

(settima edizione)

Ripubblico, con qualche esitazione invero, visto che sarebbe ormai necessario un radicale ripensamento della disciplina, questi Lineamenti rivisti e aggiornati.

Alcune parti del libro sono state riscritte e, in particolare, il capitolo sui contratti pubblici la cui precedente formulazione presentava delle carenze espositive.

Su sollecitazione di alcuni colleghi, che ringrazio, ho aggiunto un capitolo sulle forme della tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico, dove una sommaria disciplina delle azioni esperibili rispettivamente davanti al giudice ordinario e al giudice amministrativo nei confronti della pubblica amministrazione. Questa breve parte della trattazione era presente nelle prime edizioni di questi Lineamenti insieme ad un altro capitolo sul processo amministrativo. Avevo ritenuto che il diritto processuale amministrativo avesse assunto ormai una dimensione autonoma, anche sul piano dei principi e degli istituti; e dovesse essere trattato separatamente rispetto al diritto amministrativo sostanziale. Tuttavia, la disciplina delle azioni esperibili nelle controversie insorte nell'ambito dei rapporti di diritto pubblico, può essere correttamente ritenuta parte del diritto amministrativo sostanziale. Del resto, le azioni esperibili in sede civile nell'ambito dei rapporti privatistici, sono collocate nel VI libro del codice civile.

È anche opportuno osservare che il diritto amministrativo sostanziale nei suoi principi e istituti relativi all'esercizio del potere, ai provvedimenti amministrativi e ai loro effetti in ordine alle situazioni protette, si è formato in larga misura in sede processuale a fronte di esigenze di tutela via via prospettate davanti ai giudici amministrativi. Potremmo dire che il diritto sostanziale è venuto dopo, si è assestato su esigenze di tutela giurisdizionale. Perciò una trattazione, sia pure estremamente sommaria, delle forme di tutela delle situazioni protette a fronte dell'esercizio del potere, appare un utile completamento di una trattazione di diritto sostanziale.

Roma, 10 ottobre 2019

(sesta edizione)

Si ripubblicano i Lineamenti con qualche lieve correzione ed aggiornamenti.

Il referendum del 4 dicembre 2016 ha sancito, con la vittoria del NO, la mancata approvazione della legge di riforma costituzionale approvata dalla Camera a maggioranza assoluta in data 12 aprile 2016 (G.U. 15.4.2016), che in più parti avrebbe inciso sulle materie oggetto della nostra trattazione. Soppressione delle province, soppressione del CNEL, modifica dell'assetto dei rapporti tra lo Stato e le Regioni, nuovo assetto dell'amministrazione e della finanza. Il sistema costituzionale resta dunque quello risultante dalle precedenti modifiche di cui alle LL. cost. 3/2001 (Titolo V della Parte II "Le regioni, le province, i comuni") e 1/2012 (art. 97, art. 119).

Mentre l'importante L. delega 124/2015, con oggetto ampi settori dell'organizzazione e dell'azione amministrativa, è stata attuata solo in parte, con i decreti legislativi già menzionati e trattati nella precedente stampa del volume; cui si sono aggiunti, tra gli altri, i D.l.vi. 75/2017 sulla riforma del pubblico impiego; 74/2017 sulla misurazione e valutazione delle performance; 219/2016 sulle Camere di commercio; 222/2016 sulla individuazione dei procedimenti soggetti ad autorizzazione, a SCIA, silenzio assenso e comunicazione; mentre il decreto sulle società partecipate, D.l.vo 175/2016, è stato modificato con il D.l.vo 100/2017, il D.l.vo 116/2016 sulla responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti è stato modificato con il D.l.vo 118/2017, il D.l.vo 171/2016 sulla dirigenza sanitaria è stato modificato con il "correttivo" di cui al D.l.vo 126/2017; per assicurare il rispetto di competenze regionali in materia di organizzazione (Corte cost. 251/2016).

Particolarmente significativa è la mancata attuazione della riforma della dirigenza pubblica, nonché dell'organizzazione centrale e periferica dello Stato, previste dalla legge delega sulla base di principi e criteri direttivi innovativi (ciò che non lascia ben sperare, invero, sulle concrete possibilità di ammodernamento del nostro sistema amministrativo).

La resistenza degli apparati (politici e amministrativi) diventa sempre più forte nel Paese e rende sempre più difficile qualsiasi tentativo di innovazione.

Forse occorre abbandonare l'idea di grandi disegni riformatori e prendere la via dei piccoli passi, sfruttando con intelligenza e prudenza i varchi che via via possono concretamente aprirsi. E al di là delle riforme normative, che spesso (anche laddove riescono ad essere approvate) non si traducono in miglioramenti effettivi di funzionamento dell'amministrazione, occorre lavorare su una gamma di strumenti più flessibili, incentivi e disincentivi, gestione più efficace di procedimenti disciplinari, più concreta (ricca di contenuti) gestione del ciclo della performance, cura attenta alla formazione permanente del personale, e così via. Insomma una "politica dell'amministrazione", nell'ambito della quale interventi normativi di riforma del sistema del diritto amministrativo, costituiscono una componente, non marginale, ma non la più importante.

Si tratta di una battaglia dagli esiti difficili. Solo una forte mobilitazione dei cittadini (a reclamare il loro diritto "ad una buona amministrazione"!) potrà rimuovere i vecchi steccati. Ma, allo stato, mi pare che la "questione amministrativa" (pur, tra tutte quelle che attengono al funzionamento dei pubblici poteri, quella più vicina agli interessi quotidiani di tutti) non abbia posto primario nella agenda delle forze politiche; mentre nella stampa di opinione emerge piuttosto (come se solo in essa la "questione amministrativa" si risolvesse) la "questione della corruzione" dei pubblici apparati, e quindi dell'amministrazione. Questione certamente assai importante; ma la sua pretesa centralità nasconde il fatto che i fenomeni di disfunzione amministrativa, nella gran parte dei casi non si identificano in singoli fenomeni corruttivi, o comunque di rilievo penale, e hanno una penetrazione più capillare e più insidiosa, in atti puntuali, in silenzi e "non atti", in operazioni, piccole e grandi, che costantemente violano il diritto "ad una buona amministrazione".

Fenomeni di disfunzione, piuttosto che di corruzione, tuttavia connessi (la disfunzione genera la corruzione, è una delle cause della corruzione). Lunghezza delle procedure in ispregio ai termini fissati da leggi e regolamenti, mancata risposta alle domande e alle osservazioni, difficoltà pressoché insormontabili (per la gente comune) di contatto con i funzionari, trattamento non cortese, a volte sprezzante, rivolto a chi ha bisogno (altro che l'amministrazione "affettuosa" auspicata da Allegretti!). E così via.

A ciò si aggiunge una normazione amministrativa confusa e pervasiva, che aggrava le procedure di adempimenti (a carico degli uffici e degli utenti) spesso inutili, in ispregio al principio conclamato di semplificazione; e una normazione ridondante, spesso a carattere provvedimentale, che interviene su oggetti non di rilievo legislativo, intesa piuttosto a "coprire" responsabilità decisionali che spettano ai "pubblici uffici", ai sensi dell'art. 97 Cost.

E non si può trascurare per altro verso, l'intollerabile pressione alla quale i pubblici funzionari sono sottoposti dalla minaccia di interventi delle Procure della Repubblica e delle Procure della Corte dei conti, anche per fatti di lieve entità e commessi in buona fede, in applicazione di detta normazione, nel cui intrico è difficilissimo orientarsi anche da parte dei maggiori esperti (e perciò è assai facile sbagliare). Le imputazioni, anche se si traducono in assoluzioni o archiviazioni, comportano spese, mutamenti di vita, esposizione sociale. E ciò produce una diffusa cultura del non fare, piuttosto che del fare, del non impegnarsi a produrre risultati utili per la collettività con il rischio di commettere violazioni, piuttosto che impegnarsi a produrre risultati pur con qualche rischio da correre in buona fede. Anche su questo punto, centrale per costruire una moderna cultura dell'amministrazione (non esecutrice passiva di norme, ma produttiva di risultati, risoltrice sollecita di problemi pur senza violare le norme) non sembra emergano nel dibattito politico prese di posizione efficaci e consapevoli.

Il malfunzionamento dell'amministrazione "scarica" le attese dei cittadini (e delle imprese, del sistema economico produttivo) sulla giustizia amministrativa (di recente riformata in modo complessivamente efficace), il cui ruolo si amplia al di là del controllo di legalità, fino a entrare nel "merito" di decisioni non compiute, o sbagliate, o ingiuste; ovvero dell'assenza di decisioni. Insomma, un ruolo supplente che, a sua volta, costituisce una remora al responsabile operare dei funzionari ("aspettiamo la sentenza del TAR", diviene affermazione ricorrente, di fronte al cittadino che attende il provvedimento, o il pagamento, o il fatto di esecuzione materiale).

Il principio ispiratore, la "morale", vorrei dire, della "scienza" del diritto amministrativo, è difendere i cittadini dagli abusi dei pubblici poteri, tutelare i loro diritti fondamentali, ma allo stesso tempo costruire un assetto giuridico dell'amministrazione che le consenta di funzionare efficacemente. Ma il diritto amministrativo non basta, occorrono apporti di altre scienze, un impegno forte della politica e una spinta forte delle organizzazioni della società civile, al fine di costruire una "cultura dell'amministrazione", come funzione servente gli interessi della collettività.

Roma, 10 ottobre 2017

(quinta edizione)

Negli ultimi quattro anni, rilevanti novità legislative hanno interessato la nostra materia.

In virtù dell'ampia delega legislativa di cui alla L. 7.8.2015 n. 124, sono stati emanati numerosi decreti legislativi, alcuni dei quali investono la parte generale del diritto amministrativo (che è oggetto di questa trattazione). Altri sono in corso di emanazione. Ad oggi, oltre ad alcune norme direttamente applicabili contenute nella legge (di particolare rilievo quelle in tema di "autotutela"), risultano in vigore, e trovano riscontro in questa trattazione, il decreto sulle società pubbliche (D.l.vo 19.8.2016 n. 175), il decreto sulla c.d. SCIA (D.l.vo 30.6.2016 n. 126), il decreto sulla conferenza dei servizi (D.l.vo 30.6.2016 n. 127); nonché il decreto sulla "trasparenza" (D.l.vo 25.5.2016 n. 97) che ha modificato il precedente, noto, D.l.vo 14.3.2013 n. 33.

Ma altri importanti decreti (sulla dirigenza pubblica, sui servizi pubblici locali, sull'amministrazione periferica dello Stato, etc.) sono in corso di formazione e di essi si è in attesa della definitiva approvazione/pubblicazione. Il D.P.R. recante norme di semplificazione procedimentale, definitivamente approvato nelle forme di legge, non è ancora pubblicato in G.U. e perciò viene citato senza numero.

Appena completato l'itinerario della riforma, se ne renderà edotto il cortese lettore mediante apposita dispensa che verrà consegnata ai possessori di questa edizione del volume.

Siamo anche in attesa, come tutti sanno, dell'approvazione, mediante referendum, della legge di riforma costituzionale approvata dal Parlamento a maggioranza assoluta (e perciò soggetta a referendum: art. 138 Cost.). La riforma investe solo marginalmente l'amministrazione, ma ovviamente di essa deve tenersi conto anche nella trattazione della nostra materia. Nel testo si fa riferimento ad alcuni dei punti rilevanti della legge, avvertendo che essa non è stata ancora definitivamente approvata.

Il lungo processo riformatore, iniziato con molti entusiasmi e molte illusioni a partire dagli anni '90 del secolo scorso (circa il quale avevo pubblicato qualche contributo in Costituzione e amministrazione, Torino, 2002) dopo anni di abbandono, ha ripreso il cammino in tempi recenti (segnatamente con

le iniziative legislative sopra citate) ma ancora non si vedono concreti effetti sullo stato della nostra pubblica amministrazione. Che resta, salve limitate esperienze, inefficiente, poco attenta ai bisogni dei cittadini, poco sensibile ai risultati dell'azione (piuttosto che alle sue forme). E i mali endemici del formalismo e della burocrazia hanno subito solo qualche rimedio, ma nella generalità dei casi continuano ad affliggere cittadini ed imprese.

Tra qualche mese, forse tra un anno, potremo fare il punto sullo stato delle riforme avviate, e il bilancio sui primi risultati. Aspettiamo, ancora una volta, fiduciosi.

Mentre preparavo questa nuova limitata edizione del volume, Valeria ha iniziato un lungo viaggio, e noi siamo rimasti qui, soli, a guardare l'orizzonte.

Roma, 15 ottobre 2016

V. C.I.

(quarta edizione)

La quarta edizione di questi Lineamenti aggiorna la precedente alle novità legislative e giurisprudenziali degli ultimi due anni, non rilevanti invero (in attesa della grande riforma!).

Il testo è stato migliorato nella forma e alleggerito in alcune parti che apparivano ripetitive o non necessarie.

Ho eliminato i due capitoli finali sulla giustizia amministrativa, pur convinto che una piena comprensione del nostro sistema di diritto amministrativo necessita della conoscenza degli strumenti di tutela nei confronti delle pubbliche Amministrazioni (sui quali il sistema stesso si è formato). Ma l'esposizione della disciplina di questi strumenti ha acquistato una complessità tale (segnatamente dopo l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo) da rendere necessaria, anche a fini didattici, una trattazione propria ed autonoma.

Ho aggiunto un paragrafo sui beni pubblici che completano il quadro degli strumenti di amministrazione, situati (come i contratti) tra quelli che attengono norme e principi del diritto pubblico e dal diritto privato.

Spero che il libro (come quelli che lo hanno preceduto) mantenga la sua ragione, di dare ai lettori (e soprattutto a coloro che iniziano lo studio dei nostri istituti) la consapevolezza che una pubblica amministrazione esclusivamente dedicata al servizio dei cittadini (vicina ai loro bisogni, disponibile, non conflittuale, rispettosa delle leggi ma attenta ai risultati) è strumento fondamentale per garantire il corretto funzionamento del sistema democratico.

Roma, 25 settembre 2014

(terza edizione)

Pubblico una nuova edizione, migliorata ed emendata nella forma e nell'esposizione, e aggiornata ai recenti (e non marginali) sviluppi della legislazione e della giurisprudenza.

Il cantiere aperto delle riforme che vanno e vengono col succedersi dei Governi, rendono sempre più difficile l'opera di sistemazione dell'esperienza positiva che è il compito primario del giurista. Recenti scandali stanno facendo venir meno nostre risalenti convinzioni circa lo stesso assetto del sistema costituzionale (si pensi ai crescenti dubbi circa la tenuta del regionalismo). E la morsa della crisi economica costringe a continui provvedimenti di emergenza, poco compatibili con normative organiche che sarebbero necessarie per le nostre istituzioni.

L'entusiasmo riformatore (modernizzare questo nostro Stato, renderlo più efficiente, più vicino ai cittadini, più giusto, più autorevole nei rapporti internazionali) che negli anni passati ha coinvolto tanti di noi (e chi scrive, per quel piccolo contributo che ha potuto dare) si sta affievolendo nell'attesa di un colpo d'ala che non arriva.

L'unico settore nel quale si sono verificati in questi anni significativi passi avanti, nel senso della modernizzazione e in piena attuazione dei principi costituzionali e dei principi europei, è quello della giustizia amministrativa. L'importante riforma del Codice del processo amministrativo (2010-2012), subito svolta nei suoi aspetti più avanzati dalla nostra giurisprudenza, ha dato nuovo volto ai rapporti contenziosi tra Stato e cittadini, finalmente posti di fronte alla giustizia in posizione di parità. Ma si tratta, appunto, di rapporti contenziosi, che fanno emergere (nella loro eccessiva diffusione) gravi disfunzioni e carenze nell'azione amministrativa. Preferiremmo avere un'amministrazione nella quale si litighi meno (nella quale ci fosse meno bisogno di un giudice sempre più attrezzato e incisivo) e si operi di più, e soprattutto si operi meglio e con maggiore imparzialità e giustizia: una giustizia dentro l'amministrazione, nel suo operare concreto, piuttosto che una giustizia che da fuori, con forza ed autorità, ne limiti i danni.

Il libro mantiene il suo carattere di puntuale esposizione del sistema positivo (per quel che è reso possibile dal caos della normazione) con attenzione

particolare alla giurisprudenza, spesso riportata integralmente, nelle sue affermazioni più significative. Le sentenze citate (che si sperano sufficientemente esaustive) consentono al lettore più diligente gli opportuni approfondimenti. Mentre per tutti i lettori (e particolarmente per gli studenti) resta ferma l'indicazione precedentemente affacciata, circa la necessità di integrare la lettura del testo con la lettura (scrupolosa e attenta) delle norme citate; secondo il metodo (seguito nel libro ed esteso perciò alla sua corretta lettura), fissato dai nostri Maestri, che richiede al lettore di giungere alla comprensione del sistema "col codice alla mano, nutrendo col codice il testo, rischiarando col testo il codice, ricostruendo da sé, con un lavoro innegabilmente faticoso ma suo, libro e codice" (Capograssi, Santoro Passarelli).

Nella nostra disciplina, la mancanza di un Codice che contenga tutto il sistema del diritto amministrativo almeno nella sua disciplina generale (carenza solo in parte limitata dalla legge sul procedimento amministrativo del 1990, più volte integrata e modificata) rende più difficile questo lavoro di integrazione tra la trattazione del libro e il testo delle norme. E molto spesso l'integrazione tra libro e norme, deve essere sostituita dall'integrazione tra il libro e le massime fissate dalla giurisprudenza (spesso tuttavia cangianti e perplesse).

Roma, 7 ottobre 2012

(seconda edizione)

Il libro si ripubblica con aggiunte e modifiche testuali, e tutti i necessari aggiornamenti normativi e giurisprudenziali sino ad oggi, comprendendo le recentissime importanti innovazioni normative introdotte dalla L. 18.6.2009 n. 69, e dal D.l.vo 27.10.2009 n. 150.

Rispetto alla precedente edizione è stato aggiunto il capitolo sui contratti pubblici, che invero costituiscono strumento primario di amministrazione pubblica, come suggerito da alcuni cortesi ed autorevoli lettori. Il testo del capitolo ricalca quello contenuto nel volume Diritto privato dell'amministrazione pubblica, Torino 2008, ovviamente rivisto ed aggiornato.

Invero, la "grande riforma" più volte annunciata, non è arrivata; sull'art. 119 Cost., abbiamo una promessa di attuazione (peraltro incerta e perplessa) con la legge sul c.d. federalismo fiscale (L. n. 42/2009); l'attuazione dell'art. 118, una volta scaduta la delega della pur pregevole legge La Loggia (L. n. 131/2003), non è neppure annunciata; dell'art. 117, 2° co., lett. p), l'iniziativa attuativa del Governo (segnatamente in ordine all'individuazione delle "funzioni fondamentali" di Comuni e Province) è appena partita.

La struttura fondamentale della legge sul procedimento amministrativo come riformata nel 2005 (L. 7.8.1990 n. 241, modif. L. 11.2.2005 n. 15) su mia iniziativa (saggiamente ripresa dal Ministro Frattini), mi pare abbia retto bene all'impatto con la giurisprudenza; e le critiche da qualche parte avanzate ai contenuti più innovativi di questa legge (come a proposito dell'art. 21-octies) mi pare siano rientrate. Mentre è in corso, e tutti ci auguriamo che abbia buon esito, un'importante operazione di legislazione delegata sul processo amministrativo (art. 44, L. 18.6.2009 n. 69 sul processo amministrativo in generale; art. 44, L. 7.7.2009 n. 88, sui ricorsi in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici), che, una volta completata, richiederà consistenti modifiche in ogni trattazione della nostra disciplina.

Sul versante dell'organizzazione, il travolgente ciclone innovativo annunciato dal Ministro Brunetta, si è tradotto in una serie di principi normativi di cui al citato D.l.vo n. 150/2009 (la cui entrata in vigore è di questi giorni) dei quali, una volta attuati, bisognerà vedere il concreto impatto sul funziona-

mento dell'amministrazione e sulla sua capacità di soddisfare cittadini ed utenti.

La giurisprudenza prosegue nel suo lento ma costante cammino verso sempre maggiori garanzie per il cittadino nei confronti dell'esercizio del potere, facendo cadere via via vecchi idola dello Stato autoritario. E i rapporti giuridici nei quali l'esercizio del potere si sviluppa nel concreto, vengono a configurarsi come luoghi di incontro e di scontro di interessi di pari dignità di fronte alla legge e al giudice.

Roma, 30 ottobre 2009

(prima edizione)

Questi Lineamenti del diritto amministrativo vorrebbero contenere una esposizione sistematica e ragionata dei principi generali e dei principali istituti della disciplina vigente: nell'ordinamento italiano, nel contesto dell'ordinamento europeo.

Non solo principi, di elaborazione giurisprudenziale (principi comuni), ovvero espressamente affermati dal legislatore positivo (principi fondamentali) come nell'art. 97 Cost., o nell'art. 1, L. n. 241/1990, o nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza; che investono la loro portata applicativa su tutto un settore dell'ordinamento o addirittura su tutto l'ordinamento; e, nel nostro campo, su tutta l'azione delle Amministrazioni pubbliche, come il principio di imparzialità, ovvero su tutta l'organizzazione delle stesse, come il principio di buon andamento. Conformandone le singole norme di specie (ordinarie).

Ma anche: istituti principali e fondamentali, che trovano applicazione nell'ambito ad essi riservato dall'ordinamento positivo, regolati da norme di specie, conformate in applicazione dei principi.

Ho sostituito Principi (titolo usato nella precedente versione, presentata in forma palesemente dimessa, di questa trattazione) con Lineamenti; parola dal significato generico, comprensivo; e teoricamente non impegnativa.

Una trattazione di soli principi (cui mi piacerebbe por mano, se ne trovasse la capacità) non soddisferebbe i lettori cui questo libro si rivolge. Sarebbero edotti del significato e della portata di affermazioni, come quella che l'azione amministrativa, soggetta al principio di imparzialità, deve svolgersi secondo ragionevolezza e non può essere arbitraria nelle sue scelte; ovvero che le funzioni amministrative devono essere attribuite ai diversi enti di governo, secondo il principio di sussidiarietà; ovvero che tutti i soggetti, portatori di interessi protetti dall'ordinamento, hanno azione nei confronti delle pubbliche Amministrazioni, in virtù del principio di azionabilità; e così via.

Ma nulla verrebbero a conoscere ad esempio, dell'istituto del silenzio, o di quello della conferenza dei servizi, e delle diverse figure soggettive delle quali l'organizzazione pubblica, nella sua complessità, si compone.

Stabilire il limite, metodologicamente corretto, di una siffatta trattazione, è cosa delicata e perplessa, circa la quale ogni autore (e io, certamente) si trova in difficoltà e sempre commette errori (che, se il libro ha qualche fortuna, possono essere corretti, su cortese suggerimento dei lettori).

In questi Lineamenti, dopo una breve esposizione di alcuni profili storici della disciplina, e dell'assetto costituzionale nel quale l'amministrazione (come funzione di governo) si colloca, viene trattata la disciplina generale dell'organizzazione amministrativa, seguita da una breve descrittiva, anche per modelli, delle principali figure soggettive nelle quali essa si articola; la disciplina generale dell'attività amministrativa di diritto pubblico (quella parte, cioè, dell'attività amministrativa regolata dal diritto amministrativo e non dal diritto comune), sia sul versante sostanziale (i modi di esercizio di quella attività, gli effetti che essa concretamente produce) che su quello della tutela giurisdizionale (delle situazioni soggettive protette che dall'esercizio illegittimo di quella attività vengono ingiustamente sacrificate).

Mentre restano fuori dalla trattazione (che è, appunto, di parte generale), le discipline speciali dell'azione amministrativa, quelle che hanno ad oggetto le "principali manifestazioni" di essa (come avrebbe detto Zanobini), i più importanti procedimenti: l'espropriazione per pubblica utilità (di cui al D.P.R. 8.6.2001 n. 327), ad esempio, o i piani regolatori urbanistici e i relativi procedimenti di attuazione, o le complesse procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori o di servizi (di cui al D.l.vo 12.4.2006 n. 163).

Tutti argomenti, importantissimi, che devono trovare luogo nelle trattazioni delle Parti speciali della disciplina.

Le pubbliche Amministrazioni come soggetti di diritto comune, in quanto tali destinatarie di tutte le norme dell'ordinamento, in relazione alle quali acquistano diritti per negozi tra vivi o per successione, assumono obblighi, rispondono di operazioni illecite, e così via, restano fuori da questa trattazione. La relativa disciplina ritengo infatti debba essere compresa nelle trattazioni del diritto privato o del diritto processuale civile, discipline che si applicano nell'ambito di questi rapporti e delle relative controversie. Salve deroghe, stabilite con riferimento alle caratteristiche dei soggetti pubbliche Amministrazioni (allo stesso modo, deroghe all'applicazione della normazione comune, sono stabilite con riferimento ad altre categorie di soggetti, le associazioni, le fondazioni, i minori, le comunità civiche, e così via). Deroghe a volte poste direttamente dal codice (ad esempio, nella disciplina dei beni appartenenti allo Stato e agli enti pubblici, di cui agli artt. 822 e ss.), più spesso imposte dal-

la normazione amministrativa, la cui applicazione si innesta nella disciplina dei rapporti di diritto comune trasformandola incisivamente.

E così, ad esempio le pubbliche Amministrazioni non possono stipulare contratti se non sulla base dei procedimenti di aggiudicazione previsti dalle leggi; né possono provvedere al pagamento delle loro obbligazioni pecuniarie, se non sulla base dei procedimenti di spesa stabiliti, a loro volta, dalle leggi. E così via.

Rispetto al vecchio Corso (ult. ed., Torino 2002), del quale ho qui riprodotto alcuni pezzi che mi sembravano ancora accettabili, questi Lineamenti hanno un contenuto più ristretto (concentrato sullo statuto generale dell'azione amministrativa di diritto pubblico) e insieme più esteso, perché comprensivo anche della trattazione dei principi della tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico. Ho ritenuto infatti, che detto statuto (o disciplina generale) risultasse difficilmente comprensibile senza uno sguardo (sia pure rapido) ai modi della tutela, nei quali lo statuto stesso trova la sua ricognizione completa.

In copertina ho riprodotto un'immagine della bicicletta, da un bel quadro del mio amico Ottaviano Del Turco. È sospesa in un magico sfondo rosso; come abbandonata. Sembra aspettare qualcuno, che non arriva; qualcuno, che ci monti sopra, e si metta a pedalare.

Roma, 10 ottobre 2006

1

L'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1.1. Il “problema” del diritto amministrativo. – 1.1.1. Pubblica Amministrazione e diritto amministrativo. – 1.1.2. Diritto amministrativo e diritto pubblico. – 1.2. Le fonti del diritto amministrativo. – 1.2.1. Diritto europeo e diritto nazionale. – 1.2.2. Diritto amministrativo e principi generali. – 1.2.3. Fonti legislative. – 1.2.4. Fonti secondarie: i regolamenti. – 1.2.5. Fonti europee (ordinamento comunitario: art. 117, 1° co., Cost.). – 1.3. La formazione storica del diritto amministrativo. – 1.3.1. Origine del diritto amministrativo. – 1.3.2. Sviluppo del diritto amministrativo nello Stato italiano unitario. – 1.3.3. Prima linea di evoluzione: dall’accentramento al decentramento. – 1.3.4. Seconda linea di evoluzione: dall’atto amministrativo alla funzione amministrativa. – 1.3.5. Terza linea di evoluzione: dal contenzioso alla giurisdizione amministrativa. – 1.3.6. La L. 20.3.1865 n. 2248, all. E. – 1.3.7. Verso la giurisdizione amministrativa. – 1.3.8. La costituzionalizzazione e la europeizzazione del diritto amministrativo. – 1.3.9. Caratteri fondamentali del sistema amministrativo.

1.1. Il “problema” del diritto amministrativo.

Si segnalano nella letteratura più recente:

V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione “costituzionalizzata” e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019; G. DELLA CANANEA-J. ZILLER, *Il nuovo diritto pubblico*, Torino, 2018; *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di F. MERUSI, *La legalità amministrativa fra passato e futuro*, Napoli, 2016; S. CASSESE-L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014; M. RENNA-F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012; *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. TORCHIA, Bologna, 2009; M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2004; F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 649 ss.; S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2003; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

1.1.1. Pubblica Amministrazione e diritto amministrativo.

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

L'amministrazione domestica, l'amministrazione di un condominio, come l'amministrazione di un bosco, o di una cantina, e ancora, l'amministrazione di una città, consistono di attività, più o meno complesse, articolate in moduli tra loro diversificati, di azioni giuridiche e di operazioni materiali (dai conti della spesa, alla piantumazione di alberi, alla commercializzazione di prodotti agricoli, alla gestione del traffico cittadino, ai piani urbanistici, alle licenze di costruzione); tutte attività, invero, caratterizzate dalla loro concretezza: affrontare situazioni determinate, cercare di risolverle mediante l'adozione di atti giuridici produttivi di determinati effetti (acquistare o vendere un bene, concedere a qualcuno il diritto o la facoltà di fare qualcosa) ovvero mediante il compimento, senz'altro, di operazioni materiali (piantare gli alberi, riparare la strada, curare il malato), che in genere, a loro volta, presuppongono l'adozione di atti giuridici produttivi di effetti. E programmare queste azioni, regolarle nel loro svolgimento, determinarne gli obiettivi, i risultati da raggiungere.

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

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

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

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

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

L'esercizio della funzione di amministrazione, in qualche misura nell'ambito di ogni organizzazione, ma segnatamente nelle organizzazioni politiche, che, com'è noto, sono organizzazioni ad appartenenza necessaria (per tutti coloro che fanno parte delle relative collettività) e in ogni epoca storica, ha sempre posto *il problema dell'esercizio dell'autorità*. Ché non sempre le attività di amministrazione, necessarie in un determinato conte-

sto storico-sociale (a giudizio di coloro che in quel determinato contesto storico-sociale detengono il potere di governo) trovano, nell'ambito dei soggetti cui sono rivolte, il consenso indispensabile perché esse possano avere luogo. Consensualmente appunto: in termini di strumentazione giuridica, attraverso rapporti negoziali, paritari, come quelli tipici delle relazioni interprivate. O comunque questo consenso, anche se è diffuso, può non coincidere, e di regola non coincide, con quello imputabile a tutti i membri, singolarmente presi, della collettività di riferimento, e nei confronti dei quali le attività di amministrazione debbono svolgersi.

È evidente, che ove fosse ipoteticamente verificabile un tale generalizzato consenso, ciò consentirebbe sempre l'utilizzo di strumenti di diritto comune come supporto giuridico delle attività di amministrazione. E così ad esempio, se si deve costruire una strada o una ferrovia, il consenso di tutti i proprietari fondiari i cui terreni sono necessari per la costruzione, consentirebbe senz'altro l'utilizzo dello strumento privatistico della compravendita come supporto giuridico dell'attività di costruzione della strada o della ferrovia. E in caso di disastro naturale che produca molteplici situazioni di famiglie senz'altro, la spontanea messa a disposizione da parte dei proprietari di case inutilizzate, al fine di accogliervi le famiglie, renderebbe possibile la semplice stipulazione di contratti di locazione a termine secondo gli schemi civilistici.

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

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

Con riferimento a questa notazione, si può affermare che, non il diritto amministrativo, come meglio si vedrà, ma il «*problema del diritto amministrativo*» è cosa antica e in qualche modo connaturale all'esistenza di ogni organizzazione politica. Per «*problema del diritto amministrativo*», inten-

diamo evidentemente il problema della individuazione di una disciplina giuridica, ovvero di determinati strumenti giuridici, che consentano laddove è necessario, l'esercizio in quei termini dell'autorità.

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

Successivamente la vicenda formativa del diritto amministrativo moderno si snoda attraverso itinerari diversi, coprendo sempre più intensamente gli spazi della disciplina giuridica della funzione di amministrazione (sottraendoli perciò al diritto comune). Ma all'origine il diritto amministrativo si forma come disciplina giuridica delle manifestazioni autoritative di codesta funzione, dotata di caratteri suoi propri (diversi da quelli di altre discipline giuridiche, come il diritto processuale) sia sul piano sostanziale che su quello della tutela giurisdizionale. Il concetto di "atto amministrativo" che si forma nell'ambito di quella prima esperienza, via via identifica un tipo di atto giuridico, distinto dal tipo del contratto (come atto tipico delle relazioni interprivate) e dal tipo della sentenza e degli altri provvedimenti dell'autorità giurisdizionale.

1.1.2. *Diritto amministrativo e diritto pubblico.*

La formazione del diritto amministrativo come disciplina giuridica tipica delle attività di amministrazione (funzione di amministrazione) nonché dell'organizzazione dei soggetti che ad essa sono deputati, è avvenuta attraverso una complessa evoluzione, che caratterizza la vicenda storica degli Stati moderni, almeno nell'area europea continentale; della quale si indicheranno alcuni passaggi essenziali, a mo' di introduzione della nostra trattazione.

Essa ha ad oggetto il diritto amministrativo vigente nell'ordinamento italiano, nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, rappresentato, in questa trattazione, attraverso principi e istituti a carattere generale.

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

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

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

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

I soggetti deputati all'esercizio dell'amministrazione sono anzitutto quelli che denominiamo *pubbliche Amministrazioni*, organizzazioni in genere dotate di personalità giuridica (ma non necessariamente), disciplinate dal diritto pubblico, e sottoposte a un regime giuridico loro proprio, differenziato dalle organizzazioni giuridiche delle categorie fissate nel codice civile.

Ma vi sono altri soggetti, anche di carattere del tutto privatistico (ad esempio, società per azioni), e finanche persone fisiche che, in virtù di specifiche disposizioni normative, ovvero per particolari circostanze, sono chiamati a svolgere attività di amministrazione pubblica; e in conseguenza, per questa parte della loro azione, sono disciplinati dal diritto amministrativo, e perciò attratti nell'ambito della nostra trattazione.

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

1.2. Le fonti del diritto amministrativo.

Si segnalano nella letteratura più recente:

F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2019; *Le fonti del diritto amministrativo*, Anuario Aipda 2015, Napoli, 2016; D.-U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti, cit., 89 ss.; G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 161 ss.; G. GRECO, *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., parte generale, t. 2, 827 ss.; L. TORCHIA, *Il governo delle differenze*, Bologna, 2006; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit.; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 35 ss.; N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003.

1.2.1. Diritto europeo e diritto nazionale.

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

In premessa, si deve tener presente che l'attività di amministrazione, e per certi aspetti anche l'organizzazione dei soggetti ad essa preposti, è oggetto di normazione oltre che dalle fonti di diritto nazionale, anche da quelle

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

Per le parti della materia disciplinate dal diritto europeo, in virtù del noto meccanismo elaborato dalle due Corti (Corte di giustizia U.E., Corte costituzionale) che regge i rapporti tra diritto europeo e diritti nazionali, il diritto europeo viene a far parte del diritto nazionale, a volte in seguito al recepimento attraverso fonti nazionali, a volte per forza applicativa propria: diritto che viene applicato, come appunto il diritto nazionale, dalle Amministrazioni e dai giudici e che vincola direttamente l'attività dei cittadini. Insomma, anche nella disciplina giuridica dell'amministrazione pubblica, come nella disciplina giuridica di altre manifestazioni della vita sociale (l'attività delle imprese nell'ambito del mercato, ad esempio, attraverso il diritto commerciale) nel vigente ordinamento convivono norme giuridiche prodotte da fonti di due separati ordinamenti, quello nazionale (che ha la sua fonte suprema nella Costituzione della Repubblica italiana) e quello europeo (che ha la sua fonte suprema nei Trattati europei); convivenza spesso difficile, fondata su un riparto di materie tuttavia mobile (anche per effetto dell'art. 352 *Tratt. Funz. U.E.*), nell'ambito della quale in caso di conflitto è assicurata la prevalenza della normazione europea.

La disciplina dei rapporti tra i due ordinamenti, nonché quella delle fonti europee, e d'altra parte, la disciplina delle attività di amministrazione svolte direttamente dagli organi dell'Unione europea, restano al di fuori di questa trattazione in quanto rilevanti in altro ordinamento. È da tenere tuttavia sempre ben presente che l'oggetto proprio della nostra trattazione, cioè l'Amministrazione pubblica della comunità nazionale italiana, in quanto tale comprenderebbe anche l'azione giuridica dei soggetti che sono organizzati e che agiscono in virtù del diritto europeo e non del diritto italiano, ma che tuttavia esercitano un'azione che produce effetti nell'ambito della comunità nazionale italiana (la stessa notazione vale ovviamente per gli al-

tri ordinamenti degli Stati membri dell'Unione). Perciò è soltanto per una esigenza di divisione del lavoro, che peraltro influisce com'è noto sulla trattazione delle discipline giuridiche, che anche la nostra trattazione viene a subire questa limitazione.

1.2.2. Diritto amministrativo e principi generali.

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

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

I principi, la cui evidenziazione è sempre opera dell'interprete e in ultima analisi della giurisprudenza delle magistrature supreme, sono fondati sulle fonti più diverse. Nella nostra disciplina ciò è storicamente dimostrato dalla vicenda della progressiva emersione dei principi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. A volte sono desunti attraverso progressive astrazioni da norme particolari. In tal caso, come è stato osservato in dottrina, i principi trovano la loro fonte non tanto in quelle norme quanto piuttosto nel «fatto della compresenza di più norme espressive di un medesimo

indirizzo» (*Modugno*). A volte essi sono ricavati da una singola norma positiva, la quale viene intesa come tale (cioè come principio, al di là della sua concreta portata normativa) per la sua «eccedenza di contenuto normativo, deontologico o assiologico, cioè valutativo» (secondo la celebre formula che risale al *Betti*). A volte ancora (e nella nostra disciplina, almeno nella prima fase, assai più spesso) essi non trovano la loro fonte in alcuna norma positiva ma nell'essenza stessa dell'ordinamento, nei suoi valori supremi, negli indirizzi politico-ideologici che ne hanno ispirato la formazione o una sua decisiva svolta, i c.d. *principi istituzionali* (Corte cost. 6/1956). E così ad esempio, nel tipo di Stato fondato sulla sovranità popolare (art. 1 Cost.) la pubblica Amministrazione è chiamata a svolgere un ruolo del tutto servente gli interessi della collettività, e perciò la sua azione non può essere giammai libera, come manifestazione di *autonomia*, ma è sempre in qualche modo vincolata nei fini, funzionalizzata, manifestazione non di autonomia ma di *discrezionalità*, nell'accezione moderna di questa nozione (sulla quale ci soffermeremo).

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

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

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

Questa particolarità della nostra disciplina, la rende assai simile a quello che era il diritto civile prima della codificazione, cioè un diritto fondamentalmente giurisprudenziale, nel quale invero il ruolo della giurisprudenza,

che è sempre un ruolo “creativo” nell’applicazione del diritto, viene esaltato in tale sua qualità.

In un sistema normativo siffatto ruolo della giurisprudenza (ma anche della scienza, o giurisprudenza teorica, cui quella pratica in larga misura si ispira) è assai più importante ed incisivo, che quello svolto in un sistema codificato (nella sua parte generale) o comunque fortemente normato. Sino a configurare la giurisprudenza stessa come fonte dell’ordinamento amministrativo: ciò che sicuramente non è, almeno nel nostro sistema positivo. Il ruolo della giurisprudenza non è qualitativamente diverso nel diritto amministrativo rispetto alle altre branche dell’ordinamento, ma è certamente più incisivo, appunto, a causa della scarsa consistenza della normazione scritta (e perciò della necessità di ricorrere, nell’applicazione del diritto, a principi generali) e della sua formulazione, a sua volta, per principi generali (come ad esempio nella *L. proc. amm.*).

1.2.3. Fonti legislative.

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

Occorre avere ben chiari il concetto di atto-fonte (atto giuridico capace di produrre norme giuridiche in un determinato ordinamento), quello di disposizione normativa (proposizione contenuta nell’atto fonte che esprime una norma giuridica) e di norma giuridica (che viene ricavata dalla disposizione attraverso l’opera dell’interprete); gli istituti che presiedono all’interpretazione delle fonti; quelli intesi a regolare i rapporti tra le fonti (in un sistema caratterizzato dalla pluralità delle sue fonti) in termini di “gerarchia” e di “competenza”, e le antinomie che si verificano tra di esse (tra le normazioni rispettivamente prodotte); l’abrogazione, la disapplicazione (della normativa contenuta in una fonte, in contrasto con la normativa contenuta in altra fonte sulla prima prevalente, per la successione nel tempo, art. 15 *preleggi*; ovvero per la sua forza nell’ordinamento); l’invalidità della fonte, o di singole sue disposizioni per contrasto con la fonte

superiore secondo il principio della gerarchia delle fonti, ovvero perché eccedente la propria competenza quale determinata dalla fonte superiore (così l'invalidità della legge per contrasto con la Costituzione, l'invalidità del regolamento per contrasto con la legge); i mezzi e i procedimenti (come il giudizio davanti alla Corte costituzionale) previsti per l'accertamento di tale invalidità. Concetti e istituti tutti, fondamentali per lo studio della nostra disciplina, in ordine ai quali ci si limita a rinviare alle trattazioni di diritto costituzionale.

I rapporti tra le fonti sono strutturati, come si sa, secondo il duplice principio della gerarchia e della competenza. Le une rispettivamente sovraordinate e subordinate alle altre: avendo le prime la capacità, o la forza, di stabilire una disciplina che non può essere abrogata o modificata dalle seconde, a pena di invalidità di queste ultime; disciplina che viceversa, ad esse senz'altro si impone. Le une e le altre, a prescindere dalla loro posizione "gerarchica", capaci di disciplinare una determinata materia e non altre (criterio di competenza, che vale tuttavia per alcune fonti e non per tutte). La competenza delle diverse categorie di fonti circa la materia oggetto di normazione, è stabilita a sua volta dalla fonte superiore (così ad esempio, la competenza reciproca delle leggi statali e delle leggi regionali è stabilita dalla Costituzione); e così ancora la fonte sovraordinata stabilisce il procedimento di formazione della fonte subordinata. Principio di gerarchia e principio di competenza si intersecano tra loro e il primo finisce con l'assorbire il secondo.

Le fonti vigenti, come si sa, possono essere dislocate su tre ordini gerarchici, con diverse articolazioni interne a ciascuno di essi e con relative riserve in termini di competenza: le fonti costituzionali, le fonti primarie e le fonti secondarie.

La *Costituzione* anzitutto, che contiene molteplici principi e norme direttamente precettive in materia di amministrazione; norme che in virtù del principio di rigidità costituzionale proprio del vigente ordinamento (a differenza del precedente ordinamento fondato sullo Statuto del 1848, costituzione flessibile, com'è noto, cioè derogabile dalla legislazione ordinaria), si impongono senz'altro a tutte le altre fonti (il cui contrasto con principi e norme costituzionali ne produce l'invalidità).

La Costituzione, nelle singole sue disposizioni può essere modificata da leggi adottate attraverso lo speciale procedimento di cui all'art. 138 (c.d. *leggi di revisione costituzionale*).

Leggi adottate attraverso lo stesso procedimento anche al di fuori dalle materie contemplate nella Costituzione (*leggi costituzionali*) assumono la medesima collocazione gerarchica delle prime. Per alcune materie la Costituzione prevede che la disciplina sia disposta con legge costituzionale (riserve di legge costituzionale), ma questo tipo di fonte può essere utilizzata anche per altre materie.

Leggi di revisione e altre leggi costituzionali (art. 138), pure equiparate alla Costituzione quanto alla loro forza formale nei confronti di tutte le altre fonti dell'ordinamento positivo (alle quali tutte, sono sovraordinate) trovano a loro volta dei limiti nella Costituzione (ciò per cui esse sono passibili del giudizio di costituzionalità), in termini di oggetto (vi sono materie sottratte alla revisione: forma repubblicana, art. 139; diritti inviolabili, artt. 2 e ss.) e in termini di principi: quelli supremi dell'ordinamento costituzionale vincolano anche le leggi di rango costituzionale (Corte cost. 1146/1988).

Il secondo ordine "gerarchico" delle fonti – come è noto – è dato dalle leggi (o *leggi ordinarie*, nell'ambito dello Stato, per distinguerle da quelle costituzionali) e dagli *atti aventi forza di legge* (art. 134). Le leggi sono rispettivamente dello Stato e delle regioni, con reciproci rapporti in termini di competenza.

Nel disegno originario della Costituzione le leggi statali potevano avere ad oggetto ogni materia, salva la disciplina di dettaglio nelle materie di competenza regionale di cui all'art. 117. In queste materie lo Stato poteva con legge stabilire i principi fondamentali di ciascuna materia limitando in tal modo la potestà legislativa regionale.

Nelle regioni a statuto speciale (art. 116 Cost.) era prevista, ed è stata confermata nel nuovo ordinamento (L. cost. 3/2001) una potestà legislativa esclusiva delle regioni stesse in alcune materie.

Secondo il nuovo testo dell'art. 117 (L. cost. 3/2001) questa impostazione, come è noto, è stata ribaltata, nel senso che solo per alcune fondamentali materie è riservata alle leggi dello Stato la competenza legislativa esclusiva (art. 117, 2° co.) mentre su altre materie è riservata alle leggi dello Stato potestà legislativa limitatamente alla determinazione dei principi fondamentali (potestà legislativa concorrente: art. 117, 3° co.) e sulle restanti materie, quelle cioè non espressamente elencate nei due commi citati, è riservata alle regioni la potestà legislativa (c.d. residuale, secondo alcuni, esclusiva): art. 117, 4° co.

Le leggi ordinarie sono atti formali approvati dalle Camere, secondo il

procedimento di cui agli artt. 70 e ss. Cost. ed ai regolamenti parlamentari; e promulgati dal Presidente della Repubblica. Attraverso leggi ordinarie, atti cioè del Parlamento quale organo rappresentativo della sovranità popolare, si esercita per regola la funzione legislativa (art. 70).

In casi eccezionali (divenuti tuttavia nella recente esperienza così frequenti da produrre, di fatto, una modificazione della predetta regola) la funzione legislativa può essere esercitata dal Governo: attraverso i *decreti legge* (art. 77 Cost.; art. 15 *L. Governo*), atti legislativi del Governo che possono essere adottati in caso di necessità ed urgenza, e sottoposti alla conversione delle Camere, che deve avvenire a pena di decadenza *ex tunc* del decreto, entro 60 gg. dalla pubblicazione di quello (la prassi, abnorme, della reiterazione dei decreti legge non convertiti, è stata sanzionata dalla Corte cost. 360/1996); attraverso i *decreti legislativi* (art. 76 Cost.; art. 14 *L. Governo*), adottati dal Governo, sulla base di delegazione conferita con legge, che stabilisce oggetto, principi e criteri direttivi, e il termine entro il quale la delegazione stessa può essere esercitata.

Decreti legge e decreti legislativi sono emanati dal Presidente della Repubblica.

Decreti legge e decreti legislativi, pur essendo limitati nella loro capacità di produzione normativa, dalla legge – i decreti legislativi operano nei limiti posti dalla delega, i decreti legge sono condizionati nella loro efficacia dalla legge di conversione – sono equiparati alla legge quanto al loro valore formale.

Le norme da essi prodotti sono norme legislative a tutti gli effetti ed essi come atti giuridici sono sottoposti al medesimo regime della legge (e così ad es., il giudizio circa la validità di dette fonti è riservato alla Corte costituzionale); e alla loro forza (c.d. forza di legge) come capacità di produrre norme che si impongono su tutte le altre prodotte da fonti di pari grado precedenti, e da fonti inferiori (secondo il diverso schema dell'abrogazione e dell'invalidità).

Ciò comporta che tutta la materia normativa riservata alla legge statale, materia assai ampia, sulla base dell'art. 117, 2° co., può essere legittimamente coperta tanto dalla legge quanto da queste fonti governative equiparate.

Le *leggi regionali* operano nella sfera di competenza fissata dalla Costituzione, e, per le regioni speciali, dalle leggi costituzionali di approvazione dei relativi Statuti. Esse non sono subordinate alle leggi dello Stato ma a queste equiparate e dotate del medesimo valore formale; ma, salvi i casi di

potestà legislativa “*esclusiva*” delle regioni (art. 117, 4° co.), le leggi regionali sono limitate nella loro capacità di produzione normativa dai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato nelle diverse materie (legislazione regionale concorrente).

E anche in questi casi la legislazione regionale, che è fondamentale una normazione amministrativa, è limitata nei suoi contenuti dalle leggi statali sull'ordinamento generale (civile, penale, processuale) ovvero contenenti la normazione di materie c.d. trasversali (ad esempio la tutela della concorrenza, i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, etc.: art. 117, 2° co.).

La riforma costituzionale del 2001 (L. cost. 3/2001) ha ampliato lo spazio normativo della legge regionale, estendendo le materie di competenza “*esclusiva*” o residuale, a tutte quelle non espressamente enumerate ed estendendo altresì l'ambito delle materie di competenza legislativa concorrente (prima circoscritte all'elenco dell'art. 117) a settori fondamentali per l'assetto economico e sociale del Paese (dall'energia alle telecomunicazioni, alle grandi infrastrutture, etc.). E ha soppresso il sistema dei controlli statali sulle leggi regionali, ormai soggette, come le leggi statali, al solo sindacato della Corte costituzionale (art. 127).

Leggi ordinarie, altri atti normativi statali aventi forza di legge, e leggi regionali, compongono insieme *l'area della legge*, nel sistema delle fonti da noi vigente, area di produzione normativa cui numerose materie sono *riservate* dalla Costituzione (riserve di legge). (Altre fonti primarie, sono i regolamenti delle Camere, della Presidenza della Repubblica, della Corte costituzionale).

In diritto amministrativo sono molteplici le materie riservate alla legge, secondo la normativa costituzionale. Secondo una tradizionale configurazione del *principio di legalità*, di cui si dirà più avanti, ogni potere amministrativo (nel cui esercizio si esprime l'attività amministrativa regolata da norme di diritto pubblico) deve essere previsto e disciplinato, salvo che nella parte di dettaglio, da norme di legge. Questa impostazione è stata in parte superata nell'evoluzione più recente dell'ordinamento positivo; e il principio di legalità ha assunto il significato di principio che impone la predeterminazione normativa (ma non necessariamente con legge) dei casi di esercizio dei poteri amministrativi, salvi determinati limiti posti dalla Costituzione.

D'altra parte, il processo c.d. di delegificazione che nell'esperienza più recente ha investito tanto il settore dell'organizzazione che quello dell'azio-

ne amministrativa (v. in particolare, artt. 13, 20, L. 59/1997) ha restituito un ruolo amplissimo alla fonte regolamentare nella disciplina dell'amministrazione.

1.2.4. *Fonti secondarie: i regolamenti.*

Amplissima è dunque la presenza delle fonti secondarie nella disciplina dell'amministrazione; e centrale la posizione dei regolamenti nel contesto complessivo della normazione amministrativa. Questa posizione è stata rafforzata per effetto della L. cost. 3/2001 che ha di molto ampliato lo spazio normativo affidato ai regolamenti degli enti del governo territoriale (regioni, province, comuni): art. 117, 6° co., art. 118. Anche in funzione di garanzia dell'autonomia di codesti enti. Si può dire invero che le fonti secondarie attengono essenzialmente all'amministrazione. Sono espressione del potere del Governo, delle Amministrazioni, di disciplinare se stesse, nella loro organizzazione, nella loro azione.

Rispetto all'ordinamento anteriore (quale delineato dalla L. 100/1926, e già dai principi ritenuti vigenti nell'ordinamento statutario, nel quale com'è noto, il potere esecutivo apparteneva esclusivamente al Re e al suo Governo: art. 5, Statuto 1848; art. 1, L. 2263/1925), la Costituzione, come s'è appena visto, ha inteso restituire alla legge una posizione del tutto preminente nella materia amministrativa; ciò non di meno, anche per effetto degli sviluppi recenti, la presenza delle fonti secondarie nella nostra materia è amplissima e tende ad estendersi.

Si deve avvertire che i regolamenti e gli altri atti di normazione secondaria, sono formalmente atti amministrativi, e perciò assoggettati alla disciplina propria di questi ultimi (per quanto concerne il procedimento, la validità, i controlli, il regime delle impugnazioni, etc.). Anzi, avvertiamo sin d'ora che il potere regolamentare, il potere cioè di disciplinare con norme generali e astratte – dotate a tutti gli effetti dei caratteri della norma giuridica – determinate materie stabilite dalla legge e sempre nel rispetto delle norme fissate dalla legge, è uno dei poteri amministrativi tipici.

Vastissima è la congerie delle fonti secondarie, sia sotto il profilo soggettivo (essendo dotata ogni Amministrazione di un, sia pur limitato, potere regolamentare) sia sotto il profilo dei contenuti, dell'ambito normativo di pertinenza, degli effetti. E perciò si conoscono diverse specie di regola-

menti e altri atti di normazione secondaria, spesso distinte in modo non chiaro, anzi perplesso, le une dalle altre.

Nell'ambito dello Stato, una importante razionalizzazione della materia è stata attuata dalla *L. Governo* del 1988. Secondo questa disciplina (valida per tutto l'ambito dei regolamenti statali) si distinguono in termini soggettivi, tre specie di regolamenti.

I regolamenti del Governo (emanati con D.P.R., previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio di Stato, e previo parere delle Commissioni parlamentari: art. 17, 1° e 2° co.); i regolamenti ministeriali (adottati con D.M., sentito il Consiglio di Stato), nelle materie di attribuzione del relativo Ministero (anche se la competenza è di autorità subordinata al Ministro, ad esempio, di organi periferici); i regolamenti interministeriali (adottati con decreto interministeriale, sentito il Consiglio di Stato), nelle materie di attribuzione di più Ministeri.

I *regolamenti ministeriali e interministeriali* necessitano di un'espressa attribuzione legislativa del potere regolamentare (al Ministro o a più Ministri). Non si tratta cioè di un potere a carattere generale spettante al Ministro in quanto tale nelle materie di attribuzione del relativo Ministero. Ed essi sono espressamente subordinati ai regolamenti del Governo.

I *regolamenti del Governo* sono di due specie. La prima specie esprime il potere regolamentare che al Governo spetta in via generale, senza bisogno di specifiche autorizzazioni legislative, e ha per oggetto l'esecuzione, l'attuazione e l'integrazione degli atti legislativi, l'organizzazione e il funzionamento delle Amministrazioni pubbliche «secondo le disposizioni dettate dalla legge»; l'organizzazione e i rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti in base agli accordi sindacali (*D. pubbl. imp.*); nonché la disciplina di materie in cui manchi la disciplina di atti legislativi «sempre che non si tratti di materie comunque riservate alla legge» (art. 17 cit., 1° co.). Tra queste categorie di oggetti è da segnalare quella ricordata per ultima (co. cit., lett. c): c.d. regolamenti indipendenti, la cui previsione costituì apparentemente un'importante novità nel sistema costituzionale, conferendo al Governo un potere normativo sostanzialmente libero in tutte le materie dove manchi disciplina legislativa (e ovviamente, non si tratti di materie coperte da riserva di legge). Ma in realtà è stata di scarsissimo rilievo pratico, data la marginalità evidente di queste materie (ammesso che esistano).

E ancora è da segnalare la categoria dei regolamenti di organizzazione

(co. cit., lett. *d*)) per quanto sopra si è detto circa l'importanza che in materia organizzativa ha assunto la fonte regolamentare.

La seconda specie dei regolamenti del Governo è contemplata al 2° co. dell'art. 17, i c.d. *regolamenti delegati* (perché necessitano di apposita autorizzazione legislativa) che hanno la capacità di disciplinare *ex novo* materie già disciplinate con legge sostituendo la disciplina regolamentare a quella legislativa preesistente che viene abrogata, secondo il fenomeno della *delegificazione* (v. anche art. 2 cit., L. 537/1993).

Altra specie di regolamenti del Governo è quella di cui alla L. 11/2005: regolamenti di attuazione delle direttive comunitarie in materie, anche se disciplinate con legge, non oggetto di riserva di legge.

Tutti i regolamenti statali sono sottoposti al controllo preventivo della Corte dei conti, e devono essere pubblicati in G.U. (le norme giuridiche in essi contenute non producono effetti se non a seguito della pubblicazione dei relativi testi in Gazzetta).

Nell'esperienza più recente, caratterizzata dalla presenza di ordinamenti di settore (mercato finanziario, telecomunicazioni, energia, etc.) nei quali funzioni di amministrazione sono affidati ad Autorità amministrative c.d. indipendenti (dal Governo), sulle quali *infra* (par. 3.2.3), hanno acquistato grande importanza gli atti di regolazione a contenuto sostanzialmente normativo, adottati da codeste Autorità, in base ad attribuzioni (spesso generiche) di legge. Questi atti a carattere regolamentare (atti di normazione secondaria) non seguono le prescrizioni procedurali relative ai regolamenti del Governo (salva la pubblicazione in G.U.); essendo adottati da autorità non politiche nell'ambito di competenze loro proprie, spesso ad alta valenza discrezionale, presentano problemi di legittimità costituzionale (nel silenzio del testo costituzionale sul punto, ma in presenza, tuttavia di norme europee, di per sé legittimanti alcune di dette attribuzioni). Opinione dominante che trova pieno riscontro in giurisprudenza (v. ad ult. Cons. St., VI, 20.1.2015 n. 1532) è nel senso che questi atti normativi, indubbiamente anomali a fronte del principio di legalità in senso sostanziale, che si esprime nella «tipica forma di esercizio del potere regolamentare ai sensi dell'art. 17 [*L. Governo*] secondo un sistema ispirato ad una rigorosa tipicità» si giustificano in virtù dell'esigenza di assicurare nel governo del settore, il costante adeguamento del «contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema», e per altro verso, come accennato, sulla base di norme e principi di fonte europea (art. 35 e ss., Dirett. 2009/72/CE, re-

lativa al mercato interno dell'energia elettrica; art. 3 Dirett. 2002/21/CE, come modif. dalla Dirett. 2009/140/CE sui servizi di comunicazione elettronica; artt. 67 e ss. Dirett. 2014/65/UE relativa al mercato degli strumenti finanziari). Ma essi necessitano, a pena di invalidità, di specifiche garanzie procedurali, attraverso «rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari» (Cons. St., sentenza ult. cit.): c.d. principio di legalità in senso procedimentale.

Più disarticolato, perplesso, l'ambito delle *fonti secondarie non statali*.

In termini generali, si può dire che, in via di principio e salve espresse eccezioni, ogni ente pubblico è dotato di una pur minima potestà regolamentare, del tutto subordinata alla legge e ai regolamenti governativi, con oggetto la propria organizzazione e l'esercizio delle proprie funzioni. Tali atti sono sottoposti all'approvazione degli organi statali di vigilanza, e pubblicati nelle forme prescritte. Molti enti pubblici hanno anche il potere di adottare un proprio statuto con oggetto principalmente l'organizzazione dell'ente. Lo statuto è fonte secondaria, il cui contenuto normativo vincola tuttavia i regolamenti interni dell'ente.

La potestà regolamentare è particolarmente rilevante, e trova direttamente in Costituzione la sua disciplina fondamentale, negli enti del governo territoriale (regioni, province e comuni), pubblici poteri equiparati allo Stato nel disegno costituzionale.

Gli enti del governo territoriale in quanto dotati di autonomia costituzionale hanno «propri statuti, poteri e funzioni» (art. 114).

I poteri e le funzioni sono quelli, rispettivamente di carattere legislativo o normativo di cui all'art. 117, e quelli di carattere amministrativo di cui all'art. 118, che le stesse norme costituzionali menzionano, fissandone anche i contenuti.

L'art. 123 espressamente dispone che ciascuna regione abbia uno statuto, il quale, in armonia con la Costituzione, determina tra l'altro «la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento». È da ritenere che anche per gli enti locali la materia statutaria corrisponda a quella delineata dall'art. 123, ovviamente con le differenze derivanti dal diverso ruolo e dalla diversa capacità normativa di questi enti.

In sostanza, la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e di funzionamento degli enti, nei limiti stabiliti dalla legislazione dello Stato, segnatamente ai sensi dell'art. 117, 2° co., lett. p), è da ritenere

costituisca la materia prettamente statutaria anche per gli enti locali (cfr. art. 4, L. 131/2003).

Per il resto, organizzazione e funzionamento degli enti sono disciplinati dai regolamenti, espressamente tenuti al rispetto degli statuti data la relazione gerarchica che intercorre anche tra fonti secondarie (art. 4, cit.).

Nelle materie affidate alla regolamentazione degli enti locali, come enti autonomi dotati, appunto, di propri statuti, poteri e funzioni secondo la Costituzione, la legislazione statale e regionale deve essere una legislazione *formulata per principi* e giammai per dettaglio, al fine di consentire l'autonoma determinazione degli enti locali stessi nei settori di loro competenza, attraverso l'esercizio del potere statutario e più in generale della potestà normativa. Soltanto una legislazione formulata per principi consente a detti enti di dare pienezza alla loro posizione costituzionalmente riconosciuta di autonomia, anche e soprattutto normativa, che altrimenti non avrebbe alcuna possibilità di manifestarsi in termini sostanziali.

La potestà regolamentare delle regioni può essere distribuita tra gli organi di governo della regione, Consiglio e Giunta, secondo la disciplina statutaria propria di ciascuna regione (Corte cost. 313/2003). È da ritenere che nelle materie dell'organizzazione, detta competenza potrà essere più opportunamente affidata alle Giunte mentre nella disciplina sostanziale dei settori di intervento nella società civile, essa potrà più opportunamente essere attribuita ai Consigli. E così anche nei casi di esercizio di potestà regolamentare delegata dallo Stato ai sensi dell'art. 117, 6° co.

L'esercizio della potestà regolamentare viene attribuito in via esclusiva alle regioni nelle materie di legislazione concorrente, oltre ovviamente che in quelle di legislazione residuale; restando allo Stato solo nelle materie di legislazione statale esclusiva, salva delega alle regioni (art. 117, 6° co.). È da ritenere comunque che la potestà regolamentare delle regioni si estenda alla disciplina dello svolgimento delle funzioni loro attribuite anche nelle materie di competenza esclusiva statale (se non altro, per analogia con quanto lo stesso art. 117, 6° co., dispone per gli enti locali).

La potestà regolamentare degli enti locali, si estende «alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite» (art. 117, 6° co.).

La materia dell'organizzazione locale, come oggetto di autonoma regolamentazione da parte di ciascun ente locale, ovviamente deve rispettare i principi generali in materia di organizzazione pubblica, come si esprime il

cit. art. 4, L. 131/2003: sempre che si tratti, di principi ricavabili dalla Costituzione, e non di altri, e salvo che non si tratti delle norme di organizzazione che sono necessariamente connesse alla disciplina statale sugli organi di governo degli enti locali, adottata ai sensi dell'art. 117, 2° co., lett. p).

Ciascun organo di governo dell'ente locale, Sindaco, Giunta, Consiglio (o quelli che la legge dello Stato individuerà) è dotato di una propria organizzazione la cui disciplina è stabilita dalla legge dello Stato ai sensi della citata norma costituzionale, disciplina che ovviamente viene a limitare sul punto, la potestà regolamentare dell'ente locale. Al di là di queste norme, i principi che legano la regolamentazione locale in materia di organizzazione sono soltanto quelli generali desumibili dalla Costituzione. E così, per esemplificare, il principio della predeterminazione normativa del disegno organizzativo dell'ente e delle sfere di competenza e responsabilità dei diversi organi e uffici; il principio dell'accesso agli impieghi mediante pubblico concorso, salve deroghe previste dalla legge; i principi che riguardano la disciplina del rapporto di lavoro pubblico, nonché quelli che riguardano la disciplina finanziaria, dei bilanci pubblici, dell'ordinamento dell'entrate e delle spese.

La potestà regolamentare degli enti locali in materia di svolgimento delle funzioni loro attribuite, è più contenuta, poiché in questo ambito, a differenza che in materia di organizzazione opera la competenza legislativa delle regioni (e più limitatamente dello Stato) nelle singole materie.

1.2.5. Fonti europee (ordinamento comunitario: art. 117, 1° co., Cost.).

Grande importanza hanno assunto nella nostra materia le *fonti europee*.

Come già s'è avvertito, la Repubblica italiana in virtù di una serie di Trattati (da ult. quello istitutivo dell'Unione europea, *Maastricht*, 7.2.1992, ratif. con L. 454/1992; e quello di *Amsterdam*, del 2.10.1997, ratif. con L. 209/1998) è Stato membro dell'Unione europea, comunità di Stati nell'ambito della quale sono costituiti organi centrali di governo, dotati di molteplici poteri nei confronti degli Stati membri e anche direttamente nei confronti dei cittadini. Elementi questi, accentuati con i nuovi Trattati (*Lisbona*, 13.12.2007) sulla Unione Europea e sul Funzionamento dell'Unione Europea (*Tratt. U.E.*; *Tratt. Funz. U.E.*), una volta accantonato il progetto di Costituzione Europea (pur ratificato con L. 57/2005).

Tra questi poteri spiccano i poteri normativi degli organi comunitari, che si esercitano nell'ambito delle materie contemplate dai Trattati; e in virtù del principio generale di sussidiarietà fatto proprio dal Trattato di Maastricht (art. G.5) e precedentemente per effetto dell'art. 235, *Tratt. CE* (adesso, art. 352 *Tratt. Funz. U.E.*), operano con oggetto sostanzialmente generale. Tant'è che una parte rilevante della nostra disciplina (anche di parte generale) come s'è accennato, è oggetto di normazione europea, come si vedrà nel corso della trattazione.

Ma ciò che è di maggiore rilievo (e dirompente, rispetto alle concezioni tradizionali circa la sovranità degli Stati) è il fatto, assolutamente pacifico ormai in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia della U.E. e della nostra Corte costituzionale, che le fonti europee (che presentino «completezza di contenuto dispositivo») prevalgono sulle fonti primarie interne (sulle leggi); mentre sono sottratte al giudizio di costituzionalità (essendo riservata alla Corte di giustizia la cognizione di esse, ai sensi degli artt. 263 e ss. *Tratt. Funz. U.E.*) (c.d. primato del diritto comunitario).

Sul punto (fondamentale, il cui approfondimento esula da questa trattazione), la posizione oggi seguita, a partire soprattutto da Corte cost. 170/1984 (e dopo l'avvicinarsi di posizioni diverse da parte della Corte costituzionale, a volte in confronto dialettico con la Corte di giustizia: v. particolarmente, 14/1964; 183/1973; 232/1975; 205/1976; Corte giust., 6.3.1979, causa C-92/78, *Simmenthal*), si riassume in ciò, che la legge nazionale anteriore o successiva, comunque in contrasto con la normativa europea, non può essere applicata dagli operatori giuridici nazionali (dai giudici nazionali, dalle Amministrazioni nazionali) che devono applicare la normativa di fonte europea. La norma interna non viene dichiarata incostituzionale (la questione di costituzionalità nei suoi confronti è inammissibile: nella precedente giurisprudenza, viceversa, era questa la via per il superamento del contrasto) né abrogata, ma semplicemente disapplicata (essa resta astrattamente in vigore, e potrà essere applicata a seguito del "ritrarsi" della normativa europea da quella materia).

Questa costruzione presuppone l'idea (decisamente affermata dalla Corte) che le fonti europee non facciano parte dell'ordinamento interno, ma restino fonti del loro proprio ordinamento (quello europeo, appunto) e perciò soggette alle regole proprie di questo; alla cui normazione l'ordinamento interno ha riservato, con scelta "coperta" in punto di costituzionalità dall'art.

11 Cost., alcuni settori, nei quali appunto esso senz'altro prevale (v. ancora, Corte cost. 389/1989).

D'altra parte, la normazione europea (sempre che presenti «completezza di contenuto dispositivo») non necessita di una normativa interna di trasposizione o di applicazione o attuazione; anzi, questa sarebbe illegittima dal punto di vista europeo perché negherebbe il carattere di immediata (e contestuale, in tutti i Paesi dell'Unione) entrata in vigore della normazione stessa (v. Corte cost. 232/1975; 205/1976).

Qualche cenno sulle principali fonti europee. Anzitutto i *Trattati istitutivi* dell'Unione, successivamente più volte modificati e ampliati, tutti ratificati con leggi ordinarie come gli altri trattati internazionali. Essi hanno tuttavia un valore non paragonabile a questi, proprio perché attraverso di essi e sulla base dell'art. 11 Cost., l'Italia ha inteso cedere parte delle proprie prerogative sovrane agli organi istituiti dai Trattati stessi. Questi sono la principale fonte del diritto europeo. Nella parte in cui consistono di norme direttamente dispositive sono senz'altro applicabili in ambito interno, prevalendo sul diritto interno, secondo quanto s'è detto.

Il diritto di fonte comunitaria che si produce sulla base dei Trattati si articola in due principali categorie di fonti (v. art. 288 *Tratt. Funz. U.E.*). I *regolamenti* (adottati secondo le procedure di cui agli artt. 293 e ss. *Tratt. Funz. U.E.*) pongono norme direttamente cogenti e applicabili nell'ambito degli Stati membri. Essi non necessitano di alcuna recezione; e sono senz'altro, e in tutte le loro parti, ascrivibili alle fonti dotate di «completezza di contenuto dispositivo» ai fini dei rapporti con le norme interne.

Le *direttive* sono rivolte agli Stati e ne vincolano l'azione «per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi» (art. 288 cit.). Tuttavia, la prassi delle direttive precise e dettagliate ha portato la giurisprudenza ad affermarne la diretta applicazione (equiparabile a quella dei regolamenti) con gli effetti sulla legislazione nazionale sopra ricordati (v. da ult. Corte giust. 6.3.2014, C-595/12: «secondo una giurisprudenza costante in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiano dal punto di vista sostanziale incondizionate e sufficientemente precise, esse possono essere invocate dai singoli dinanzi al giudice nazionale nei confronti dello Stato membro»).

Le direttive, pur direttamente applicabili, richiedono comunque una normazione statale di recepimento e spesso danno luogo alla necessità di adottare norme nazionali di adattamento ad esse del diritto nazionale connesso.

Altri atti delle Istituzioni europee (decisioni, raccomandazioni, pareri) non hanno carattere normativo (anche se queste qualificazioni assumono un rilievo del tutto descrittivo in diritto europeo).

Non tutto il diritto comunitario è direttamente applicabile, come sopra si ricordava. Buona parte delle direttive richiedono una normativa di attuazione da parte degli Stati membri. E la stessa normazione comunitaria direttamente applicabile, dà luogo ad una normativa di adattamento nei settori già disciplinati dal diritto statale nei quali essa va ad impingere.

A tal fine, è prevista l'adozione di una "legge europea" annuale, che a sua volta può prevedere deleghe legislative al Governo, nonché l'autorizzazione ad attuare determinate direttive mediante regolamenti (L. 122/2016).

1.3. *La formazione storica del diritto amministrativo.*

Si segnalano nella letteratura più recente:

U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana*, cit.; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009; W. GASPARRI, "Il punto logico di partenza". *Modelli contrattuali, modelli autoritativi e identità disciplinare nella dogmatica dell'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 2004; G. MELIS, *La burocrazia*, Bologna, 2004; S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, cit.; L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit.; S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, ivi, 2002, 27 ss.; ID., *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1013 ss.; G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, cit.

1.3.1. *Origine del diritto amministrativo.*

La formazione storica del sistema del diritto amministrativo, quale configurato nell'attuale esperienza degli ordinamenti dell'Europa continentale, e segnatamente del nostro, è stata oggetto di molteplici e assai importanti studi, anche recenti, ai quali senz'altro si rinvia.

Ai nostri fini, cioè per comprendere alcuni fondamentali caratteri del nostro sistema positivo, nella loro problematicità, saranno sufficienti le seguenti notazioni (tratte anche da quegli studi).

Anzitutto, si deve tenere presente che il nostro ordinamento, come gli

altri dell'Europa continentale, trae origine, quanto al sistema di concetti e all'insieme degli istituti positivi che lo caratterizzano, dall'esperienza rivoluzionaria francese e dal successivo regime napoleonico. La restaurazione degli antichi ordinamenti che seguì nel 1815 alla caduta dell'Impero, non ne scalfì, com'è noto, se non in minima parte, l'ordito, nel settore delle istituzioni amministrative.

I caratteri fondamentali delle istituzioni amministrative quali uscite da quella esperienza (tutti essi, trovano qualche più o meno profonda radice in istituti dell'Antico regime, delineatisi in più compiuta forma nell'ultima fase dell'esperienza della Monarchia francese), possono ritenersi i seguenti.

Anzitutto, la formazione di un *apparato organizzativo a base burocratico-professionale*; formato cioè da persone con preparazione professionale specifica nel settore giuridico-amministrativo, incardinate nell'organizzazione dello Stato, nella quale si sviluppano le loro carriere (personale burocratico professionale, di carriera); dipendenti dall'Esecutivo e preposti all'esercizio dei compiti stabiliti dalla legge, secondo disposizioni delle autorità di governo, mediante l'esercizio in concreto di poteri discrezionali. Questo apparato è del tutto separato nelle sue articolazioni, nei suoi organi, dall'apparato organizzativo deputato all'esercizio della giurisdizione, dal sistema dei giudici, in virtù del principio che contestualmente si afferma, della separazione tra amministrazione e giurisdizione.

L'apparato si articola in strutture organizzative centrali (secondo il modello successivamente consolidatosi in quello dei Ministeri) e strutture organizzative periferiche (secondo il modello successivamente consolidatosi in quello delle Prefetture), queste ultime, gerarchicamente dipendenti dalle prime. Il personale dell'apparato è protetto dalla c.d. garanzia amministrativa, istituto che subordina la citazione in giudizio dei funzionari all'autorizzazione del Governo (nell'ambito degli istituti intesi alla separazione della giustizia dall'amministrazione). L'istituto, si nota tra parentesi, è rimasto in vigore da noi fino al 1965 (Corte cost. 4/1965).

In secondo luogo, l'*amministrazione locale* viene organizzata secondo modelli unitari, sopprimendo l'antica varietà delle istituzioni locali, e si articola in enti di minori dimensioni, direttamente deputati all'amministrazione degli interessi delle città, dei paesi, delle comunità rurali (il Comune) e in enti di dimensioni maggiori che comprendono territori più vasti comprensivi di molteplici comuni e coincidenti con l'ambito territoriale delle articolazioni periferiche dell'amministrazione statale (la Provincia, il Di-