

# I

## Il diritto amministrativo in trasformazione

*Nino Longobardi*

**Sommario:** 1. I fattori di destrutturazione del diritto amministrativo. – 2. La destabilizzazione del diritto amministrativo. – 3. Le prospettive di rinnovamento del diritto amministrativo. – 4. Note conclusive.

### 1. I fattori di destrutturazione del diritto amministrativo

1.1. Ormai da molti anni, almeno dagli anni '70 del secolo scorso, sono all'opera diversi fattori di destrutturazione del diritto amministrativo, la cui azione congiunta si è intensificata negli anni più recenti.

In argomento, un bel saggio di *Jean-Bernard Auby* con riguardo all'ordinamento francese risale ormai al 2001, ma fornisce tuttora un pregevole e sintetico inquadramento dei fattori di destrutturazione – così denominati dall'autore – che nel loro insieme destabilizzano e mettono in questione il diritto amministrativo. Si tratta di un inquadramento largamente valevole per il nostro come per gli altri diritti amministrativi dell'Europa continentale.

Il saggio indica anche le prospettive di rinnovamento del diritto amministrativo, secondo linee di percorso già intraprese – con non poche variabili, oscillazioni ed ambiguità, tuttavia – nei Paesi dell'Europa continentale<sup>1</sup>.

L'analisi dei fattori di destrutturazione e l'indicazione delle prospettive

---

<sup>1</sup>J.B. AUBY, *La bataille de San Romano*, *A.J.D.A.*, 2001, p. 912 ss. In uno scritto più recente (J.B. AUBY, *Le droit administratif français vu du droit comparé*, *A.J.D.A.*, n. 7/2013, p. 407 ss.) l'autore conferma l'analisi precedente in ordine alla destabilizzazione del diritto amministrativo francese ed ai fattori di essa e, rilevato l'attuale deficit teorico del diritto amministrativo, sottolinea nuovamente l'esigenza di fondare la teoria del diritto amministrativo sulla protezione dei diritti fondamentali.

di rinnovamento del diritto amministrativo fornite da *Auby* sono qui in buona sostanza condivise e poste a base dei rilievi che seguono.

1.2. Il primo fattore di destrutturazione attiene alla globalizzazione. Ne consegue per diverse vie l'internazionalizzazione del diritto amministrativo. Questo diviene permeabile. Vi fanno irruzione norme e *standards* esterni allo Stato, con conseguente perdita, da parte dello Stato, del controllo della dinamica di evoluzione del diritto amministrativo<sup>2</sup>.

Se il fenomeno più evidente è quello della penetrazione del diritto comunitario e degli effetti di trasformazione così indotti, a livello internazionale e globale operano, sia pure meno intensamente, ma nella stessa direzione, i Trattati e le convenzioni internazionali (*CEDU*, *OMC*, Convenzione di *Aarhus*) con gli organi, anche giurisdizionali, a cui hanno dato vita.

La globalizzazione spinge fortemente verso l'armonizzazione dei concetti e delle soluzioni. Si pensi, quanto ai primi, all'incidenza del diritto europeo sulla definizione di nozioni quali aiuto pubblico, contratto pubblico, servizio pubblico, ecc.; al concetto di sanzione amministrativa ai sensi dell'art. 6 della *CEDU* che, secondo una visione sostanziale e garantista, accomuna la sanzione amministrativa a quella penale<sup>3</sup>. Quanto alle soluzioni, l'armonizzazione investe sia il versante organizzativo che quello dell'azione amministrativa e, più di recente, anche quello del contenzioso giurisdizionale.

Un esempio certamente calzante è quello della rapida diffusione sul continente delle autorità amministrative indipendenti, ovvero di un modello estraneo alla tradizione dei diritti amministrativi continentali. Già nel *Rapport public* del 2001 il *Conseil d'État* sottolineava che la creazione di autorità amministrative indipendenti per la regolazione di mercati aperti alla concorrenza risponde in primo luogo ad un «imperativo di credibilità internazionale» del sistema economico del Paese<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Come è stato efficacemente affermato da S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 903, il diritto amministrativo ha perduto il suo esclusivo ancoraggio allo Stato.

<sup>3</sup> Di ciò si è tuttavia preso atto ancora solo molto parzialmente e con grave ritardo nel nostro ordinamento. V. al riguardo F. GOISIS, *Verso una nuova concezione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2014, p. 337 ss.

<sup>4</sup> N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico – istituzionale*, Torino, 2009, pp. 205 ss. e 247 ss.

L'azione amministrativa, chiamata a confrontarsi con lo sviluppo della protezione dei diritti fondamentali e ancor più dei diritti procedurali derivante da convenzioni internazionali ne viene necessariamente trasformata. Tradizionali istituti del diritto amministrativo risultano erosi e messi in discussione<sup>5</sup>.

Si pensi ai diritti in materia ambientale attribuiti dalla Convenzione di *Aarhus*. Si rifletta sullo statuto di diritto fondamentale assunto dal diritto di impresa in base alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ormai integrata nel Trattato europeo<sup>6</sup>.

Il regime regolatorio globale, per quanto rudimentale, è informato al principio del «giusto procedimento» e tende ad imporlo agli Stati<sup>7</sup>. Del resto, un percorso comune ai diritti amministrativi continentali è quello che tra gli anni '70 e gli anni '90 del secolo scorso ha condotto alle normative sul procedimento amministrativo informate ai principi di trasparenza e partecipazione.

1.3. Più ambiguo è senz'altro il fenomeno relativo al secondo fattore di destrutturazione del diritto amministrativo, denominato dall'autore francese «*désétatisation de la société*» (destatizzazione della società nella traduzione letterale in italiano).

Con l'espressione si vuole indicare, da un canto, *a*) la riduzione dello spazio dello Stato a vantaggio del mercato, dall'altro, *b*) la riduzione dello spazio dello Stato a vantaggio dei cittadini.

*a*) Privatizzazioni e deregolamentazioni, esternalizzazioni di attività pubbliche, quelle che noi chiamiamo liberalizzazioni, indicano decisamente il recedere delle forme classiche dell'intervento pubblico e la trasformazione di centrali profili organizzativi e sostanziali del diritto amministrativo che ne vengono coinvolti.

---

<sup>5</sup> V. al riguardo l'ampio studio di M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012.

<sup>6</sup> Sul nuovo statuto delle libertà di impresa, che chiama in causa la trasformazione del diritto amministrativo e sulla sua difficile affermazione nel nostro ordinamento v. N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, partic. p. 629 ss.

<sup>7</sup> Al riguardo, v. N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, p. 882 s.

Non si può dire che venga meno il ruolo dello Stato e delle amministrazioni pubbliche, né sempre esso si riduce, ma certamente si trasforma.

L'adesione ad una economia di mercato aperta ed in libera concorrenza implica il recedere di programmi e controlli pubblici a fini di direzione dell'economia a vantaggio della concorrenza, che è tecnica di coordinamento delle attività economiche alternativa ad essi<sup>8</sup>.

Neanche la grave recessione economica, conseguente alla recente crisi finanziaria, nonostante gli interventi emergenziali, anche di salvataggio, attuati con imponenti risorse pubbliche, ha condotto a riproporre la direzione dell'economia da parte dello Stato e a prospettare seriamente il ritorno dello Stato imprenditore<sup>9</sup>.

La regolazione pubblica deve assumere nuove forme rispettose del mercato. Il diritto amministrativo e la trasformazione di esso sono variamente chiamati in causa. Così, con riguardo alla formula delle autorità amministrative indipendenti, specie quanto all'esercizio degli ampi poteri normativi e sanzionatori ad esse conferiti. In generale, con riguardo ai controlli e ai vincoli pubblicistici nei confronti degli operatori, dei quali si impone un allineamento all'economia di mercato, secondo quanto indicato dalla Direttiva 2006/13/CE diretta ad un deciso ridimensionamento dei regimi di autorizzazione amministrativa e del relativo potere discrezionale.

b) Si può parlare di riduzione dello spazio dello Stato a vantaggio dei cittadini – secondo *Auby* – come effetto di un movimento, comune ormai da decenni alle democrazie occidentali, che ha condotto ad oltrepassare le esigenze classiche della democrazia rappresentativa per andare verso il riconoscimento diretto dei cittadini.

Si tratta, pertanto, soprattutto dei progressi della “democrazia amministrativa”, attraverso l'affermazione e lo sviluppo del principio di trasparenza amministrativa e degli istituti di partecipazione.

Al riguardo, tuttavia, non di riduzione dello spazio dello Stato deve parlarsi, bensì di trasformazione del ruolo di esso.

Riduzione può aversi con l'eliminazione/diminuzione di vincoli burocrati-

---

<sup>8</sup> V. G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. quad. serv. pubbl.*, 1998, p. 1 ss.; M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, p. 176 ss.; N. LONGOBARDI, *Indirizzo politico e regolazione economica*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 881 ss.

<sup>9</sup> Al riguardo, v. N. LONGOBARDI, *Le autorità di regolazione dei mercati nel “tempo della crisi”*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 41 ss.

ci e la semplificazione di adempimenti amministrativi, che va a vantaggio sia dei cittadini che del mercato. Questo obiettivo è dai nostri poteri pubblici assai più dichiarato che concretamente perseguito ed è costantemente contraddetto dall'introduzione di ulteriori vincoli ed adempimenti burocratici.

Ai progressi della democrazia amministrativa, dai quali consegue una maggiore consapevolezza dei cittadini, è in parte legato lo sviluppo del contenzioso giurisdizionale. La domanda di giustizia, insoddisfatta dal giudice amministrativo, riversatasi su altri giudici, in primo luogo quello penale – sottolinea *Auby* – è stata la spinta determinante per una serie di riforme della giustizia amministrativa dirette ad accelerare il giudizio ed a rendere effettiva la tutela richiesta, anche attraverso l'attribuzione al giudice amministrativo di poteri più incisivi.

Con riguardo alla democrazia amministrativa nel nostro Paese fortissime sono le ambiguità e ricorrenti le spinte all'indietro. Così, in tema di procedimento amministrativo prevale una chiusura nei confronti dell'affermazione di un vero contraddittorio, spesso immolato sull'altare della retorica dell'efficienza dell'amministrazione, efficienza che non a caso sempre più si allontana. L'attenzione del legislatore, spesso anche l'analisi della dottrina, continuano ad essere soprattutto incentrate sull'amministrazione ed i suoi poteri, mentre il diritto europeo, in particolare con l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali, che stabilisce il diritto ad una buona amministrazione, impone di rovesciare la prospettiva e porre al centro i cittadini<sup>10</sup>. Permane il disinteresse per aspetti organizzativi fondamentali, quale la figura del responsabile del procedimento, che, funzionario pubblico non garantito, non può svolgere correttamente tale ruolo. L'invadenza della politica continua a prevalere sull'esigenza di imparzialità dell'amministrazione. Allo sviluppo del contenzioso giurisdizionale determinato dal cattivo agire amministrativo è stato posto un freno assai improprio, quello dello sproorzionato costo dell'accesso alla giustizia. Sempre più la domanda di giustizia inappagata tende a riversarsi sul giudice penale.

---

<sup>10</sup> Per questa permanente caratteristica della dottrina francese, v. F. MELLERAY, *Marcel Wa- line e la manière française contemporaine de faire du droit administratif*, in *R.f.d.a.*, 2014, p. 145 ss. Sul necessario mutamento di prospettiva, v. A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, p. 425 ss.

1.4. Il terzo fattore di destrutturazione del diritto amministrativo indicato dall'autore francese è quello del decentramento del potere pubblico, sia sotto il profilo *a)* del decentramento autonomistico che *b)* del decentramento amministrativo, che costituiscono principi entrambi indicati per il nostro ordinamento dall'art. 5 Cost. e dal Consiglio d'Europa fin dal 1985, quanto al decentramento autonomistico, con la Carta europea delle autonomie locali.

*a)* Come è noto, nel nostro ordinamento, le Regioni hanno autonomia costituzionalmente garantita e sono dotate di una ampia potestà legislativa (generale) secondo un rapporto con quella statale assai confuso dopo la legge cost. n. 3/2001, rapporto gestito e rigidamente riorganizzato dalla Corte costituzionale attraverso una lunga sequela di sentenze. Nulla di tutto ciò in Francia, dove, nonostante la «decentralizzazione», ancorché definita «forte» (in virtù del conferimento della materia urbanistica e di importanti risorse finanziarie), il sistema appare ai nostri occhi ancora un sistema centralistico, nel quale le collettività territoriali, definite attori autonomi perché uscite dalla stretta tutela dello Stato, restano subordinate al potere regolamentare del governo.

Eppure, l'impressione è quella di una maggiore vitalità e significatività ordinamentale delle collettività territoriali francesi rispetto alle italiane se è vero che le prime – come sottolineato da *Auby* – sono state in grado di imprimere con la loro azione trasformazioni al diritto amministrativo, con riguardo alla funzione pubblica territoriale venuta ad essere governata da un diritto differente da quello dello Stato, come allo stesso modo il demanio pubblico locale; ancora, con uno sviluppo impressionante di modelli convenzionali, sia per organizzare i rapporti con lo Stato, sia i rapporti con il settore privato (fornitori, imprese, associazioni, ecc.). Nelle seconde, quelle italiane, al contrario, prevale una logica di mera gestione (e tendenziale moltiplicazione) della spesa pubblica ed una logica di strumenti di collocazione del ridondante personale politico, mentre l'innovazione ordinamentale appare assai scarsa e per lo più impedita dalle norme vigenti e soprattutto dalla Corte costituzionale<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> La Corte, in particolare, ha ricondotto il rapporto di impiego con le pubbliche amministrazioni, in quanto privatizzato, alla competenza esclusiva dello Stato ricomprendendolo nell'«ordinamento civile», vanificando così la sua inerenza all'organizzazione amministrativa. Lo stesso vale per le società partecipate e per la materia dei contratti delle amministrazioni pubbliche «sottratta *in toto* alle Regioni». Al riguardo, v. F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 21 ss., partic. § 3. Più ampiamente, osserva l'autore, l'ordinamento civile, come la concorrenza, come

b) Per l'autore francese l'analisi del decentramento amministrativo interno allo Stato conduce in primo luogo a sottolineare il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti, ivi più eclatante che nel nostro Paese.

Il numero delle autorità amministrative indipendenti, dotate di ampi poteri normativi e sanzionatori, in Francia non ha cessato di crescere nel corso del tempo a seguito di deregolamentazioni, privatizzazioni (e liberalizzazioni) in quanto esse costituiscono lo strumento essenziale delle nuove modalità di regolazione amministrativa, in primo luogo con riguardo ai mercati.

Un tale modo di regolazione evita la concentrazione dei poteri in seno al governo, obbedisce anche ad indirizzi e direttive europee, che impongono la separazione tra lo Stato azionista e lo Stato controllore di imprese pubbliche, tra lo Stato regolatore di un mercato e lo Stato che gestisce un servizio pubblico a rete ed il medesimo Stato che agisce in esso.

L'apparato dello Stato si frammenta e si trasforma, tuttavia, anche secondo altre modalità. L'autore francese accenna ai fenomeni, del tutto analoghi a quelli presso di noi più risalenti, di *France Telecom* che da organo ministeriale è divenuta impresa pubblica e della separazione tra la rete ferroviaria francese e la *SNCF*.

Al riguardo, si segnala nel nostro Paese l'ambiguo fenomeno degli enti pubblici a struttura di S.p.A., diffusosi in tempi recenti. Un fenomeno non unitario, dal momento che ricomprende imprese e pubbliche amministrazioni in senso sostanziale. Ancora più recente è il fenomeno del ricorso da parte delle amministrazioni ad enti privatistici quali associazioni e soprattutto fondazioni.

Che cosa indicano tali fenomeni? Un tentativo di fuga dal diritto amministrativo? Una direzione di trasformazione del diritto delle amministrazioni? I fenomeni si iscrivono nel tema forse più problematico e centrale riguardo al diritto delle pubbliche amministrazioni, il rapporto fra pubblico e privato, spesso semplicisticamente presentato come un confronto/scontro tra autorità e libertà, mentre investe i problemi dell'efficienza dell'amministrazione e delle garanzie nei confronti dell'azione di essa.

---

ancora il coordinamento della finanza pubblica e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali sono stati utilizzati dalla Corte per delimitare la competenza legislativa delle Regioni.

## 2. La destabilizzazione del diritto amministrativo

2.1. La destabilizzazione del modello classico del diritto amministrativo può essere – a giudizio di *Auby* – apprezzata nella sua estensione con riguardo *a)* al sistema delle fonti del diritto amministrativo ed al contenuto delle sue norme; *b)* allo spazio ed alle modalità di azione dell'amministrazione; l'autore francese parla al riguardo di «teoria delle competenze»: quali atti giuridici l'amministrazione può fare e su quali oggetti? *c)* alle figure soggettive del diritto amministrativo ed al loro statuto giuridico, nonché al rapporto tra le figure soggettive pubbliche e gli attori privati («*la théorie des organes*» per *Auby*).

2.2. *a)* Non vi è più – osserva *Auby* – una gerarchia chiara nel sistema delle fonti: Costituzione, Trattati, leggi, principi generali del diritto amministrativo, regolamenti amministrativi.

Particolarmente per la Francia è vero che nella pratica questa gerarchia era più formale che reale in quanto nel diritto amministrativo penetravano in modo assai scarso la Costituzione, i Trattati e le stesse leggi, mentre campeggiava in esso l'essenziale ruolo creatore del giudice amministrativo.

Questo non è più il produttore principale del diritto amministrativo. Questo ruolo è stato assai ridimensionato da quello del giudice costituzionale e del giudice europeo, nonché dall'attivismo del legislatore. Ne sono conseguiti la costituzionalizzazione e l'internazionalizzazione del diritto amministrativo, nonché lo sviluppo del diritto amministrativo legislativo.

Non è del tutto certa – osserva *Auby* – la posizione delle norme internazionali e del diritto europeo. Quest'ultimo è in teoria sottoposto alle norme costituzionali, ma tuttavia consente al giudice ed anche all'amministrazione, a differenza delle norme costituzionali, di disapplicare le leggi.

Incerta è poi la collocazione del potere regolamentare delle autorità amministrative indipendenti, divenuto concorrenziale con il prima assolutamente dominante potere regolamentare governativo e che, anche da noi, problematicamente si colloca al livello “subprimario” delle fonti, in quanto conferito alle autorità sostanzialmente senza prescrizioni contenutistiche in merito al suo esercizio<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Cfr. F. MERUSI, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in G. GITTI, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 8 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normati-*

Si tratta, sottolinea *Auby*, di elementi che delineano un quadro generale nel quale non vi sono più le certezze del passato.

La crescente penetrazione del diritto privato nel diritto delle pubbliche amministrazioni è un fatto indiscutibile, anche se da sempre le amministrazioni hanno fatto uso del diritto privato. Vicenda, questa dell'uso del diritto privato da parte delle amministrazioni, che va storicizzata per intenderne il senso.

Il problema oggi risiede nella lettura che del rapporto pubblico/privato occorre dare anche in base alle norme costituzionali, essendo in gioco non solo, come già si è accennato, l'efficienza dell'amministrazione – che secondo alcuni spinge verso una maggiore libertà di essa, con tendenziale, almeno parziale, parificazione della sua posizione a quella dell'autonomia dei privati – ma anche l'essenziale principio di legalità dell'attività amministrativa, le garanzie nei confronti di essa, che richiedono di mantenere la prevalenza del diritto pubblico.

Si assiste in materia nel nostro Paese ad una normativa legislativa caotica, caratterizzata da flussi e riflussi. È divenuto al riguardo assai difficile farsi un'opinione sicura e soprattutto mantenerla nel tempo<sup>13</sup>.

---

*vo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2009, p. 75 ss.; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 295 ss.

<sup>13</sup> Il «continuo riposizionarsi del confine tra ciò che è pubblico e ciò che non lo è», la «serie sempre più ampia di intrecci tra istituti comuni e discipline speciali, con valenze che ora possono assumere carattere privatistico ora pubblicistico», sono fra i tratti salienti dell'enigmatico quadro del presente secondo B. SORDI, *Per una storia del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (25), Milano, 1996, pp. 683 ss., 707 ss. «Il confine fra Stato e società» – osserva l'autore – «appare quanto mai mobile ed incerto, alternando dissoluzioni ampie e devastanti ad improvvisi rigurgiti statualistici. Se tutto questo non ha restituito l'indistinzione tra pubblico e privato dell'antico regime ..., ha tuttavia reso notevolmente contraddittoria ed ondivaga la declinazione del pubblico».

Sugli intrecci tra diritto pubblico e diritto privato negli ordinamenti europei, oltre che nell'ordinamento italiano, v. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, pp. 63 ss., 241 ss. anche per pertinenti indicazioni di dottrina; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, p. 5 ss. rileva il formarsi di settori di amministrazione nei quali, sia sul piano organizzativo che su quello funzionale, «istituti privatistici e istituti pubblicistici convivono trasformandosi reciprocamente». Messo in rilievo l'inserimento negli anni più recenti di numerosi elementi pubblicistici nei settori privatizzati (una «sorta di *revival* pan-pubblicistico»), l'autore sottolinea il permanere dell'intreccio tra i due settori disciplinari, «così che della trasformazione in senso privatistico di molti istituti tradizionali si perde il senso». Quanto alla permanente necessità di distinguere tra diritto pubblico e diritto privato è sempre attuale il monito di S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*,

D'altro canto, vi è ormai un ampio riconoscimento ordinamentale, anche nella legge sul procedimento amministrativo, delle attività pubblicistiche svolte da soggetti privati<sup>14</sup>.

Importante è anche la sottolineatura, da parte dell'autore francese, del «movimento che tende alla “*subiectivisation*” del diritto amministrativo», che per l'innanzi si presentava come un diritto essenzialmente obiettivo, in cui la tutela dell'interesse dell'amministrato in sede giurisdizionale era il risultato indiretto di una tutela obiettiva dell'ordinamento amministrativo. Come da noi, anche nell'ordinamento francese, quanto al contenzioso relativo all'eccesso di potere, il ricorso giurisdizionale contro l'atto amministrativo è divenuto un ricorso diretto in primo luogo alla tutela degli interessi personali e soggettivi degli amministrati<sup>15</sup>.

Su questa linea si collocano le trasformazioni del giudizio amministrativo, non completate, tuttavia, solo che si pensi alla coerenza dei principi di pienezza ed effettività della tutela, ancora attuati solo parzialmente.

2.3. b) Le evoluzioni recenti incidono anzitutto sui concetti tradizionali inerenti alla definizione degli spazi propri dello Stato o del mercato: sull'amplicissima nozione di *service public* francese, ma anche sulla nozione di servizio pubblico italiana; è soprattutto il diritto europeo con le diverse nozioni di servizio di interesse economico generale e di servizio universale a circoscrivere lo spazio dell'intervento statale, riducendone notevolmente l'azione<sup>16</sup>.

---

1964, 697: «ogni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato: e, quanto più acuta è la crisi, i più inclinano a negare la distinzione; cioè si fermano alla superficie e dimenticano che l'esigenza razionale del diritto come ordinamento è nella dinamica dei due termini; pubblico e privato. Infatti, negata la distinzione si dissolve il diritto». La distinzione tra diritto pubblico e privato è stata in passato negata, a vantaggio del diritto pubblico nella concezione fascista e nazista del diritto pubblico e della nazione, a vantaggio del diritto privato nel pensiero sovietico prevalente negli anni '20 del secolo scorso. Lo ricorda efficacemente G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 2000, p. 82 s.

<sup>14</sup> V. A. MALTONI, *Le attività di interesse pubblico dei soggetti privati nella legge sul procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di G. Palma*, Napoli, 2011.

<sup>15</sup> V. ad es. A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000-2001.

<sup>16</sup> Cfr. al riguardo F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, 2008; M. LOTTINI, *Il mercato europeo. Profili pubblicistici*, Napoli, 2010.

Più in generale, le tradizionali modalità dell'intervento pubblico, di stampo statalista e dirigista, sono contestate dal diritto europeo in quanto incompatibili con la libertà di impresa, ormai configurata come libertà fondamentale dell'individuo dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 16), divenuta parte integrante del Trattato UE. Particolarmente significativa al riguardo è la Direttiva CE 2006/13 sui «Servizi nel mercato interno»<sup>17</sup>.

Quand'anche permanga l'intervento diretto dei poteri pubblici nell'economia, questo deve ora adattarsi alle nuove discipline europee, specialmente in tema di concorrenza. La crisi finanziaria e la conseguente recessione economica hanno tuttavia rallentato il processo di adeguamento, riproponendo un più ampio ruolo degli Stati.

Anche la teoria degli atti amministrativi è intaccata dalle evoluzioni recenti. Poche, invero, sul tema le indicazioni di *Auby*, inerenti alla contestazione dell'azione unilaterale dell'amministrazione derivante dai progressi della democrazia amministrativa, alla necessità di una teoria dell'operazione amministrativa che superi il concetto atomistico di atto amministrativo, ai mutamenti che si impongono alla teoria francese del «*contract administratif*».

Più estesa, in vero, appare al riguardo la destabilizzazione del diritto amministrativo classico.

Si pensi all'influenza delle «fonti oltre lo Stato». Queste, attribuendo diritti, godendo di supremazia, facendo automatico ingresso nell'ordinamento nazionale, rivolgendosi alle amministrazioni, si prestano a scardinare le strutture su cui poggia l'ordinamento domestico. Una legalità rafforzata e dai tratti diversi da quella interna si riflette in particolare anche sul tradizionale regime di invalidità degli atti amministrativi quando ad essere violate sono norme ultrastatali<sup>18</sup>.

Più ampiamente, la normativa extrastatale incide sulla disciplina sostanziale dei provvedimenti amministrativi ed anche sugli assetti della giustizia amministrativa, preclude la sottrazione di garanzie procedurali agli in-

---

<sup>17</sup> Al riguardo, v. N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, cit.

<sup>18</sup> Con particolare riguardo alla violazione del diritto dell'Unione Europea, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e della Convenzione di *Aarhus*, v. M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, cit. Sulla disapplicazione del provvedimento amministrativo, v. R. DI PACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino, 2011.

teressati, limita e conforma il potere amministrativo degli Stati nazionali<sup>19</sup>.

Si pensi, soprattutto, alla discrezionalità amministrativa che, astretta tra principio di proporzionalità, giusto processo e relativi canoni di pienezza ed effettività della tutela, si ritiene autorevolmente ridotta ad un problema di interpretazione<sup>20</sup>; a ciò si lega la prospettata trasformazione dell'interesse legittimo della tradizione dottrinale italiana in diritto pubblico soggettivo (o diritto soggettivo) – come conseguenza ancora del principio del giusto processo – in quanto pretesa qualificata del cittadino nascente da un rapporto con la pubblica amministrazione, da soddisfare giudizialmente<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Con riguardo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ed alla Corte europea di Strasburgo, v. E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2014, p. 685 ss., il quale argomenta l'influenza di questa normativa extrastatale, in procinto di divenire comunitaria, in ordine al mutamento del processo cautelare e dell'organizzazione del giudizio amministrativo, specie per l'udienza ed anche dei principi che riguardano la disciplina sostanziale sull'imperatività dei provvedimenti amministrativi; viene inoltre evidenziata l'incompatibilità del controverso art. 21-*octies*, legge n. 241/1990 con la tutela delle garanzie dei soggetti coinvolti nel procedimento affermata dalla Corte EDU. Sui limiti al potere amministrativo posti dalla Corte europea di Strasburgo, v. anche F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2010, p. 428 ss.

<sup>20</sup> F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2011; ID., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2007, p. 427 ss.; ID., *L'integrazione tra legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, ove viene condivisibilmente sostenuto che dal primato dei diritti fondamentali rispetto al potere amministrativo discende che «nel potere amministrativo non possono esistere spazi di libertà inconoscibili da parte del cittadino e conseguentemente anche dal giudice». Molteplici sono i fermenti dottrinali per una ridefinizione della discrezionalità amministrativa. V. partic. E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale*, Napoli, 2008. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 3/2013, p. 309 ss. Sul superamento (e l'espunzione) della nozione (connessa a quella di discrezionalità) di merito amministrativo in conseguenza dell'assoggettamento dell'agire pubblico al principio di legalità, dal quale deriva la sconfessione di ogni pratica volta ad isolare porzioni di ordinamento a favore dell'amministrazione, v. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.

<sup>21</sup> V. ancora F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, cit. Con riguardo alla generalità dei sistemi di giustizia amministrativa, E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, (Madrid, 2007), (trad. it.), Milano, 2010 ha argomentato che l'interesse legittimo (quello così o con analoga formula qualificato) è ormai riconosciuto come «un vero e proprio “diritto soggettivo”, che come tale postula una tutela completa ed effettiva» (*ivi*, p. 70 e *passim*). In argomento, tra gli scritti più recenti v. F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 379 ss.; M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2012, p. 46 ss.; L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2012, p. 850 ss.; A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 1-2/2013, p. 1 ss.

Ancora, il ruolo dei principi nel diritto amministrativo – tra i quali vengono accolti sempre più i principi del diritto comune – ha mutato di segno. Sempre meno strumenti dell'autorità, i principi sono divenuti strumenti di potenziamento dei diritti e delle libertà nei confronti delle pubbliche amministrazioni, come testimoniano le applicazioni dei principi di proporzionalità ed effettività. La spinta viene dall'Unione Europea, nella quale i diritti fondamentali sono qualificati espressamente come principi generali del diritto<sup>22</sup>.

2.4. c) La tradizionale problematica della distinzione tra persone pubbliche e persone private, benché appaia in Francia sopita, potrebbe tornare d'attualità, secondo *Auby*, ove la giurisprudenza si interroghi ad es. sulle frontiere che circoscrivono gli atti amministrativi o su concetti quali il demanio pubblico e i lavori pubblici.

È opportuno aggiungere che alla distinzione interna tra enti pubblici ed enti privati si sovrappone la nozione di organismo di diritto pubblico di derivazione comunitaria, che, da un canto, riduce la rilevanza della distinzione interna, dall'altro, rende ancor più incerta la medesima distinzione<sup>23</sup>.

L'autore francese evidenzia con riguardo alle *sociétés d'économie mixte* un fenomeno del tutto analogo a quello che interessa le nostre società a partecipazione pubblica, ovvero che esse sono sempre più gravate da vincoli simili a quelli caratteristici degli enti pubblici.

Si è già sottolineata con riguardo al nostro ordinamento la problematica degli enti pubblici a struttura di società per azioni. Essa è invero presente anche in Francia<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Al riguardo, v. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in ID. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, p. 67 s. L'autore rileva giustamente che il potenziamento dei diritti e delle libertà derivanti dal nuovo ruolo dei principi non va solo a vantaggio dei diritti più forti e a contenuto economico, ma delle situazioni giuridiche soggettive in generale (*ivi*, p. 91).

<sup>23</sup> Prevale tuttavia nella nostra dottrina la convinzione che la nozione di «organismo di diritto pubblico» sia nozione funzionale e non comporti conseguenze ulteriori rispetto all'unica prevista, ovvero l'applicazione della normativa sui contratti pubblici. In questo senso, v. ad es. G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007, partic. § 3, nonché G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Dir. amm.*, 2003.

<sup>24</sup> Al riguardo, v. G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, Torino, 2009, che segnala la presenza della medesima problematica in Francia (*ivi*, p. 372 ss.).

Assai ampio e variegato è da noi il fenomeno degli enti dalla veste giuridica privatistica ruotanti nell'orbita delle pubbliche amministrazioni. Si tratta non solo di enti realmente privati (ad es., S.p.A. in mano pubblica operanti nel mercato), ma anche, ormai sempre più spesso, di entità per le quali la veste giuridica privatistica è più finzione che realtà: società per azioni derivate dalla trasformazione di enti pubblici economici; società per azioni (c.d. legali) originate dalla trasformazione di apparati dello Stato ed investite di funzioni amministrative, che non perdono in realtà l'originario carattere pubblico (ad es., ANAS, ENAV, Equitalia); fondazioni (c.d. legali), queste soprattutto derivate dalla trasformazione di enti pubblici, la disciplina legislativa delle quali ne impedisce spesso l'assimilazione alle fondazioni di diritto privato, come avviene ad esempio per le fondazioni, già enti pubblici, liriche e operanti nel settore culturale (Biennale di Venezia, Istituto del Dramma Antico, ecc.); vi è in quest'ultimo ambito il caso particolare delle fondazioni bancarie, la cui effettiva configurazione privatistica è il frutto di un tormentato e controverso processo, nel quale ha avuto un ruolo decisivo la Corte costituzionale.

Queste entità pongono difficili problemi di inquadramento, mentre notevoli sono le incertezze con riguardo alla disciplina ad esse applicabile<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Per i profili generali, v. partic. V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in S. RAIMONDI-R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino, 2006; ID., *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008; ID., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; ID., *Soggetti privati "enti pubblici"?*, cit.; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991; ID., *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, cit. Sulle società operanti nell'orbita delle pubbliche amministrazioni, v. nella vastissima letteratura C. IBBA, *Le società "legali"*, Torino, 1992; ID., *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2010; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997; G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005; M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009; G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, Torino, 2009. Sulle fondazioni "legali", oltre al ponderoso studio di S. DE GOTZEN, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011, v. A. BARDUSCO, voce *Fondazione di diritto pubblico*, in *Dig. discipl. pubbl.*, VI, 1991, p. 389 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in S. RAIMONDI-R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, cit.; G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in *Dir. amm.*, 2006; F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014. Sulle fondazioni bancarie, v. partic. F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004; ID., *La difficile vita delle fondazioni bancarie. La Corte costituzionale fa chiarezza e la Cassazione confusione*, in *Foro amm. Tar*, 2005; ID., *La privatizzazione per fondazioni*, in ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007; G. PAGLIARI, *Le fondazioni bancarie. Profili giuridici*, Milano, 2004; R. COSTI, *L'ambiguo ruolo delle fondazioni bancarie*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 2012, Vol. II; M. TANZI, *Sulle c.d. fondazioni*

La novità costituita dalle autorità amministrative indipendenti – a causa del carattere esotico del modello che le ispira, eversivo del diritto amministrativo classico – induce a riproporre l'antica questione della distinzione tra amministrazione e giurisdizione. Come è noto, già *Kelsen* rifiutava l'idea di una diversità di essenza tra di esse. «Una sorta di zona grigia si insedia tra il polo della giurisdizione amministrativa ed il polo dell'autorità amministrativa». Così si esprime *Auby*.

Si tratta, più precisamente, di una tendenziale fuoriuscita dalla trama del diritto amministrativo continentale per abbracciare il modello del diritto amministrativo americano, legato agli schemi garantisti della funzione giurisdizionale<sup>26</sup>.

È interessante notare che un altro autore francese ha dimostrato che l'inserimento delle autorità amministrative indipendenti nei processi di decisione pubblica ha prodotto in materia di procedure amministrative un deciso avanzamento del diritto amministrativo nel suo insieme nella direzione dell'affermazione delle garanzie procedurali<sup>27</sup>.

Non si può, per una serie di ragioni, dall'invadenza della politica nei confronti dell'amministrazione alla persistenza di ideologie, anche giuridiche, del passato, affermare lo stesso per il nostro Paese.

La preoccupazione per l'imparzialità delle amministrazioni pubbliche e per l'etica dei funzionari è subentrata in Francia, osserva *Auby*, ad una precedente fiducia illimitata, che da noi, come è noto, non vi è mai stata per l'assenza anche in passato di sufficienti presupposti.

La Francia fa i conti, dopo la *décentralisation territoriale* degli anni '80

---

*bancarie: alcune considerazioni critiche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013. Sul ricorso alle fondazioni di diritto privato da parte delle amministrazioni pubbliche, v. N. LONGOBARDI, *Amministrazioni pubbliche e fondazioni di diritto privato*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2016.

<sup>26</sup> Sul «modello regolativo-giustiziale» che connota le autorità amministrative indipendenti, v. N. LONGOBARDI, *La regolamentazione ed i controlli: le autorità amministrative indipendenti. Il modello regolativo giustiziale* (2006), ora in ID., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridica-istituzionale*, cit., p. 243 ss.; ID., *Autorità Amministrative Indipendenti (Dir. Amm.)*, in *Treccani.it*, 2014. L'influenza del diritto amministrativo americano è stata recentemente sottolineata anche da *Auby*. v. J.B. AUBY, *Le droit administratif français vu du droit comparé*, cit., p. 1.

<sup>27</sup> P. IDOUX, *Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales*, in AA.VV., *Colloque: «Les autorités administratives indépendantes: une rationalisation impossible?»*, in *R.f.d.a.*, Parigi, 2010, p. 920 ss. Questo esito era stato indicato in N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti, laboratori di un nuovo diritto amministrativo* (1998), ora in ID., *Autorità*, cit., p. 65 ss.