive europee del 2014 su appalti e concessioni e ha varato il nuovo codice che regola la materia.*

*Ne è derivata la necessità di rivedere e aggiornare il volume in quasi tutte le sue parti. Altre modifiche e integrazioni tengono conto di ricerche condotte negli ultimi tre anni. Questa terza edizione può considerarsi, dunque, una versione integralmente rinnovata delle Lezioni.*

*Esprimo tutta la mia gratitudine a Michele Bray, Federico Caporale, Margherita Croce, Silvia de Nitto, Alfredo Moliterni e Massimo Nunziata, per l'aiuto nella raccolta e sistemazione dei materiali necessari agli aggiornamenti e per l'integrazione dell'indice analitico.*

*Roma, gennaio 2017*

## Premessa alla quarta edizione

*Questa quarta edizione contiene diversi aggiornamenti e varie integrazioni rispetto alla precedente. Si sono aggiunte le pagine sui principi di precauzione e di tutela del legittimo affidamento, che hanno acquisito una consistenza sempre maggiore nel diritto amministrativo. Si sono aggiornate svariate parti del testo, a seguito delle novità legislative e giurisprudenziali intervenute negli ultimi due anni: così è stato – tra l'altro – per l'organizzazione amministrativa, per il personale delle pubbliche amministrazioni, per le semplificazioni, per i contratti, per gli istituti della trasparenza, per le disfunzioni. Gli aggiornamenti hanno riguardato anche i riferimenti bibliografici, generali e relativi ai singoli temi.*

*Ringrazio vivamente Michele Bray, Federico Caporale, Silvia de Nitto, Angelica Izzi e Alfredo Moliterni per il loro prezioso aiuto nella raccolta e nella selezione dei materiali.*

*Roma, gennaio 2019*

**PARTE I**  
**PROFILI STORICI E PRINCIPI**



## CAPITOLO I

# Il diritto amministrativo dal XVIII al XXI secolo

SOMMARIO: 1. Le origini. Le varie ipotesi. L'importanza della Rivoluzione francese. – 2. I caratteri iniziali del diritto amministrativo. – 2.1. Il legame con lo Stato-nazione. – 2.2. Le profonde differenze fra i diritti amministrativi di Stati diversi. – 2.3. La lontananza dal diritto privato. – 2.4. Gli alterni rapporti con la regolazione dell'economia. – 3. Gli sviluppi del diritto amministrativo. – 3.1. Il diritto amministrativo sovrastatale e subnazionale. – 3.2. Le convergenze progressive tra diritti amministrativi nazionali. – 3.3. L'avvicinamento al diritto privato. – 3.4. La centralità della regolazione dei mercati. – 4. Brevi conclusioni.

### *1. Le origini. Le varie ipotesi. L'importanza della Rivoluzione francese*

Possono prendersi le mosse da una definizione sommaria e molto diffusa del diritto amministrativo, inteso come insieme di regole che disciplinano l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni. Si può aggiungere che tale disciplina ha determinate caratteristiche proprie rispetto al diritto privato, che saranno gradualmente precisate. Si tratta, oggi, di una disciplina tipicamente pubblicistica per quel che riguarda alcuni aspetti dell'organizzazione, del personale e dell'attività delle pubbliche amministrazioni: ad esempio, i ministeri, alcuni dirigenti dell'amministrazione, i provvedimenti amministrativi sono largamente regolati da normative di diritto pubblico. Valgono, invece, regole tratte dal diritto privato, con talune deroghe, per altri pro-

*Definizione  
sommaria  
del diritto  
amministrativo*

fili dell'organizzazione, del personale e dell'attività: è così, ad esempio, per le società con partecipazione pubblica – che per alcuni versi rientrano nell'ambito delle pubbliche amministrazioni –, per la gran parte dei dipendenti pubblici, per i contratti delle amministrazioni. Sul piano dei principi giuridici, il diritto amministrativo è retto da principi sia pubblicistici che privatistici: questi ultimi, come si vedrà, hanno assunto un'importanza determinante.

*Le origini:  
varie ipotesi*

Quali sono le origini del diritto amministrativo? Secondo alcune ricostruzioni storiche il diritto amministrativo avrebbe origini molto lontane nel tempo; secondo altre il diritto amministrativo sarebbe nato in fasi più recenti, da collocare attorno al XVIII secolo.

*Il diritto  
amministrativo  
nella Roma  
antica*

Talune delle tesi che sostengono le origini antiche del diritto amministrativo evidenziano che esso era già parte del diritto romano. Ripercorrendo le fonti del diritto romano, si trova la distinzione tra *jus publicum* e *jus privatum*: è nota, in tal senso, la posizione di Ulpiano che, in particolare, collega il *jus publicum* al perseguimento di interessi della *respublica*, di interessi pubblici, della collettività. Certamente il diritto pubblico esisteva accanto al diritto privato.

Esistevano anche cariche pubbliche con denominazioni che fanno pensare ad uffici e ad organi della pubblica amministrazione dei tempi più recenti. Esisteva, ad esempio, un *praefectus praetorio*, il prefetto preposto alle vicende organizzative e militari della città; esisteva un *praefectus annonae*, il prefetto addetto agli affari relativi all'economia, alle entrate, all'alimentazione. Esisteva, dunque, un insieme di cariche che potremmo definire amministrative.

Se si guarda alla terminologia del diritto romano, ci s'imbatte anche in nomi quali *imperium*, *potestas*, *auctoritas*, che fanno pensare al potere pubblico: si pensi all'*imperium* dei consoli, alla *potestas* degli altri magistrati repubblicani, all'*auctoritas* di Augusto, nella prima fase di crescita dell'impero.

*Meri frammenti*

Siamo in presenza di una serie di elementi che confermano l'esistenza di un diritto pubblico e di cariche amministrative. Ma

si può ritenere che ciò sia diritto amministrativo? Si tratta, in realtà, di semplici frammenti e non s'intravedono ancora le coordinate del diritto amministrativo, per le quali occorre un contesto più organizzato. È quindi da scartare l'ipotesi che esistesse già dalla Repubblica o dall'Impero di Roma un diritto amministrativo.

Nell'ambito delle tesi che assegnano origini antiche al diritto amministrativo, vi è chi afferma che la sua nascita debba farsi risalire all'XI secolo. Questi studiosi, di scuola francese, sostengono che fin d'allora esistevano regole amministrative, soprattutto per il "diritto dei servizi pubblici". E qui ci si avvicina ad un concetto – "servizio pubblico" – che troverà la sua espansione nel XX secolo e si ritrova anche oggi. *Service public* sta ad indicare tutte quelle attività in cui si ha una pubblica amministrazione che non svolge funzioni di polizia, o funzioni comunque autoritative, ma presta servizi. Non attività di prescrizione, ma di prestazione. L'attività di servizio pubblico ha per destinatari cittadini che sono consumatori, utenti. Così, sono servizi pubblici, ad esempio, le poste, la scuola, l'illuminazione delle vie e delle piazze. Il servizio può essere reso anche da soggetti privati, posti sotto il controllo di un'amministrazione pubblica, però è un servizio che è prestato a tutti ed è sottoposto – come si vedrà – ad una disciplina con connotati anche pubblicistici.

*Il diritto  
amministrativo  
dall'età  
medievale*

*Anticipazioni  
del service public*

La parola *service public* in effetti si può ritrovare sin dagli antichi testi di diritto francese (dal Medioevo alla Rivoluzione francese). Fra gli esempi più significativi, c'è il mulino, il simbolo della non-autorità (come il castello e la spada sono i simboli del potere e di attività riconducibili all'esercizio dell'autorità). Il mulino ha a che fare con il grano, con il pane, con un'attività di servizio essenziale: l'alimentazione della gente. Anche le fiabe contrappongono il mulino al castello.

*Il mulino*

Proprio partendo dal mulino, le fonti francesi di diritto feudale assumono grande interesse: un'ordinanza del 1439 ordina al mugnaio di "macinare i grani, nel momento e nella misura in cui sono apportati al mulino, senza preferenza e, soprattutto, senza esigere nulla per la molitura". In questa prima parte dell'ordinan-

*Obbligo di non discriminazione*

za si afferma, cioè, che il titolare del mulino – proprietario o addetto al mulino (se il mulino era in proprietà del re o del signore del luogo) – aveva l’obbligo di macinare il grano, nel momento in cui una persona (potremmo dire il consumatore) portava il grano al mulino, senza discriminazioni e senza poter esigere niente in cambio della prestazione. Dunque, si tratta di un obbligo di servizio al pubblico, soggetto al principio di eguaglianza e di non discriminazione, e caratterizzato da logiche diverse da quelle proprie dell’attività economica.

*Obbligo di continuità e di garanzia della qualità*

L’ordinanza continua affermando che “l’addetto al mulino deve assicurare un servizio continuo e di qualità, altrimenti può essere dichiarato decaduto dal diritto di gestire il mulino; l’addetto al mulino è collocato in permanenza sotto il controllo della collettività”. Si affermano, quindi, il principio della qualità del servizio (ad esempio, l’igiene); ancor prima, il principio di continuità e di divieto di interruzioni; infine, il principio di efficienza e di efficacia.

Vi è, in tutto ciò, una sorprendente vicinanza alla modernità e alla contemporaneità. Gli stessi principi si ritrovano oggi nel diritto comunitario, in materie quali l’accesso alle reti di telecomunicazioni, agli elettrodotti, ai gasdotti. Era poi prevista una sanzione nelle ipotesi in cui si verificava un’inadempienza ad uno degli obblighi elencati (se non c’è la prestazione, se la prestazione non è di qualità, se non è continua, se c’è ma è discriminatoria): il mugnaio poteva essere dichiarato decaduto dai suoi diritti, una sorta di declaratoria di decadenza dalla concessione.

*Il servizio postale a cavallo*

Ulteriore esempio significativo è la creazione del servizio postale a cavallo tramite un’ordinanza del Consiglio di Luigi XI del 19 giugno del 1464. Il servizio postale è storicamente collegato ai trasporti (i cavalli): “il suddetto signor Re, avendo messo in deliberazione, insieme ai signori del suo Consiglio, che è molto necessario ed importante ai suoi affari e al suo Stato, di conoscere notizie da tutte le parti e di far conoscere quando sembrerà opportuno le sue notizie agli altri, aveva messo in delibera di istituire e di stabilire in tutte le città, in tutti i borghi, in tutte le

borgate e luoghi ove sarà reputato opportuno, un numero di cavalli che corrono di tratto in tratto (le stazioni della posta) per mezzo dei quali i suoi ordini possano essere prontamente eseguiti e in modo tale che possa avere notizie dai suoi vicini quando vuole e possa ordinare agli altri”. Sostanzialmente si ordina di mettere a disposizione un certo numero di cavalli e di organizzare le stazioni di posta, affinché attraverso questo servizio sia possibile far circolare gli ordini e le informazioni.

Al di là di quel che può ricondursi all'idea del *service public*, nelle antiche fonti francesi si ritrovano altri esempi di regole amministrative: è così per la disciplina delle acque dei fiumi, dei torrenti, dei laghi. Sono beni pubblici che servono a vari fini, che hanno molti impieghi economici, imprenditoriali e sociali: dagli usi alimentari, alla coltivazione dei campi, all'animazione degli opifici. La storia risalente dell'acqua è una storia di permessi, di autorizzazioni e di concessioni di derivazione delle acque: l'appropriazione del bene pubblico-acqua senza permesso può costituire un illecito. La più antica concessione d'acqua conosciuta è del 1265 e riguarda i religiosi di *Saint Lazaire*, i quali avevano ottenuto il permesso di porre alcuni tubi sotto il suolo di una strada dipendente dal demanio regale per derivare l'acqua e portarla al loro monastero. È una concessione di derivazione di acque, non dissimile da quelle che si ritroveranno nei secoli successivi fino al Novecento, fino ai giorni attuali.

*Disciplina  
delle acque*

Il mulino e la posta sono esempi di servizi pubblici; l'acqua è un bene pubblico che consente di esercitare attività pubbliche o private.

Certamente, quindi, hanno ragione gli studiosi francesi quando affermano che esistevano regole amministrative sin dall'anno Mille. Ma si può considerare che ciò sia diritto amministrativo? Negli esempi descritti si osservano assonanze, addirittura impressionanti, con il linguaggio e con istituti giuridici di oggi, dei diritti nazionali e del diritto comunitario: la prestazione continuativa dei servizi è un principio di diritto nazionale e metanazionale. C'è sicuramente qualcosa di più rispetto all'età romana, c'è qualcosa in più rispetto al “frammento” di una disciplina

*Regole scisse  
da un sistema*

amministrativa. Ci sono regole che avranno una durata estesa, una permanenza lunga nel tempo, ma ancora non c'è un sistema di diritto amministrativo.

*Le tesi più accreditate: l'origine del diritto amministrativo nella Francia dell'età moderna*

Le tesi più accreditate sono quelle che sottolineano l'origine moderna, o più moderna, del diritto amministrativo. Secondo queste tesi, un vero e proprio diritto amministrativo emerge nel XVIII secolo e si consolida nel XIX secolo. Anche qui il punto geografico nazionale di riferimento è la Francia e una delle fonti conoscitive più ricche, da questo punto di vista, è costituita dalle opere di Tocqueville. Nel suo libro sull'*Ancien régime*, che consente di cogliere appieno il passaggio dal periodo pre-rivoluzionario al periodo della rivoluzione e poi al post-rivoluzione, sono contenuti una serie di riferimenti precisi alla genesi del diritto amministrativo.

*L'ancien régime: l'intendente*

Tocqueville, nella prima parte dell'*Ancien régime*, sottolinea, con grande chiarezza e precisione, i poteri degli intendenti e di altri funzionari amministrativi. L'intendente è il funzionario che conta di più in provincia, è la *longa manus* del potere centrale, è un organo periferico dell'amministrazione centrale, non rappresenta la collettività locale ma il controllo del centro sulla periferia. Questi intendenti, come osserva Tocqueville, erano dotati di grandissimi privilegi, di poteri autoritativi molto forti (anche di natura penale) e tutto questo, naturalmente, incideva profondamente sui diritti dei cittadini. Non si era in presenza del re o del signore, bensì di un funzionario amministrativo, un modesto ma potentissimo funzionario.

*L'ascesa della borghesia*

Il valore sociale di tutto ciò, che avviene tra l'ultima parte del XVII secolo e la prima parte del XVIII, è molto chiaro: la preparazione all'ascesa della borghesia. Tocqueville sottolinea che il potere degli intendenti, borghesi con estrazione sociale mediocre, gradualmente surclassa il potere dell'aristocrazia locale. Il notevole, l'aristocratico, può essere proprietario di grandi terreni, può essere titolare di grandi ricchezze e dotato di titoli nobiliari: è il primo cittadino della provincia, però conta sempre meno rispetto all'intendente, che socialmente è inferiore, ma acquisisce un potere che è sempre maggiore rispetto a quello del notevole locale.

È qui, secondo Tocqueville, uno dei fattori che porterà alla rivoluzione francese, che è una rivoluzione borghese: la borghesia soppianta le classi prima dominanti. Ciò avviene ancor prima del 1789 e degli anni immediatamente successivi: è un processo che si svolge gradualmente, e uno degli elementi che prepara e sostiene l'ascesa della borghesia è l'amministrazione. Ecco perché è importante la genesi del diritto amministrativo. Il titolare di un ufficio amministrativo, l'intendente, modesto socialmente, viene dotato di poteri incredibilmente estesi e intensi: può espropriare le grandi terre dei notabili, può imporre sanzioni, può addirittura mandare a morte. Si vengono a creare in capo alla burocrazia poteri "esorbitanti", nel senso che il rapporto fra l'intendente e gli altri cittadini non è certo paritario. Questi poteri si precisano e si consolidano: ad esempio, l'intendente decideva alcune controversie come un'autorità di tipo giurisdizionale; si specificano anche le varie responsabilità. In questo momento inizia a nascere qualcosa di più delle singole regole, si forma un corpo di norme, un corpo di poteri che si vanno gradualmente definendo.

E poi, con la Rivoluzione francese, si fa ancora un passo avanti perché diventa formalmente evidente il principio fondamentale della divisione dei poteri, della "tripartizione dei poteri". Legislativo, esecutivo e giudiziario prima erano tutti riuniti nella figura del monarca, della corona. Con la rivoluzione si apre la distinzione fra i poteri e il potere amministrativo si colloca nell'ambito del potere esecutivo: l'amministrazione è quel corpo di funzionari inseriti nell'apparato esecutivo che adottano misure, atti e provvedimenti in attuazione della legge e sono, sia pure parzialmente in una prima fase, sotto il controllo dei giudici. Quindi, mentre prima era difficile distinguere l'amministrazione dalla legislazione o dalla giurisdizione, ora l'amministrazione viene ad avere una sua identità, sebbene all'interno dell'esecutivo.

Subito dopo la Rivoluzione francese, agli inizi dell'Ottocento, cominciano ad essere istituite le prime cattedre universitarie di diritto amministrativo. Il *Conseil d'État* non è ancora un vero e proprio giudice; lo sarà in Francia dal 1872; tuttavia, è un "cor-

*L'importanza  
della  
Rivoluzione  
francese*

po” particolarmente specializzato che risolve controversie tra l’amministrazione e i cittadini.

*Norme,  
giurisprudenza,  
dottrina*

È in questo momento che si viene a percepire l’esistenza di un quadro complessivo del diritto amministrativo. Ci sono insieme di regole “esorbitanti” – rispetto alle regole paritarie del diritto privato – che riguardano le amministrazioni pubbliche e i loro rapporti con i cittadini amministrati; c’è la giurisprudenza che si forma su quelle regole per decidere i casi controversi; c’è la dottrina, la scienza del diritto amministrativo, che comincia a sistematizzare le regole e le decisioni sulle regole. A questo punto si può dire che il diritto amministrativo è nato e si è consolidato.

*Nascita  
del diritto  
amministrativo*

La Francia è stata la madrepatria del diritto amministrativo per diversi fattori: in particolare, la presenza di un sistema molto centralizzato, che ha sempre caratterizzato l’esperienza francese, ha favorito la crescita di un corpo di regole amministrative uniformi. A ciò ha condotto non solo l’esistenza di una forte monarchia nazionale, fin dal XIV o XV secolo, perché anche l’Inghilterra è stata una grande monarchia nazionale già fin dal tardo Medioevo, ma, come si vedrà, ha conosciuto il diritto amministrativo ben dopo la Francia. Quel che è stato determinante per la formazione del diritto amministrativo è la centralizzazione particolarmente rilevante dello Stato, ancor prima di Napoleone che ha dato poi a tale diritto un’impronta fondamentale.

*Germania*

Che la Francia sia la madrepatria del diritto amministrativo risulta anche dalle evoluzioni che si sono registrate in altre esperienze dell’Europa continentale. In Germania, ove si è avuto uno sviluppo consistente, soprattutto dottrinale, del diritto amministrativo, si è sempre fatto riferimento alle fonti e agli autori francesi: anche se poi si è sviluppata una scuola autonoma, le radici vengono dalla Francia. L’esponente principale della scuola tedesca classica del diritto amministrativo, Otto Mayer, negli anni Ottanta del secolo XIX, riconosce il debito degli autori tedeschi nei confronti degli autori francesi, affermando che il diritto francese è stata la pietra miliare del diritto amministrativo.

*Italia*

L’Italia non ha mai conosciuto una centralizzazione dello Stato paragonabile a quella francese: c’è stata una tradizione locale,

comunale, molto forte che ha comportato frammentazione e non ha reso agevole la creazione di regole uniformi come in Francia. In Italia, sostanzialmente, il diritto amministrativo nasce tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento, quando si consolidano le cattedre universitarie e la giurisprudenza del Consiglio di Stato: e anche in Italia, soprattutto con le prime decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato, si guarda molto all'esempio francese.

Nei paesi di *common law*, di tradizione anglosassone, la nascita del diritto amministrativo è stata più lenta; fonti e autori inglesi della fine dell'Ottocento negano l'esistenza del diritto amministrativo, sostengono che l'*administrative law* non esiste come diritto autonomo e che l'unico diritto esistente in Inghilterra è il *common law*: un diritto comune a tutti, che viene utilizzato sia da soggetti privati che da soggetti pubblici; non c'è nessuna caratteristica particolare che distingua il diritto amministrativo dal diritto comune. La legislazione parlamentare di fine Ottocento – gli *statutes* – comincia a introdurre regole e strumenti che si allontanano dal *common law* e che danno vita al diritto amministrativo: sono, essenzialmente, gli *statutes* sull'espropriazione, sulla pianificazione urbanistica, sulla sicurezza sociale, che attribuiscono poteri particolarmente penetranti ad amministrazioni pubbliche, soprattutto locali. Un importante contributo dottrinale ha recentemente mostrato come rilevanti profili dell'*administrative law* britannico fossero tuttavia già emersi quattro secoli fa.

Inghilterra

Analoga situazione si ritrova negli Stati Uniti d'America. La dottrina classica americana ha più volte sottolineato che negli anni Ottanta del XIX secolo non esisteva una vera e propria carriera amministrativa: coloro che diventavano pubblici ufficiali erano dei dilettanti, spesso lavoravano a titolo onorario. Soltanto alla fine degli anni Ottanta dell'Ottocento s'introducono le prime regole sul reclutamento e da lì nasce la professionalizzazione degli impiegati pubblici e dei funzionari amministrativi. È la *legislation*, anche negli Stati Uniti, ad avere un ruolo fondamentale nell'avvio del diritto amministrativo. Va segnalato che una recen-

Stati Uniti  
d'America

te ricerca storico-giuridica ha messo in luce che già dalla fine del Settecento potevano intravedersi elementi essenziali di un corpo di *administrative law*, come l'attribuzione di rilevanti poteri di regolazione, cioè di normazione subordinata e di potestà sanzionatorie, a uffici amministrativi: è il caso degli uffici preposti alla riscossione dei tributi, specialmente quelli che operavano nei porti, sulla base di una legge del 1789. Sussistevano anche meccanismi di sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa, sia pure embrionali e dominati da rimedi di *common law*. Secondo tale ricostruzione, dunque, la genesi dell'*administrative law* negli Stati Uniti sarebbe quasi coeva a quella del *droit administratif* francese.

*Le diverse ragioni della nascita del diritto amministrativo*

Diverse appaiono le ragioni della nascita del diritto amministrativo nelle differenti esperienze nazionali.

*L'ascesa della borghesia francese*

In Francia il diritto amministrativo, soprattutto dal periodo degli intendenti (dal XVII secolo in poi) e in seguito con la rivoluzione, nasce come strumento dell'ascesa al potere della borghesia, quindi ha una base sociale e politica molto importante. I poteri degli intendenti (di estrazione borghese) finiscono, come si è visto, per comprimere le posizioni sociali degli aristocratici locali. I poteri dell'amministrazione sono "esorbitanti". Gradualmente il problema maggiore del diritto amministrativo diviene quello di controllare che l'amministrazione non ecceda nell'esercizio di quei poteri.

*Le radici ideologiche in Germania e in Italia*

In Italia e in Germania, il diritto amministrativo è molto legato ad una radice ideologica. Pesa molto l'influenza filosofica di Hegel, che aveva sottolineato l'idea di uno Stato forte. Le opere più importanti di Hegel vengono pubblicate fra il 1801 e il 1827; è molto significativo il suo influsso sulla filosofia e sul diritto italiano. Il primo presidente della IV Sezione del Consiglio di Stato, istituita nel 1889, è stato Silvio Spaventa, fratello di Bertrando Spaventa della scuola hegeliana di Napoli. Uno dei più importanti amministrativisti italiani fra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento, Oreste Ranelletti, autore che ha inciso profondamente sullo sviluppo del diritto amministrativo italiano, fin dai suoi scritti giovanili cita Hegel nelle sue note.

Nella vicenda inglese, alla fine dell'Ottocento, l'idea era quella che un diritto amministrativo non esistesse, ma in realtà, contemporaneamente, iniziano a diffondersi gli *statutes* in materia di pubblica amministrazione: *law* è essenzialmente il diritto dei giudici; mentre *statute* è l'atto del Parlamento, la legislazione. Accade che gli *statutes*, come si è anticipato, portino con sé novità importanti. Il *common law* si basava su due pilastri fondamentali: *private property* (proprietà privata e diritti reali) e *freedom of contract*. La *private property* godeva di una tutela assoluta e la *freedom of contract* non si metteva in discussione. Poi, verso la fine dell'Ottocento, il Parlamento inglese inizia a emanare *statutes* che cominciano a scalfire quei due pilastri assoluti, perché, ad esempio, stabiliscono forme di controllo sulle imprese, sulle fabbriche per ragioni d'igiene sul lavoro. Il Parlamento, inoltre, introduce le prime regole sulle pensioni e sulla sicurezza sociale, stabilisce le prime norme sull'urbanistica, che prevedono la ristrutturazione delle città e la creazione di nuovi quartieri. Questo significa che se si fa una legge sul controllo nelle imprese, la posizione dell'imprenditore non è più intoccabile come prima, la *property* e la *freedom of contract* dell'imprenditore (diritti reali e contrattuali) vengono messe in discussione; se si legifera sull'urbanistica, ciò vuol dire che la proprietà sui terreni non è più intoccabile, perché se si vuole ristrutturare un insediamento urbano i terreni possono essere espropriati. Tutto questo mette in dubbio gli equilibri preesistenti e fa pensare che l'*administrative law* in Inghilterra sia piuttosto legato al fenomeno dello sviluppo del *welfare* (che in parte aveva radici più lontane), cioè di una situazione in cui lo Stato si occupa del benessere dei suoi cittadini e questo, naturalmente, instaura equilibri nuovi: per esserci *welfare*, la *private property* e la libertà di contrattare devono comunque subire una limitazione.

*Lo sviluppo  
del welfare  
in Inghilterra*

Negli Stati Uniti le radici dell'*administrative law* sono simili a quelle inglesi per quel che riguarda le fonti giuridiche che portano all'emersione del diritto amministrativo: la *legislation*, gli *statutes*, più del *common law*. Diversi sono però i contenuti: il primo diritto amministrativo degli Stati Uniti riguarda essenzial-

*La regolazione  
dell'economia  
e dei poteri  
imprenditoriali  
negli Stati Uniti*

mente il controllo dell'amministrazione pubblica sul mercato. Nell'esperienza nordamericana è molto stretto il nesso fra *administrative law* e *regulatory policy*, la regolamentazione dell'economia. Dagli anni Ottanta del XIX secolo, attraverso la *legislation*, nascono le *independent agencies*; la prima agenzia federale è la *Interstate Commerce Commission* (1887), che si occupa di trasporto terrestre, soprattutto ferroviario. La Commissione fissa tariffe omogenee per la federazione e detta regole di sicurezza del trasporto, venendo a limitare un potere privato molto forte, quello delle compagnie ferroviarie. Analoga vicenda si ha con la *Fair Trade Commission* (1914) che applica le regole antitrust varate nel 1890, censurando cartelli fra imprese e forme di monopolizzazione: anche in questo caso la finalità principale è il controllo pubblico sul potere privato. Ancor prima, lungo il XIX secolo, si erano avute – secondo la più recente ricostruzione storica sopra ricordata – regolazioni amministrative di importanti settori economici, come il commercio.

Mentre nel continente europeo il significato principale del diritto amministrativo è consistito a lungo nelle garanzie della libertà privata nei confronti del potere pubblico, negli Stati Uniti l'*administrative law* nasce attorno alla garanzia del pubblico nei confronti del potere privato.

## 2. I caratteri iniziali del diritto amministrativo

*I tratti  
delle origini*

Il diritto amministrativo delle origini – collocate in tempi diversi a seconda dei differenti paesi, come si è visto – presenta alcuni tratti caratteristici che nel tempo subiranno modifiche significative.

### 2.1. *Il legame con lo Stato-nazione*

Un primo carattere iniziale è la connessione fra diritto amministrativo e Stato-nazione. Il diritto amministrativo è strettamente legato allo Stato: è il diritto dello Stato; è, in particolare, il diritto del governo centrale e ciò è evidente soprattutto in Francia. Non mancano le regole dettate dalle comunità locali, ma assumono un ruolo secondario, con eccezioni in Inghilterra. Negli Stati Uniti d'America il diritto amministrativo federale stabilisce i principi e le norme essenziali, soprattutto a partire dall'ultimo ventennio dell'Ottocento. Non si va comunque, in nessuna esperienza giuridica, al di là dei confini nazionali.

*Il nesso  
tra diritto  
amministrativo  
e Stato-nazione*

### 2.2. *Le profonde differenze fra i diritti amministrativi di Stati diversi*

Di qui, il secondo carattere tradizionale del diritto amministrativo: la grande differenza, e la sostanziale incomunicabilità, fra diritti amministrativi di Stati diversi; ogni Stato ha il suo diritto amministrativo e i diritti amministrativi nazionali non dialogano tra loro. Questo fa la differenza tra diritto amministrativo e diritto privato. Il diritto privato comunica fra Stati diversi. Vi sono tre spiegazioni principali della differenza. In primo luogo, il diritto privato ha una tradizione millenaria: il diritto dei contratti, il diritto delle obbligazioni, il diritto di proprietà, il diritto delle successioni si sono sedimentati in lunghissimi archi temporali; l'estesa durata ha offerto ripetute occasioni per la circolazione di istituti fra esperienze nazionali diverse. In secondo luogo, la diffusa codificazione del diritto privato, che rende più organico l'insieme delle regole, ha favorito la comunicabilità: si pensi alla capacità di espansione che hanno avuto il *Code Civil Napoléon* e il codice civile tedesco. Infine, il diritto privato è tradizionalmente il diritto dell'economia e del mercato. Il mercato è il luogo dello scambio e per definizione non tollera confini nazionali.

*Il divario  
tra i diversi diritti  
amministrativi  
nazionali*

All'origine, il diritto amministrativo non ha nulla di tutto questo, perché non ha tradizione, non ha codificazione e s'ingerisce poco nei mercati. È, fondamentalmente, il diritto che regola l'organizzazione e l'attività della pubblica amministrazione. E la pubblica amministrazione è una parte dello Stato: ogni Stato disciplina a suo modo i rapporti con i propri cittadini.

*Esempi  
del divario*

Di qui le grandi differenze fra i vari diritti amministrativi nazionali, perché ogni Stato produce il diritto amministrativo che gli conviene. Qualche esempio.

In Francia, le regole sull'attività amministrativa in origine non prevedono un procedimento preliminare alla decisione dell'amministrazione: il potere si esercita solo attraverso i singoli atti amministrativi e di fronte alla decisione della pubblica amministrazione c'è il solo rimedio successivo, essenzialmente il ricorso giurisdizionale. In Inghilterra, invece, c'è il procedimento: l'amministrato, il destinatario del potere, deve essere sentito prima che la decisione sia presa. Il maggior rimedio dell'amministrato è dunque preventivo. La giurisprudenza risalente richiama, come fonte giuridica, le sacre scritture, là dove lo stesso Dio sente Adamo ed Eva prima di decidere la cacciata dall'Eden. In Francia, in Germania, in Italia c'è la categoria dell'atto amministrativo; in Inghilterra e negli Stati Uniti vi sono semplicemente misure (*measures*) adottate dalle pubbliche amministrazioni, che possono avere contenuti particolari (*orders*), o generali (*rules*). Quanto alla giurisdizione, ci sono sistemi monisti, come in Inghilterra, dove il giudice ordinario si occupa di tutte le controversie: concernenti la proprietà, il contratto, le successioni e l'amministrazione. Ci sono sistemi dualisti, come in Francia e in Italia, che prevedono un giudice speciale, il giudice amministrativo, che assume un ruolo protagonista rispetto al giudice ordinario nella decisione delle controversie che riguardano pubbliche amministrazioni. Dalle origini alla metà del Novecento il giudice amministrativo esercita nelle esperienze giuridiche di *civil law* un controllo più intenso sull'attività delle amministrazioni pubbliche rispetto a quello posto in essere dal giudice ordinario nei paesi di *common law*: la specializzazione tecnica del giudice

amministrativo conta, perché le controversie amministrative hanno una propria peculiarità.

### 2.3. La lontananza dal diritto privato

Un terzo carattere originario del diritto amministrativo consiste nella sua grande lontananza dal diritto privato. Il fatto è di immediata evidenza in Francia, dove il diritto amministrativo nasce come insieme di regole che attribuiscono poteri unilaterali e autoritativi particolarmente rilevanti alle amministrazioni pubbliche periferiche e centrali: si è visto il caso degli intendenti. Si tratta di poteri esorbitanti, totalmente estranei all'equilibrio sostanzialmente paritario del diritto privato, che danno luogo a un *régime administratif* a sé stante, che gradualmente diviene un sistema autonomo, poiché si basa non soltanto su regole speciali, derogatorie rispetto al diritto privato, ma anche su principi propri: *principes sans texte*, che non richiedono previsioni normative esplicite.

*I poteri  
"esorbitanti"  
e la distanza  
dal diritto privato*

Ne sono esempi significativi il principio di imperatività dell'atto amministrativo, secondo cui tale atto unilateralmente incide sui diritti e sugli interessi degli amministrati indipendentemente dal loro consenso. E il principio di esecutorietà, in base al quale l'amministrazione pubblica ha il potere di portare ad esecuzione le proprie decisioni senza l'intervento del giudice. E anche i principi propri del *service public* che, dagli inizi del Novecento, assicurano la continuità delle prestazioni rese ai cittadini, l'eguaglianza e l'adeguamento agli interessi degli utenti del servizio medesimo. Analoghi andamenti, sia pure con modi e tempi diversi, possono riscontrarsi in altri paesi dell'Europa continentale.

*Imperatività  
ed esecutorietà*

Ma anche nelle esperienze di *common law* il diritto amministrativo – che si forma più lentamente – è agli inizi distante dalle tradizioni del diritto comune e privato: in particolare, dal diritto dei *contracts* e dei *torts*. Così in Inghilterra la responsabilità della Corona verso terzi è soggetta a gravissime limitazioni almeno fino alla metà del Novecento: il pubblico potere, dunque, gode di

*Le esperienze  
di common law*

zone di immunità dal diritto comune. E l'obbligazione contrattuale assunta da una pubblica amministrazione non può impedire o attenuare l'esercizio di poteri discrezionali dell'amministrazione stessa, come la *termination* unilaterale del contratto: i *public contracts*, dunque, sono sempre soggetti a poteri amministrativi simili a quelli definiti esorbitanti nell'esperienza giuridica francese.

#### 2.4. Gli alterni rapporti con la regolazione dell'economia

Puissance  
publique e  
service public;  
il mercato  
sullo sfondo

Vi è poi un quarto tratto caratteristico iniziale, tradizionale, del diritto amministrativo. Il diritto amministrativo nasce in Francia come diritto della *puissance publique*, della potestà autoritativa che l'amministrazione esprime in attività volte, essenzialmente, alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza. Sono attività di prescrizione. Analogie possono riscontrarsi, tra l'altro, in Germania e in Italia. Gradualmente, dagli esordi del Novecento, il diritto amministrativo diviene anche diritto del *service public*: si tratta – come si è anticipato – di attività di prestazione, non di prescrizione, che sono svolte da amministrazioni pubbliche o da privati sotto il controllo pubblico e che trovano il loro terreno d'elezione in settori quali l'istruzione, la previdenza, il servizio postale, i trasporti, l'illuminazione pubblica. Pur non trattandosi di attività autoritative, si applicano ai *services publics* anche norme e principi pubblicistici.

Certamente, sia la *puissance publique* che il *service public* possono avere a che fare con l'economia, con il mercato: un prefetto che ordina di chiudere uno stabilimento industriale per asseriti motivi di igiene esercita una *puissance publique* che pesantemente incide sull'andamento di un'attività imprenditoriale; una parte dei *services publics* hanno una connotazione prevalentemente burocratica, o amministrativa, come l'istruzione pubblica, ma un'altra parte di essi si concreta nello svolgimento di attività d'impresa – pubblica o privata sotto controllo pubblico – come avviene, ad esempio, nei trasporti locali o nazionali.

Il diritto amministrativo, tuttavia, resta a lungo al di fuori di una vera e propria regolazione dei mercati esercitata in modo continuativo. L'economia e i mercati sono stati da sempre regolati dai pubblici poteri, fin dagli ordinamenti dell'antichità. Ma non si trattava di diritto amministrativo, che, come si è visto, ancora non aveva assunto una configurazione e un'esistenza propria. Il diritto amministrativo nasce in età borghese. La tradizione dello Stato borghese e liberale vuole che i mercati siano lasciati il più possibile alla spontanea autoregolazione e che, semmai, siano soggetti alle regole di diritto privato e comune, come quelle sulla proprietà e sui diritti reali, sulle obbligazioni e sui contratti. Il diritto pubblico, ivi compreso l'amministrativo – come ha detto Hayek – non si addice ai mercati, almeno ai suoi esordi. Fa eccezione la genesi del diritto amministrativo negli Stati Uniti d'America, dove c'è un nesso stretto fra *administrative law* e *regulatory policy*, poiché alcune delle grandi agenzie federali, come l'*Interstate Commerce Commission*, si occupano sistematicamente di regolare i mercati: nel caso specifico quelli dei trasporti terrestri. Ciò, tuttavia, lascia grande spazio a *law of contracts* e *law of torts*: occorre attendere gli anni Trenta del Novecento – come si vedrà meglio in seguito – perché l'*administrative law* assuma un ruolo centrale nella regolazione dei mercati.

*La tradizione  
borghese  
e lo Stato  
astensionista*

### 3. Gli sviluppi del diritto amministrativo

I caratteri iniziali, originari, tradizionali del diritto amministrativo subiscono nel tempo rivolgimenti radicali: si attenua il legame con lo Stato nazione; emergono sempre maggiori convergenze fra i diritti amministrativi nazionali, prima privi di comunicazioni significative tra loro; si avvicinano diritto amministrativo e diritto privato; il diritto amministrativo si occupa in modo sempre più rilevante della regolazione dei mercati. Tali trasformazioni saranno esaminate partitamente.

*Metamorfosi*

### 3.1. *Il diritto amministrativo sovrastatale e subnazionale*

In primo luogo, il diritto amministrativo abbandona il suo nesso privilegiato con la dimensione nazionale.

*La dimensione  
europea  
del diritto  
amministrativo*

Il diritto della Comunità europea viene a condizionare ampiamente i diritti amministrativi nazionali, specialmente a seguito del riconoscimento del primato del diritto comunitario sui diritti interni degli Stati membri, che si afferma negli anni Ottanta del XX secolo grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia e delle Corti costituzionali degli Stati della Comunità. Un'estesa serie di settori rilevanti del diritto amministrativo viene ad essere in larga misura regolata dal diritto comunitario. Basti qualche esempio: gli appalti pubblici, minuziosamente disciplinati dalle direttive comunitarie; importanti servizi di pubblica utilità, come l'energia elettrica, il gas, le poste, i trasporti, le telecomunicazioni; le banche e i mercati finanziari; l'ambiente. Ma anche istituti più generali del diritto amministrativo vengono toccati o influenzati dal diritto comunitario. Ad esempio, quanto ai modelli organizzativi delle amministrazioni pubbliche nazionali, il diritto comunitario introduce un *favor* per le autorità amministrative indipendenti. Sotto il profilo dell'attività amministrativa, il potere discrezionale delle pubbliche amministrazioni viene a subire significative limitazioni, anche per non ostacolare lo scambio di beni e servizi fra i vari Stati membri della Comunità europea. Sul piano della giustizia amministrativa, alcuni strumenti di tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti delle amministrazioni – come i rimedi cautelari – vengono potenziati, in nome del principio di effettività dei diritti, che assume particolare rilievo nell'ordinamento comunitario.

Se i diritti nazionali non si conformano alla disciplina comunitaria, diverse misure possono trovare applicazione: tra le altre, le procedure d'infrazione nei confronti degli Stati; la disapplicazione amministrativa o giudiziale di misure normative o amministrative interne contrastanti con norme comunitarie direttamente applicabili (contenute in regolamenti o direttive *self-executing*); l'annullamento giurisdizionale di atti o contratti amministrativi non rispettosi delle norme sovranazionali.

Ma non è solo il diritto comunitario ad incidere dall'alto – potremmo dire – sui diritti amministrativi nazionali. Anche le discipline internazionali giocano in tal senso un ruolo sempre più importante e influiscono sui diritti amministrativi nazionali, sia tramite norme cogenti, sia mediante criteri, standard, previsioni indicative, che tuttavia assumono, nei fatti, un'effettiva forza persuasiva e di condizionamento. Ad esempio, gli accordi internazionali sul commercio mondiale (quello istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio-OMC del 1994 e gli allegati) impongono diversi obblighi agli Stati aderenti all'OMC che comportano possibili modifiche dei rispettivi diritti amministrativi. È il caso delle disposizioni sui requisiti delle autorizzazioni amministrative incidenti sul commercio internazionale, che devono essere obiettivi e trasparenti: se le misure normative o amministrative di uno Stato non si adeguano, un altro Stato che ne subisca pregiudizio può adire i giudici dell'OMC (i *Panels* in primo grado, l'*Appellate Body* in appello su questioni di diritto). Quanto alle disposizioni internazionali non vincolanti, ma in effetti condizionanti, possono ricordarsi i criteri dettati dal *Groupe d'Action Financière* (GAFI) sulle misure di controllo pubblico in materia di antiriciclaggio.

*La dimensione internazionale*

Il diritto amministrativo si è progressivamente esteso non solo al di sopra, ma anche al di sotto della dimensione nazionale. Il diritto amministrativo municipale aveva assunto un ruolo di rilievo fin dagli inizi; dall'ultimo quarto del XX secolo lo sviluppo della "democrazia subnazionale" ha rafforzato sensibilmente i poteri normativi e amministrativi di Regioni o di Stati membri di federazioni.

*Il diritto amministrativo subnazionale*

Ne è emerso un consistente diritto amministrativo subnazionale: si pensi che nel nostro paese larga parte delle regolazioni dell'economia – dall'agricoltura all'industria ai servizi – rientra nelle competenze regionali, con limiti variabili posti dal legislatore statale.

### 3.2. *Le convergenze progressive tra diritti amministrativi nazionali*

*La circolazione  
orizzontale  
di istituti  
del diritto  
amministrativo*

Anche indipendentemente dall'influenza comunitaria e internazionale, i diritti amministrativi nazionali – prima incomunicabili fra loro – si aprono a vie di convergenza. Mentre con il diritto comunitario si ha un'incidenza verticale – dall'alto – sui diritti amministrativi nazionali, qui si ha quella che gli studiosi di diritto comparato chiamano una circolazione orizzontale di istituti giuridici.

*Dal common  
law al civil law*

Si procede anche in tal caso per esemplificazioni: alcune strutture organizzative che avevano trovato il loro terreno d'elezione nei paesi di *common law*, come le *independent agencies*, vengono trapiantate anche in paesi di *civil law*, come quelli eurocontinentali. Ciò avviene dagli anni Sessanta-Settanta del XX secolo. In Italia, la CONSOB, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ne sono buone testimonianze. Il procedimento amministrativo, che aveva avuto grande importanza nella tradizione anglosassone – come garanzia preventiva di partecipazione dell'amministrato alla formazione della decisione amministrativa –, viene ad interessare tutta l'Europa continentale (non solo quei paesi che già lo conoscevano, come la Spagna e l'Austria). All'inverso, il controllo giurisdizionale, che era stato più forte negli ordinamenti al di qua della Manica, diventa penetrante anche in Inghilterra e negli Stati Uniti a partire dalla metà del Novecento. Rimedi preventivi e successivi, dunque, si fondono.

*Dal civil law  
al common law*

### 3.3. *L'avvicinamento al diritto privato*

Il diritto amministrativo si avvicina sensibilmente al diritto privato.

*L'importanza  
iniziale  
del diritto privato*

È da sottolineare, innanzitutto, che in Italia si era avuta una fase storica in cui, prima della nascita di un autentico diritto amministrativo che data dalla fine del XIX secolo, diversi rapporti

fra amministrazioni e privati erano regolati dal codice civile: così, il rapporto di impiego pubblico, soprattutto nelle amministrazioni comunali, era retto da un contratto; le concessioni amministrative erano contrattuali; la stessa espropriazione per pubblica utilità, una delle massime espressioni dell'autorità, era configurata come compravendita, sia pure coattiva (con analogie rispetto alla *compulsory purchase* anglosassone).

Con l'avvento del diritto amministrativo si ha la grande pubblicizzazione di tutti i rapporti amministrativi: il provvedimento unilaterale e autoritativo prende il posto del contratto. Subito dopo, però, si espande – o meglio si riespande – la contrattualità amministrativa. Le pubbliche amministrazioni utilizzano sempre più i contratti al posto degli atti unilaterali. Non soltanto negli appalti pubblici, per la realizzazione di lavori o per l'affidamento di servizi o di forniture – materia che trova in Italia una nuova disciplina compiuta nelle leggi di contabilità statale degli anni Venti del Novecento – ma anche per la regolazione di varie operazioni economiche di grande entità.

Ad esempio, le maggiori concessioni amministrative, per la realizzazione di infrastrutture complesse e per la gestione di servizi di pubblica utilità come i trasporti, l'elettricità, il gas, divengono sempre più, già in età giolittiana, veri e propri contratti, a sé stanti o collegati a un provvedimento amministrativo unilaterale, che, di regola, serve ad individuare il contraente privato, mentre è il contratto concessorio che disciplina gli aspetti più rilevanti del rapporto. Amministrazioni pubbliche concedenti e imprese concessionarie si mettono d'accordo sui prezzi, sui canoni, sugli impianti, sulle modalità di gestione e di manutenzione, sui riscatti, sulle clausole di risoluzione e di responsabilità.

Altro esempio rilevante è quello dell'urbanistica convenzionata. Lo sviluppo edilizio e urbanistico di grandi città – a partire da Roma – è regolato tramite patti fra amministrazioni locali, proprietari e imprenditori: i privati si impegnano a ricostruire quartieri, sistemare aree, costruire opere di urbanizzazione e in cambio ottengono concessioni edilizie, destinazioni d'uso favorevoli e altro.

*La pubblicizzazione dei rapporti amministrativi, poi la riespansione della contrattualità*

*L'incidenza  
del decollo  
industriale*

Tutto ciò si spiega – in gran parte – perché il decollo industriale del primo Novecento fa sì che le imprese assumano consistente potere, non solo economico. Le pubbliche amministrazioni non sono in grado di imporre unilateralmente alle imprese le condizioni per lo svolgimento delle attività economiche: devono scendere a patti e spesso il contraente più forte è proprio il privato. Il fenomeno dell'espansione della contrattualità amministrativa proseguirà, senza troppe interruzioni, fino ad oggi. Ne è testimonianza il nuovo codice dei contratti pubblici, del 2016, di derivazione comunitaria. D'altra parte, tutto il diritto dell'Unione europea va nel senso della contrattualità amministrativa, anche al di là degli appalti: una forte impronta contrattuale si conserva e si rafforza, ad esempio, in materia di concessioni.

*Modelli  
organizzativi  
privatistici*

Ma non è soltanto nell'attività delle pubbliche amministrazioni che il diritto amministrativo si avvicina al diritto privato. Anche l'organizzazione è interessata da una tendenza analoga.

In Francia, negli anni Venti del XX secolo, ai *services publics administratifs*, gestiti con strumenti pubblicistici e posti sotto la giurisdizione amministrativa, come l'istruzione pubblica o la previdenza obbligatoria, si affiancano i *services publics industriels et commerciaux*, quali i trasporti, che sono caratterizzati da un'ampia applicazione del diritto civile e da un'estesa competenza giurisdizionale del giudice ordinario.

Tornando all'Italia, la storia delle ferrovie è significativa. Dopo un lungo periodo di gestione in concessione a privati, si ha la legge di statizzazione del 1905, con la quale si istituisce un'amministrazione *ad hoc* che gode di una grande autonomia dall'esecutivo ed è modellata sui disegni organizzativi delle imprese ex concessionarie. Negli anni Ottanta del Novecento, le ferrovie di Stato diverranno ente pubblico economico, largamente soggetto al diritto civile e commerciale; negli anni Novanta saranno trasformate in società per azioni, con un'attrazione ancor più forte nell'orbita del codice civile e del diritto privato.

Si può ricordare, infine, l'esempio della responsabilità civile della pubblica amministrazione. Anche in Inghilterra, come si è visto, il *common law* ha dovuto tollerare in questa materia gravi deroghe, poiché la Corona è stata a lungo immune da responsabilità verso i terzi. Con gli anni Cinquanta del Novecento, la responsabilità, pur con limiti, è stata riconosciuta. In Italia, fino alla metà degli anni Trenta del XX secolo, vi sono stati forti ostacoli al regime di responsabilità civile dell'amministrazione pubblica: solo allora la giurisprudenza della Corte di cassazione ha cambiato rotta. Oggi, la responsabilità della pubblica amministrazione è regola generale, per lesione sia di diritti soggettivi che di interessi legittimi: sul punto si tornerà in seguito.

*La responsabilità della pubblica amministrazione*

In definitiva, il diritto amministrativo conserva alcune peculiarità proprie rispetto al diritto privato, ma in misura assai minore rispetto al passato.

### 3.4. *La centralità della regolazione dei mercati*

Infine, il diritto amministrativo è sempre più coinvolto nella regolazione dell'economia e dei mercati.

*Il diritto amministrativo dell'economia e la regolazione dei mercati dall'America all'Europa*

Originariamente, il diritto amministrativo era rimasto alquanto discosto dai mercati, ad eccezione degli Stati Uniti d'America. Lì, come si è visto, fin dalle origini, l'*administrative law* ha avuto un evidente collegamento con la regolazione dei mercati, con la *regulatory policy*: si è già menzionata la *Interstate Commerce Commission*, agenzia federale istituita a fine anni Ottanta del XIX secolo per disciplinare i trasporti terrestri, e in particolare le compagnie ferroviarie. Ma il nesso fra diritto amministrativo e regolazione dei mercati si fa più forte con le norme sull'antitrust e, soprattutto, con gli anni Trenta, quando, a seguito della crisi di *Wall Street*, viene istituita la *Securities and Exchange Commission* per la vigilanza sulla borsa e sui mercati finanziari. Il nesso diviene ancora più stretto in seguito, in mercati cruciali, come la telefonia o le radiotelevisioni.