

Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo

Sergio Perongini

1. L'ottica dalla quale guardo al tema del convegno è quella del rapporto fra provvedimento amministrativo, potere amministrativo e modello costituzionale di Stato. La scelta di detta prospettiva deriva dalla convinzione che le trasformazioni dell'assetto ordinamentale dello Stato non possono non aver inciso sulla posizione attribuita all'amministrazione nei confronti di tutti gli altri poteri statali, sul fondamento e sulle connotazioni del potere amministrativo e, pertanto, sullo stesso provvedimento amministrativo, che costituisce diretta esplicazione dell'esercizio del potere amministrativo.

Naturalmente, come la trasformazione dello Stato avviene attraverso processi lenti e gradualisti, nei quali elementi nuovi convivono con quelli del passato, così l'evoluzione della nozione di provvedimento amministrativo non procede attraverso rigide partizioni, che impongano di ricollegare una determinata nozione a uno specifico modello di Stato, bensì risente degli influssi derivanti dal mutato assetto costituzionale, che ogni autore interpreta secondo la propria sensibilità e la propria concezione ideologica¹.

2. Il provvedimento costituisce lo strumento fondamentale delle amministrazioni.

L'azione delle Pubbliche Amministrazioni si è svolta prevalentemente, se non esclusivamente, con strumenti autoritativi.

La nozione di provvedimento viene ricondotta a Otto Mayer (1885)². Numero-

¹ Sul tema sia consentito rinviare a S. PERONGINI, *L'elaborazione della nozione di provvedimento amministrativo*, in S. COGNETTI, A. CONTIERI, S. LICCIARDELLO, F. MANGANARO, S. PERONGINI, F. SAIITA (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 303 ss.

² Sostengono che la prima elaborazione del provvedimento amministrativo si deve a O. MAYER, R. SCHMIDT-DE CALUWE, *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers. Stattheoretische Grundlagen, dogmatische Ausgestaltung und deren verfassungsbedingte Vergänglichkeit*, Tübingen, 1999; D. DE PRETIS, *L'atto amministrativo autoritativo nell'esperienza tedesca*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, in *Atti del Convegno Annuale*, Bari, 30 settembre-1° ottobre 2011, Napoli.

si autori, ancora oggi, sostengono che i connotati tipici del provvedimento amministrativo, individuati all'epoca da Otto Mayer, siano rimasti immutati nel tempo.

In sede dogmatica, solo il provvedimento amministrativo ha efficacia autoritativa, vale a dire incide sulle situazioni giuridiche soggettive altrui, in maniera unilaterale e diretta.

Invece, nella prassi lo stesso regime giuridico dei provvedimenti viene attribuito a tutti gli atti amministrativi, anche a quelli di natura non provvedimentoale.

Inoltre, la scissione fra il regime giuridico riservato all'invalidità e il regime giuridico conferito all'efficacia, in forza della quale anche gli atti emanati in violazione della legge (invalidi) sono efficaci, si basa su una norma non scritta, che proviene da una inveterata tradizione e che contrasta con il complessivo impianto costituzionale dell'amministrazione.

Detta scissione, a tutto concedere, potrebbe trovare una giustificazione, per il solo provvedimento, come conseguenza dell'imperatività e sul piano della effettività.

Invece, viene applicata in maniera disinvolta, soprattutto dalla giurisprudenza, a tutti gli atti amministrativi. A tal proposito, è sintomatico l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il ricorso è inammissibile se non è stato impugnato un atto endoprocedimentale.

La verità è che i poteri autoritativi hanno una capacità pervasiva. Si estendono a territori e adottano forme non contemplate dalla legge. Si potrebbe sostenere che si autogenerano.

I venti di crisi e l'esigenza di governarli hanno focalizzato l'attenzione sull'efficacia dell'azione amministrativa, sulla sua capacità di conseguire un risultato, sacrificando ogni esigenza di contenimento della portata espansiva dell'autorità all'esigenza di conseguire un risultato efficace ed efficiente.

Si interiorizzano dispositivi disciplinari che considerano l'espansione dei poteri autoritativi un male necessario per consentire all'amministrazione di operare.

Secondo l'impostazione in esame, se l'amministrazione non fosse titolare di poteri autoritativi, non avrebbe la possibilità di svolgere alcuna azione.

3. Una via di fuga dal dilemma autorità-inefficienza è stata individuata nel consensualismo.

La ricerca di strumenti consensuali – con i quali consentire all'amministrazione di agire su un piano di parità con i privati – ha occupato, negli ultimi due decenni, le attenzioni della comunità scientifica e ha rappresentato una stagione feconda per il rinnovamento dell'impianto teorico, dogmatico e ordinamentale del diritto amministrativo.

Tuttavia, la via di fuga verso il consensualismo non è la panacea di tutti i mali per risolvere i problemi dell'autoritarismo.

Un esame più accurato degli strumenti consensuali utilizzati dalla pubblica amministrazione disvela l'inganno che vi è alla loro base: la forma è consensuale, ma la sostanza no.

Per esempio, gli accordi di cessione nel procedimento espropriativo non consentono pattuizioni diverse da quanto è stabilito dalla legge: ad esempio, il prezzo e le modalità di cessione sono tutti stabiliti dalla legge e non possono essere modificati in sede di accordo. Residuano al profilo consensuale solo margini limitati.

Potremmo al più parlare di contratto per adesione, con la precisazione che l'alternativa non è rappresentata dalla scelta di non aderire al contratto, bensì dalla scelta di subire il rigore dell'espropriazione autoritativa.

I piani perequativi, per fare un solo esempio, vengono contrabbandati come piani consensuali per eccellenza.

Invece le cose non stanno così. Le esigenze sottese alla necessità di assicurare che la pianificazione perequativa sia effettiva e la necessità di assicurare anche in sede di pianificazione perequativa il bilancio di piano impongono di elaborare un piano con un impianto normativo estremamente dettagliato, con la conseguenza di configurare gli atti c.d. consensuali dei privati come atti che impongono una alternativa netta: prendere o lasciare.

Invero, la traslazione dei diritti edificatori dal suolo c.d. cedente a quello c.d. ricevente impone, già in sede di redazione del piano urbanistico generale, la localizzazione di una serie di interventi, fra i quali le opere pubbliche, le urbanizzazioni secondarie e spesso anche il tracciato viario.

Molti piani urbanistici perequativi sono costituiti anche da schede di comparto che contemplano una minuziosa disciplina dell'area di riferimento volta a prefigurare le determinazioni dei piani attuativi.

In definitiva, nella realtà i piani perequativi lasciano poco spazio all'urbanistica negoziata.

4. Infine, la situazione è aggravata dall'emanazione di atti che hanno la veste delle leggi, ma la sostanza dei provvedimenti amministrativi.

Anche in altre situazioni di crisi economica, come quella degli anni 30, la riduzione del debito pubblico è avvenuta incidendo sugli stipendi dei pubblici impiegati.

Le politiche dei governi che si sono succeduti negli ultimi dieci anni hanno perseguito lo stesso obiettivo, dapprima impedendo l'adeguamento degli stipendi all'aumento del costo della vita, per esempio eliminando gli scatti di anzianità, successivamente riducendo direttamente l'importo delle retribuzioni di molte categorie, come negli ultimi provvedimenti del governo in carica.

Quello che colpisce degli ultimi provvedimenti non è tanto il permanere degli squilibri fra le categorie legate ai poteri forti che hanno visto immutati, se non amplificati, i propri privilegi, quanto soprattutto la disinvoltura con la quale si è inciso sui diritti quesiti, con atti che hanno la veste legislativa, ma che assumono il contenuto di provvedimenti.

Emblematici sono le leggi sulla dirigenza degli enti locali e quelle sui segretari comunali.

5. Il mondo dei poteri privati, invece, è del tutto sottratto ai rigori della legge.

I poteri economici privati e, soprattutto, i poteri finanziari si sono sviluppati in maniera illimitata e sono stati esercitati liberamente a causa della mancanza di norme e di limiti giuridici.

I poteri economici privati hanno riversato le conseguenze della crisi finanziaria sulle economie reali e sulle collettività.

I poteri economici finanziari hanno condizionato e sopraffatto gli stessi pubblici poteri, innescando non solo la crisi dell'economia produttiva, ma la stessa crisi della democrazia.

In una serie di bei libri, Fabio Merusi ci spiega che la crisi economica è stata causata dal fatto che le grandi banche, invece di svolgere il ruolo di intermediazione del risparmio, vale a dire invece di limitarsi al ruolo di intermediazione nella raccolta e nella allocazione del risparmio, hanno cercato di incrementare gli utili svolgendo attività finanziaria e, per sottrarsi ai relativi rischi, hanno cartolarizzato il rischio di credito.

La cartolarizzazione del rischio di credito ha riversato sulla collettività il rischio di impresa incidendo negativamente sull'economia reale.

I costi delle operazioni finanziarie, che hanno avuto esito negativo, sono stati sostenuti da coloro ai quali le banche avevano alienato i titoli. In definitiva, i costi delle operazioni finanziarie sono stati riversati sull'economia reale, mettendo in crisi la stabilità di interi Stati.

Merusi avverte che una delle misure da adottare subito sarebbe stata quella di impedire che le banche e gli istituti di credito potessero svolgere attività finanziaria. Era necessario agire limitando con legge l'esercizio dei predetti poteri privati.

Sul piano teorico, le cause del disastro economico che ne è derivato vanno ravvisate nella disattenzione prestata nei confronti dei poteri privati e nella sopravvalutazione dei poteri pubblici.

Una delle eredità del pensiero liberale è rappresentata dalla netta cesura fra la sfera del diritto pubblico e la sfera del diritto privato.

In particolare, per quanto concerne la sfera del diritto privato, un pesante lascito della concezione liberale è costituito dalla collocazione – nell'ambito della stessa classe delle libertà fondamentali – di tre tipologie di diritti strutturalmente diversi, costituiti dai diritti di libertà, dai diritti reali di proprietà e dai diritti civili di autonomia e di iniziativa economica.

La confusione, che ne è derivata, si è tradotta sul piano terminologico nella elaborazione della categoria dei diritti civili, intesa in senso generico e onnicomprensivo.

Invece, la predetta confusione, sul piano sostanziale, ha avuto due implicazioni. Innanzi tutto, essa ha avuto l'effetto di attribuire ai diritti di proprietà lo stesso valore attribuito ai diritti di libertà; in secondo luogo, ha occultato che i diritti di proprietà hanno anche essi natura di poteri.

Quest'ultimo rilievo costituisce un passaggio fondamentale.

I diritti del mercato consistono anche in poteri (al pari dei diritti di proprietà) dato che il loro esercizio produce effetti sulla sfera giuridica altrui.

Secondo la tradizionale ideologia liberale e, ancora più oggi secondo l'ideologia liberista, solo i poteri pubblici debbono essere sottoposti al diritto; invece, analoga sorte non è riservata ai poteri privati.

Il mercato è il luogo naturale della libertà, i poteri privati di iniziativa economica sono concepiti come libertà naturali.

Secondo tale impostazione, lo Stato di diritto negherebbe se stesso se sottoponesse detti poteri privati alla disciplina della legge.

6. A tale concezione ideologica vanno imputate una serie di conseguenze.

a) Innanzi tutto detta concezione è responsabile della diffusione della tesi secondo la quale il potere amministrativo dismette la veste autoritativa, se si ammantava delle forme più suadenti del contratto.

b) Inoltre, sul fronte dell'organizzazione amministrativa è responsabile del proliferare di tutti quegli istituti di gestione, formalmente esterni agli apparati amministrativi, quali le società di gestione, le società miste, le società in house e, perché no, le autorità amministrative indipendenti, che hanno solo alimentato il sottogoverno e il debito pubblico, eludendo (chi più, chi meno) le norme sulla contabilità pubblica.

c) In terzo luogo, essa ha condotto a trascurare che i diritti di autonomia dei privati nella sfera economica hanno una duplice natura, quella di diritti fondamentali e quella di poteri. Il loro esercizio, infatti, si traduce in un complesso di prescrizioni immediatamente efficaci nella sfera giuridica altrui.

d) Infine, ha occultato che i poteri privati hanno in comune con i poteri pubblici la natura di situazioni giuridiche soggettive, la struttura, le modalità di esercizio e gli effetti.

In particolare, per quanto concerne quest'ultimo profilo, sia i poteri pubblici, che quelli privati incidono nella sfera giuridica altrui direttamente, senza il previo controllo dell'autorità giurisdizionale.

Gli effetti giuridici prodotti dai poteri, da tutti i poteri, nella sfera giuridica altrui sono soggetti al controllo giurisdizionale, solo eventualmente e solo *ex post*.

Poteri pubblici e poteri privati, nonostante la presenza di un nucleo comune, hanno avuto percorsi teorici differenti e regimi giuridici diversi.

7. Veniamo ai poteri dell'amministrazione pubblica.

I pubblici poteri hanno avuto un'evoluzione particolare.

La natura del potere amministrativo e i connotati del provvedimento sono più volte mutati nel tempo a causa della loro intima connessione con la nozione di sovranità.

Si può ricollegare l'evoluzione della nozione di sovranità alle trasformazioni

dello Stato in Stato monarchico costituzionale, Stato di diritto e Stato costituzionale di diritto.

Naturalmente, è superfluo avvertire che come tutte le tipizzazioni anche quella in esame presenta il difetto di una eccessiva generalizzazione.

a) Nella fase genetica di formazione del diritto amministrativo, quella per intendere delle costituzioni guglielmine o delle costituzioni concesse dai sovrani, il potere amministrativo costituiva uno di quei poteri che appartenevano alla sovranità del monarca e che di questa costituivano una frazione.

La sovranità del monarca si riteneva avesse un fondamento di origine divina.

Analogamente, si riteneva che anche il fondamento della autoritatività dei poteri amministrativi, discendendo dalla sovranità dello Stato monarchico, avesse un fondamento metagiuridico o teologico.

L'elaborazione della nozione di provvedimento amministrativo, riconducibile a Otto Mayer si colloca in detto ambiente giuridico.

b) Con l'affermarsi dello Stato di diritto il quadro di riferimento muta radicalmente.

I connotati essenziali dello Stato di diritto³ risiedono nella previsione che qualunque potere deve essere conferito dalla legge, deve essere esercitato nelle forme e secondo le procedure stabilite dalla legge stessa, deve essere limitato⁴.

Nello Stato di diritto l'esercizio del potere amministrativo è soggetto al principio di legalità⁵ inteso in senso formale.

Il provvedimento ha un fondamento giuridico nella legge, la quale, tuttavia, si limita a conferire all'amministrazione il potere amministrativo di emanarlo e, al più, si limita a disciplinarne le forme di esercizio.

Appare opportuno rimarcare che nello Stato di diritto i poteri privati sono esenti dalla soggezione alla legge.

La stessa locuzione "Stato di diritto" implica la convinzione che venga as-

³ E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, 29 ss., 233 ss.; M.S. GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1988, 97 ss.; S. CASSESE, *Oltre Lo Stato*, Bari, 2006, 109 ss. Sull'evoluzione dello Stato, fra i tanti, F. LANCHESTER, *Stato (forme di)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, 799 ss.

⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2008, 896. Sul principio di legalità si veda S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 27 ss.

⁵ Sul principio di legalità si vedano L. CARLASSARRE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 157 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e amministrazione democratica*, Padova, 1969; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXII, 1973, 659 ss.; F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 124 ss.; B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Milano, 2005, 61 ss.; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamento giuridico*, in *Dir. amm.*, 1999, 111; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 708 ss.

soggettato al diritto, al rigore della legge, il potere dello Stato, non i poteri privati.

c) Con le Costituzioni rigide e con l'affermarsi dello Stato costituzionale di diritto, i livelli normativi superiori pongono limiti formali e sostanziali all'esercizio di qualunque potere⁶.

La locuzione "Stato costituzionale di diritto" non designa semplicemente il modello di Stato regolato dalle leggi, ma un modello incompatibile con il concetto tradizionale di sovranità⁷.

In esso, in forza del principio di legalità, ogni potere privato e pubblico, legislativo, giudiziario e amministrativo, deve essere subordinato a leggi che ne disciplinano le forme di esercizio e che pongono limiti sostanziali volti a pre-determinarne il contenuto.

La Costituzione vieta che l'esercizio dei poteri privati e dei poteri pubblici possa avvenire violando i diritti di libertà e impone che esso soddisfi i diritti sociali.

In altri termini, il dato innovativo è rappresentato dalla funzionalizzazione dell'esercizio dei pubblici poteri alla garanzia dei diritti sociali⁸ e dalla preclusione di interferenza dei poteri privati.

Invero, lo Stato costituzionale di diritto eredita le garanzie tipiche della tradizione liberale, consistenti in divieti volti a precludere ai pubblici poteri la possibilità di violare i diritti e le libertà del cittadino. Tuttavia, nelle Costituzioni moderne, accanto ai tradizionali diritti di libertà, ai quali corrispondono i divieti ai pubblici poteri di fare, si sono affermati tutta una serie di diritti sociali o materiali, ai quali corrispondono gli obblighi dei pubblici poteri di fare⁹.

La presenza di obblighi di prestazioni positive a garanzia dei diritti sociali altera radicalmente la struttura del potere statale. Non solo sono differenti le norme, perché nel primo caso avremo norme che impongono divieti e nel secondo caso norme che sanciscono obblighi di fare, ma muta la struttura del potere. Il potere non consiste più nel porre limiti o divieti, ma viene funzionalizzato dall'obbligo di soddisfare diritti sociali.

Le garanzie liberali o negative, basate su norme che impongono divieti, servono a tutelare e conservare i diritti dei cittadini.

Invece, le garanzie sociali, fondate su norme positive, che impongono all'amministrazione obblighi o doveri di fare, sono protese a migliorare le condizioni sociali di vita.

La struttura normativa del potere è diversa, ma è diverso anche il modello di Stato.

⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 896.

⁷ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2012, 854.

⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 897.

⁹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 902 ss.

In esso non è concepibile l'esistenza di poteri non soggetti alla legge.

In esso un potere non può essere sovrano e i suoi atti non possono essere autoritativi senza che vi sia un fondamento legislativo¹⁰.

Sovranità e autoritatività, prive di un fondamento legislativo, sono incompatibili con lo Stato costituzionale di diritto¹¹.

Conclusioni analoghe debbono essere accolte anche per quanto concerne i poteri privati.

8. La Costituzione repubblicana non qualifica l'amministrazione come autorità, non le conferisce un'autonomia ed espressa configurazione¹², a differenza di quanto avviene per il potere legislativo e per quello giudiziario, non le riconosce, né le attribuisce poteri autoritativi. La Costituzione non conferisce al potere esecutivo una posizione di supremazia o di privilegio sui cittadini.

La Costituzione si limita ad assegnare all'amministrazione, in particolare ai Comuni, le funzioni amministrative, senza qualificarle come esercizio della sovranità.

Anche la nostra Costituzione, sia per la sua natura di costituzione rigida, sia per la natura dei diritti da essa riconosciuti, impone che l'atto idoneo a incidere su situazioni giuridiche altrui posseda non solo un fondamento formale, ma anche un fondamento sostanziale.

9. A tale impianto ordinamentale il nostro legislatore non si è adeguato.

Le tecniche di tutela elaborate per garantire i diritti di libertà hanno raggiunto livelli raffinati. A tutela della libertà personale, per esempio, esiste una legislazione penale e un processo penale che hanno raggiunto punte di rilevante interesse.

Invece, come è stato ben evidenziato, all'enunciazione costituzionale dei diritti dei cittadini a conseguire prestazioni positive da parte dello Stato, non ha fatto seguito l'elaborazione di idonee tecniche volte a conseguire effettivamente le garanzie sociali e la soddisfazione dei diritti sociali¹³.

Infine, le tecniche di controllo dei poteri privati sono del tutto carenti.

La giurisprudenza estende il regime contemplato per i provvedimenti a ogni atto o comportamento dell'amministrazione.

10. Invece, il fondamento dell'imperatività, vale a dire il fondamento del potere di produrre effetti che incidono direttamente nella sfera giuridica altrui, va individuato nella legge.

¹⁰ Si veda R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, 121 ss., 194 ss., 415 ss., 419, secondo il quale il potere di ordinanza è soggetto a riserva di legge e sussiste solo in presenza di legge che precisi il soggetto attivo, la prestazione imposta e i destinatari.

¹¹ L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Bologna, 2013, 12 ss.

¹² Sui principi costituzionali in tema di funzioni amministrative si veda V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 68 ss.

¹³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 903.

L'imperatività non costituisce un carattere di tutti i provvedimenti amministrativi.

Il mutamento del fondamento dell'imperatività altera i connotati del provvedimento.

L'individuazione del fondamento dell'imperatività in una fonte legislativa espressa incide sulla stessa configurazione del provvedimento alterandone le caratteristiche in maniera consistente.

Quando l'imperatività, vale a dire l'idoneità del provvedimento a incidere nella sfera giuridica altrui, indipendentemente dal consenso del destinatario, non costituisce più espressione della sovranità dello Stato, ma rinviene il suo fondamento in una norma legislativa espressa, essa diventa semplicemente una modalità – fra le tante possibili – di esplicazione degli effetti del provvedimento.

La conseguenza di ciò è rappresentata dal fatto che il provvedimento non è più espressione della sovranità; le ragioni della sovranità non rinvergono più nel provvedimento lo strumento di elezione.

La modifica del fondamento della imperatività restituisce il provvedimento alle ragioni poste dalla fonte legislativa in cui esso trova il suo fondamento.

Il fulcro diventano i valori di cui la legge costituisce esplicazione.

11. La Costituzione repubblicana sancisce il principio di uguaglianza e riconosce i diritti di libertà.

Per conferire ai diritti di libertà un valore normativo concreto, evitando una loro configurazione astratta e formale, occorre creare le condizioni per assicurare a tutti una uguale libertà¹⁴.

La Repubblica e l'amministrazione, ognuna per quanto di competenza, hanno il dovere di intervenire in funzione riequilibratrice delle disuguaglianze sociali, al fine di rimuoverne le cause¹⁵.

Per attuare il principio di uguaglianza occorre agire al fine di riconoscere a tutti gli stessi diritti¹⁶.

Invero, esiste un rapporto di complementarità fra i diritti di libertà e il principio di uguaglianza¹⁷, in virtù del quale l'attuazione dell'uguaglianza non può che implicare il riconoscimento a tutti dei diritti di libertà e, nel contempo, il concreto riconoscimento a tutti dei diritti di libertà non può che esplicarsi come piena attuazione del principio di uguaglianza¹⁸.

Libertà e uguaglianza si rafforzano vicendevolmente¹⁹.

¹⁴ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà e uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari, 2009, 56.

¹⁵ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, cit., 59.

¹⁶ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, cit., 61 ss.

¹⁷ A. SEN, *La disuguaglianza. Un riesame critico*, Bologna, 2006 (ma 1992), 42.

¹⁸ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, cit., 70 ss.

¹⁹ M. KLOEPFER, *Gleichheit als Verfassungsfrage*, Berlin, 1980, 47.

Il principio di uguaglianza è il valore supremo che presiede all'esercizio della funzione amministrativa e che connota il provvedimento nel nuovo assetto costituzionale.

12. La rifondazione costituzionale del provvedimento amministrativo lo configura come momento di sintesi di libertà e uguaglianza.

Il modello di provvedimento accolto dalla nostra dottrina e dalla giurisprudenza tradizionale è il modello teorizzato per lo Stato autoritario, quello per intenderci tipico in Germania nel periodo guglielmino. In esso prevaleva il momento dell'autorità, anzi meglio esso era espressione di un potere amministrativo autoritario.

Nella seconda metà del secolo scorso, il superamento della predetta impostazione ha condotto a configurare il provvedimento amministrativo come il momento di sintesi della dialettica fra autorità e libertà. Tale configurazione ha avuto il pregio di evidenziare il duplice volto del provvedimento, strumento di autorità e strumento di garanzia del privato.

Nel nuovo impianto costituzionale il provvedimento amministrativo subisce l'influsso dei principi costituzionali e delle trasformazioni avvenute nell'organizzazione dello Stato e della pubblica amministrazione.

L'adeguamento alla Costituzione della nozione di provvedimento ci conduce a una nozione diversa da quella classica.

Il provvedimento amministrativo non è più la sintesi della dialettica fra autorità e libertà, perché non è più espressione della sovranità.

Non è neppure configurabile come la sintesi della dialettica fra libertà e autorità, secondo una impostazione volta a privilegiare il momento della libertà rispetto a quello dell'autorità, perché non ha più il suo fondamento nella sovranità.

La Costituzione rende recessivo il momento dell'autorità nella dinamica relativa all'esercizio del potere amministrativo.

Al contrario, il suo impianto sistematico contrasta con l'attribuzione all'amministrazione della sovranità e, quindi, con il conferimento ai suoi atti di una connotazione plusvalenza sugli altri soggetti giuridici.

Il provvedimento assurge a momento di sintesi dei valori dominanti nell'ambito della Costituzione, vale a dire sintesi della dialettica fra libertà e uguaglianza. Libertà, per la presenza di diritti fondamentali affermati e garantiti dalla Costituzione, e uguaglianza, perché la realizzazione dell'uguaglianza fra i cittadini costituisce il principio ispiratore di tutta l'azione dei pubblici poteri.

Il potere amministrativo e il provvedimento devono essere volti ad assicurare condizioni di uguaglianza giuridica e sociale a tutti i cittadini nel godimento dei loro diritti. L'immagine del provvedimento come strumento volto a sopraffare i cittadini contrasta con la Costituzione repubblicana.

*Al di là del nesso autorità e libertà: i nuovi sentieri della divisione dei poteri**

Bernardo Sordi

Provo, in modo molto schematico, a tracciare e a ripercorrere rapidamente alcune piste che ci hanno allontanato e ci stanno allontanando da relazioni di potere scandite sulla base del rapporto giuridico Stato/cittadino, di genesi e foggia ottocentesche.

1. Queste piste sono, innanzi tutto, piste di lungo periodo; piste ben radicate nello stesso processo di nascita e sviluppo del modello amministrativo ottocentesco. La relazione Stato/cittadino costituiva, già al suo sorgere, un nesso semplificato; isolava un certo tipo di funzione (la *puissance publique*) ed un certo tipo di situazioni soggettive (i *droits acquis*). Ne dava sintetico conto la celebre massima di Portalis – “au citoyen appartient la propriété et au souverain l’empire. Telle est la maxime de tous les pays et de tous les temps”¹ – declinata poi in mille modi nel corso del secolo giuridico, ma in sostanza paradigma insormontabile per tutto l’Ottocento.

Su questo tipo di relazione s’impiana lo Stato diritto e si costruiscono le parti generali ottocentesche. Si radicano qui il volto provvedimentale della pubblica amministrazione; la legalità puntiforme (“*hier und da*”² alla Otto Mayer; la rigida dicotomia pubblico-privato; i diritti pubblici soggettivi; l’antinomia provvedimento amministrativo/contratto. Qui matura la consapevolezza che è il regime amministrativo, pubblicistico, la forma di azione tipica (se non proprio esclusiva) degli apparati amministrativi.

Questa semplicità è costruita; costruita a posteriori, per lo più in modo deduttivo; è il frutto di precise sovradeterminazioni ideologiche (evidenti soprattutto dove si impone il germanismo dello *Staatsrecht*; del *monarchisches Prinzip*);

* Conservo l’originaria forma colloquiale, utilizzata nel corso del convegno, limitandomi ai riferimenti indispensabili.

¹ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, éd. Paris, Confluences, 1999, 73.

² O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1. Aufl., Leipzig, 1895, Bd. 1, 135.

forza in più punti la natura delle cose: si pensi solo all'irrigidimento, quasi parossistico, della dicotomia pubblico-privato rispetto alla diffusione delle forme giuridiche privatistiche nell'attività degli apparati, quello che sino ad un attimo prima si definiva il diritto civile dello Stato.

Questa semplicità inizia, in ogni caso, a perdersi già nel tornante di fine Ottocento, in cui quelle parti generali pure si consolidano in tutto il modello continentale, da Otto Mayer a Maurice Hauriou, sino a Santi Romano.

Già in questo delicato tornante verso il Novecento giuridico, emergono infatti realtà non più comprimibili all'interno di una relazione tra autorità e libertà, scandita secondo un rigido taglio individualistico.

Un inedito solidarismo giuridico, spinto da una sempre più ribollente questione sociale, impone trasformazioni radicali di apparati e funzioni. Nascono l'amministrazione sociale, il *service public*, il socialismo municipale. Si tratta di fenomeni talmente rilevanti che già vengono ad insidiare la rigida unitarietà del sistema. È il caso dei *Principii di diritto amministrativo* di Vittorio Emanuele Orlando, del 1891 e della *Gestion administrative* di Maurice Hauriou, del 1899.

Si delineano nuove ibridazioni tra Stato ed economia, dettate dalla lunghissima stagione dell'interventismo pubblico, quasi ininterrotta dalla fine dell'800 sino a Maastricht.

Si avvia una profonda penetrazione degli interessi – i più diversi, i più sezionali –, nella stessa struttura organizzativa dello Stato liberale, che cede, diventa porosa, frammentata, multiorganizzativa.

António Manuel Hespahna ci ha spiegato, sulla scorta della teoria del doppio movimento e dell'artificialità del *laissez-faire* di Karl Polanyi, che la mano invisibile era accortamente guidata anche nel progetto dello Stato minimo³. Ma è evidente che a fine Ottocento c'è qualcosa di più e da una apparente, reciproca, estraneità Stato/economia, Stato/interessi sociali, si passa a compenetrazioni aperte, diffuse, quasi inestricabili.

I tempi di reazione dei giuristi sono diversi ed hanno toni diversi (Léon Duguit, la Scuola di Vienna, Ernst Forsthoff, Massimo Severo Giannini, Jean Rivero, William Robson ...), ma non è il ricostruire questa sorta di atlante storico, a scala europea, quello che oggi ci interessa.

Ci preme, invece, la considerazione che l'*al di là* del nesso autorità e libertà non costituisce soltanto il risultato di una vicenda recente. Quell'andare oltre la strettoia individualistica, viene da lontano, percorre tutto il Novecento.

Le coppie concettuali *puissance/service*; *amministrazione indiretta/amministrazione diretta*; *Eingriffs-Leistungsverwaltung* sono lì a ricordarci che al volto austero dello Stato di diritto si affiancano presto i volti più suadenti dell'*Etat Providence* e dello Stato imprenditore.

Ancor prima che sbocci la stagione costituzionale dei diritti sociali, le più

³ A.M. HESPAHNA, *Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, Almedina, 2004.

frequenti relazioni Stato/cittadino non sono più quelle del tipo autorità/libertà (costruite sul prototipo del provvedimento ablativo), ma quelle prestazionali.

La progressiva estensione dei compiti pubblici verso la società, l'economia, il sociale, doppiando la stessa generalità degli interessi economico-sociali, mette a nudo l'estrema semplificazione della obbligazione politica, che il tornante rivoluzionario aveva irrigidito nell'unico binario del rapporto individuo-Stato (e di cui il nesso autorità/libertà è figlio diretto).

L'intrinseco pluralismo delle amministrazioni pubbliche; le molte facce del diritto amministrativo; quel fenomeno che oggi si ama definire come multifunzionalità del diritto amministrativo⁴ è in buona parte già un portato del Novecento giuridico.

2. Esistono però anche delle piste più recenti che impattano questo modello otto-novecentesco.

Di queste piste recenti ne isolerei, sempre in modo molto schematico, almeno tre.

2.1. La prima pista è quella che, rubando a Michael Stolleis un'intitolazione felice, definirei "gli anni dell'apprendistato democratico"⁵.

Penso ai percorsi dello Stato costituzionale; alla indivisibilità dei diritti; all'attivazione in via giurisprudenziale degli enunciati costituzionali; alla "Drittwirkung", ovvero alla naturale espansività dei diritti fondamentali (appunto al di là del nesso autorità/libertà) verso la generalità delle relazioni intersoggettive, anche prettamente private.

Lo stesso diritto amministrativo non è più fermo alle parti generali ottocentesche. Ci sono alle nostre spalle almeno due/tre decenni di decostruzione sistematica. Il *vorrechtsstaatlichen Urwald* (la foresta vergine precedente lo Stato di diritto) evocato da Otto Bachof in un celebre Referat del 1971⁶, è stato pesantemente disboscato. Vi spingono la codificazione del procedimento (dall'APA americano del 1946, alla legge generale tedesca del 1976, alla nostra del 1990, novellata nel 2005 con una disciplina per principi generali dell'attività amministrativa); la codificazione del processo amministrativo (Germania 1960, anche recentemente novellata; Italia 2010), sempre più aperto a principi di atipicità delle azioni esperibili. Vi spingono l'influsso del diritto europeo e della stessa Corte di Strasburgo.

⁴ S. CASSESE, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014, 33 ss.

⁵ M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Vierter Band, *Staats – und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945-1990*, München, Beck, 2012, 305 ss., con le mie osservazioni in *Quad. fior.*, 42(2013), 507-15.

⁶ O. BACHOF, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, in *VVDSTRL*, Heft 30, Berlin, De Gruyter, 1972, 207.

Anche un istituto simbolo del nesso ottocentesco autorità/libertà, la giustizia amministrativa, ci dice nel 2007 Eduardo García de Enterría, in uno dei suoi ultimi scritti, vive un significativo cambio di paradigma e da *exceptión singular*, acquisisce *plenitud jurisdiccional*, una completa pienezza di giurisdizione⁷: diventa un semplice ramo della giurisdizione, come preconizzato negli anni '20 dalla Scuola di Vienna, imponendo il venir meno della collateralità tra giudice e amministrazione ed aprendo anche il giudizio amministrativo alle regole del giusto processo.

Penso alle luci e alle ombre, alle tante opportunità, ma anche alle relative realizzazioni, della democrazia partecipativa⁸: dalle prime amministrazioni per collegi alle più recenti modalità di amministrazione condivisa, che comunque trascendono il nesso autorità/libertà nel significato individualistico ottocentesco ed aprono complesse relazioni poligonali, modelli policentrici, modelli pluralisti.

Penso alle procedure di *enquête publique*, integrate per gli interventi più rilevanti nel governo del territorio, nella politica ambientale, nelle grandi infrastrutture, da un ampio *débat public* coordinato, nel caso francese, da una autorità amministrativa indipendente e distinta da quella precedente, chiamata a favorire la rappresentazione di tutti gli interessi coinvolti.

Se volessimo sintetizzare, potremmo dire: ripiegamento dell'autorità verso la dimensione giustiziale, verso il diritto comune, verso il contratto e verso l'atipicità delle azioni giudiziarie. Apertura della classica relazione bipolare Stato-cittadino a rapporti plurali e policentrici; alle basi "inclusive" ed "interattive" di quella *governance*, cui si richiama la presentazione del nostro incontro, e che si fa carico dei problemi di convivenza e decisionalità di società complesse, interrelate, deterritorializzate e dunque irreversibilmente disseminate in una pluralità di centri politici.

2.2. La seconda pista è quella che Pierre Rosanvallon definisce la *démocratie d'impartialité*⁹ e che Bruce Ackermann individua come il simbolo stesso dei nuovi sentieri della divisione dei poteri e del suo secco *Good-bye Montesquieu*¹⁰.

⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las transformaciones de la justicia administrativa: de exceptión singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Madrid, 2007, trad. it. a cura di Simone Rodolfo Masera e con presentazione di Aldo Travi, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma?*, Milano, 2010. Ho commentato queste pagine in *Il "crocevia di una tensione" e la giusta distanza del diritto europeo*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Atti del Convegno di Lecce del 23-24 maggio 2014, Napoli, 2014, 229-244.

⁸ U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011, 295 ss.

⁹ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, 2008, 139 ss.

¹⁰ B. ACKERMANN, *Good-bye Montesquieu*, in *Comparative Administrative Law*, edited by Susan Rose-Ackermann and Peter Lindseth, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, Elgar, 2010, 128 ss.

Lo Stato regolatore impone di rivisitare la *holy trinity* del Cap. 6, Libro XI dell'*Esprit des lois*.

Si diffondono dei veri ossimori giuridici (le autorità amministrative indipendenti), rispetto al nesso originario autorità/libertà fondato sulla drastica separazione di giustizia e amministrazione; rispetto al principio, proclamato per esempio dall'art. 20 della Costituzione francese della Quinta Repubblica, secondo il quale "le Gouvernement dispose de l'administration et de la force armée"; rispetto all'amministrazione soggetto e soggetto portatore dell'interesse pubblico.

Può essere il segno della sconfitta dei tentativi, più o meno velleitari, di democrazia economica, pure sperimentati lungo una non breve stagione di *Wirtschaftsverfassung*, ripresa con foga nel secondo dopoguerra, dopo il ciclo degli anni '30, inariditasi nel corso degli anni '80 e quindi bruscamente archiviata all'indomani di Maastricht. Una sconfitta che apre la porta al trapianto dei modelli regolativi nordamericani. Può essere il canale lungo il quale si immette il governo della moneta unica, sottratta alla sovranità degli Stati, nel modello sovranazionale europeo.

Ma è il segno, soprattutto – Rosanvallon a me pare molto convincente – di un più generale bisogno di imparzialità, di spazio pubblico argomentato e trasparente, di ritorno ad un'antica giustizialità del potere, che contraddistingue le odierne arene pubbliche e le nostre società complesse.

In estrema sintesi, ancora una volta: una spinta esattamente opposta all'amministrazione istitutrice del sociale, tipica del modello amministrativo ottocentesco (e quindi del nesso autorità/libertà).

2.3. La terza pista è quella offerta dai nuovi sentieri della legalità e più in generale delle fonti del diritto.

Un'amministrazione ancorata all'esclusivo nesso autorità/libertà presupponeva un legislatore a fare da arbitro unico del confronto; una raffigurazione delle fonti del diritto, parimenti semplificata nella drastica equiparazione di diritto e legge; una sostanziale alterità di giustizia e amministrazione; un modello essenzialmente impugnatorio e cassatorio di giustizia amministrativa.

Nella realtà dell'universo amministrativo ottocentesco gli equilibri effettivi non avevano del tutto corrisposto al modello: l'assolutismo giuridico era riuscito a penetrare molto relativamente e l'amministrazione era rimasta una terra senza codice.

Ferme le grandi coordinate rivoluzionario/napoleoniche, il regime amministrativo si era definito attraverso una forte interazione di giurisprudenza e dottrina, cui il legislatore – confinato ad alcune grandi leggi di organizzazione amministrativa – era rimasto sostanzialmente estraneo.

Le formule connotative impiegate dai giuristi (ma anche alcuni pilastri normativi, dall'art. 5 dell'All. E, sulla disapplicazione degli atti amministrativi non conformi alla legge; alla triade dei vizi azionabili di fronte alla sez. IV del Consiglio di Stato, sino all'art. 18 della Costituzione austriaca del 1920, che prefi-

gurava il *Totalvorbehalt*, l'integrale sottomissione alla legge dell'amministrazione) si erano però mosse verso il principio di legalità, lo Stato di diritto, la disattivazione del potere discrezionale in mera questione di limite al potere di cognizione e decisione del giudice, aggredibile attraverso i vizi di legittimità: *détournement de pouvoir*, in primis.

La contrazione della specialità amministrativa, la riespansione del diritto comune, l'affiancarsi di una sempre più estesa attività amministrativa informale¹¹, accanto alla tipica attività provvedimentale, la trasformazione e pluralizzazione dei modelli processuali svelano il volto ottocentesco della legalità amministrativa, la sua stretta funzionalità al nesso autorità/libertà. Appaiono immediatamente desueti i tentativi, pure a lungo percorsi dagli anni Sessanta in poi, di estendere il principio di legalità all'attività di diritto privato della pubblica amministrazione.

Si è più disponibili, oggi, a riconoscere la veste giurisdizionale della legalità; la crescente discrasia legge/diritto, il ritorno ai principii generali di genesi non legislativa (anche in forza della penetrazione di un diritto europeo con indelebile trama giurisprudenziale): la legalità come tessuto e non come pilastro¹², come regola di diritto: di un diritto sempre più plurale e multinormativo, contrassegnato dunque anche da una rinnovata "incertezza"¹³.

Emerge la necessità di progettare secondo altri termini ed altri equilibri (di nuovo una incumbente giustizialità) il grande frutto ottocentesco dell'amministrazione di garanzia.

Ed anche questo è il segno del mondo di ieri, di una semplicità rapidamente creata ed altrettanto rapidamente perduta. Anche questo è il segno che la divisione dei poteri sta imboccando nuovi sentieri.

¹¹ Su cui ha richiamato in particolare l'attenzione E. SCHMIDT-ABMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik: eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, Tübingen, Mohr, 2013, in un volume ora ampiamente discusso nel simposio a più voci della *Riv. trim. dir. pubb.* (I/2015, 1-27).

¹² Secondo la felice immagine di M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, 420.

¹³ P. GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, fasc. 4, 921 ss.

Atto autoritativo e diritto amministrativo

Roberto Cavallo Perin

SOMMARIO: 1. L'atto scritto d'autorità come strumento uniforme di governo e come atto giuridico. – 2. Atto autoritativo, atto d'autonomia e fine d'interesse pubblico. – 3. L'atto autoritativo come atto formale d'esercizio della funzione amministrativa. – 4. La partecipazione formale e sostanziale come elemento essenziale del procedimento volto all'emanazione dell'atto autoritativo. – 5. L'atto autoritativo come atto la cui efficacia verso i terzi è conferita dalla legge. – 6. Tipicità dell'atto amministrativo: efficacia verso le posizioni soggettive di terzi e causa dell'atto amministrativo. – 7. L'atto autoritativo come denominazione di una disciplina essenziale dell'atto amministrativo.

1. L'atto scritto d'autorità come strumento uniforme di governo e come atto giuridico

La relazione tra tipi di Stato e strumenti giuridici è già stata esaurientemente trattata¹, sicché si vuole qui assumere ad oggetto d'analisi l'atto autoritativo in sé e per sé considerato, secondo quella denominazione che è stata accolta dalla tradizione poi dallo stesso legislatore tra i principi generali sul procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 1, comma 1-*bis*; cfr. art. 2, TUE²).

L'atto autoritativo assolve a due necessità istituzionali che segnano l'evoluzione dell'attività di governo e delle amministrazioni pubbliche: anzitutto l'atto scritto come elemento indispensabile per una definizione unitaria dell'attività di governo e la riconsiderazione dell'esercizio del potere delle amministrazioni pubbliche come atto o attività giuridica, cioè come prodotto formale di cui è artefice la pubblica amministrazione e che risulta perciò disciplinato dal diritto positivo, prima come limite esterno poi come fondamento dell'atto stesso.

L'atto scritto si manifesta come strumento essenziale del governo centrale poi-

¹ Si veda in tal senso la relazione che precede: S. PERONGINI, *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo*, par. 7b.

² A. VON BOGDANDY, *Il deficit sistemico dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 593 e s., spec. par. 2.1 “Le autorità pubbliche devono agire in conformità alle norme costituzionali, inclusi i diritti fondamentali e le regole generali che sono state poste dagli organi competenti, principalmente parlamentari, e devono assicurare che la legge venga rispettata anche dagli attori privati”.

ché consente di assicurare ovunque un unitario indirizzo di governo³ e al tempo stesso di restituire al centro un controllo uniforme sull'operato degli uffici decentrati.

L'atto d'autorità segna anche – nelle differenti epoche storiche – la giuridica rilevanza dell'esercizio di poteri amministrativi in varia guisa sottratti ai *Tribunali*, cioè esclude i giudici dalle controversie che involgono le scelte d'amministrazione, che sono invece riservate ad una *justice retenue*⁴ poi *déléguée*, ove è preponderante il ruolo del *Conseil d'État* per legalità dell'azione amministrativa contro gli atti d'autorità⁵.

Alla giurisdizione è preclusa prima la *conoscenza* di tutte controversie concernenti *l'atto d'amministrazione*⁶, poi il sindacato sui soli atti di *puissance publique*⁷, lasciando ai giudici gli atti dell'amministrazione di diritto civile⁸, solo perché, al pari dei privati, è giuridicamente rilevante l'agire nell'interesse patrimoniale proprio dell'ente e non nell'interesse pubblico, che è al più considerato uno scopo ulteriore⁹.

Si tratta dell'enunciazione della radicale separazione tra amministrazione e giurisdizione che diventa principio costituzionale¹⁰ che si converte poi in epoca contemporanea in limiti della giurisdizione (difetto assoluto di giurisdizione) o in limiti ai poteri dei giudici verso l'amministrazione pubblica.

³ L'esempio paradigmatico è la Francia: E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative* ..., cit., 150.

⁴ L'annullamento gerarchico è per “*illégalité*” e per “*inopportunité ou pour infraction aux ordres donnés*” (E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, 185) e il *Conseil d'État* formula *projets de décret* adottati dall'amministrazione (*op. cit.*, 251, 271); così B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 75.

⁵ Il *Conseil d'État* assicura al governo del Re il controllo sugli atti degli intendenti d'antico regime nelle province, cui si contrappone l'ostilità feudale e dei parlamenti verso gli atti regi o d'intendenza con negazione del ricorso ai Tribunali. La delega al *Conseil d'État* (1848) è seguita dalla sezione esclusiva sugli atti dell'amministrazione di giustizia *déléguée* (legge 24 mai 1872), ove il *Conseil d'État* è di giureconsulti indipendenti: cfr. R. DARESTE, *La justice administrative en France*, Paris, 1898, II ed., 178; E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative* ..., cit., 271.

⁶ M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique en Droit Administratif*, Paris, 1960, 19-27.

⁷ Cfr. R. DARESTE, *La justice administrative en France*, cit., 161.

⁸ In Italia per tutti: G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, Firenze, 1832, 148.

⁹ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction* ..., cit., 485; M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique* ..., cit., 51-52.

¹⁰ “*Les tribunaux ne peuvent entreprendre sur les fonctions administratives ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonctions*”, cfr. Cost. 3 settembre 1791, art. 3; cfr. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative* ..., cit., 179-183; J.L. MESTRE, *À propos du fondement constitutionnel de la compétence de la juridiction administrative*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2012, 339-341. “*Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ni citer devant leur les administrateurs pour raison de leurs fonctions*” (legge 16-24 agosto 1790, art. 13).

La soluzione non è affatto l'esito di una linea progressiva, poiché subisce i rovesci degli andamenti istituzionali, ove il culmine della negazione del controllo giurisdizionale sugli atti dell'amministrazione non è dato dalla conservazione ma accompagna l'innovazione istituzionale, sia essa all'occasione l'affermazione dello *Stato assoluto*¹¹, della *Rivoluzione* o di rinnovati *Imperi*.

L'atto d'autorità è nell'andamento istituzionale – evolutivo o dissolutivo – uno dei punti di equilibrio tra istituzioni dello Stato, uno di quelli che sono possibili tra esercizio della giurisdizione e dell'amministrazione pubblica, ove si lascia alla piena giurisdizione gli atti di diritto privato o diritto comune compiuti dalla persona giuridica pubblica amministrazione e si attrae al sindacato – prima di un'amministrazione “indipendente” poi del giudice amministrativo – ogni altro atto dell'amministrazione pubblica¹².

Oltre l'atto autoritativo, gli equilibri istituzionali innovativi si affermano piuttosto nel senso della negazione di ogni tutela giurisdizionale o contenziosa sugli atti dell'amministrazione pubblica, intesa questa come uffici periferici poi come organi centrali del governo, sino al punto di negare al giudice di sindacare la levata delle imposte¹³.

All'opposto gli equilibri istituzionali consolidati o conservativi paiono piuttosto sottrarre alla giurisdizione anche amministrativa (difetto assoluto di giurisdizione o merito amministrativo) le sole scelte discrezionali contenute in atti amministrativi che, salvo l'atto politico o d'alta amministrazione, non involgono mai l'intera scelta dell'amministrazione pubblica¹⁴.

¹¹ I parlamenti locali a difesa delle proprie prerogative, ostacolando o influenzando l'opera degli intendenti, pronunciano sentenze che sono oggetto d'annullamento ad opera del potere centrale. Il *Conseil d'Etat* sottrae ai parlamenti le controversie che coinvolgono l'amministrazione ed è giudice d'appello per i casi di evidente ingiustizia: E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction ...*, cit., 153-162.

¹² Il carattere residuale è ancora espressamente detto in r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 *Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*, all'art. 26 “...quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria ...”.

¹³ Dai motivi politici alle categorie di atti insindacabili (cfr. art. 113, Cost. italiana), che la III Repubblica prende dai precedenti: atti di guerra (1834-35), di alta polizia o sovranità (1836-67), sulla sicurezza dello Stato, verso dinastie decadute (eredi di Napoleone nel 1839), con un'erosione costante sino agli anni venti del XX secolo; in Italia per tutti: G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, Firenze, 1832, 148.

¹⁴ Per atto politico o di alta amministrazione: E. GUICCIARDI, *Atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 217 s.; A. AMORTH, voce *Atti politici (o di Governo)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. I, Torino 1958, 1511 s.; P. BARILE, voce *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, Milano 1959, vol. IV, 220 s.; G.B. GARRONE, voce *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino 1987, 544 ss.; G. GROTTANELLI DÈ SANTI, *Atto politico e atto di governo*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma 1988; E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano 1968, 174.

2. Atto autoritativo, atto d'autonomia e fine d'interesse pubblico

L'atto d'autorità è atto giuridico, dunque è soggetto al diritto positivo, ove quest'ultimo si afferma anzitutto come limite esterno che lo separa e lo protegge dalla giurisdizione, poi come fondamento dell'atto, quando è accolta come limitazione della sovranità l'enunciazione di diritti fondamentali oppure di diritti umani o libertà dei cittadini¹⁵.

Già la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789) lega la definizione dei diritti soggettivi alla sovranità¹⁶, che ne è elemento costitutivo¹⁷, secondo un costrutto costituzionale che sottopone l'amministrazione alla legge e pone altresì i limiti di protezione dell'amministrazione dalla giurisdizione¹⁸, delineando un'esperienza che si distingue in parte da quella riferita dalla scienza giuridica tedesca¹⁹, anche se il tratto comune può essere individuato “nel-

¹⁵ Il riferimento è sia all'esperienza giuridica inglese sia alle costituzioni *octroyées* (Carta francese 1814 o lo Statuto Albertino) su cui cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1992, 89 ss.; G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* (1895), trad. it. *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, a cura di G. Bongiovanni, Bari-Roma, 2002, 27 ss.; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 199 ss.; M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995, 28 ss.; M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, 2008, 132 ss.; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari-Roma, 2007, 115 ss.; G. OESTREICH, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß* (1978), trad. it. *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, a cura di G. Gozzi, Bari-Roma, IV ed., 2006, 63 ss.; G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, 130 ss.; N. MATTEUCCI, *La Rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Bologna, 1977, 83 ss. e 137 ss.; ID., *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, II ed., 1988, 125 ss.; A. BARBERA, *Principi fondamentali, Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 50 ss.; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo, in I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania, P. Ridola, vol. I, Torino, II ed., 2006, 59 ss.; G. FLORIDIA, *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale*, vol. I, *Dal medioevo inglese al 1791*, Torino, 1991, 63 ss.

¹⁶ Cfr. art. 2 “*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. (...)*” e art. 3 “*Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément*”.

¹⁷ F. RUFFINI, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, 1924, rist. Bologna, 1992, 234 s. spec. 236.

¹⁸ Sicché il “Capo dello Stato” diventa organo amministrativo e risulta così agevole sottoporre anche il suo ufficio ed i suoi atti alla legge: “*Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance*” (Tit. III, Cap. II, sez. I, art. 3, Cost. 1791) e “*La Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice*” (Cost. 1791, Parte I, Tit. III, art. 1).

¹⁹ Sia per la definizione dei diritti soggettivi sin da C.F. v. GERBER, *Ueber öffentliche Rechte*, Tübingen, trad. it. P.L. Lucchini, *Diritto pubblico*, Milano, 1971, 65 s.; sia per quella di atto d'autorità in O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895, trad. fr. *Le droit administratif allemand*, tomo I, pt. générale, Paris, 1903, 120.