

Francesco Merloni

Istituzioni di diritto amministrativo



QUARTA EDIZIONE



Giappichelli



PREMESSA ALLA PRIMA EDIZIONE

La rilevanza giuridica dell'organizzazione, ai fini della cura imparziale dell'interesse pubblico e della garanzia del cittadino. Il progressivo incremento del concorso di discipline privatistiche nella regolazione dell'organizzazione e dell'azione amministrativa, che arriva però solo a scalfire la centralità delle discipline pubblicistiche. Il particolarissimo assetto italiano della giurisdizione, fondato sulla (pretesa) differenza tra situazioni giuridiche soggettive. La rinnovata esigenza di una lettura della disciplina positiva dell'amministrazione alla luce dei principi costituzionali. La progressiva penetrazione, nel diritto positivo italiano, di istituti e strumenti di altri ordinamenti, per la prevalenza del diritto comunitario o per processi comparativi e di imitazione.

Sono queste le chiavi che mi paiono fondamentali per la piena comprensione unitaria di una materia, il diritto amministrativo, costantemente esposta al rischio di visioni solo parziali, incoraggiate da una crescente frammentazione di discipline di fonte diversa.

L'individuazione di queste chiavi unitarie di lettura mi ha spinto a scrivere questo manuale, per me il frutto di oltre quarant'anni di attività di ricerca e di oltre vent'anni di insegnamento (sempre in una facoltà fortemente interdisciplinare come quella di Scienze Politiche), un manuale che io vedo come strumento al contempo didattico e di avanzamento/sistemazione delle conoscenze.

In una vera università (se ha ancora senso evocarne l'esistenza!) non dovrebbe trovare spazio una didattica che si limiti ad esporre, possibilmente in modo sistematico, pensieri e teorie già consolidate. Il compito di ogni docente e studioso è unire capacità di illustrazione e trasmissione di nozioni e istituti giuridici alla costante rimessa in discussione (alla "falsificazione") di idee tradizionali, anche molto seguite ed efficaci dal punto di vista conoscitivo.

I destinatari di questo tentativo di rilettura organica del diritto amministrativo contemporaneo sono molteplici. In primo luogo gli studenti che ne affrontano per la prima volta lo studio; per essi è necessario esporre in modo necessariamente sintetico, piano, con costanti riferimenti a casi ed esempi di applicazione concreta, i principali istituti, da presentare anche come risultato del depositarsi di evoluzioni normative, giurisprudenziali e dottrinali di lungo periodo. In secondo luogo gli studenti che siano chiamati a ritornare, in funzione di approfondimento specialistico o di settore, su singoli istituti, per i quali resta necessaria una chiave interpretativa generale di riferimento. In terzo luogo i c.d. "operatori del diritto", con particolare attenzione ai funzionari pubblici, intesi nella loro accezione più larga: a partire dai funzionari professionali, quadri e dirigenti, per finire, passando attraverso figure legate alle pubbliche amministrazioni da rapporti temporalmente limitati (si pensi alle variegate figure di soggetti con in-

carico fiduciario), a coloro che rivestono, pro tempore, cariche negli organi di indirizzo politico nelle amministrazioni. Per tutti i funzionari pubblici il manuale si preoccupa di indicare non solo nozioni fondamentali e di base, ma criteri unitari di interpretazione, valori da rispettare nell'esercizio delle funzioni pubbliche affidate (si pensi alla difficile conciliazione tra l'imparzialità e la funzionalità, ai doveri di comportamento); comprensione del proprio ruolo di decisore pubblico (o di partecipante alla decisione pubblica); conoscenza piena delle regole, sull'organizzazione e sull'azione amministrativa, da applicare; consapevolezza delle responsabilità connesse alle attività svolte nella cura dell'interesse generale.

Un manuale, quindi, di primo impatto con il diritto amministrativo, ma scritto anche per chi volesse ricercare strumenti di amministrazione e di governo. Per chi volesse, ad esempio, comprendere la disciplina, così variegata e articolata (spesso contraddittoria), degli strumenti contrattuali, inserita all'interno dei più generali fenomeni di utilizzazione del diritto privato nell'organizzazione amministrativa e nella cura concreta degli interessi pubblici.

Una lettura che vuole essere scientifica, oggettiva, del diritto amministrativo, sempre attenta a tenere distinti gli scopi perseguiti dai produttori delle norme giuridiche dagli esiti conseguiti, sia quanto alla qualità della normazione sia quanto all'efficacia, all'effettiva realizzazione degli obiettivi. Si pensi solo al tema della nuova "centralità" della posizione del cittadino e delle sue situazioni giuridiche soggettive, assicurata da rafforzati diritti di partecipazione al procedimento e di informazione diffusa (trasparenza), per il quale non si può evitare di segnalare da un lato l'innovatività, quasi la potenzialità "rivoluzionaria" delle discipline adottate (dalla legge n. 241 del 1990 in poi), e dall'altro la povertà dei risultati raggiunti, soprattutto in termini di apertura effettiva dell'amministrazione (e dei suoi funzionari) alle ragioni degli interessati e in generale dei cittadini in sede di istruttoria e di decisione amministrativa.

Una lettura, però, sempre fortemente impegnata nel perseguimento dei principi e dei valori costituzionali, che impongono di riconsiderare, con l'indispensabile apporto degli studi di diritto costituzionale (nella prospettiva di una sostanziale riunificazione, di metodo e di oggetti di indagine, del diritto pubblico), la disciplina positiva delle grandi partizioni del diritto amministrativo: l'organizzazione, come la predeterminazione delle funzioni (e delle loro attività di esercizio) e la loro attribuzione, stabile e conoscibile, ai diversi "uffici" (enti di diritto pubblico e soggetti privati in controllo pubblico; organi e uffici al loro interno); l'azione, come complesso di regole sulla formazione, adozione ed esecuzione delle decisioni di cura dell'interesse pubblico concreto; la tutela, piena, effettiva ed imparziale, dei diritti dei cittadini che siano violati dall'azione delle amministrazioni.

Il manuale, che pure è concepito come strumento didattico valido per lo studio del diritto amministrativo in tutti gli indirizzi di studio, siano essi destinati alle tradizionali carriere forensi o alla formazione di funzionari pubblici, non poteva non risentire della mia esperienza, di insegnamento e di ricerca giuridica, all'interno di una Facoltà fondata sulla formazione fortemente interdisciplinare degli studenti, come quella di Scienze Politiche. Avrei scritto cose molto diverse se non fossi stato costantemente indotto a rendere compatibile la visione giuridica dell'amministrazione (per la quale è sempre richiesta agli studenti un'adeguata conoscenza delle nozioni di base del diritto pubblico e del diritto privato) con l'approccio delle altre scienze sociali, come la sociologia (politica e dell'amministrazione), la scienza politica, l'economia e la statistica, la storia (del pensiero politico, delle istituzioni). Un'esperienza che mi induce a cre-

dere che far tesoro del contributo di altre scienze sociali non sia utile solo all'insegnamento del diritto nelle facoltà non giuridiche, ma alla stessa comprensione scientifica del diritto amministrativo e dei suoi istituti. Mi è quindi gradito ringraziare pubblicamente tutti i miei colleghi della Facoltà di Scienze Politiche di Perugia per l'apporto continuo, in qualche caso perfino inconsapevole, che hanno dato alla mia formazione di giurista.

Poiché siamo giunti ai pubblici riconoscimenti e ringraziamenti, il mio pensiero grato deve andare alla due persone che più hanno contato nella mia formazione. Il mio maestro, Massimo Severo Giannini, fonte inesauribile, per tutti i suoi allievi, di conoscenza vastissima e di stimoli intellettuali, che sapeva trasmettere con l'esempio, praticato, di una curiosità scientifica sempre aperta al nuovo, all'apporto di altre scienze, alla comparazione con esperienze di altri ordinamenti. Attento alla costruzione di un sistema interpretativo unitario e coerente, ma sempre disposto a rivedere posizioni precedentemente assunte o ad accogliere nuove posizioni e avanzamenti delle conoscenze prodotti da altri (a cominciare dai suoi allievi: per quanto mi riguarda è ciò che ho, modestamente, tentato intorno alla diversa nozione di funzione amministrativa, centrale per la mia ricostruzione complessiva dell'organizzazione), intransigente con la mediocrità di approcci meramente descrittivi (il "diritto dei raccontini"). Andrea Orsi Battaglini, amico carissimo e insostituibile, con il quale non era assolutamente necessario condividere tutte le idee e le posizioni scientifiche (come si potrà vedere, continuo a non condividere la proposta di una piena ricomposizione della tutela giurisdizionale del cittadino contro l'azione illegittima delle amministrazioni in capo al solo giudice ordinario), che mi ha trasmesso in primo luogo quella unione di metodo giuridico e di passione civile che costituisce per me il fondamento, la ragione di esistere e il ruolo del giurista nella società contemporanea. E, in secondo luogo, l'attenzione al cittadino singolo, all'individuo, vera vittima potenziale (l'"astratta e infeconda idea") dell'esercizio non regolato e controllato dei poteri pubblici e privati, anche dei gruppi organizzati (si pensi al potenziale contrasto tra il riconoscimento di posizioni di autonomia, collettiva, e la tutela dei diritti individuali: nelle università tra regole di autonomia e libertà di insegnamento e di ricerca). Ma, soprattutto, una persona dalla grandissima qualità di uomo, che univa il rigore morale all'ironia (soprattutto su se stesso), all'affetto.

Questo manuale non sarebbe giunto alla sua conclusione senza l'incoraggiamento, i consigli e l'aiuto di tanti amici e colleghi, tra i quali ricordo qui solo Antonio Brancasi, Maria Paola Guerra, Carlo Marzuoli, Luciano Vandelli, Aldo Travi. Senza il sostegno costante ed affettuoso di Alessandra Pioggia, Enrico Carloni, Benedetto Ponti, che condividono da anni con me l'impegno didattico e scientifico che ha consentito al gruppo perugino, attraverso ricerche nazionali (FIRB e PRIN) su temi nuovi e centrali quali le riforme organizzative, l'informazione pubblica, la trasparenza, l'etica pubblica, di dare contributi non secondari agli studi in materia di organizzazione amministrativa. Questo manuale è stato pensato, proposto all'editore, organizzato, riveduto e corretto come l'espressione, la sintesi dell'idem sentire dell'intero gruppo sulla scienza del diritto amministrativo, sui modi per insegnarlo, sul ruolo del giurista. Un grazie di cuore, infine, a mia moglie, Grazia Vecchio, che si è sobbarcata l'ingrato compito della rilettura e revisione formale del testo. Va da sé che ogni idea qui espressa, ogni definizione, ogni parola, è da attribuirsi esclusivamente alla mia responsabilità.

PREMESSE ALLA SECONDA E TERZA EDIZIONE

Questa seconda edizione nasce da una duplice esigenza. Tener conto dell'applicazione pratica, nella didattica, del manuale. Aggiornare il testo alle modifiche nel frattempo intervenute (soprattutto legislative).

La revisione del testo è stata integrale, anche se molti capitoli hanno mantenuto l'impostazione originaria. La parte che ha subito le maggiori modifiche, anche nell'articolazione e denominazione dei capitoli, è quella relativa all'organizzazione amministrativa. A conferma di un'attenzione al tema che costituisce il nucleo fondativo del gruppo perugino di studiosi del diritto amministrativo. In questo campo si susseguono nuovi interventi normativi che modificano il quadro generale.

In primo luogo le riforme del sistema amministrativo, tra le quali la più significativa è la legge n. 56 del 2014 (c.d. "legge Delrio") che modificato l'assetto delle province, nella prospettiva di una loro soppressione costituzionale.

In secondo luogo la nuova legislazione in materia di imparzialità dell'amministrazione, con particolare riguardo alla normativa di prevenzione amministrativa della corruzione (legge n. 190 del 2012 e relativi decreti legislativi di attuazione; d.l. n. 90 del 2014).

In terzo luogo l'ultimo tentativo di riforma generale delle amministrazioni pubbliche, avviato con la legge n. 124 del 2015. La legge conferisce al Governo un ampio spettro di deleghe, ancora da attuare. Nel testo si sono individuate, sulla base dei principi di delega, le scelte più significative, da verificare poi nell'attuazione concreta.

Già queste novità legislative, da sole, impongono una rilettura di alcuni istituti centrali della nostra materia: l'organizzazione delle funzioni pubbliche tra forma pubblica e forma privata; il funzionario pubblico e la sua imparzialità; un sistema amministrativo che raramente viene percepito nella sua interezza e nelle sue correlazioni interne, anche perché oggetto di interventi sempre parziali, non organici, che non eliminano le sue distorsioni, causa profonda della ridotta competitività del nostro paese.

Alla seconda edizione hanno contribuito attivamente Enrico Carloni e Benedetto Ponti, cui si deve la nuova versione della Parte I e della Parte III del manuale. Daniele David e Matteo Falcone hanno curato la ricerca dei materiali e l'aggiornamento della bibliografia e dell'indice analitico.

Un particolare ringraziamento va ad Alessandra Pioggia e ad Antonio Brancasi per i con-

tinui consigli e la indicazione delle parti meritevoli di correzioni e aggiornamenti e a tutti i colleghi che hanno voluto segnalarmi i pregi e i difetti del lavoro fin qui svolto.

Sant'Apollinare, dicembre 2015

*
* *

Alla chiusura della XVII legislatura, si è posta l'esigenza di procedere ad un puntuale aggiornamento del testo, sia per tenere conto degli esiti della stagione riformatrice aperta con le deleghe contenute nella legge n. 124 del 2015, sia in ragione del fallimento dell'ampio progetto di riforma della seconda parte della Costituzione, con il referendum del 4 dicembre 2016. La revisione dei capitoli da 1 a 15 si deve a Enrico Carloni, quella dei capitoli da 16 a 30 a Benedetto Ponti.

Perugia, luglio 2018

PREMESSA ALLA QUARTA EDIZIONE

La quarta edizione, curata a tre anni dalla precedente, mantiene nella sostanza l'originaria impostazione di fondo del Manuale, preoccupandosi, semmai, di dare conto delle più rilevanti novità nel frattempo intercorse.

L'aggiornamento ha riguardato in particolare i settori dell'amministrazione digitale, della trasparenza pubblica, dei contratti pubblici, nonché l'impatto e alcune prime conseguenze prodotti dalla Pandemia da Covid-19 sul sistema amministrativo.

Rispetto alle tematiche della cd. amministrazione digitale, l'obiettivo è stato quello di rimettere a sistema le numerose riforme che si sono succedute negli ultimi anni, in particolare quelle che hanno riguardato la trasformazione digitale dell'azione amministrativa e il regime dei dati pubblici. La disciplina dei dati pubblici, in particolare, è quella che ha subito maggiori modifiche, sia a livello nazionale, con le modifiche apportate al Codice dell'amministrazione digitale, sia a livello europeo, con le numerose direttive relative ai dati aperti. Inoltre, si è voluto dare conto del rilievo giuridico che le tecnologie algoritmiche (big data analytics, sistemi di intelligenza artificiale, internet of things) stanno assumendo nella decisione pubblica e nel diritto amministrativo più in generale.

In materia di trasparenza, mentre sono annunciate semplificazioni normative che andrebbero nel senso della "semplificazione per riduzione" degli obblighi di pubblicazione, le principali novità sono avvenute sul fronte giurisprudenziale, con due fondamentali decisioni, una della Corte costituzionale (la sentenza n. 20 del 2019) e una del Consiglio di Stato (l'adunanza plenaria n. 10 del 2020), entrambe volte a riconoscere e sottolineare la centralità del diritto alla trasparenza nel nostro ordinamento.

In materia di contratti pubblici si sono succeduti ben tre interventi legislativi, tutti di tipo emergenziale (nella forma del decreto legge) volti a modificare, sospendere, derogare le disposizioni del Codice approvato solo nel 2016. Se ne dà conto anche per stigmatizzare interventi normativi frettolosi e controproducenti, che appaiono formulati più per fare mostra della capacità di intervenire, che non sull'approfondita conoscenza delle norme vigenti e dei problemi relativi alla loro attuazione, a partire dalle capacità delle amministrazioni di operare efficacemente.

Anche gli interventi legislativi adottati per far fronte alla pandemia da Covid 19 si caratterizzano per la ricerca di soluzioni dettate dall'emergenza, e che tuttavia paiono destinate a produrre nel tempo profonde modifiche nel funzionamento del sistema amministrativo. Se si considerano gli interventi successivi alla fase più dell'emergenza, a cominciare da quelli com-

presi nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), essi mantengono l'impronta emergenziale e non affrontano il vero tema, al centro di questo Manuale fin dalla sua prima edizione, della rilevanza dell'organizzazione amministrativa: quali siano le condizioni necessarie se si vogliono delle amministrazioni "costituzionali", capaci cioè di curare con funzionalità e imparzialità (art. 97 Cost.) l'interesse pubblico e i diritti fondamentali dei cittadini sanciti dalla Parte prima della nostra Costituzione.

Lo stesso tema delle "semplificazioni", pur necessarie in presenza di una normativa ipertrofica e di pessima qualità (per le amministrazioni che la devono attuare e per i cittadini) aggravata dagli interventi emergenziali, è oggi condizionato da obiettivi di corto termine e impostato in termini di riduzione delle norme primarie, ma spesso anche di riduzione degli strumenti di controllo delle amministrazioni. Semplificazioni di questo tipo rischiano di aggravare, anziché risolvere, i limiti esistenti del sistema amministrativo. Si continuano così politiche di consapevole riduzione della capacità di governare gli interessi pubblici: si agisce quasi esclusivamente sul piano dell'azione amministrativa e non si cura, con investimenti mirati ma significativi, la qualità costituzionale delle amministrazioni.

Sant'Apollinare, novembre 2021

PARTE PRIMA

**INTRODUZIONE AL DIRITTO AMMINISTRATIVO
E AI SUOI PRINCIPI**

Capitolo 1

IL DIRITTO, PUBBLICO E PRIVATO, DELLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

1. Amministrazione e diritto amministrativo

Nelle società contemporanee quasi ogni aspetto della vita individuale e collettiva dei cittadini è condizionato dall'esistenza di "pubbliche amministrazioni".

Tutti noi quotidianamente ci confrontiamo, che ce ne accorgiamo o meno, in modo continuo con l'azione di amministrazioni pubbliche, vale a dire di soggetti che, come già si desume dal significato corrente di "amministratore" (di condominio, di azienda) si prendono cura di interessi altrui, appunto i nostri (quelli dei cittadini): dietro il servizio elettrico, del gas, dell'acqua, le strade, i semafori, la circolazione dei veicoli (e la loro omologazione), la pulizia delle strade, il medico di famiglia o di ospedale, il vostro professore di liceo o università, il poliziotto o il vigile, la televisione che guardate e la banda larga di internet che avete o no, la certificazione dei prodotti che mangiate, e così via, ci sono, direttamente o indirettamente pubbliche amministrazioni. Amministrazioni che erogano e forniscono il servizio, che lo regolano, che controllano la sua erogazione, e così via.

Il tutto è così automatico, e scontato, che dell'amministrazione ci accorgiamo soprattutto quando queste attività, servizi, comportamenti, non si realizzano, e le cose non funzionano. Il tutto è però così esteso che le regole amministrative finiscono per condizionare l'esistenza degli individui in modo così ampio e pervasivo da far dire che il diritto amministrativo è, più del diritto civile, il diritto della società prima ancora che il diritto dell'amministrazione (Cassese). Questa constatazione è stata confermata in modo evidente nella stagione dell'emergenza Covid-19 quando, specie nella prima fase, atti amministrativi e l'azione delle amministrazioni pubbliche (pensiamo a quelle sanitarie o a quelle di polizia) hanno definito in modo particolarmente penetrante le condotte dell'intera popolazione.

Si tende a riferirsi all'insieme di questi fenomeni con un termine che nell'uso ha assunto un'accezione impropriamente negativa: burocrazia (e burocrati gli individui che ne sono espressione). Se ci pensate, però, l'aspirazione burocratica è tutt'altro che negativa: forse irragionevole e velleitaria, ma tutt'altro che negativa. È un'idea di razionalizzazione: un problema sociale diventa (per tramite della legge) un interesse a soddi-

sfazione necessaria per una burocrazia che è organizzata per provvedervi. La sporcizia delle strade diventa un servizio di pulizia e smaltimento, organizzato in procedure, attività, comportamenti, e così via. La risposta ad un'esigenza sociale diventa, con la burocrazia, un fatto organizzativo, vale a dire un evento cui corrisponde (deve corrispondere) una organizzazione. L'aspirazione burocratica (*horror vacui*) è quella di far corrispondere ad ogni esigenza sociale un apparato, ma questo è impossibile, e quindi numerosi fenomeni sociali non trovano una risposta organizzata, salvo che non superino, ad esempio, una certa dimensione minima, o soglia di problematicità, e quindi per la loro rilevanza (o la capacità di chi vi ha interesse che questo avvenga) siano assunti come funzioni della burocrazia.

La burocrazia nelle società contemporanee è la proiezione di una aspirazione irrealizzabile, forse irragionevole, di "razionalizzazione" della realtà: ogni problema, ogni domanda sociale, dovrebbe trovare una traduzione in procedure e in organizzazioni volte a rispondervi, non appena si esce dalla sfera della "auto-amministrazione" dei privati (spesso vista come dimensione *de minimis*, o marginale). Il che peraltro giustifica, probabilmente, anche la percezione del pericolo (e delle derive) burocratiche: un'amministrazione che cresce a dismisura (e quindi con Orwell, o Huxley, la burocrazia diventa la camicia di forza di una società costretta rigidamente, da Stati intrusivi e onnipresenti). Il che spinge, di converso, ad immaginare opposti "ideali" di Stato minimo (o inesistente, come in modelli distopici opposti).

Di "amministrazione pubblica" si parla in modi disparati. Si può partire da due nozioni distinte e concorrenti: a) **l'amministrazione come complesso dei soggetti, degli apparati**, cui sono affidati compiti (funzioni) di cura di interessi pubblici (amministrazione in senso soggettivo); b) **amministrazione come il complesso delle attività**, degli atti e dei comportamenti necessari a quella cura (amministrazione in senso oggettivo).

Il complesso delle regole di diritto sull'amministrazione, nei due significati appena visti, è il **diritto amministrativo**. Il diritto amministrativo è, però, anche l'insieme delle regole prodotte da queste stesse organizzazioni: è diritto sull'amministrazione, è diritto dell'amministrazione (che produce regole, sia perché interpreta e applica le regole di diritto, sia perché è essa stessa tenuta e chiamata a creare diritto: regolamenti, atti generali, standard, ecc.). In questo senso, il diritto amministrativo è, rispetto ad altri diritti, un diritto maggiormente "spontaneo", in qualche modo non solo posto dal legislatore (e dalla giurisprudenza), ma anche auto-prodotto dai corpi sociali. Questo ruolo di auto-produzione è esaltato dall'attuale caos normativo, che fornisce spazi inusitati all'amministrazione di scelta ed arbitraggio.

Un'amministrazione, intesa come apparato per la cura di interessi è sempre esistita. Anche nelle imprese private vi è l'amministrazione, volta però alla cura dell'interesse privato dell'imprenditore. Del pari, utilizzando un altro concetto non meno importante (e studiato) di amministrazione, anche le organizzazioni private hanno una burocrazia: il primo e più importante studioso della burocrazia, Weber, la studia tanto in organizzazioni pubbliche che private.

L'amministrazione pubblica, come apparato e come attività di cura oggettiva di interessi pubblici, diversi da quelli privati, ma diversi anche dalla semplice somma di interessi

privati, si è formata progressivamente. Così come si è formato progressivamente il diritto amministrativo. Per comprendere questi fenomeni bastano, per il momento, solo alcuni cenni all'evoluzione storica, che limitiamo all'epoca moderna e contemporanea.

Nella letteratura scientifica, la possibilità di estendere le categorie della burocrazia e, soprattutto, del diritto amministrativo, è controverso: la "organizzazione amministrativa" dei romani era necessariamente eccellente, e i bizantini ebbero l'intelligenza di conservarla. Ed in effetti gli acquedotti, le fognie, l'approvvigionamento alimentare ("annona") erano tutti "servizi amministrativi": però gran parte della letteratura ritiene improprio utilizzare le categorie contemporanee ad amministrazioni pre-moderne. Il discorso però ci porterebbe lontano.

In sintesi, se c'è sempre stata un'amministrazione, come cura di interessi altrui, è solo a partire dal momento in cui viene meno l'idea "patrimoniale" dello Stato d'*ancien regime* (un'amministrazione nell'interesse del sovrano, un demanio "del re") che si può parlare propriamente di un diritto (speciale) dell'amministrazione, e quindi di un diritto amministrativo. Questa lettura appare tributaria dello stesso approccio che spinge a ritenere che solo in presenza di separazione di poteri vi sia un diritto costituzionale (tesi, peraltro, ben contraddetta da Santi Romano): tesi che troviamo esplicitata nell'art. 16 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo ("tutte le società, nelle quali non sono garantiti i diritti e non è assicurata la separazione dei poteri, non hanno una costituzione"). Lo stesso tende dunque a dirsi del diritto amministrativo, che si ravvisa presente solo laddove si riscontra un sistema di garanzie dei diritti e di separazione dei poteri.

La costruzione del diritto amministrativo si fonde, in ogni caso, con la costruzione dello Stato moderno ed eredita numerosi elementi dall'assolutismo (come l'organizzazione accentrata e gerarchica, con reti articolate a livello locale (provinciale/dipartimentale e comunale). Nella tradizione italiana, che del diritto amministrativo francese è largamente tributaria, è all'esperienza francese (dell'assolutismo d'*ancien regime*, della costruzione napoleonica dello stato moderno accentrato) che si tende a guardare per seguire la nascita del diritto amministrativo. Tanto che a lungo un'esperienza, come quella inglese, estranea alla circolazione del modello francese sarà a lungo considerata "privata" di un diritto amministrativo.

2. Dallo Stato assoluto allo Stato di diritto. Dalla limitazione del potere al conferimento di poteri

Nello Stato assoluto vi è certamente un'amministrazione, ma questa è al servizio del sovrano: è l'apparato che cura gli interessi (in un certo senso "privati") del sovrano (basta pensare al fatto che l'intero Stato segue l'asse ereditario). Gli interessi curati possono essere anche solo dello stesso sovrano; comunque è a lui che spetta stabilire quale sia l'interesse generale per i suoi sudditi. Poiché la cura di questi interessi avviene in gran parte attraverso l'esercizio di **poteri autoritativi** (la leva militare, la tassazione, la confisca di beni), è sempre nel potere del sovrano definire/imporre regole che delimitino i poteri esercitati o direttamente da lui o, in suo nome, dai suoi funzionari. In questo senso, se esi-

ste un “diritto amministrativo”, questo insieme di regole non solo è *octroyé*, e si articola solo nella sua dimensione di “regime di privilegio” a vantaggio del potere, e quindi del principe.

Teniamo conto del fatto che questo nucleo di autorità e di privilegio, di poteri “esorbitanti” come dicono i francesi, rimarrà uno degli elementi costitutivi del diritto amministrativo (e da qui anche uno dei fattori della sua percezione come diritto “del potere” e quindi della critica a favore del diritto privato come diritto “paritario”). Questa “riserva di forza” rimane un nucleo fondamentale del diritto amministrativo, che si cercherà sempre più di ricondurre anch’esso al principio di legalità (e ai suoi corollari, come la tipicità, la tassatività): continueremo però a trovare, al fianco di poteri fissati espressamente dalla legge, alcuni poteri c.d. “impliciti”, il cui fondamento si tende a ricondurre ai principi (ci torneremo).

Con l’introduzione di “statuti”, o carte costituzionali (un processo che, a livello comparato, si tende a ricondurre alla *Magna Charta* inglese: teniamo conto però del fatto che in altri paesi il processo è in larga parte opposto, e segna per lungo tempo la concentrazione del potere dalla nobiltà al sovrano, oltre che dalle comunità urbane al centro), la sovranità si distribuisce anche a favore di Parlamenti con poteri di legislazione e di controllo. Il compito di individuare gli obiettivi dell’amministrazione, cioè gli interessi pubblici da curare, si sposta progressivamente sulla legge. Se l’amministrazione del sovrano è l’apparato cui è affidata la cura effettiva degli interessi pubblici; se la cura di questi interessi può avvenire con l’esercizio di poteri autoritativi, che consentono all’amministrazione di realizzarli prescindendo dal consenso dei soggetti destinatari, il ruolo della legge diviene anche quello di **limitare l’esercizio dei poteri autoritativi** dell’amministrazione, per evitare che questi siano esercitati in modo ingiusto.

Le regole sull’amministrazione divengono, in questo senso, non più (solo) regole che attribuiscono un potere “non comune” agli apparati del principe, ma (anche) regole che limitano questo stesso potere, definendo (o meglio, iniziando a definire) i presupposti per il suo esercizio, o le forme e le procedure, o le misure di salvaguardia. Il rapporto tra legge e potere esecutivo (e amministrativo) riflette dunque il rapporto tra le forze sociali che sono riuscite a porsi come contro-potere rispetto al sovrano e il sovrano stesso: quando, però, l’esigenza di limitare l’assolutismo del monarca verrà progressivamente meno, non per questo verrà meno il carattere del diritto amministrativo come sistema di regole volte a limitare e irregimentare il potere.

Il successivo passaggio è decisivo: negli Stati in cui tutta la sovranità si concentra nel Parlamento e nella legge, non vi è più un diverso potere (altrui) da limitare, ma spetta alla legge non solo individuare gli interessi generali da curare, ma attribuire i **necessari poteri** all’amministrazione. La legge diventa l’unico fondamento legittimo dell’esercizio di poteri. Venuta meno la diversa legittimazione (rappresentativa da un lato, tradizionale-divina dall’altro) del parlamento e del re, è in ultima istanza sempre nella legge (nel parlamento e, in democrazia, nel popolo) che va trovato il fondamento del potere attribuito agli apparati dello Stato. Non vi è dunque potere senza una chiara attribuzione di legge. Il potere esecutivo, il Governo, e quindi l’amministrazione che nella costruzione costituzionale si pone ai “rami bassi” del potere esecutivo, non è più emanazione del sovrano, ma del Parlamento.

È intorno a questo ruolo della legge, di legittimazione del potere e di limite al potere, che dalle regole sull'amministrazione si passa propriamente al diritto amministrativo: l'amministrazione diviene un elemento che connota lo stato di diritto.

Ma non basta il rapporto tra la legge e l'amministrazione, c'è bisogno di un soggetto terzo (il giudice) che ne sia garante: poiché l'amministrazione è apparato distinto da quello del Parlamento, sottoposto all'indirizzo dell'esecutivo, vi è sempre il rischio che l'esercizio dei poteri in concreto, la cura effettiva dei diversi interessi pubblici, avvenga in modo illegittimo, cioè non conforme alla legge. Occorrono dei rimedi che riconducano, quando necessario, il governo e l'amministrazione all'esercizio legittimo. Nell'impostazione classica dello Stato di diritto il principale rimedio sta nella separazione tra i tre poteri: legislativo, esecutivo e giudiziario; che implica, in primo luogo il controllo del Parlamento sull'attività del Governo. Chi scrive le regole è titolare anche di un potere di vigilanza sugli apparati addetti alla loro attuazione. Se il Parlamento non è soddisfatto dell'azione del potere esecutivo, può sostituire il Governo con un altro. Si tratta di un controllo che non sempre funziona a dovere, perché tra questi due poteri gli sconfinamenti e le sovrapposizioni sono continue. Il governo spesso è in grado di imporre al Parlamento il contenuto delle leggi, mentre non sempre la maggioranza parlamentare svolge un controllo rigoroso sul Governo che ne è l'espressione.

Se la prima separazione tra poteri non sempre funziona come argine all'illegittimità dell'azione dell'amministrazione, il vero rimedio sta nel controllo giurisdizionale, cioè nell'esistenza di un'effettiva separazione tra esecutivo e legislativo da un lato e giudiziario dall'altro. Non c'è Stato di diritto senza un'applicazione/interpretazione della legge indipendente dal governo e dallo stesso Parlamento. Perché la funzione giurisdizionale sia indipendente è necessario che vi siano giudici **effettivamente indipendenti**. L'immagine del "giudice a Berlino", opposta dal mugnaio al kaiser, esprime bene la forza di questa affermazione, sia pure spesso anch'essa portata avanti con alcune approssimazioni. Senza la possibilità, in ultima istanza, di ricorrere ad un giudice che possa porre mano ai comportamenti (soprattutto atti, ma non solo) dell'amministrazione e dare tutela al cittadino, annullando gli atti e riconoscendo in modo effettivo i diritti coinvolti dall'azione amministrativa, non ha senso parlare di "diritto" amministrativo.

3. Lo Stato costituzionale di diritto. Dal conferimento di poteri all'assunzione di compiti (funzioni)

Da quanto abbiamo detto risulta che nello Stato di diritto l'asse portante è costituito dal principio di legalità: il potere deve essere esercitato nei limiti che a questo sono posti e nei limiti entro i quali esso è stato conferito, che possono esser fissati con finalità diverse. La legge non pone solo **limiti esterni** allo svolgimento di attività libere nel fine, ma predetermina le finalità da raggiungere e le modalità di azione: fissa, cioè, **limiti interni** allo svolgimento delle attività delle pubbliche amministrazioni. È propria del crescere del ruolo dello Stato nella società (uno Stato che fa proprie le istanze delle diverse fasce della popolazione, si dà quindi finalità ed obiettivi in risposta a queste istanze), l'esigenza di

arricchire l'idea del rapporto tra legge e amministrazione. Il principio di legalità opera, in altri termini, in duplice veste: di garanzia e di funzionalizzazione. Nella funzione di garanzia i limiti sono posti a garanzia dei cittadini nei cui confronti il potere viene esercitato. È la cosiddetta "**legalità-garanzia**", che è un assunto tipico del pensiero liberale: la tutela del cittadino contro gli abusi (gli eccessi di potere) dell'autorità). Ma accanto a questa funzione, il principio di legalità esprime anche questa la assunzione di finalità per l'amministrazione (per tramite della legge).

Il diritto amministrativo nasce e si afferma progressivamente come complesso di regole che, prima delimitano e, poi, addirittura, conferiscono i poteri all'amministrazione. Nell'originaria visione liberale del ruolo del diritto amministrativo vi è anche un nucleo autoritario. Poiché l'azione dello Stato coincide con l'esercizio di poteri autoritativi, si afferma che esista un diritto del potere intrinsecamente diverso dal diritto comune, quindi un diritto speciale, pubblico, la cui interpretazione/applicazione è affidata ad un giudice anch'esso speciale (come vedremo). Il diritto amministrativo, in questa visione, è una parte fondamentale del diritto pubblico.

Ma l'evoluzione dell'amministrazione e del suo diritto non si è fermata allo Stato liberale di diritto, all'affermazione della legalità-garanzia.

Nelle moderne costituzioni (come vedremo quella italiana ne è un esempio chiarissimo), che riflettono la fine degli Stati censitari e borghesi, con l'accesso al sistema di decisione politica delle classi meno abbienti (lo "Stato pluriclasse" di M.S. Giannini) si è registrata una rilevante e costante crescita delle finalità pubbliche, cioè degli interessi pubblici da curare (dei "compiti dello Stato"). Dalla delimitazione di poteri (necessariamente) autoritativi, si passa all'**assunzione, con la legge del Parlamento, di nuovi compiti** (funzioni) di cura di nuovi interessi pubblici.

Le costituzioni individuano le grandi finalità dell'azione pubblica e affidano alla legge la realizzazione di questi compiti (funzioni). Le Costituzioni contemporanee non si pongono più solo come strumento di legittimazione e contenimento del potere, ma come sede di (prima) individuazione delle grandi finalità dello Stato, finalità che poi saranno sviluppate dalla legge anche traducendole nelle funzioni di specifici apparati (che gli sono serventi: "al servizio" di questo obiettivo). Il principio di legalità acquista pertanto il contenuto della **legalità-indirizzo**, risultato dell'influsso del pensiero democratico-sociale. La legge legittima i governi e le loro amministrazioni a curare gli interessi pubblici, la cui soddisfazione è doverosa (G. Rossi parla di "interessi a soddisfazione necessaria"); li autorizza, ad esempio, a raccogliere e utilizzare a questo fine risorse fiscali. Questa assunzione di nuove finalità, che sono interventi in risposta ad esigenze sociali, comporta non solo una (formidabile) crescita della dimensione dell'amministrazione, ma anche un mutamento del suo modo di essere: intorno ad un nucleo "liberale" di amministrazioni chiamate a svolgere funzioni di autorità, troviamo un insieme di nuovi apparati che devono fornire o garantire prestazioni (la cura dei malati, la previdenza sociale, i servizi di trasporto, e così via). L'amministrazione non è più solo esercizio di poteri autoritativi, ma diviene amministrazione di servizio, di prestazione di attività prima escluse dall'intervento dello Stato.

I due contenuti distinti del principio di legalità non sono in contraddizione: la guida

dell'amministrazione verso la cura di interessi sociali, collettivi, del bene comune, che nella nostra Costituzione è diretta applicazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'articolo 3, comma 2, non può andare a scapito della tutela rigorosa dei diritti del cittadino. Il conferimento di funzioni nuove alle pubbliche amministrazioni avviene sempre nei limiti fissati democraticamente dai cittadini e dai loro rappresentanti; non consente indebite compressioni dei diritti individuali giustificate dal perseguimento di superiori finalità (Orsi Battaglini).

Le due finalità del principio di legalità sono raggiunte attraverso la **predeterminazione delle attività** che l'amministrazione è legittimata (e tenuta) a svolgere per il raggiungimento di finalità di pubblico interesse, di **attribuzione** di queste attività ad un soggetto abilitato a svolgerle, di fissazione delle **regole per lo svolgimento** delle attività predeterminate. Queste operazioni devono essere regolate dal diritto, dalla legge e dalle altre fonti autorizzate a produrre diritto. La predeterminazione delle attività e la loro attribuzione ad apparati amministrativi rientra nella nozione di **funzione amministrativa** (vedi il capitolo 5); la fissazione delle regole per lo svolgimento delle attività rientra nella nozione di **azione** (o attività, al singolare) **amministrativa** (cui è dedicata la Terza Parte). Più recente l'attenzione (che però a ben vedere non è meno importante) all'organizzazione: la legge definendo una serie di caratteristiche degli apparati amministrativi pone le premesse perché un determinato interesse sia adeguatamente curato, un certo diritto sia adeguatamente garantito (nella successiva attività). A ben vedere, in effetti, la garanzia di un determinato risultato (o la protezione di un determinato diritto, ecc.), può essere frutto tanto di regole dirette a disciplinare l'organizzazione, quanto di regole dirette a disciplinare l'azione, ma su questo torneremo (basti pensare, al momento, al fatto che la correttezza di una procedura di gara dipende non meno dalla composizione della commissione, che è un profilo organizzativo, che dal procedimento, che attiene appunto all'attività).

Il nucleo originario (autoritario) delle funzioni pubbliche, anche al crescere delle attività "di servizio" assunte dagli stati, continua a connotare il diritto delle amministrazioni pubbliche. L'evoluzione che ha condotto agli stati costituzionali di diritto non ha prodotto necessariamente, secondo un'opinione molto diffusa nella dottrina italiana, un mutamento della natura del diritto amministrativo come diritto pubblico, speciale. L'individuazione delle funzioni amministrative e il loro esercizio, nell'azione, consisterebbero sempre in atti che l'amministrazione adotta unilateralmente, prescindendo dal consenso dei destinatari. Atti autoritativi, di diritto pubblico. In questa visione l'assunzione di compiti di erogazione di beni e servizi, di politiche sociali, è sempre un fenomeno disciplinato dal diritto speciale denominato diritto amministrativo. Vi è sempre un potere unilaterale dell'amministrazione anche quando questa si riempia di contenuti sociali, di progresso civile, di diritti di uguaglianza sostanziale tra i cittadini. Di questo troviamo ancora forte traccia nel linguaggio che utilizziamo anche quando ci riferiamo ad attività prestazionali: pensiamo ai servizi scolastici o sanitari (si è "ammessi" al servizio, non si paga un servizio ma si è tenuti a pagare una "tassa", le tariffe sono determinate unilateralmente ...).

Si può discutere se vi sia, più di recente, un'evoluzione ulteriore del diritto ammini-

strativo, e parlare al riguardo di **amministrazione democratica**. Nello sviluppo dei principi costituzionali sull'amministrazione, e dei valori a questa affidati, il diritto amministrativo diviene un sistema di protezione di una serie di beni comuni: beni comuni immateriali (la legalità, la democraticità, l'etica pubblica, la trasparenza) e materiali (l'ambiente, il paesaggio). Beni che, seguendo le teorie sulla "*tragedy of commons*", rischierebbero di essere pregiudicati se affidati alle logiche del mercato e del diritto dei privati.

4. Diritto amministrativo: diritto solo pubblico, speciale, o diritto, pubblico e privato, sull'amministrazione? Diritto amministrativo e diritto delle amministrazioni pubbliche

La posizione ora richiamata deve essere però subito corretta, o meglio arricchita di un ulteriore profilo. Le regole sull'amministrazione, come apparato e come attività di cura di interessi pubblici, non sono solo regole di diritto pubblico, perché crescente è l'apporto del diritto privato.

Il problema nasce dal fatto che, come si è visto, l'individuazione e cura di un interesse pubblico può comportare il sacrificio (totale o parziale) degli interessi privati coinvolti. Se un'amministrazione deve costruire una scuola sul terreno di un privato, la realizzazione dell'interesse pubblico può comportare il sacrificio del diritto del proprietario alla conservazione del bene, con la sua espropriazione (trasferimento coattivo della proprietà, salvo indennizzo). Questo modo di curare l'interesse pubblico è molto diverso da quello previsto per la cura di interessi privati. Ogni privato dà un assetto ai propri interessi, li persegue liberamente (nell'esercizio della sua autonomia privata). Nel nostro caso, se un privato volesse acquisire un terreno per costruire una scuola privata, non avrebbe alcun potere nei confronti del proprietario, ma solo la possibilità, se quest'ultimo è interessato a vendere, di concordare un prezzo e di stipulare un contratto per l'acquisto del bene, nei soli limiti posti dal codice civile. L'acquisizione del terreno da parte del privato non può prescindere dal consenso del proprietario; l'acquisizione del terreno da parte dell'amministrazione sì.

Nella più recente evoluzione delle regole sull'amministrazione essa non si esaurisce nell'eventuale esercizio di poteri autoritativi, mentre diviene più significativo, per la cura di interessi pubblici, il ruolo del diritto privato. Il che, va detto subito, non è detto sia sempre un bene, se è vero (come dicevamo poc'anzi) che nel diritto amministrativo non c'è solo la dimensione di "specialità" a servizio del potere, ma anche quella di "specialità" per limitarlo: la "fuga" dal diritto amministrativo può corrispondere in effetti ad obiettivi diversi: di funzionalità, di speditezza (a volte), ma anche di minore attenzione all'interesse generale. Pertanto, le reali ragioni della scelta di prescindere da regole "amministrative" non sempre risultano commendevoli. Basti per il momento sapere che anche le amministrazioni pubbliche, in quanto soggetti di diritto, possiedono una capacità di agire, ciò che consente loro di utilizzare anche il diritto privato, sia pure con alcune limitazioni e alcune specificità (su cui torneremo).

Il problema più consistente in termini concettuali si pone non già quando l'ammi-

nistrazione ricorre al diritto privato per attività di cura di interessi “propri” (ad esempio affittando un suo immobile non utilizzato per finalità istituzionali), ma quando lo fa nella cura di interessi pubblici. In questi casi, peraltro, il diritto privato viene ancor più sottoposto a regole, condizionamenti, principi di diritto amministrativo (es. la trasparenza delle procedure), tanto che si può discutere se questo diritto “privato” dell’amministrazione sia effettivamente lo stesso diritto “privato” dei privati.

Sul versante dell’organizzazione amministrativa una parte di essa (l’organizzazione di alcuni uffici, il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici) è ormai disciplinata con norme di diritto privato. Inoltre, una parte importante dei fini pubblici è affidato a soggetti formalmente privati (in forma di società per azioni, di associazione, di fondazione), tanto che si avverte l’esigenza di estendere l’area delle regole del diritto amministrativo a un universo di soggetti e organizzazioni che hanno veste privatistica.

Sul versante della predeterminazione delle attività (nella disciplina delle funzioni) si può stabilire che la futura azione, la cura dell’interesse pubblico nel caso concreto, può consistere tanto in attività di diritto pubblico, che comportano la prevalenza su interessi privati in gioco, quanto in attività di diritto privato, fondate sul consenso. In alcuni casi le amministrazioni possono scegliere tra le due strade (l’acquisizione pubblica di un terreno può avvenire attraverso un provvedimento autoritativo di espropriazione, ma anche attraverso la stipula di un contratto di diritto privato); in altri sono obbligate ad utilizzare gli strumenti del diritto pubblico; in altri ancora sono obbligate a adottare strumenti di diritto privato.

Se, quindi, parte dell’organizzazione e dell’azione dell’amministrazione, sempre ai fini della cura dell’interesse pubblico, si può svolgere secondo regole di diritto privato, non tutto il diritto dell’amministrazione è diritto amministrativo (pubblico). Per questo appare convincente qualificare questo diritto come **diritto (pubblico e privato) dell’amministrazione pubblica**.

Naturalmente, come si vedrà, riconoscere che l’amministrazione (in quanto apparato e in quanto azione) è soggetta a regole di diritto pubblico e di diritto privato pone il problema del giudice competente a sindacare l’esercizio della funzione amministrativa, cioè a sindacare gli atti dell’amministrazione (vedi il capitolo 4).

Fin qui si è parlato di un’amministrazione pubblica al singolare. Ciò corrisponde alla necessità di considerare l’amministrazione (apparato e azione) come fenomeno soggetto a regole uniformi e quindi a considerare l’amministrazione in astratto (spesso è usata la sigla “P.A.” che qui si cercherà di evitare perché fuorviante), indipendentemente dalla specifica amministrazione di cui ci si occupa. In realtà nella quasi totalità degli Stati contemporanei l’amministrazione è fenomeno fortemente articolato e, soprattutto, differenziato quanto a regole. Si afferma così il **pluralismo amministrativo**, che segnala l’esistenza di una serie complessa di soggetti cui sono affidate funzioni amministrative e, insieme ad esse, anche il potere, in molti casi, di fissare le regole relative al loro esercizio. L’articolazione pluralistica più rilevante è sicuramente quella costituita dagli **enti territoriali autonomi**, Regioni, Province e Comuni, che possono essere considerate come forme di decentramento dello Stato (e dell’amministrazione) centrale ovvero, secondo la nostra Costituzione, come soggetti costitutivi (insieme allo Stato centrale) della Repub-