Capitolo I

GENESI E SVILUPPO DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Il nuovo diritto dell'età contemporanea. – 1.1. Un diritto recente, ma diffuso. – 1.2. Un diritto in continua trasformazione. – 1.3. Pubblica amministrazione e diritto amministrativo. – 1.4. Varietà di nozioni di pubblica amministrazione. – 1.5. Il diritto amministrativo e i suoi giudici. – 1.6. Il diritto amministrativo e lo Stato. – 1.7. Il diritto amministrativo oltre lo Stato: i principi comuni in Europa. – 1.8. Il diritto amministrativo oltre lo Stato: i regimi regolatori globali. – 2. I tratti originari e successivi del diritto amministrativo, in Italia. – 2.1. Un diritto autonomo. – 2.2. I rapporti con il diritto civile, costituzionale e penale. – 2.3. Un diritto in parte originale. – 2.4. Un diritto di origine prevalentemente giurisprudenziale. – 2.5. L'incremento della legislazione. – 2.6. Il diritto amministrativo tra uniformità e differenze. – 3. L'ambivalenza del diritto amministrativo. – 3.1. Amministrazione e cittadinanza. – 3.2. I mutevoli equilibri tra autorità e libertà. – 3.3. Diritto amministrativo e democrazia. – 3.4. "Al servizio esclusivo della Nazione". – 3.5. Stato di diritto e ragion di Stato. – 3.6. Diritto amministrativo, società ed economia. – 4. Il diritto amministrativo e le altre scienze amministrative.

1. Il nuovo diritto dell'età contemporanea

1.1. Un diritto recente, ma diffuso

Il **diritto amministrativo**, il ramo del diritto pubblico che regola l'organizzazione e il funzionamento dell'amministrazione e disciplina i servizi pubblici d'interesse generale, ha un'origine recente, ma si è rapidamente diffuso ed è divenuto sempre più pervasivo, coinvolgendo nuovi ambiti sociali ed economici.

Ha un'origine recente perché si è formato all'interno dello Stato moderno, cioè di un'entità politica affermatasi in Europa tra il Cinquecento e il Settecento, a più di due millenni di distanza dalle prime norme scritte riguardanti il diritto privato e il diritto penale nell'antica Roma. Si è consolidato tra Otto e Novecento, nel periodo in cui lo Stato perdeva il carattere di assolutezza, per via dell'affermazione dei principi liberali e, in seguito, delle istanze democratiche. Ha subito ulteriori mutamenti nel corso della prima metà del secolo scorso, per via delle guerre mondiali e dell'ampliamento delle protezioni sociali. Negli ultimi cinquant'anni, ha risentito dell'influenza dei poteri pubblici sorti al di là dello Stato, soprattutto nella cornice dell'integrazione più stretta che si è realizzata all'interno dell'Unione europea.

Malgrado la sua origine relativamente recente, il diritto amministrativo ha avuto una rapida diffusione dal punto di vista geografico: nell'arco di poco più di due secoli, si è affermato ben al di là dell'Europa continentale. Malgrado l'iniziale diffidenza di molti osservatori, nei Paesi anglosassoni vi è un diritto amministrativo assai sviluppato nei contenuti e sofisticato nelle forme. Esso esiste, in forme in parte diverse, ai margini dell'Europa, per esempio in Turchia e nei Paesi dell'Africa settentrionale, nell'America latina, nonché nell'Asia orientale, dal Giappone fino a Taiwan e, con tratti morfologici particolari, nella Repubblica popolare cinese. Risente, quindi, inevitabilmente di differenti tradizioni culturali e forme di governo, assumendo tratti diversi nelle democrazie liberali e nei governi autoritari.

Si è realizzata, quindi, la previsione di Alexis de Tocqueville, il giurista e politico francese che alla metà dell'Ottocento colse prima di altri quanto di nuovo e di originale vi era nelle istituzioni e nelle procedure amministrative. Egli osservò che l'amministrazione si estendeva per corrispondere ai mutati bisogni espressi dalla società e all'aspirazione all'eguaglianza. Ne trasse lo spunto per pronosticare che il diritto amministrativo si sarebbe diffuso, presto o tardi, in tutte le nazioni civili. Le analisi storiche e comparate di cui disponiamo attestano che quella previsione si è rivelata esatta. Il diritto amministrativo è quello che più di ogni altro ha contraddistinto l'età contemporanea, segnata da due rivoluzioni: la **Rivoluzione francese** (1789) e la **Rivoluzione industriale**. Sotto il primo profilo, ha corrisposto alla richiesta di eguaglianza. Sotto il secondo profilo, ha regolato le innovazioni tecnologiche che dall'Ottocento (telegrafo, treno) ai giorni nostri (telefonia, internet) incidono sulla vita quotidiana di individui, gruppi sociali e imprese.

Il diritto amministrativo fa parte, quindi, del mondo nuovo subentrato a quello che Tocqueville definì l'antico regime. Ma ha subito numerose, rapide trasformazioni, di cui si darà conto in estrema sintesi.

1.2. *Un diritto in continua trasformazione*

Una volta indicata la traiettoria del diritto amministrativo, si deve aggiungere che esso è contraddistinto da un mutevole equilibrio tra il pubblico interesse e gli interessi individuali.

La preminenza del **pubblico interesse** è ben visibile sia nell'origine storica del diritto amministrativo, sia nella sua dimensione costituzionale. L'origine, come notato, è strettamente connessa con lo Stato moderno, che si è differenziato dalle entità politiche preesistenti per il **monopolio dell'uso legittimo della forza**, reso possibile da tre elementi: il prelievo di tipo coattivo volto a sostenere le spese per la difesa militare per l'ordine pubblico; la costituzione di una burocrazia professionale adibita a questi compiti; la graduale previsione di limiti e garanzie a difesa dei cittadini. L'esistenza di funzioni e potestà di tipo autoritativo è stata sottolineata nell'accurata ricostruzione effettuata da uno storico di prim'ordine, Carlo M. Cipolla, a proposito degli strumenti utilizzati per contrastare le epidemie nel Seicento. Le

repubbliche italiane, come Firenze, Genova e Venezia, erano all'avanguardia nell'apprestare misure anche draconiane di controllo e di isolamento, gestite da apposite magistrature dotate della potestà di stabilire regole, di amministrarle e di dirimere alcune liti. Vi è, in ciò, più di un'analogia con l'epoca attuale. La Costituzione italiana, al pari di altre, attribuisce ai pubblici poteri la cura della salute, "come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività" (art. 32). Le regole stabilite dall'amministrazione e i suoi provvedimenti hanno effetti di tipo vincolante, a prescindere dal consenso degli interessati. Essa deve rispettare, peraltro, i limiti stabiliti dall'ordinamento per tutelare i diritti individuali, ed è quindi soggetta a controlli.

Non si deve trascurare, infatti, l'altra componente del diritto amministrativo, cioè la realizzazione della **libertà** e dell'**eguaglianza**. Nelle parole di Tocqueville, le due passioni che animarono "la Francia del diciottesimo secolo [furono] l'odio violento e inestinguibile dell'ineguaglianza [e] il voler vivere non solo da eguali ma da uomini liberi". Tutta l'Europa continentale ne fu influenzata. In una società alla ricerca di ordine come quella ottocentesca e in un'economia di mercato che si voleva libera dall'interferenza statale, la necessità di un diritto adeguato si manifestò con crescente intensità. Ovunque furono ricercate soluzioni idonee a difendere tutti dall'arbitrio dei governanti, non fornite dalle norme allora esistenti. Il diritto che fornì quelle soluzioni, gradualmente, fu il diritto amministrativo. Esso servì anche a disciplinare le istituzioni volte a realizzare l'eguaglianza. In Europa, gli istituti di protezione sociale furono introdotti già nell'Ottocento – sovente da politici conservatori, come il cancelliere prussiano Bismarck – allo scopo di fornire risposte alle istanze dei lavoratori e di quanti erano inabili al lavoro. Essi furono introdotti nel Novecento anche negli USA. Già negli anni '20 del secolo scorso, il giudice della Corte Suprema Felix Frankfurter osservò che il diritto amministrativo disciplinava, oltre ai servizi di pubblica utilità, le banche, l'industria, le telecomunicazioni e le professioni, insomma tutte le "risposte governative alle forze e ai bisogni della moderna società". Un ulteriore sviluppo fu impresso dal *New Deal*, voluto da Roosevelt per contrastare la *Great depression* negli anni '30 del secolo scorso.

Nel corso dei decenni successivi, il diritto amministrativo è servito a regolare una serie di **servizi pubblici** fondamentali per le moderne democrazie industriali. Nel novero di tali servizi, vi sono l'istruzione (si pensi alle regole stabilite per le scuole pubbliche e private e alla fornitura gratuita dei libri di testo) e la previdenza pubblica (finanziata con le imposte e gestita da uno dei maggiori enti pubblici, l'Istituto nazionale per la previdenza civile), le comunicazioni elettroniche e i trasporti, per i quali le **tariffe** sono approvate da apposite autorità indipendenti. Il diritto amministrativo regola ormai i servizi – all'interno del *Welfare State* – ben al di là dell'arco di tempo che va "dalla culla alla tomba". Esso disciplina, infatti, sia l'accesso alle tecniche di riproduzione assistita, sia la fornitura di beni e servizi volti all'interruzione della gravidanza, come la commercializzazione di farmaci all'interno dei Paesi membri dell'Unione europea. Disciplina, inoltre, la gestione dei servizi funerari e quella dei beni all'interno dei cimiteri.

Il fatto saliente nel nostro tempo è che, in un modo o nell'altro, l'azione dei pubblici poteri è determinante ai fini del soddisfacimento d'una ampia gamma di bisogni materiali dei singoli individui e delle formazioni sociali in cui essi agiscono, prima tra tutte la famiglia. Prendendo spunto dall'inizio d'una qualsiasi giornata, si considerino l'illuminazione, l'acqua corrente e il riscaldamento all'interno delle abitazioni e degli uffici, i farmaci forniti da apposite strutture pubbliche (farmacie comunali), l'accesso a internet all'interno delle reti pubbliche, la possibilità di utilizzare beni mobili (mezzi di trasporto) e immobili adibiti allo svolgimento di attività culturali (biblioteche, pinacoteche, teatri) o sportive (palestre, piscine, stadi). Per tutte queste attività, le pubbliche amministrazioni assicurano la disponibilità di beni e servizi che le forze del mercato possono non avere interesse a fornire, quanto meno non ovunque e normalmente solo a condizione di trarne un profitto. Le amministrazioni vi provvedono sul presupposto che tali attività siano connotate dal pubblico interesse.

Quelle finora esposte sono linee di tendenza comuni a molti Stati della nostra epoca, non necessariamente a tutti. Anche all'interno degli Stati che ne sono contraddistinti, il disegno degli istituti giuridici non è sempre lo stesso. In vaste aree del globo l'amministrazione pubblica è appena in grado di provvedere ad alcune funzioni di ordine e a volte nemmeno a quelle, per via della carenza di risorse finanziarie e tecniche e dell'arbitrio dei governanti. Tuttavia, la direttrice di fondo del cambiamento è quella indicata. Essa ha notevolmente contribuito a plasmare le società moderne, contrastando la disegualianza delle basi di partenza e accrescendo la possibilità che tutti concorrano al benessere collettivo e ne traggano vantaggi. Peraltro, il cambiamento non è privo di inconvenienti. Da una parte, è stata criticata l'eccessiva espansione della sfera pubblica a detrimento della sfera dei singoli e dell'autonomia dei corpi intermedi; è stato invocato il rispetto del **principio di sussidiarietà** inteso in senso orizzontale (art. 118, ultimo comma, Cost.). Dall'altra parte, proprio perché l'azione dei pubblici poteri coinvolge continuamente nuovi ambiti, è ancor più avvertita l'esigenza che sia assicurato, oltre alla legalità, il buon andamento dell'amministrazione.

1.3. *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*

Esposte queste tendenze generali, si possono meglio comprendere tre aspetti di particolare importanza. Essi attengono al rapporto che il diritto amministrativo ha con la pubblica amministrazione, con i giudici e con lo Stato.

Secondo la tradizionale impostazione, il diritto amministrativo è il diritto applicabile all'amministrazione pubblica. Vi è, quindi, un rapporto strettissimo tra l'amministrazione e il diritto amministrativo. Ma entrambe le parti di tale rapporto richiedono alcuni chiarimenti. Inoltre, non è corretto far coincidere l'una con l'altra.

Prima di tutto, il termine "**pubblica amministrazione**" ha un duplice significato. Sul piano soggettivo od organico, esso designa un insieme di uffici e organi

(ministeri e autorità indipendenti, enti pubblici funzionali e territoriali, società a partecipazione statale o regionale, per limitarsi ad alcune specie), tutti adibiti allo svolgimento delle funzioni e delle potestà pubbliche. Il secondo significato, oggettivo o funzionale, del termine “amministrazione” fa riferimento alle **funzioni**. Questo termine designa le serie di attività, di operazioni e di atti, tra loro concatenati sul piano giuridico, in vista del raggiungimento d’uno o più finalità di pubblico interesse. Ne esistono svariate. Esse attengono alla tutela dell’ordine e della sicurezza, nonché alle attività di *intelligence*, alla tenuta dei registri dello stato civile, al controllo sulle attività imprenditoriali, alla protezione civile e all’erogazione dell’istruzione e delle cure sanitarie. Poiché le funzioni sono variamente distribuite tra una varietà di pubblici poteri, non si può fare riferimento unicamente allo Stato. Così, nella **contabilità**, cioè nell’intavolazione delle risorse finanziarie, il riferimento principale è il settore pubblico, non quello statale.

In omaggio alla teoria della **separazione dei poteri** (legislativo, esecutivo e giudiziario) e più di recente al primato delle istituzioni parlamentari, si è sostenuto che l’amministrazione consistesse nell’esecuzione della legge. Questo modo di concepirla presenta, tuttavia, un duplice difetto. In primo luogo, dà per scontata la tripartizione dei poteri, senza tenere conto del fatto che quella suddivisione è stata intesa in modi assai diversi nel corso del tempo. Inoltre, essa dev’essere aggiornata alla luce dell’emergere dell’indirizzo politico, che non si risolve nel legiferare. Vi sono anche funzioni pubbliche dette neutrali (per esempio, quelle delle autorità indipendenti), che presentano tratti comuni all’amministrare e al giudicare. In secondo luogo, presuppone che si possa fornire una definizione unitaria dell’amministrazione, che invece è assai differenziata. Basti pensare alle differenze che sussistono tra il rilascio di un certificato dello stato civile o di un’autorizzazione e l’approvazione dei bilanci o di altri atti generali. Nei primi due casi, l’autorità cui sono attribuite funzioni amministrative deve accertare il rispetto dei requisiti previsti dalla legge, oltre a vari elementi di fatto. Negli altri due casi, far coincidere l’amministrare con l’esecuzione della legge non permette di comprendere come siano ordinati i vari interessi pubblici che la legge ha individuato, senza stabilire una gerarchia o una priorità. Non è certamente esecuzione della legge nemmeno l’attività che dà luogo alla nomina dei titolari delle più altre cariche dello Stato, per esempio quando il Governo sceglie il presidente del Consiglio di Stato o della Corte dei conti tra le persone indicate dai rispettivi consigli di presidenza o il Governatore della Banca d’Italia a partire dalla proposta formulata dal Consiglio superiore.

Fare riferimento ai bilanci, ai piani (come quello per l’attribuzione delle frequenze disponibili per la tecnologia 5G o quello per il riassetto della rete ospedaliera) e agli atti amministrativi generali (per esempio, quelli che definiscono i **livelli essenziali delle prestazioni** sanitarie che le Regioni devono erogare) serve anche a mettere in guardia rispetto a un’altra definizione dell’amministrazione, quella secondo cui essa consisterebbe nella cura concreta di interessi pubblici. L’amministrare, insomma, si esplica in una grande varietà di attività amministrative, che presentano diversi livelli e tipi di discrezionalità, quanto all’apprezzamento degli interessi in gioco.

Alla luce di queste precisazioni, si può comprendere meglio perché l'affermazione secondo cui il diritto amministrativo è la branca del diritto riguardante la pubblica amministrazione è imprecisa. Da un lato, esso coinvolge tutti i servizi pubblici, anche se erogati da altri tipi di soggetti (associazioni, imprese): così, per esempio, le imprese private che erogano servizi di trasporto ferroviario per i passeggeri sono assoggettate al regime delle autorizzazioni generali e a quello dell'accesso ai documenti amministrativi, per quanto concerne – appunto – i servizi rivolti al pubblico. Dall'altro lato, come si vedrà meglio più avanti, non tutte le attività delle pubbliche amministrazioni sono rette dal diritto amministrativo, perché alcune non si differenziano da quelle svolte dai soggetti privati e sono disciplinate, quindi, dalle norme ad esse applicabili. A titolo d'esempio, anche negli enti pubblici i contratti per l'illuminazione e il riscaldamento sono retti dal diritto privato. Dunque, il diritto amministrativo ha un ambito più ampio dell'amministrazione intesa in senso soggettivo, ma non disciplina interamente tutte le attività amministrative.

È opportuna un'ulteriore notazione circa la locuzione “diritto amministrativo”. Finora si è visto che essa designa un ambito dell'ordinamento giuridico. Ma, per una consolidata tradizione, che da noi viene fatta risalire all'insegnamento di Giandomenico Romagnosi all'inizio dell'Ottocento, è denominata “diritto amministrativo” anche la branca della riflessione giuridica che studia tale ambito. Per non confondere i due significati, a partire dal secolo scorso alcuni utilizzano un'altra locuzione, quella di “**scienza del diritto amministrativo**”, su cui si tornerà nel § 4.

1.4. *Varietà di nozioni di pubblica amministrazione*

In presenza d'una grande varietà di attività e di regimi, non sorprende che le norme recenti volte a fornire una cornice giuridica unitaria all'amministrazione abbiano ad oggetto le sue componenti strumentali, cioè il personale e la finanza, che verranno esaminate in modo più approfondito nel capitolo 5.

Nel primo caso, si tratta di un regime giuridico di fonte europea. Fin dagli anni '70 del secolo scorso, Eurostat, l'ufficio statistico della Comunità europea, mise a punto un sistema dei conti economici integrati, basato sulla distinzione tra le attività istituzionali svolte dalle pubbliche amministrazioni e quelle destinate alla vendita di beni o servizi a fini commerciali. A quel sistema dei conti si ispirarono le norme emanate autonomamente dall'Italia, dalla Francia e da altri Paesi membri. Esse introdussero la nozione di “settore pubblico”, e di “settore pubblico allargato”. In seguito, con l'istituzione dell'Unione economica e monetaria (UEM) nel 1992, l'intavolazione del sistema dei conti è stata utilizzata per assicurare il rispetto dei principi che richiedono la stabilità delle finanze pubbliche e vietano, quindi, i disavanzi pubblici eccessivi. Questi ultimi sono valutati sotto il duplice profilo dell'entità del disavanzo annuale e del debito consolidato in rapporto al prodotto interno lordo (art. 126 TFUE). A tal fine, in base all'apposito protocollo allegato al Trattato, si tiene conto sia delle finanze dello Stato, delle Regioni e degli enti locali, sia dei fondi

della previdenza pubblica (considerati oggettivamente, a prescindere dall'ente che li gestisce). Ne sono derivate varie controversie tra l'ISTAT e le figure giuridiche soggettive da esso incluse nell'elenco delle pubbliche amministrazioni. Su tali liti si pronuncia la Corte dei conti in speciale composizione.

Nella cornice dell'ambizioso disegno di razionalizzazione dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e di trasformazione del pubblico impiego, il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 ha attuato la delega legislativa, stabilendo che per "amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le regioni, le province, i comuni, le comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, le camere di commercio, industria e artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale". Entrata in vigore poco dopo la norma europea, quella nazionale ha in comune con essa il riferimento allo Stato, alle Regioni, agli enti locali e ai rispettivi enti. Fa inoltre riferimento ai due grandi servizi nazionali esistenti nel nostro Paese, ossia quello sanitario e quello scolastico.

1.5. *Il diritto amministrativo e i suoi giudici*

In qualsiasi tipo di ordinamento e in ogni epoca la funzione giurisdizionale ha una notevole importanza. Ne ha, in particolare, per il diritto amministrativo. In primo luogo, si è posta più volte – e ha avuto mutevoli soluzioni, nello spazio e nel tempo – la questione se i ricorsi contro l'amministrazione pubblica e i suoi addetti debbano essere sottoposti ad apposite corti. In secondo luogo, i giudici hanno assunto un ruolo decisivo nell'elaborazione dei principi generali e degli istituti del diritto amministrativo. Mentre il primo aspetto verrà illustrato in questo paragrafo, l'altro sarà analizzato più avanti (§ 2.5).

Sotto il primo profilo, si può fare utilmente riferimento alle scelte politiche di segno opposto compiute in Inghilterra e in Francia. Nel 1641, quando il Parlamento inglese limitò i poteri della Corona, sopprime il giudice speciale di cui essa si serviva, la *Star Chamber*, competente, tra l'altro, per i reati a mezzo stampa e, quindi, riguardata come uno strumento di oppressione. Nel medesimo anno, in Francia l'editto di Saint-Germain vietò alle corti ordinarie (i *parlements* istituiti a Parigi, Bordeaux e altrove) di dirimere controversie in cui fosse coinvolta l'amministrazione. Con l'avvento della Rivoluzione, quella scelta fu ribadita. Nel 1790, in attuazione del principio della **separazione dei poteri**, due leggi proibirono ai giudici ordinari, cui spettava la risoluzione delle dispute tra privati, d'immischiarsi negli affari amministrativi. Ne risultò una lacuna, quanto alla tutela giurisdizionale. Quella lacuna fu colmata nel 1799 da Napoleone Bonaparte durante il Consolato. Fu istituito il *Conseil d'État*, con il duplice compito di redigere i progetti di legge e i

regolamenti governativi e di risolvere le “difficoltà sorte in materia amministrativa”, cioè le liti tra i cittadini e lo Stato. Il *Conseil d'État* era al tempo stesso amministratore e giudice, ciò che non mancò di sollevare perplessità, sicché ebbe alterne vicende e si consolidò soprattutto dopo il 1872, quando le sue decisioni furono rese immediatamente esecutive (*justice déléguée*). Nel frattempo, l'idea che vi fosse bisogno di un giudice speciale per l'amministrazione riscosse adesioni in altre parti d'Europa. Vari Stati tedeschi, tra cui il Baden e la Prussia, istituirono le proprie corti a partire dal 1863, l'Impero asburgico lo fece nel 1875, l'Italia nel 1890. Il modello francese di giustizia amministrativa fu quindi recepito, con adattamenti alle varie realtà nazionali.

La vicenda italiana presenta tratti specifici. Una delle leggi volte a realizzare l'unificazione amministrativa (la legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E) aveva sancito l'**abolizione del contenzioso amministrativo**, con la conseguente attribuzione ai giudici ordinari della funzione di giudicare sulle liti riguardanti i diritti. Ma i nuovi interessi che emergevano nella società rimasero senza tutela. Silvio Spaventa fu il più energico sostenitore della necessità d'una riforma. Egli ne indicò la direzione nel senso dell'adeguamento alla soluzione prevalsa in Francia, in Austria e in Germania. La relazione presentata dal Governo, sotto Francesco Crispi, al disegno di legge istitutivo della IV sezione del Consiglio di Stato (che poi divenne la legge 31 marzo 1889, n. 5992) affermò che “la legge 20 marzo 1865, all. E, proclamò l'unità della giurisdizione, ma nulla avendo sostituito al contenzioso amministrativo che abolì, rimase abbandonata alla potestà amministrativa l'immensa somma di interessi onde lo Stato è depositario”. Mise, così, al centro un'esigenza di tutela, cui si fornì una soluzione ispirata dal prestigio che in tutta l'Europa continentale era riconosciuto alle istituzioni francesi.

Non mancavano, però, eccezioni: il Belgio (al cui ordinamento si erano ispirati i proponenti della legge italiana del 1865) e soprattutto l'Inghilterra, dove il più influente costituzionalista, Albert Venn Dicey, sostenne che la creazione di un giudice speciale per l'amministrazione era uno strumento di dispotismo. In ciò, vi era un difetto di conoscenza degli istituti francesi, che erano mutati nel corso del II Impero. Vi era, inoltre, un difetto riguardante l'apporto del *Conseil d'État* nel tutelare i diritti dei singoli tenendo nel debito conto l'efficiente svolgimento delle funzioni attribuite alle pubbliche amministrazioni in vista d'una serie d'interessi collettivi. Dosando con accortezza il sindacato sulla legalità e sulle modalità formali e procedurali di esercizio del potere con il sindacato detto di piena giurisdizione, il giudice amministrativo francese è riuscito a graduare il controllo dell'amministrazione, anche in funzione dei mutevoli contesti politici. Ha accertato l'effettivo rispetto delle finalità stabilite dal legislatore (sviamento di potere). Ha dato un ordine allo svolgimento delle attività, all'interno del procedimento. Ha sanzionato l'inservanza di principi generali come l'eguaglianza e il diritto di difesa, soprattutto nella delicatissima fase di ripristino delle garanzie, dopo il periodo di Vichy. Nello stesso periodo di tempo, invece, i giudici inglesi hanno mostrato una diffusa ritrosia ad applicare i principi di *natural justice*, come il dovere di neutralità e il diritto di

essere sentiti. Solo a partire dagli anni '60 del secolo scorso, vi è stato un *révirement*: i principi tradizionali sono stati ripristinati, altri principi sono stati rielaborati, inclusa la ragionevolezza e, più tardi, la proporzionalità.

Si può quindi impostare su diverse basi il dibattito sulla specializzazione. Nell'Europa del secondo dopoguerra prevalse il convincimento che la giurisdizione amministrativa avesse dato buona prova, corrispondendo alle aspettative di protezione dei diritti individuali, tanto nei Paesi occupati come l'Austria e l'Olanda, quanto in quelli occupanti, come l'Italia e la Germania. In quest'ultima, con il nuovo assetto costituzionale per la prima volta fu istituita una Corte superiore federale. Anche il Belgio affidò funzioni giurisdizionali al Consiglio di Stato (1946). Le Corti amministrative furono – invece – soppresse nei Paesi ai quali era stato imposto un regime politico imperniato sul cosiddetto socialismo reale, come la Cecoslovacchia e l'Ungheria. Alcune sono state ripristinate dopo il 1989, in connessione con il moto di rinnovamento che ha coinvolto l'intera Europa centrale e orientale. Ne esistono vari tipi, segnatamente in Polonia, nella Repubblica ceca, in Serbia. Nel frattempo, anche il Regno Unito ha creato una sezione specializzata (*Administrative Court*) all'interno della *Queen's Bench Division* della *High Court of Justice*.

L'illustrazione delle tendenze in atto conferma l'esattezza della conclusione raggiunta più di un secolo fa da un magistrato e studioso francese, Eduard Laferrière, il primo a esporre in modo sistematico e comparato i rimedi giurisdizionali esperibili nei confronti delle autorità pubbliche: il criterio principe era quello della competenza tecnica, della **specializzazione**. Dalla seconda metà del secolo scorso, vi è stata una sempre più diffusa applicazione di questo basilare criterio di fronte alle varie e complesse attività svolte dalle autorità che adempiono funzioni amministrative, sovente all'esito di valutazioni tecniche. In Italia, il codice del processo amministrativo (2010) ha confermato e rafforzato questo indirizzo legislativo. In generale, nell'Europa odierna, in luogo della vecchia contrapposizione tra due modelli astratti, monismo e dualismo, vi è una varietà di soluzioni: esse risentono della storia di ciascun popolo e delle mutevoli preferenze politiche, ma tutte muovono dal riconoscimento della necessità d'una specializzazione, in luogo dell'attribuzione delle dispute di diritto pubblico alle corti generaliste.

1.6. Il diritto amministrativo e lo Stato

Per completare il quadro generale di riferimento, va considerato il rapporto tra il **diritto amministrativo e lo Stato**. Storicamente, il primo è stato un prodotto del secondo e, a sua volta, è servito a consolidare la supremazia dello Stato sugli altri pubblici poteri. In seguito, però, il diritto amministrativo si è sviluppato anche al di fuori dell'ambito statale.

La prima tendenza si è manifestata sia in Francia, sia in Italia e altrove. Nella Francia dell'*ancien régime*, i *parlements*, incaricati di dirimere le liti e di inserire gli editti reali nei propri registri, si opposero più volte alla Corona, che – come si è

visto in precedenza – reagì proibendo loro d’immischiarsi nelle liti nelle quali era coinvolta l’amministrazione. Inoltre, i vari *parlements* erano separati tra loro, anche se si riconosceva la speciale importanza di alcuni. Con la Rivoluzione francese, quando al monarca subentrò la sovranità popolare, quegli organi furono soppressi per superare il particolarismo. Nell’Italia riunita dopo secoli di divisioni, la legge del 1865 sopprime i preesistenti organismi del contenzioso amministrativo; in seguito, la giurisprudenza del giudice amministrativo è stata un importante strumento di costruzione del diritto amministrativo nazionale.

Quella impostazione non è venuta meno né con l’entrata in vigore della Costituzione, né con la riforma costituzionale del 2001. Quest’ultima ha riservato allo Stato la potestà legislativa riguardante, tra l’altro, le tradizionali funzioni sovrane (difesa, politica estera, ordine pubblico e sicurezza), i rapporti inerenti lo status politico fondamentale (cittadinanza, stato civile, elezioni politiche) e i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, nonché la giustizia amministrativa (art. 117, comma 2). Risulta confermato, quindi, il legame tra il diritto amministrativo e lo Stato. Altre funzioni sono invece regolate dalle leggi regionali, anche in modo differenziato.

Proprio l’art. 117 contiene anche un’importante apertura oltre lo Stato: verso l’ordinamento comunitario, cioè l’Europa, e gli obblighi internazionali (art. 117, comma 1). In ciò, la Costituzione riflette tendenze che riguardano più d’un Paese. Conviene, quindi, illustrarle brevemente in questa sede, per poi tornarvi nel capitolo 2.

1.7. *Il diritto amministrativo oltre lo Stato: i principi comuni in Europa*

Fin dall’ultimo terzo dell’Ottocento si istituirono unioni amministrative, nel settore delle poste e delle telecomunicazioni e per regolare la navigazione sui grandi fiumi. All’inizio del Novecento, man mano che altri organismi furono istituiti, sorsero dispute tra di essi e i loro dipendenti e agenti temporanei. Per contemperare la consapevolezza dell’esistenza di queste nuove realtà con l’impostazione tradizionale, si coniò l’espressione “diritto amministrativo internazionale”. Pochi giuristi se ne interessarono, prevalendo l’idea che il diritto amministrativo fosse statale.

Ancora alla metà degli anni ’60 del secolo scorso, alcuni negarono l’esistenza di un vero e proprio diritto amministrativo all’interno delle Comunità europee (Gianini). Ma vi era un’**amministrazione comunitaria**: la prima fu quella dell’Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell’Acciaio (CECA). Era dotata di svariate potestà: di pianificazione, di tipo ablatorio e di tipo sanzionatorio. Si pose, quindi, il problema di come si potessero correggere eventuali errori o abusi. La soluzione fu trovata nei diritti amministrativi dell’Europa continentale. Il Trattato di Parigi istitutivo della CECA (1952) sancì alcuni principi generali, come la legalità, e istituì la Corte di giustizia, attribuendole la missione di garantire il rispetto del diritto. Nell’esercitare la sua missione, la Corte seguì l’esempio del giudice amministrativo francese. Così, per esempio, pur in assenza di specifiche disposizioni