

## INTRODUZIONE

Dal punto di vista dei principi generali questo scritto non dice nulla di nuovo rispetto ad una ricerca durata ormai un ventennio che si è conclusa con quanto contenuto nell'ultimo volume, *Adeguamento marginale e stato eventuale*. Piuttosto le considerazioni che seguono rappresentano una applicazione di quanto detto in quella sede, e più in generale nel corso di tutti gli scritti che ne fanno parte.

Abbiamo coperto con i volumi precedenti per così dire una buona parte del diritto amministrativo, e a questo punto, nonostante i contrari propositi iniziali, non ci siamo sentiti di non provare a completare il discorso, tentando di applicarne i principi anche a quelle che, secondo la suddivisione tradizionale della materia che risale agli studi di fine ottocento di Vittorio Emanuele Orlando (1860-1952), oltre all'organizzazione, costituiscono, le parti restanti del diritto amministrativo, cioè l'attività e la giustizia amministrativa.

Nel fare questo però ci siamo trovati di fronte ad un terreno completamente diverso da quello che si era percorso sino a quel momento, nel senso che siamo passati dal diritto relativo alla "statica" del potere pubblico a quello relativo alla sua "dinamica". Anziché occuparci delle norme che stabiliscono i diritti e gli obblighi dei soggetti privati e di quelli pubblici, o di quelle che disciplinano le competenze e le potestà specifiche, abbiamo preso in esame sia le regole procedurali relativi all'esercizio del potere pubblico, amministrativo e giudiziario (limitatamente alle controversie che coinvolgono il corretto uso del primo) sia gli effetti sostanziali che si verificano a carico dei soggetti privati coinvolti in relazione agli atti di esercizio di entrambi i poteri<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Dopo un primo capitolo dedicato ai principi generali che parla dei caratteri fondamentali dei tre protagonisti del nostro scritto, le amministrazioni pubbliche (tenute ad agi-

Oggetto di questo scritto sono in prevalenza norme ed istituti disciplinati in maniera dettagliata: se infatti molti degli argomenti trattati sono in linea generale comprensibili (almeno nei loro tratti fondamentali) anche a livello di preparazione culturale generica, come ad esempio il carattere eventuale dell'esercizio del potere pubblico, la competenza adattabile delle strutture incaricate di tale esercizio, e persino, almeno a grandi linee, il fatto che l'azione delle autorità amministrative condiziona la posizione e quindi i diritti (e gli interessi legittimi) dei privati, in questo volume affrontiamo tematiche quasi sempre specialistiche che richiedono il punto di vista del giurista per essere comprese appieno, di modo che, pur senza rinunciare al consolidato metodo di andare alla ricerca del diritto "vivente" al di là delle norme formali non si è potuto fare a meno di scendere spesso nei dettagli della legislazione e sovente anche in quelli dell'interpretazione da parte delle strutture amministrative e giudiziarie. Ciò è vero innanzi tutto per le regole procedurali in senso stretto, sia per quelle del procedimento (amministrativo) di formazione degli atti delle amministrazioni che soprattutto riguardo alla procedura giudiziaria, e in particolare a quella relativa ai giudizi davanti ai giudici amministrativi, che ormai viene inquadrata nel "diritto processuale amministrativo", ma il discorso vale anche per le considerazioni fatte a proposito delle caratteristiche e degli effetti degli atti amministrativi e dei tipi di azioni proponibili verso le amministrazioni pubbliche.

Questa necessità di confrontarci spesso anche nei particolari con il dato tecnico, cioè con norme tanto dettagliate quanto decisive nello stabilire diritti o obblighi delle parti, e con sfumature di significato tanto sottili quan-

---

re secondo le norme di legge e a perseguire i fini di interesse generale), le autorità giudicanti (tenute a verificare il rispetto delle suddette norme) ed i soggetti privati (cui spetta la facoltà di usufruire dei propri diritti, o meglio delle posizioni giuridiche riconosciute agli stessi, nei limiti di legge), lo scritto che segue si divide in due coppie di capitoli, la prima (capitoli 2 e 3) dedicata all'attività amministrativa e la seconda (capitoli 4 e 5) alla giustizia nei confronti delle amministrazioni. A sua volta la parte dedicata all'attività amministrativa comprende un capitolo (il capitolo 2) sul procedimento che porta alla emanazione degli atti autoritativi da parte delle amministrazioni pubbliche e un capitolo che parla delle caratteristiche e degli effetti giuridici di tal atti. Quanto alla parte sulla giustizia, essa si divide in un capitolo (il capitolo 4) dedicato ai tipi di giudizi nei confronti delle amministrazioni pubbliche, e più a monte alle azioni giudiziarie proponibili verso di esse, e un altro (il capitolo 5) che si occupa del diritto processuale che disciplina tali i suddetti giudizi, ed in particolare di quello relativo alle controversie decise dai giudici amministrativi. Segue infine la pregevole sinossi di Marta Ubaldi, dei nove volumi di cui si compone l'opera *Il sistema corporativo tra adeguamento marginale e stato eventuale*.

to importanti nel precisare limiti e possibilità di applicazione di questo o quell'altro istituto relativo ai rapporti procedurali o a quelli di diritto "sostanziale", ci ha spinto a modificare in parte il nostro metodo di analisi, ed in questo consiste in sostanza la novità del nostro approccio alla realtà giuridica contenuto in questo volume. Di fronte alle technicalità della materia (che la rendono ostica) non era più sufficiente infatti incentrare la nostra analisi essenzialmente sul diritto vivente, sulla realtà giuridica concreta che si esprime (in maniera occulta) nell'adeguamento marginale agli ideali normativi astratti, limitandoci a fornire indicazioni e principi in base ai quali mettere in relazione la realtà delle norme formali a quella del diritto vivente. Nel trattare sia dell'attività che della giustizia amministrativa abbiamo infatti dovuto al tempo stesso applicare i principi generali culturali e metagiuridici che abbiamo individuato negli scritti precedenti, e in particolare in *Adeguamento marginale e stato eventuale*, ed esaminare le norme dettagliate, procedurali e non, cercando di precisarne il significato e la valenza a livello di diritto vivente, operazione non sempre facile dal momento che inevitabilmente si è accompagnata alla descrizione particolareggiata di quanto previsto dalla normativa. A questo proposito nell'illustrazione della materia si è quasi sempre usata una sistematica descrittiva, riferita alle diverse fasi del procedimento amministrativo o dei processi giudiziari, oppure alle caratteristiche degli atti amministrativi o ai tipi di giudizi possibili nei confronti delle amministrazioni pubbliche, alquanto diversa da quella abituale delle trattazioni sull'argomento: chiediamo al lettore di non considerare ciò il frutto della voglia di complicare le cose da parte degli autori e nemmeno una manifestazione di presunzione intellettuale, ma solamente un tentativo di inquadrare la materia alla luce dei principi elaborati in precedenza senza scendere nei dettagli, se non in quanto sia richiesto dall'analisi degli argomenti trattati.

In effetti proprio la possibilità di verificare le tesi elaborate in precedenza, cioè di verificare la validità dei principi di funzionamento dell'ordinamento italiano relativi all'applicazione delle norme giuridiche e alle modalità di esercizio del potere pubblico che si sintetizzano in quelli dell'adeguamento marginale anche riguardo ai rapporti di tipo procedurale, compresi quelli di diritto processuale in senso stretto, e più in generale alle attività poste in essere dalle amministrazioni pubbliche utilizzando i loro poteri autoritativi e alle possibili azioni giudiziarie spettanti ai privati ha rappresentato la *sfida centrale* di questo libro e la sua "novità". Naturalmente, come sempre accade nelle scienze umane, l'applicazione dei principi di una teoria quale quella basata sulla legge dell'adeguamento margina-

le, ovvero la “norma fondamentale” (culturale e metagiuridica) dell’ordinamento italiano, ad un settore del diritto positivo, in questo caso costituito dall’attività e dalla giustizia amministrativa, non rappresenta una deduzione più o meno meccanica, ma diciamo piuttosto che possiamo ritenere raggiunto il nostro scopo se tale applicazione aiuterà il lettore a comprendere meglio e a sistematizzare secondo una impostazione coerente l’insieme delle realtà che, a livello di diritto vivente, rientrano nei settori che prendiamo in esame in questo scritto, riuscendo a comprendere sia le radici storiche che stanno a monte che le prospettive evolutive rispetto alla situazione attuale.

Poco si parla di quella evoluzione sempre più rapida e quasi incessante che coinvolge la società italiana (come tutte le società occidentali del resto) e che quindi determina mutamenti altrettanto veloci e continui anche a livello di ordinamento giuridico, in particolare in un settore come il diritto amministrativo che è necessariamente legato all’evoluzione degli scopi di interesse generale che i pubblici poteri sono tenuti a perseguire. Non possiamo che confermare (anche se il tema è sempre meno “corretto”, anche giuridicamente), l’involutione tecnocratico – buonista e la tendenza, che assume aspetti talora preoccupanti, alla sudamericanizzazione del sistema giuridico e del potere pubblico<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup>Per quanto riguarda i settori del diritto amministrativo trattati in questo libro si accennerà solo occasionalmente a tali fenomeni, soprattutto nelle ipotesi in cui essi risultano maggiormente evidenti anche a livello di disciplina procedurale o di normativa sugli atti amministrativi e sulle conseguenze degli stessi nei confronti dei privati. Ciò non significa che le suddette tendenze evolutive siano estranee alla disciplina dell’attività amministrativa o a quella della giustizia amministrativa, ma le stesse, senza appesantire il discorso sui singoli istituti trattati, già gravato in buona parte della necessaria descrizione tecnica (per le ragioni indicate sopra), possono essere sintetizzate in unico principio, quello dell’aumento esponenziale della discrezionalità (nel senso lato del termine) delle strutture pubbliche competenti ad esercitare sia il potere amministrativo che quello giudiziario e nella conseguente maggiore dipendenza dei soggetti privati coinvolti dalle decisioni di tali strutture. Questa discrezionalità in senso lato per quanto riguarda le autorità giudiziarie assume le forme di una sempre più ampia possibilità di scelta tra le diverse possibilità applicative delle norme sia a livello di gestione dei processi che di decisioni delle controversie, mentre per le amministrazioni pubbliche a questa maggiore libertà applicativa riferita per parte loro sia alle norme procedurali che al contenuto degli atti, si unisce una maggiore discrezionalità (nel senso stretto di discrezionalità amministrativa) relativa alla individuazione in concreto degli obiettivi ritenuti di interesse generale.

Tutto questo deriva da una normativa sempre più mutevole nel tempo (chi scrive non giura che alcune delle regole descritte non siano già mutate quando questo libro sarà pub-

La maggiore discrezionalità (in senso lato) delle strutture pubbliche aumenta anche la variabilità delle loro decisioni, di modo che quando si afferma che l'evoluzione delle normative in tema sia di attività che di giustizia amministrativa negli ultimi decenni ha determinato un aumento decisivo, per molti addirittura "epocale", delle garanzie per i cittadini nei confronti dei pubblici poteri, soprattutto in seguito alla disciplina esplicita del procedimento di formazione degli atti amministrativi e alla redazione del codice del processo amministrativo, si dice una cosa vera solo a metà, nel senso che la "forbice" tra le diverse soluzioni che le autorità pubbliche possono adottare nei casi specifici (sia a livello di gestione delle procedure che a livello di decisioni finali in esito alle medesime) si è ampliata enormemente, ma sia in senso favorevole che in senso sfavorevole ai soggetti privati coinvolti dall'azione dei pubblici poteri. Ciò in quanto oggi, molto più di quanto accadeva in passato, l'adeguamento marginale ai modelli normativi ideali nei casi specifici (sia nell'attività amministrativa che in quella giudiziaria) può sfociare in esiti quasi opposti e imprevedibili, in casi analoghi, e anche questo fenomeno rappresenta un tassello, e non un tassello da poco, di quel progressivo scivolare verso un modello di potere pubblico di tipo arbitrario. Questo fenomeno che coinvolge sia l'attività amministrativa che quella giudiziaria dimostra il loro stretto legame, come del resto avviene in tutti gli ordinamenti giuridici europeo continentali (e a differenza di quelli anglosassoni dove la separazione tra le due funzioni è "ontologicamente" più netta): tale legame giustifica il titolo del volume che da un lato si riferisce alla *funzione amministrativa intesa come comparazione tra interessi pubblici e privati relativi ad un caso concreto e dall'altro alla funzione giudiziaria come revisione della legittimità di tale comparazione*.

GIOVANNI COFRANCESCO

---

blicato) e soprattutto sempre più dettagliata da un lato e indeterminata dall'altro (e questo lo vedremo in particolare per il diritto processuale amministrativo in senso proprio), normativa di per sé astratta e non applicabile alla lettera e che quindi, essendo ancora più distaccata dalla realtà concreta, determina una decisamente più ampia possibilità di adeguamento alla stessa dei casi specifici, sia che essi riguardino la gestione del procedimento amministrativo o quella del processo giudiziario, oppure il contenuto degli atti amministrativi, o la possibilità per i privati coinvolti di contestare giudizialmente in maniera efficace le conseguenze giuridiche prodotte da tali atti.



## CAPITOLO 1

# IL REGIME GIURIDICO DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA E DI QUELLA GIUDIZIARIA

SOMMARIO: 1.1. Il potere “contrattato” del *gubernaculum* e della *iurisdictio* nei Paesi anglosassoni a potere limitato; la legge come punto di equilibrio tra interesse pubblico e diritti individuali e conseguente necessità di un “diritto amministrativo”. Le costituzioni come super-leggi, declinazioni diverse nel sistema francese, tedesco e italiano. – 1.2. Il diritto amministrativo italiano caratterizzato da una *legalità debole* e da una *discrezionalità variabile*. La sospetta conoscenza della cultura giuridica tedesca idolatrata in maniera acritica. Ruolo dominante della legge anche nel nostro sistema a legalità debole: gli obiettivi generali di interesse pubblico sono adattati da caso a caso secondo i principi dell'adeguamento marginale che limita una piena commistione tra funzioni amministrative e giudiziarie. – 1.3. La doverosità dell'esercizio del potere giustifica le scelte in positivo ma non vincola in negativo non essendo sanzionato il “non esercizio”: la legge come parametro ideale ed astratto. L'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 2015 espressione del principio dell'adeguamento marginale. Norme di azione e di relazione: distinzione non più di moda ma utile. – 1.4. Parallelismo a contenuto variabile tra attività amministrativa e revisione giudiziaria “sfaccettata”: evoluzione dal 1865 al 1889. Il ruolo di Silvio Spaventa. – 1.5. La posizione strutturale di vantaggio della P.A. (c.d. autotutela) rispetto al privato: il potere amministrativo è inesauribile e il suo esercizio conforma una stessa situazione come diritto soggettivo o interesse legittimo.

1.1. *Il potere “contrattato” del gubernaculum e della iurisdictio nei Paesi anglosassoni a potere limitato; la legge come punto di equilibrio tra interesse pubblico e diritti individuali e conseguente necessità di un “diritto amministrativo”. Le costituzioni come super-leggi, declinazioni diverse nel sistema francese, tedesco e italiano*

Prendiamo in esame due settori “classici” in cui si divide il diritto amministrativo, cioè quello delle attività delle pubbliche amministrazioni e dei

soggetti ad esse equiparati, e quelle della tutela giudiziaria nei confronti di tali attività. Lo scopo (aspetto cosiddetto “funzionale”) e le caratteristiche essenziali (aspetto “strutturale”), dipendono dalla evoluzione storica della concezione dei rapporti sociali (di cui quelli giuridici sono una sottocategoria) la divisione fra i tre poteri dello stato moderno teorizzata dal Montesquieu (1689-1755), assume caratteri diversi negli ordinamenti occidentali, a causa principalmente dei fattori storici (e in particolare delle differenti concezioni religiose) che hanno caratterizzato il sorgere dello stato in senso moderno.

I sistemi occidentali hanno la loro comune origine nel diritto medievale dell'Europa di cultura latina, che si prolunga sino alla prima parte dell'età moderna nella quale, sotto la spinta delle riforme religiose e dei relativi conflitti e guerre, nascono gli stati moderni. I poteri spettanti al sovrano, che all'epoca si considerava legato da un contratto con i suoi sudditi, si dividevano in due categorie, quelli rivolti alla tutela delle posizioni dei singoli, oggi diremmo dei diritti individuali [definiti in base a rapporti di fedeltà di tipo contrattuale (*iure gestionis o fisci* per dirla con Grozio)], e *iure imperii*, (la protezione militare, la salvaguardia dell'ordine pubblico, le realizzazione di opere di “interesse generale”, quali strade, fontane, ecc.), dove il cittadino era in stato di soggezione. La prima categoria di poteri, chiamata *iurisdictio* è l'antenata dell'attività giudiziaria, mentre la seconda definita *gubernaculum* si trasforma nella moderna attività amministrativa. Il principio fondamentale, previsto da norme consuetudinarie cioè dalla tradizione giuridica era quello della prevalenza della tutela dei diritti individuali a meno che non esistesse un consenso generale (secondo il principio *quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*) a che le attività di interesse collettivo potessero incidere su tali diritti. Per consenso “generale” non si intendeva quello dell'intera collettività, ma quello dei vari corpi sociali e dei loro rappresentanti (il nobile per conto della gente del feudo, il titolare della carica ecclesiastica per conto di tutti i suoi collaboratori, i rappresentanti dei borghi per conto degli abitanti, ecc.). Con la nascita dello stato moderno e la sua progressiva democratizzazione, il sovrano perde i suoi poteri sino a scomparire o a mantenere un ruolo sempre più formale negli stati, ed assume un valore sempre maggiore il consenso “generale”, che ora è esteso a tutti gli individui, ma non più secondo le regole dell'unanimità, ma in base a quelle della maggioranza. Accanto ai due poteri medievali assume importanza quello che si afferma come espressione della volontà generale, il *potere legislativo*, ma nel definire il rapporto di questo potere che insieme agli altri due va a formare la classica triade attuale, rileva importanza decisiva un passaggio storico intermedio tra la monarchia medievale



contrattuale e l'attuale stato democratico, rappresentato dalla monarchia moderna, la quale si presenta (nei secoli che vanno dal 1500 a 1700) in due forme: *monarchia a potere assoluto* nei Paesi europeo continentali e *monarchia a potere limitato* nei Paesi anglosassoni. Ancora oggi le maggiori differenze nella divisione dei poteri e nel modo di concepire culturalmente, e quindi di disciplinare giuridicamente, la funzione amministrativa e quella giudiziaria corrono tra gli ordinamenti di cultura anglosassoni (Gran Bretagna, Stati Uniti, ecc.) e quelli di cultura europeo continentale (Germania, Francia, Italia).

Quanto ai sistemi anglosassoni, l'affermarsi della monarchia e quindi dello stato a potere limitato ha fatto in modo che i due antichi settori del *gubernaculum* e della *iurisdictio* si mantenessero separati tra loro, essendo il primo rivolto alla realizzazione dell'interesse collettivo (che oggi comprende tutte le attività sociali degli stati moderni) e il secondo alla tutela dei diritti individuali, e che quest'ultimo mantenesse di regola la sua supremazia sull'altro. Quanto alla legislazione, essendo considerata espressione della maggioranza e non di una "mitica" volontà generale, essa è pur sempre subordinata al rispetto dei diritti individuali che derivano dalla tradizione giuridica, la quale si esprime "guardando ai precedenti", cioè alle pronunce giudiziarie in materia (*stare decisis*), ed anche alle attività di interesse pubblico che di per sé sono quelle che i titolari delle strutture di vertice delle amministrazioni ritengono tali (sotto la loro responsabilità "politica") e non quelle stabilite dalla legislazione. Quest'ultima infatti ha il compito di legittimare le autorità amministrative a svolgere determinate attività e solo nel momento in cui riconosce ai destinatari, in aggiunta a quelle tradizionalmente spettanti in base al diritto comune (*common law*) derivante dalla tradizione, ulteriori diritti (ad un'agevolazione, a porre in essere un'attività, ecc.), le amministrazioni sono obbligate a riconoscerli e i giudici sono abilitati a tutelarli. Come si vede, in base a questa impostazione del potere pubblico, l'attività amministrativa e quella giudiziaria costituiscono due binari separati, due parallele che non si toccano e la legislazione ha un ruolo servente rispetto ad entrambe. Inoltre laddove esiste (ad esempio negli Stati Uniti, ma non in Gran Bretagna) la costituzione questa rappresenta la messa per iscritto dei diritti tradizionali del *common law*, come dimostra il fatto che nelle sentenze dei giudici americani e in particolare della Corte suprema relative all'interpretazione della costituzione, sentenze che "correggono" i precedenti, si fa riferimento a casi del diritto inglese di qualche secolo addietro. In questi sistemi le leggi sovente prevedono una serie di regole per lo svolgimento delle attività delle amministra-

zioni pubbliche ed anche dei soggetti chiamati a giudicare sulle possibili controversie riguardo ai “diritti aggiuntivi” che le leggi riconoscono ai privati, e tale insieme di norme è definito *administrative law*, in analogia con le esperienze europeo continentali. Peraltro, le differenze sostanziali sono ben maggiori delle analogie, dato che tali regole rappresentano delle specie di prescrizioni (aggiuntive) per le amministrazioni che non possono diminuire né intaccare i diritti dei privati e dato che i soggetti competenti a giudicare sulle controversie relative a tali norme non sono dei giudici in senso stretto ma piuttosto degli arbitri ai quali il privato in genere ha la facoltà e non l’obbligo di rivolgersi e la cui decisione non vincola i giudici veri e propri nelle loro decisioni a tutela dei diritti individuali nei confronti dell’azione amministrativa. Nei sistemi anglosassoni non esiste un corpo di norme speciali sostitutivo di quelle comuni che disciplinano l’azione delle amministrazioni pubbliche diretta a realizzare l’interesse collettivo anche in relazione alle posizioni dei privati, i cui diritti individuali restano pertanto al di fuori della sfera della disciplina legislativa; possiamo dire cioè che non esiste in tali sistemi un “diritto amministrativo”. Le amministrazioni non dispongono di poteri autoritativi, se non in situazioni di urgenza come nel caso delle attività di polizia, verso i privati (ad esempio per espropriare un bene si devono rivolgere ai giudici), ed il fatto che non esistendo un diritto speciale inevitabilmente non esistono giudici speciali (o specializzati) chiamati a decidere sulle controversie tra privati e amministrazioni, dato che sia l’*administrative law* che gli arbitri da esso previsti rappresentano delle istituzioni interne all’attività amministrativa, con un ruolo aggiuntivo che non influisce (se non a livello di fatto) sull’attività giudiziaria.

Diversamente negli stati europeo continentali, eredi della monarchia a potere assoluto. In quest’ultima che si afferma in maniera graduale nei confronti della concezione medievale, le due antiche attività del *gubernaculum* e della *iurisdictio* vengono fuse nel sovrano che, non più legato ai sudditi dai precedenti limiti “contrattuali”, assume il compito di regolare i rapporti tra i due settori del suo potere tramite l’attività legislativa, non più legata alla volontà dei rappresentanti dei gruppi sociali medievali. Questo fa sì che l’attività diretta a realizzare l’interesse pubblico e quella volta alla tutela dei diritti individuali siano fuse in una e che la risultante di questa fusione sia un’attività che media le due esigenze e che quindi finisce inevitabilmente per subordinare in tutto o in parte la seconda alla prima. Con la democratizzazione dello stato si afferma la legislazione che viene considerata, anche se basata sul principio maggioritario, come espressione della volontà generale, secondo le concezioni di Jean Jacques Rousseau (1712-

1778), e che di conseguenza diventa un potere “dominante” negli ordinamenti europeo continentali. Pertanto, anche nel momento in cui l'attività amministrativa e quella giudiziaria si distaccano tra loro, non si ritorna alla situazione precedente, nel senso che in tali sistemi spetta alla legge stabilire il punto di equilibrio e quindi i reciproci limiti tra i poteri delle amministrazioni e quelli giudiziari diretti a salvaguardare i diritti degli amministrati, e pertanto, in quanto ciò è prescritto dalle leggi, da un lato l'attività amministrativa pur perseguendo l'interesse generale deve anche tenere conto delle posizioni giuridiche individuali e quella giudiziaria, pur rivolta alla tutela dei diritti dei singoli deve provvedere solo nei limiti stabiliti dalle leggi. Questa situazione culturale non è mutata nei suoi aspetti essenziali con l'introduzione di istituti derivanti dalla cultura anglosassone, quale quello di costituzione “rigida” e quello conseguente di controllo di costituzionalità da parte di giudici appositi (Tribunale costituzionale federale in Germania e, più di recente e con più limitazioni, il Consiglio costituzionale in Francia). Le costituzioni negli ordinamenti europeo continentali sono considerate infatti una sorta di *superleggi* che non rappresentano delle messe per iscritto dei diritti individuali, ma a loro volta definiscono (a livello di principi fondamentali) i reciproci limiti e i punti di equilibrio tra interesse pubblico e diritti individuali, di modo che il compito dei giudici costituzionali è anch'esso rivolto *in primis* non alla tutela dei diritti ma all'applicazione della (super)legge. *Dalla necessità che le leggi debbano conciliare con le loro prescrizioni sia l'interesse pubblico che i diritti individuali (cioè debbano contenere in sé elementi di sia di gubernaculum che di iurisdictio) deriva il fatto che nei sistemi giuridici europeo continentali esiste un corpo di norme appositamente diretto a disciplinare l'esercizio del potere da parte delle amministrazioni, appunto il “diritto amministrativo” e che in tali materie non si applichi, se non in via residuale, il “comune” diritto civile.* Inoltre le amministrazioni dispongono di un potere coercitivo unilaterale idoneo a costringere i privati a sottostare, in “prima battuta” e salvo ricorso giudiziario, alle decisioni delle amministrazioni (ad esempio l'esproprio del bene può essere eseguito in via amministrativa, l'edificio abusivo può essere demolito, ecc.), ed inoltre competenti a decidere sulle controversie tra amministrazioni ed amministrati non sono (almeno per le cause più importanti) i giudici civili, ma giudici appositi, speciali (non rientranti negli organici dei giudici ordinari) o specializzati (costituiti da particolari gruppi di giudici ordinari).

A questi caratteri comuni di tutti gli ordinamenti europeo continentali si aggiungono però alcune distinzioni che ci portano ad individuare due

sottomodelli, quello francese e quello tedesco; quello italiano, pur prendendo a prestito alcuni tratti dal primo e altri dal secondo, dà vita ad un modello del tutto peculiare. In tutti i sistemi europeo continentali, a causa del ruolo “dominante” della legge, attività amministrativa e giudiziaria, assumono una funzione applicativa. Da un lato l’attività amministrativa costituisce la realizzazione nei casi particolari di quell’equilibrio, previsto in astratto e con validità universale dalla legislazione, tra interesse pubblico e diritti dei privati, e dall’altro l’attività giudiziaria (riferita alla controversie con le amministrazioni pubbliche) costituisce in sostanza una revisione su istanza degli interessati della correttezza dell’azione amministrativa e quindi del rispetto di tale equilibrio. Si può comprendere come il punto nodale di tale impostazione siano le modalità con cui le amministrazioni pubbliche devono operare il passaggio dall’astratto al concreto, cioè dalle previsioni di legge universalmente valide e dagli interessi pubblici definiti in generale alle scelte riguardanti i casi specifici, modalità sulle quali i giudici competenti sono poi tenuti a deliberare. Su questo i modelli francese e tedesco si dividono, pur mantenendo in comune la caratteristica di rendere prevedibile (con i limiti che hanno tutte le realtà sociali che non sono matematiche) l’azione amministrativa e certo il punto di equilibrio, la linea di confine tra potere pubblico e diritti privati. *Nel sistema francese la legge prevede in genere solo dei principi generali e degli orientamenti di fondo* che le amministrazioni devono seguire nell’esercizio dei loro poteri, mentre sono poi i vertici di queste ultime, culminanti (nell’ambito di un sistema organizzativamente accentrato) negli organi di governo, a loro volta legittimati politicamente e quindi dalla “volontà generale”, che stabiliscono i criteri univoci in base ai quali le singole strutture amministrative operano le scelte nei casi particolari (stabiliscono la localizzazione dell’opera pubblica, definiscono i controlli su un’attività potenzialmente rischiosa per la salute, ecc.), di modo che le amministrazioni operano discrezionalmente, ma la loro discrezionalità deve rispettare dei criteri univoci e quindi sia l’esito della loro attività che la portata dei diritti dei privati sono in genere predefiniti e conoscibili, dato possono mutare solo con il cambio di legislazione e/o di orientamento politico del governo. *Nel sistema tedesco invece le leggi coprono già a priori i casi particolari regolandoli in maniera dettagliata*, in ciò approfittando anche del fatto che lo stato in Germania ha natura federale e che molte competenze anche a livello legislativo spettano ai poteri locali (cioè agli stati federati o *lander*); in forza di questa impostazione le amministrazioni hanno nell’ordinamento tedesco un ruolo applicativo e godono di ben poca discrezionalità nel loro agire. Anche se per ragioni

opposte a quanto accade nel sistema francese, pure nell'ordinamento tedesco sia l'azione delle amministrazioni pubbliche che la portata dei diritti dei privati sono definiti in maniera certa, a priori rispetto al momento dell'esercizio del potere amministrativo: di eventuali esigenze di modifica si farà ovviamente carico la legislazione, federale o locale. Da quanto detto derivano (per molti aspetti in maniera consequenziale) anche due diverse concezioni della funzione giudiziaria, in quanto rivolta a verificare la conformità alla legge dell'azione amministrativa. In entrambi i sistemi quasi tutte le controversie tra privati e amministrazioni, in quanto agiscono con l'uso di poteri autoritativi, sono sottratte alla giurisdizione dei giudici civili (i quali sono ad esempio competenti in entrambi i sistemi per la determinazione del quanto delle indennità di esproprio). Però, mentre in Francia esse sono attribuite ad un ordine di giudici speciali, culminante nel Consiglio di Stato, che presenta forti legami (giuridici e culturali) con gli organi di governo a capo delle amministrazioni pubbliche e che in tal modo in sede di giudizio sui casi particolari può farsi interprete delle direttive atte a fornire i criteri univoci di esercizio del potere amministrativo, in Germania, dove la giurisdizione nelle cause tra privati ed amministrazioni pubbliche consiste in una mera verifica del rispetto delle prescrizioni dettagliate che regolano l'azione di queste ultime nei casi particolari, affidata ad un settore specializzato, in senso "tecnico" dei giudici ordinari, incentrato nel Tribunale amministrativo federale.

*1.2. Il diritto amministrativo italiano caratterizzato da una legalità debole e da una discrezionalità variabile. La sospetta conoscenza della cultura giuridica tedesca idolatrata in maniera acritica. Ruolo dominante della legge anche nel nostro sistema a legalità debole: gli obiettivi generali di interesse pubblico sono adattati da caso a caso secondo i principi dell'adeguamento marginale che limita una piena commistione tra funzioni amministrative e giudiziarie*

Il sistema giuridico italiano è anch'esso derivato dalla monarchia a potere assoluto di tipo europeo continentale e quindi possiede gli stessi caratteri fondamentali, sia per quanto concerne le caratteristiche dell'attività amministrativa e di quella giudiziaria sia per quanto riguarda i rapporti reciproci tra le due, che presentano i sistemi francese e tedesco. Al contempo però il nostro ordinamento presenta caratteristiche sue proprie che lo dif-

ferenziano da entrambi, dei quali riprende sì alcuni caratteri, ma li combina insieme in una maniera del tutto particolare che ne modifica il valore e le funzioni. Rimandando per quanto riguarda una analisi più generale della divisione dei poteri nel sistema italiano a quanto detto nei nostri scritti precedenti, e in particolare nel volume *Separazione dei poteri e cultura dei diritti*, accenniamo solo al fatto che anche le caratteristiche tipiche dell'ordinamento italiano sono il frutto dell'emersione nel corso dell'età moderna e della persistenza ancora attuale di alcuni principi culturali "metagiuridici" fondamentali in ordine alla gestione del potere pubblico, dovuto alla storia civile e politica del nostro Paese, nella quale ha giocato un ruolo fondamentale l'insieme delle concezioni religiose tipico della controriforma cattolica. Detto questo, la prima cosa da mettere in luce sono le caratteristiche che il nostro ordinamento ha con quelli degli altri Paesi europei continentali: il ruolo dominante nel sistema del potere legislativo e, in forza della costituzione rigida, avente cioè valore superiore a quello delle leggi ordinarie, della Corte costituzionale; l'esistenza di un corpo di norme apposito destinato a regolare l'esercizio del potere autoritativo da parte delle amministrazioni pubbliche, l'esistenza cioè di un "diritto amministrativo"; la possibilità per le amministrazioni pubbliche, in base alle regole contenute nel suddetto diritto amministrativo e nei casi ampi di imporre coattivamente le proprie decisioni in via unilaterale; l'esistenza di giudici particolari ai quali è attribuita la competenza a giudicare la maggior parte delle controversie tra privati e pubbliche amministrazioni quando svolgono attività che comportano l'esercizio di poteri autoritativi.

Culturalmente dunque, prima ancora che giuridicamente, sia l'attività amministrativa che quella giudiziaria anche in Italia non si contrappongono come il *gubernaculum* e la *iurisdictio* medievali e come accade a tutt'oggi nei Paesi anglosassoni, ma costituiscono entrambe momenti attuativi di quanto previsto dalla legislazione (di livello ordinario e costituzionale) come negli altri Paesi europei continentali, di modo che è alla legge e alla costituzione (e non alla tradizione giuridica) che è demandato il compito di definire il rapporto tra i due poteri attuativi (amministrativo e giudiziario) il "punto di equilibrio" tra i due poteri. Anche nel sistema italiano pertanto il nucleo centrale del suo funzionamento è rappresentato dalle modalità di passaggio (e di collegamento) tra il momento universale ed astratto delle norme e degli interessi pubblici da perseguire da parte delle amministrazioni pubbliche a quelle delle singole decisioni. Nel nostro ordinamento le modalità di questo passaggio (e non ci stanchiamo di ripetere che tutto ciò rappresenta un principio metagiuridico, non scritto in alcuna legge, ma tan-

to importante da determinare le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento) si collocano in un certo senso a metà strada tra la concezione francese e quella tedesca, ma con modalità che rendono il nostro un sistema del tutto diverso da questo punto di vista da entrambi. Infatti sia il sistema francese che, prevede delle norme di legge che disciplinano gli aspetti generali di una determinata attività amministrativa e parimenti a livello generale sono individuati gli interessi pubblici da perseguire, lasciando l'attuazione delle une e degli altri alle direttive univoche del Governo, sia quello tedesco che disciplina già a livello di legislazione tutti i casi particolari di esercizio del potere pubblico sono sistemi che potremmo definire *a legalità forte*, nei quali sia i poteri spettanti alle strutture pubbliche e i diritti soggettivi dei privati sono definiti o agevolmente definibili a priori rispetto ai singoli casi. Il sistema italiano invece si basa invece sul tentativo di tenere insieme da un lato il carattere generale delle leggi e degli interessi pubblici la cui cura è attribuita alle amministrazioni tipico del sistema francese, e dall'altro la differenziazione a livello dei casi particolari sia delle applicazioni delle norme sia della individuazione degli obiettivi specifici da raggiungere, tipico del sistema tedesco. Nell'ordinamento italiano pertanto le norme che disciplinano l'esercizio delle funzioni amministrative hanno una impostazione astratta e universale e in genere non comprendono le distinzioni per casi particolari (di tipo territoriale, sociale, economico o altro: in questo senso anche le norme emanate dalle regioni hanno valore universale nel loro ambito) e parimenti gli interessi pubblici da perseguire e gli interessi privati di cui tener conto nell'azione amministrativa sono definiti in astratto, ma a differenza di quanto accade nell'ordinamento francese, i criteri applicativi delle norme e quelli che portano le amministrazioni ad individuare gli obiettivi da perseguire nei casi particolari in attuazione degli interessi pubblici generali non sono definiti in maniera univoca e prevedibile a priori rispetto all'esercizio del potere pubblico, ma la loro individuazione è rimandata al momento attuativo, e in assenza di criteri predefiniti, il passaggio dall'astratto al concreto, dal generale al particolare porta ad esiti diversi anche in situazioni analoghe. Da un lato che l'ordinamento giuridico italiano in genere, e il diritto amministrativo in specie, sono caratterizzati da una *legalità debole* in quanto il contenuto delle applicazioni delle norme di legge, sia in sede amministrativa che in sede giudiziaria, non è predefinito a priori, ma varia da caso a caso, e dall'altro che la discrezionalità di cui godono le autorità amministrative nella loro azione, pur essendo altrettanto ampia di quelle delle amministrazioni francesi, non è a sua volta definita in base a regole univoche prestabilite, ma varia a seconda

delle valutazioni delle strutture chiamate a provvedere. *Non a caso, mentre in Francia la discrezionalità delle amministrazioni è sinonimo di competenza nello scegliere le soluzioni concrete più adatte alla luce di principi costanti, da noi essa è sinonimo di decisione variabile e incerta se non di arbitrio.* Inoltre, mentre in Francia la decisione discrezionale delle autorità amministrative è soggetta da parte del potere giudiziario alla verifica di conformità rispetto a criteri prestabiliti, gli aspetti più importanti delle scelte discrezionali concrete sfuggono da noi alla valutazione giudiziaria.

Insomma potremmo definire il nostro come un diritto amministrativo di tipo francese, ma a legalità “debole” e a discrezionalità variabile, il che è del resto coerente con i legami culturali che hanno sempre unito il diritto italiano e quello francese, che derivano entrambi dalla cultura religiosa cattolica, sia pure declinata diversamente, ed è anche il portato del fatto che lo stato sabauda, protagonista dell’unificazione nazionale tramite l’“assorbimento” degli altri stati preunitari, aveva un’impostazione molto simile a quello francese, impostazione che peraltro “italianizzò” molto nell’unificazione. In effetti l’Italia ricalca la struttura istituzionale dello stato francese, innanzi tutto in quanto il nostro, nonostante il ruolo delle autonomie locali è uno stato a legislazione accentrata nella disciplina dell’attività amministrativa (si pensi alle leggi sul procedimento amministrativo e alla disciplina degli atti delle amministrazioni che sono uniformi in tutto il territorio nazionale); inoltre anche il sistema di giustizia, pur a fronte di una diversa ripartizione dei compiti tra giudici civili e amministrativi termina come in Francia nel Consiglio di Stato che accentra in sé funzioni giurisdizionali e consultive. Diversa è però come detto la “taratura” del livello di legalità e di discrezionalità presenti nell’attività delle amministrazioni, le quali a differenza delle norme e delle istituzioni che rientrano nel momento a validità generale e astratta del sistema, sono invece riferite ai casi particolari, e in quest’opera di applicazione dei concetti e degli istituti giuridici generali in maniera sempre variabile gli operatori si servono della cultura comune che domina il diritto amministrativo italiano, la quale è in gran parte ripresa da quella tedesca. In effetti gli studiosi italiani, alcuni dei quali svolgono anche importanti ruoli come operatori pratici (avvocati amministrativisti o giudici) sono da sempre imbevuti della cultura giuridica tedesca, la quale, al di là del suo indubbio valore intrinseco dal punto di vista teoretico, viene fatta propria in maniera acritica, se non in alcuni casi, sia detto con tutto il rispetto, addirittura idolatrata. Da tale cultura derivano i concetti fondamentali (quelli di funzione amministrativa, di procedimento di atto amministrativo, di invalidità, ecc.), che vengono poi utilizzati sia nella formu-



lazione delle norme in materia (si pensi per tutte alle definizioni contenute nella fondamentale legge sull'attività amministrativa, la legge n. 241 del 1990) che nella loro applicazione amministrativa e giudiziaria. Può sembrare un paradosso che in un ordinamento giuridico, e in particolare in un settore del diritto quale quello amministrativo che si ispirano nella loro architettura al modello francese, il funzionamento del sistema sia basato invece sulla cultura tedesca, ma ciò si spiega in quanto è proprio la ripresa delle concezioni tedesche, dirette ad individuare i rapporti, le analogie e le differenze tra i casi particolari, che consente una applicazione differenziata e potenzialmente adeguata alle situazioni specifiche delle norme generali. Con il che si determina una situazione in cui, paradosso ancora più rilevante del precedente, *quegli stessi concetti che nella cultura giuridica tedesca servono a descrivere il quadro legislativo, precisando ancora di più le norme già dettagliate di per sé al fine di rendere ancora più "automatiche" e prevedibile l'attività delle amministrazioni e la revisione da parte dei giudici, nella nostra cultura assumono una funzione "prescrittiva"* ed indicano i criteri e i concetti in base ai quali le amministrazioni pubbliche possono esercitare il loro potere discrezionale con effetti variabili non prevedibili.

Di questa variabilità delle applicazioni degli identici principi astratti, siano esse norme di legge o obiettivi generali di interesse pubblico ci siamo occupati lungo tutto il corso dei nostri scritti precedenti e quindi siamo giunti ad individuare, nella *legge dell'"adeguamento marginale" il criterio del passaggio dall'astratto al concreto*, che determina effetti variegati nel nostro ordinamento, cosa che vale in particolare per il settore del diritto amministrativo. Trattando dei sistemi europeo continentali abbiamo parlato di un ruolo "dominante" della legislazione, nel senso che sono le norme di legge (ordinaria o costituzionale) che stabiliscono i compiti e i rapporti reciproci dei due poteri applicativi, amministrativo e giudiziario, e di conseguenza i confini tra poteri pubblici e diritti dei privati. Ora dobbiamo chiederci innanzi tutto se si può parlare di un ruolo dominante della legge anche in un sistema a legalità debole, nel quale l'applicazione delle norme e l'individuazione nei casi di specie degli obiettivi di interesse pubblico sono estremamente variabili, spesso anche in situazioni analoghe e lo sono tanto più quanto più sono rilevanti, da un punto di vista economico e sociale, le attività poste in essere dalle amministrazioni. La risposta, per paradossale che possa (anche in questo caso) essere è positiva: nel nostro sistema i confini tra i poteri pubblici e i diritti dei privati non sono stabiliti in base ad una tradizione giuridica frutto principalmente dell'esperienza dei casi risolti in precedenza in sede giudiziaria, ma sono pur sempre defi-

niti in base alla legge e in relazione agli obiettivi di interesse generale previsti in astratto quali compiti da realizzare per le varie amministrazioni pubbliche<sup>1</sup>.

Da questo ruolo “dominante”, anche se debole, dalla legislazione derivano alcune conseguenze, analoghe in linea di principio a quelle tipiche degli altri Paesi europeo continentali, ma che nell’ordinamento italiano assumono un valore particolare. La prima di esse è la contiguità tra attività amministrativa e attività giudiziaria: come nei suddetti Paesi anche in Italia entrambe rappresentano delle funzioni attuative di quanto stabilito dalla legislazione, di modo che non ha luogo la contrapposizione tra esse tipica dei Paesi anglosassoni, e la funzione giudiziaria, ovviamente in quanto esercitata nei confronti delle amministrazioni pubbliche, anche nel nostro Paese viene a strutturarsi come una verifica sul rispetto delle norme da parte delle autorità amministrative. Ciò che rende peculiare il nostro ordi-

---

<sup>1</sup> Che in genere la legge non rappresenti una norma concretamente applicabile e che le finalità generali di interesse pubblico non costituiscano degli obiettivi effettivamente realizzabili, ma che entrambi rappresentino dei punti prospettici ideali in relazione ai quali modulare l’azione concreta sempre variabile, non muta il carattere dominante, sia pure in senso “debole” della legislazione e più in genere della “volontà generale” derivante dal processo democratico nel nostro ordinamento. Tutte le applicazioni particolari infatti debbono pur sempre fare riferimento agli stessi principi generali e le loro diversità non escludono (salvi i casi patologici) una tendenziale coerenza di fondo tra le diverse decisioni, le cui differenze si giustificano (o si dovrebbero giustificare) in base alle diversità delle circostanze specifiche nelle quali l’attività amministrativa viene in essere. In questo senso quindi possiamo dire che anche l’ordinamento italiano rientra nel modello europeo continentale, in quanto in esso la fonte del diritto è rappresentata dalla legge (ordinaria e costituzionale) ed è la legge che disciplina sia i rapporti tra gli altri due poteri dello stato e soprattutto i rapporti tra questi ultimi e i privati: che poi lo faccia in maniera indeterminata e che consente soluzioni varie significa che la legge generale e la definizione a priori degli obiettivi di interesse pubblico svolgono nel sistema italiano un ruolo diverso rispetto a quello che svolgono in Francia o in Germania, ma non significa che i compiti del potere amministrativo e di quello giudiziario o le posizioni giuridiche tutelabili dei privati possano essere definiti senza fare riferimento ad esse. Anzi proprio il fatto di essere comunque riferibili al modello ideale e astratto previsto dalle norme e agli interessi pubblici definiti in linea generale rende possibile che le decisioni possano essere tanto diverse, se non opposte nei casi particolari, dato che l’applicazione casuistica delle norme è esattamente il contrario del diritto basato sui casi decisi in precedenza che caratterizza i sistemi anglosassoni: in quest’ultimo dalla diversità dei casi costruisce nel tempo una norma generale anche in assenza di una legislazione che la preveda, nel diritto casuistico italiano invece è proprio il fatto che la norma, frutto della legislazione, abbia portata generale a rendere possibile il diverso trattamento.

namento a legalità “debole” è il fatto che i principi generali che lo compongono (contenuti in norme di legge o individuati come obiettivi generali di interesse pubblico dagli organi di vertice del governo e delle amministrazioni) siano adattati secondo i principi dell’adeguamento marginale, e tutto incide anche sui reciproci rapporti tra funzione amministrativa e funzione giudiziaria. *Siccome la funzione amministrativa consiste in un’attività pubblica che produce effetti variabili, di conseguenza quella giurisdizionale rappresenta una revisione della prima che determina effetti altrettanto variabili.* Alla sostanziale contiguità tra le due funzioni applicative della legislazione, che ci ha portato a parlare in precedenza di divisione più che di vera e propria separazione (e contrapposizione) tra i poteri dello stato, per quanto riguarda tutti i sistemi europeo continentali, si aggiunge il carattere casuistico dell’adattamento delle regole e dei principi astratti che caratterizza il sistema italiano e che ovviamente è tanto più ampio quanto più le materie trattate hanno maggiore un rilievo economico e/o sociale. Con questo non intendiamo certo dire che attività amministrativa e attività giurisdizionale sono identiche; anche nel nostro Paese, come in tutti gli altri sistemi europeo continentale l’una attua in prima battuta gli interessi pubblici sino al punto di confine con i diritti dei privati stabilito dalle norme, mentre l’altra verifica su istanza degli interessati il rispetto di tali limiti. Tipico del sistema italiano è però il fatto che il limite tra poteri pubblici e posizioni giuridiche tutelabile spettanti ai privati non è fisso e prestabilito una volta per tutte dalle norme, ma la sua definizione è lasciata alle scelte applicative delle amministrazioni chiamate ad esercitare il potere pubblico, mentre alle strutture giudiziarie è affidato il compito di verificare, in maniera altrettanto variabile, il rispetto di quel punto di equilibrio tra sfera pubblica e sfera privata. Tutto questo di prim’acchito sembrerebbe produrre da un lato una ancora maggiore commistione tra amministrazione e giurisdizione di quelle già esistente negli altri ordinamenti europeo continentali, e dall’altro sembrerebbe sopprimere in gran parte la tutela delle posizioni tutelate, cioè dei diritti dei privati: anche se ciò in parte è vero, è altrettanto vero che sia la distinzione tra funzione amministrativa e funzione giudiziaria sia la tutela delle posizioni soggettive dei privati vengono garantite, sia pure in maniera tipica dell’ordinamento italiano, in base alle regole e ai principi che disciplinano le modalità dell’adeguamento (marginale) dell’astratto al concreto. In base a tali regole e a tali principi, alcuni dei quali sono ricavabili dalle norme giuridiche formali, mentre altri rientrano tra i valori culturali “metagiuridici” che sono alla base del nostro ordinamento, si può cercare sia di descrivere quali siano in generale le rispettive

caratteristiche fondamentali e le reciproche differenze tra funzione amministrativa e funzione giudiziaria sia di delineare la situazione dei privati di fronte all'esercizio del potere pubblico, in particolare in relazione alle possibilità di interagire con tale esercizio, e soprattutto a quelle di tutelare le proprie posizioni giuridicamente rilevanti.

1.3. *La doverosità dell'esercizio del potere giustifica le scelte in positivo ma non vincola in negativo non essendo sanzionato il "non esercizio": la legge come parametro ideale ed astratto. L'art. 21 octies della legge n. 241 del 2015 espressione del principio dell'adeguamento marginale. Norme di azione e di relazione: distinzione non più di moda ma utile*

Anche in Italia, come in tutti i Paesi europeo continentali, la funzione amministrativa consiste nelle attività dirette, in attuazione di quanto stabilito dalla legge, a perseguire gli interessi pubblici nel rispetto delle posizioni giuridiche dei privati. Questa, fin troppo banale, definizione rispecchia la soggezione della funzione amministrativa alla legislazione, che assume anche in Italia un ruolo "dominante": a differenza di quanto previsto nei sistemi anglosassoni, l'esercizio del potere amministrativo per le strutture pubbliche competenti più che un diritto è un dovere imposto dalle norme; inoltre tale esercizio non è finalizzato unicamente alla realizzazione degli interessi generali, ma rappresenta in prima battuta soprattutto un'attività applicativa della legislazione, attività che, nella realizzazione degli interessi pubblici, può e deve spingersi solo sino al punto di equilibrio, anch'esso stabilito dalla legge tra potere pubblico e posizioni tutelate dei privati. Da questo carattere "doveroso" dell'attività amministrativa, e dal fatto che essa non si pone in linea di principio in contrapposizione con le posizioni dei privati (come accade nella concezione anglosassone), ma anzi proprio in quanto attuativa della legge viene considerata rispettosa sino a dimostrazione contraria (tradizionalmente gli studiosi parlavano di *presunzione di legittimità dell'azione amministrativa*), deriva culturalmente un fenomeno che in un ordinamento come quello italiano basato sull'esercizio a geometria variabile del potere pubblico, può suonare quasi paradossale, cioè la concezione degli atti dell'amministrazione come atti "dovuti", e quindi come tali incontestabili quanto al loro contenuto specifico. Questo concetto della doverosità incontestabile (si pensi invece al carattere facoltativo delle decisioni delle amministrazioni nei sistemi anglosassoni) rappresenta

ben più che un paradosso, in quanto costituisce una sorta di principio di chiusura del sistema diretto a legittimare, in parte occultandola sotto le norme proprie della disciplina giuridico formale, la loro applicazione e l'individuazione discrezionale degli obiettivi di interesse pubblico nei singoli casi. Anche negli altri ordinamenti europeo continentali l'attività amministrativa è considerata, oltre che come un potere, anche come un dovere per le amministrazioni competenti a porla in essere, ma tale doverosità, con le relative eccezioni è disciplinata o dalla normativa dettagliata (Germania) oppure da criteri univoci di esercizio del potere discrezionale (Francia), di modo che è proprio su di essa che possono fare affidamento i privati interessati per ottenere tutela dei loro diritti, affermando che l'amministrazione competente è venuta meno ai doveri previsti dalla legge. Potremmo dire che in questi sistemi la doverosità dell'azione amministrativa funziona in senso biunivoco, legittimando sia l'esercizio dei poteri amministrativi sia la tutela dei privati nei confronti delle strutture pubbliche. Nel nostro ordinamento invece la doverosità funziona per così dire a "senso unico", in quanto serve a legittimare il potere delle amministrazioni e a "blindare" le possibili obiezioni riguardo al contenuto dei loro atti. Intendiamo, non che le amministrazioni non siano obbligate a porre in essere gli atti ed i comportamenti che in base alla legge rientrano nei loro compiti o che i privati non possano chiedere e, sia pure in modo particolare ottenere tutela giudiziaria per le loro posizioni giuridiche; sotto questo aspetto però il dovere facente capo all'amministrazione rappresenta per così dire il punto di partenza per un rapporto conflittuale, anche in senso giudiziario, tra privati ed amministrazioni, mentre dall'altro versante, quello dell'azione dell'amministrazione esso costituisce un punto di arrivo, il punto in cui si interrompe il confronto tra la prima e i privati interessati, le decisioni delle amministrazioni dove acquistano il loro carattere incontestabile e producono i loro effetti in maniera definitiva. Insomma *la doverosità degli atti delle amministrazioni pubbliche rappresenta nella nostra cultura giuridica più una fonte di legittimazione di un esercizio del potere pubblico (che, culturalmente ancor prima che giuridicamente, si sottrae ad ogni valutazione riguardo al contenuto delle scelte), che non l'espressione di un obbligo effettivo e puntualmente gravante sulle amministrazioni al quale corrisponda un diritto dei singoli a farlo rispettare.* Qualcosa di analogo accade con l'esercizio dell'azione penale: da un lato il pubblico ministero non può essere obbligato da parte del privato interessato (ad esempio la persona offesa dal reato) ad esercitare l'azione penale, ma dall'altro tale esercizio rappresenta un obbligo (previsto dall'art. 112 Cost.) posto a carico del titolare

dei poteri di accusa (anche se la sua decisione passa attraverso una serie di valutazioni di fatto e di diritto molto variabili), un obbligo che rende non sindacabile la sua decisione. Nel nostro ordinamento la doverosità dell'esercizio del potere pubblico (in particolare di quello rientrante nella funzione amministrativa) giustifica le scelte in positivo dei titolari del potere medesimo, in quanto il suo esercizio è sempre doveroso, anche in casi sostanzialmente estremi (la demolizione della piccola baracca, la sanzione pecuniaria o addirittura la chiusura di un esercizio commerciale per violazioni minime), ma non le vincola in negativo, poichè il non esercizio del potere non rappresenta una violazione di quel principio, dato che spetta pur sempre alle strutture pubbliche decidere quando sorge il dovere di provvedere, tramite l'esame dei presupposti di fatto e di diritto che ne legittimano l'esercizio. Naturalmente in tutti i sistemi a primato della legge come quelli europeo continentali dove l'agire pubblico è considerato prima un dovere che un diritto esistono delle regole che stabiliscono i presupposti di fatto e di diritto in presenza dei quali tale dovere sorge, ma ciò che rende diversa e particolare la doverosità dell'attività amministrativa in Italia è che tali presupposti sono molto spesso (e quasi sempre nella materia di rilevante importanza economica e sociale: opere pubbliche, urbanistica, finanza, governo dell'economia, ecc.) variabili e lasciati alla decisione delle strutture competenti a provvedere, decisione soggetta ad una altrettanto variabile revisione giudiziaria. In questo senso la doverosità dell'agire pubblico può sposarsi in concreto a situazioni tra loro molto diverse in casi analoghi, giustificando l'esercizio del potere e non consentendo di sanzionare il suo non esercizio, una doverosità ad assetto variabile, che può essere considerata (salvo le pratiche di minore rilievo, quali le opere edilizie minori, il rilascio delle patenti, le promozioni scolastiche, ecc.) in buona parte priva di contenuti stabiliti a priori, ma che è destinata ad assumere contenuti variabili. Questo importante principio culturale metagiuridico si ricollega a sua volta ad un altro, quello cui abbiamo accennato del carattere attuativo rispetto alla legge, cioè al principio della necessaria "legalità", dell'esercizio del potere amministrativo.

In effetti, come in tutti sistemi europeo continentali, anche in quello italiano l'esercizio del suddetto potere è doveroso in quanto previsto dalla legge, ma nel nostro ordinamento assume a sua volta caratteri particolari. Infatti, in un sistema in cui la legge non rappresenta una norma di azione ma un parametro ideale ed astratto cui tendere ad adeguare quanto più possibile il suo concreto esercizio, e nel quale quindi strutturalmente la legalità dell'azione amministrativa necessita di essere verificata caso per caso,

è quasi inevitabile (o almeno è consequenziale) che la dimostrazione di tale legalità non venga imposta alle strutture amministrative, ma sia lasciata alla revisione giudiziaria su iniziativa dei privati, da qui la *“presunzione di legittimità” dell'azione amministrativa*. Questo principio culturale e metagiuridico caratterizza il nostro ordinamento, nel quale pertanto l'azione autoritativa delle amministrazioni pubbliche è necessariamente doverosa e conforme a legge, ma nella misura in cui lo decidano le amministrazioni, salva (altrimenti si scadrebbe in uno stato a potere amministrativo arbitrario) la revisione giudiziaria di tale decisione. Peraltro questo principio ha subito nel nostro sistema una evoluzione significativa: senza risalire all'anteguerra, nell'ordinamento della Repubblica italiana il principio della necessaria legalità dell'azione amministrativa è passato da una sua formulazione quasi implicita, nel senso che esso veniva quasi dato per presupposto senza bisogno di una espressa disciplina giuridica formalmente prevista, ad una sua regolamentazione dettagliata, che però, avendo a sua volta i caratteri di parametro ideale di riferimento e non di norma puntuale sull'esercizio del potere pubblico, finisce nei casi specifici per legittimare le scelte variabili delle strutture amministrative (salva la revisione giudiziaria) senza vincolare quasi mai (e pressoché mai nelle decisioni di maggior rilievo) il contenuto. Con questo non si vuol svalutare l'importanza di questa evoluzione della normativa formale avvenuta dall'immediato dopoguerra ad oggi: mentre nella costituzione (art. 97) non si parla di legalità, ma solo di “imparzialità” e di “buon andamento” dell'attività amministrativa e solamente per l'organizzazione degli uffici pubblici è prevista una riserva (“relativa”) di legge, nel senso che la legge deve stabilire almeno i tratti fondamentali di tale organizzazione e indicare i criteri, proprio interpretando in maniera estensiva la suddetta norma e la successiva evoluzione della giurisprudenza ha sempre più ampliato il principio di legalità dell'azione amministrativa giungendo ad affermare che ogni potere pubblico debba essere previsto da una norma di legge che ne stabilisca le modalità e le finalità di esercizio. Questa evoluzione del diritto formale è stabilita nella legge sul procedimento amministrativo (legge n. 241 del 1990) che all'art. 1, comma 1 afferma espressamente che l'attività delle amministrazioni pubbliche deve “perseguire i fini previsti dalla legge” e lungo tutti i suoi trenta articoli disciplina le modalità di esercizio del potere amministrativo. Le successive integrazioni hanno accentuato le regole formalmente vincolanti relative all'attività amministrativa, portando appunto ad una disciplina molto dettagliata di ciò che prima era dato quasi per implicito. Non vogliamo certo sminuire l'importanza di questa evoluzione della giurisprudenza e della legislazione che

ha portato a questa modifica delle norme formali in tema di legalità dell'azione amministrativa: ci rendiamo conto che molti di coloro che vi hanno contribuito (sia come operatori pratici che come studiosi i quali hanno spesso formulato in sede teorica i concetti sui quali i pratici si sono basati) erano mossi dalla più sincere intenzioni garantiste e che la loro azione era diretta a rafforzare i vincoli posti dalla legge sull'azione amministrativa e quindi la tutela delle posizioni dei privati interessati da tale azione. Rimane però vero il fatto che questo maggior dettaglio nelle norme non ha trasformato di fatto il principio culturale della legalità implicita dell'azione amministrativa, anche se oggi il concetto di "presunzione di legittimità" è stato abbandonato: in effetti un insieme di norme troppo dettagliate porta spesso ad una situazione applicativa simile a quella che si ha di fronte ad un principio formalmente implicito, soprattutto se tutto ciò è inserito in una cultura che come detto vede nelle norme formali dei punti prospettici a cui tendere nell'azione concreta e non delle regole puntuali per i casi pratici<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup>Si pensi, per fare un esempio significativo, al principio (formalmente espressione di una concezione garantista basata sulla tutela dei privati e sulla limitazione del potere amministrativo di taglio quasi anglosassone) previsto dalla citata legge n. 241 del 1990 all'art. 1, comma 1 *bis* (inserito dalla legge n. 15 del 2005), che stabilisce che le amministrazioni negli atti di natura non autoritativa agiscono servendosi del diritto privato. Dal momento che quali siano gli atti di natura autoritativa che viceversa consentono (e impongono il principio di doverosità dell'azione) l'uso dei poteri unilaterali previsti dal diritto speciale amministrativo lo stabiliscono tutte una serie norme, alcune delle quali lo prevedono espressamente e altre implicitamente, ne deriva che nel nostro ordinamento i casi in cui le amministrazioni pubbliche possono imporre unilateralmente le proprie decisioni ai privati interessati agendo in maniera sempre variabile restano ampiamente la regola, mentre quelli in cui agiscono su un piano di parità con gli interessati rimangono l'eccezione e si riferiscono in genere ad aspetti (si pensi alla gestione dei pubblici servizi o allo stesso rapporto di impiego con i dipendenti pubblici) nei quali la posizione di "autonomia privata" garantita alle strutture pubbliche è sufficiente a consentire loro di agire unilateralmente, essendo in genere la parte "forte" del rapporto contrattuale privatistico in essere ad esempio con gli utenti dei servizi o con i dipendenti. Del resto anche il principio di doverosità "a senso unico" è stato in genere rafforzato dalla legislazione formale a contenuto dettagliato costituita dall'attuale normativa, dato che, da un lato le amministrazioni possono giustificare il loro agire (o il loro non agire) in base a una o più delle diverse norme alle quali "devono" (secondo il proprio variabile giudizio) attenersi ma dall'altro non possono essere costrette ad adempiere a tale "dovere" da parte degli interessati a rispettarle, se non attraverso una revisione giudiziaria di contenuto anch'esso variabile. Significativa in tal senso è la norma prevista dall'art. 21 *octies* della citata legge n. 241 (anch'esso inserito dalla legge n. 15 del 2005), che di fatto consente alle amministrazioni di non rispettare le norme relative alla



Abbiamo detto che in un sistema a primato della legge, quest'ultima riassume in sé sia l'esigenza di perseguire l'interesse pubblico che quella di tutelare le posizioni dei privati, e che pertanto fissa il confine tra potere pubblico e diritti individuali; ora dobbiamo cercare di delineare in che modo tale concezione, comune a tutti gli ordinamenti continentali, viene delineata in un sistema come quello italiano nel quale il confine non è fisso, in quanto predeterminato dalla legge o determinabile in maniera univoca in base ad essa, ma è variabile. Se teniamo conto che nel nostro sistema di diritto amministrativo per definire il confine tra poteri pubblici e posizioni dei privati diventa decisivo il momento applicativo (cioè il momento di "adeguamento marginale") affidato alle amministrazioni competenti, è quasi inevitabile (o almeno è conseguenziale) che la gran parte delle norme riferite all'azione amministrativa non provvedano a determinare con precisione o a fissare i criteri univoci con cui rendere determinabili i confini tra potere pubblico e posizioni dei privati, ma contengano piuttosto delle regole finalizzate a guidare l'attività amministrativa in modo da far sì che le sue decisioni concrete non siano arbitrarie ma rispettino i criteri del massimo adeguamento possibile ai parametri astratti. Che queste regole siano (come sono oggi) formalmente molto dettagliate o che fossero (come erano in passato) costituite da principi impliciti, non cambia il fatto che la legalità dell'esercizio del potere amministrativo è costituita, "strutturalmente" in forza dei citati principi culturali, da norme che disciplinano in primo luogo l'agire delle strutture pubbliche e che siano poche e di contenuto limitato quelle che disciplinano invece i rapporti reciproci tra amministrazioni e privati interessati. Una distinzione tradizionale, anch'essa oggi non più in voga, ma che rispecchia tuttora la realtà della legislazione italiana è quella tra *norme "di relazione"*, che disciplinano primariamente i rapporti tra amministrazioni e privati fissando le reciproche posizioni e in tale ottica stabiliscono anche le attività consentite alle une e agli altri, e *norme "di azione"*, le quali disciplinano *in primis* l'agire delle strutture pubbliche e solo mediamente individuano le posizioni dei privati di cui le stesse devono tenere conto nell'esercizio del loro potere. Il diritto amministrativo italiano si compone (sia quantitativamente che qualitativamente) di norme di azione, che si riferiscono a tutti i settori più importanti dell'azione amministrativa (governo dell'economia, urbanistica, concorsi e gare pubbliche, ecc.) e che le norme di relazione non solo sono limitate quanto alle materie trattate,

---

loro azione qualora ciò non determini conseguenze sul contenuto dei provvedimenti adottati: *a nostro parere quasi una codificazione dell'adeguamento marginale.*

ma lo sono anche quanto al loro contenuto, nel senso che, nel disciplinare le reciproche posizioni tra amministrazioni e privati, cioè nello stabilire il “punto di equilibrio” tra potere e diritti, a questi ultimi viene lasciato ben poco spazio, se non in genere quello relativo al corrispettivo in denaro o alla risarcibilità pecuniaria (si pensi all’indennità di esproprio o al risarcimento danni cagionati dal comportamento materiale dei dipendenti delle amministrazioni) dell’azione amministrativa lesiva o comunque produttiva di effetti sfavorevoli, mentre i principali aspetti dei rapporti giuridici tra amministrazioni e privati (l’ammissione alla gara, l’indice di edificabilità di un terreno, la pericolosità di un’attività da cessare, la finanziabilità di un’attività di un preteso interesse collettivo e via dicendo) sono inquadrati all’interno delle norme di azione. Anzi possiamo dire che è in atto da alcuni anni una tendenza, non espressamente scritta in alcuna norma e che si esprime soprattutto a livello di ripartizione delle competenze giudiziarie tra giudici civili e giudici amministrativi delle cause nei confronti delle amministrazioni, delle norme di azione ad “assorbire” in sé anche gli aspetti di una materia regolati dalle norme di relazione, il che spiega anche l’abbandono da parte degli studiosi di una distinzione non più così rispondente alla disciplina formale di molti settori del diritto amministrativo, una distinzione però che, conserva tutta la sua validità in quanto dà conto delle caratteristiche culturali fondamentali della nostra legislazione che disciplina l’esercizio del potere amministrativo. Si deve inoltre aggiungere che sia le norme “di relazione” che quelle “di azione” hanno il carattere di punti prospettici ideali, o perché di contenuto vago, o troppo dettagliato, o perché prevedono delle semplici procedure che non vincolano il contenuto delle scelte e tutto questo va ad incidere sia sulle caratteristiche fondamentali della attività giudiziaria di verifica del rispetto delle norme sia su quelle relative alla posizione dei privati interessati.

Inoltre, il momento astratto della disciplina dell’attività amministrativa comprende in sé, tra i punti prospettici dell’azione, cioè tra quelli che sono i parametri ideali ai quali le amministrazioni devono tendere ad adeguarsi nei casi concreti, il soddisfacimento degli interessi generali, o meglio la realizzazione dell’assetto migliore possibile dei rapporti tra gli interessi pubblici, di cui sono portatrici le diverse strutture amministrative coinvolte in un’attività e quelli dei privati coinvolti. Il fatto che anche da questo punto di vista la soluzione ottimale non sia predeterminata da norme di legge riferite ai casi dettagliati né sia determinabile in base a criteri univoci in forza dei principi generali, porta a conseguenze che differenziano molto anche su questo punto l’ordinamento italiano da quelli degli altri Paesi di

tradizione europeo continentale. Mentre in questi ultimi, cioè negli ordinamenti a legalità “forte”, nonostante le differenze reciproche esistenti tra modello francese e modello tedesco anche l'individuazione degli obiettivi pubblici, essendo predeterminata o determinabile, rientra tra quelle che qui abbiamo chiamato “norme di relazione”, di modo che le decisioni delle amministrazioni determinano una tutela delle posizioni dei privati la cui portata è stabilita in maniera univoca e costante; nel nostro Paese, essendo la individuazione degli obiettivi pubblici soggetta ad adeguamento marginale, rientra nelle norme di azione, dal momento che molti aspetti di entrambi sfuggono in sostanza ad ogni regolamentazione normativa, dando luogo di fatto ad una sorta di “riserva” di potere amministrativo non disciplinata dalla legge né sindacabile in sede di revisione giudiziaria. Infatti, posto che l'adeguamento concreto degli obiettivi pubblici ha natura di adeguamento variabile ai parametri astratti che prevedono l'assetto ottimale del rapporto tra interessi pubblici e privati, ne deriva che l'attività amministrativa non può essere regolata dalla legge né verificata nella sua legalità dalle strutture giudiziarie in maniera puntuale, ma può essere regolata a monte e giudicata a valle del suo svolgimento in ordine alla ragionevolezza della scelta, di modo che solo questo aspetto della individuazione in concreto degli obiettivi pubblici si ritiene disciplinato dalle norme che abbiamo definito “di azione”, mentre per il resto l'attività amministrativa non è ritenuta sindacabile in sede giudiziaria. Per concludere questo quadro generale sulla disciplina di legge dell'attività delle amministrazioni, riprendendo e leggermente modificando, i concetti teorici elaborati dagli studiosi, possiamo articolare il principio di legalità della funzione amministrativa, parlando di *liceità* di tale funzione con riferimento al rispetto delle norme “di relazione”; di *legittimità* dell'attività amministrativa con riferimento al rispetto delle norme “di azione” (tra le quali sono da comprendere anche i criteri di ragionevolezza riguardanti l'individuazione degli obiettivi pubblici); di *merito* dell'azione delle amministrazioni riguardo a tutte le decisioni relative alla loro individuazione.

#### 1.4. *Parallelismo a contenuto variabile tra attività amministrativa e revisione giudiziaria “sfaccettata”: evoluzione dal 1865 al 1889. Il ruolo di Silvio Spaventa*

Negli ordinamenti europeo continentali, e quindi anche in quello italiano, l'attività giudiziaria non è “ontologicamente” diversa da quella amministrativa, come accadeva nel diritto medievale e come accade tuttora nei sistemi anglosassoni eredi della monarchia a potere limitato, rappresentando entrambe dei momenti attuativi della legge, ma si differenziano in base all'ottica con la quale rispettivamente le strutture amministrative e quelle giudiziarie esercitano il loro potere. Infatti, mentre la funzione amministrativa ha il compito di attuare la legge perseguendo i singoli obiettivi di interesse pubblico nel rispetto dei diritti dei privati coinvolti nella sua azione, quella giudiziaria (e ci riferiamo qui ai giudizi nei confronti dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche, ma, sia detto per inciso non troppo diversa è ad esempio la revisione giudiziaria rispetto all'attività inquirente dei pubblici ministeri in campo penale) è configurata come una revisione della prima, in ordine al rispetto di quanto previsto dalle norme legislative, dal momento che anch'essa consiste principalmente in una attività di attuazione della legge. Da questa impostazione dovrebbe derivare una sorta di parallelismo di contenuto tra i rapporti giuridici, creati disciplinati o estinti dallo svolgimento delle attività amministrative, ed i rapporti giuridici oggetto del giudizio nei confronti delle amministrazioni. In effetti questa corrispondenza tra quanto realizzabile in sede amministrativa e quanto verificabile in sede giudiziaria caratterizza gli ordinamenti europeo continentali, ma solo quelli a legalità “forte”, poiché in essi si verifica la corrispondenza “puntuale” tra il primo momento e il secondo, corrispondenza garantita o dalla disciplina di legge riferita già in partenza ai casi particolari (Germania) o dall'esistenza di un criterio univoco prefissato dall'alto e vincolante sia per le strutture amministrative che per quelle giudiziarie, relativo all'applicazione delle norme generali e all'esercizio del potere delle amministrazioni nei casi concreti (Francia). A questa regola di parallelismo tra amministrazione e giurisdizione corrisponde un carattere univoco e per così dire “completo” della revisione giudiziaria, che consiste in sostanza in una ripetizione in funzione di controllo di legalità di quanto operato dalle amministrazioni con la possibilità per i giudici di sostituirsi in caso di giudizio di condanna, provvedendo in tal modo ad applicare quanto previsto in base alla legge: da questo carattere univoco della verifica da operare, deriva a sua volta una tendenziale unicità della competenza giurisdizionale

relativamente alle controversie che coinvolgono le amministrazioni pubbliche, che a parte alcune cause di contenuto prevalentemente monetario (la determinazione del "quantum" dell'indennità di esproprio) sono attribuite in generale ad un unico ordine di giudici, speciali in senso stretto (Francia) o rientranti nel generale ordine giudiziario, ma specializzati in relazione a tali controversie (Germania).

In un sistema a legalità debole, nel quale la legge consente, e impone, alle amministrazioni non di rispettare delle regole puntuali, ma di adeguare quanto più possibile le loro decisioni a dei principi normativi ideali ed astratti, e correlativamente prescrive ai giudici di verificare la correttezza di tale adeguamento, è quasi inevitabile che non esista il parallelismo di contenuto tra attività amministrativa e sua revisione giudiziaria, e che quest'ultima non abbia carattere univoco e completo e sia affidata a diverse categorie di giudici, civili e amministrativi, situazione che, dopo il fallimento dell'affidamento delle giurisdizioni al solo giudice civile, prevista nei primi decenni successivi all'unificazione (dall'entrata in vigore dell'All. E legge n. 2248 del 1865 a quella della legge n. 5992 del 1889), caratterizza tuttora il nostro ordinamento. In effetti, al di là anche dell'evoluzione storica e pur tenendo conto delle intenzioni ispirate a principi garantisti di coloro che hanno suggerito e portato avanti le riforme della giustizia amministrativa italiana nel secolo e mezzo seguito all'unificazione, la competenza giudiziaria relativa alle controversie con le pubbliche amministrazioni da un lato ha carattere limitato, in quanto non si estende a tutti gli aspetti dell'attività amministrativa (e quindi non è in tal senso "completa" o "piena") e dall'altro non presenta una corrispondenza unitaria ed univoca con l'attività da verificare, ma viceversa risulta per così dire *sfaccettata* in una serie di attività e di tipi di giudizi che prendono in esame solo aspetti parziali dell'agire delle amministrazioni pubbliche oggetto di contestazione, aspetti che non essendo legati in maniera unitaria tra loro, spesso finiscono o per sovrapporsi o viceversa per elidersi a vicenda, diminuendo e rendendo comunque molto variabile la tutela giurisdizionale spettante ai privati in base alla legge. In un certo senso anche nel nostro ordinamento esiste quel parallelismo tra funzione amministrativa e funzione giudiziaria che deriva dall'essere entrambe attività di applicazione della legge e dei principi generali relativi al modo di realizzare l'interesse pubblico, ma il fatto che sia tale legge che tali principi non consistano in disposizioni puntuali e predefinite, ma in criteri astratti ed ideali ai quali adeguarsi, fanno sì che quel parallelismo non abbia per oggetto un identico contenuto (dato che il contenuto delle decisioni amministrative è variabile e quindi di per sé è diverso in sede di

attività amministrativa e in sede di revisione giudiziaria, anche solo per il fatto che le due attività si svolgono in momenti e da punti di vista differenti), ma piuttosto le modalità da seguire per giungere a definire il medesimo, modalità che rappresentano da un lato i criteri ai quali le amministrazioni devono attenersi nelle loro attività e dall'altro quelli che i giudici devono usare nella loro verifica<sup>3</sup>. Iniziando con le norme "di relazione", riguardo ad esse la revisione giudiziaria è molto limitata nel suo oggetto e nei poteri di cui il giudice dispone, il che è del resto specchio fedele del carattere a sua volta limitato (sia dal punto di vista quantitativo che da quello del loro contenuto) delle norme che disciplinano in primo luogo i rapporti reciproci tra amministrazioni e privati destinatari. In effetti la tutela giudiziaria in caso di violazione da parte delle amministrazioni pubbliche, pur essendo basata anch'essa sui principi dell'adeguamento marginale non è troppo dissimile da quella che caratterizza la disciplina delle relazioni giuridiche in generale nel sistema italiano, tanto nel diritto amministrativo, quanto nel diritto commerciale o in quello del lavoro anche dove non è coinvolta alcuna amministrazione. Le limitazioni di questo primo settore dell'attività giudiziaria, cioè della revisione riferita alle norme "di relazione" consistono soprattutto nel fatto che essa non può influire in alcun modo sull'attività dell'amministrazione, la quale a rigore resta fuori dal suo giudizio, in quanto le strutture giudiziarie si limitano a giudicare sulle conseguenze dell'attività. Solamente in via "incidentale" i giudici possono valutare lo svolgimento dell'attività amministrativa e sindacare i provvedimenti che ne rappresentano i risultati, ma questa attività di verifica non può portare né ad eliminare gli effetti degli atti emanati dalle amministra-

---

<sup>3</sup> In base a questo parallelismo sulla modalità di azione ma non sul contenuto dell'esercizio del potere pubblico, viene a delinearsi una situazione in cui la revisione giudiziaria è come detto limitata e sfaccettata, ma lo è, prima ancora che nella ripartizione delle competenze giurisdizionali tra giudici civili e giudici speciali, in relazione ai tipi di tutela giudiziaria previsti, i quali a loro volta dipendono dai diversi tipi di norme che regolano i differenti aspetti dell'attività amministrativa. In tal modo esistono diversi tipi di norme e di principi che disciplinano aspetti dell'esercizio del potere amministrativo i quali determinano (e in ciò sta il parallelismo a contenuto variabile tra amministrazione e giurisdizione) diversi tipi di giudizi; che poi tali diversi tipi di giudizi siano a loro volta suddivisi tra giudici appartenenti ad ordini giudiziari diversi costituisce una conseguenza logica di tale impostazione e tutti questi aspetti sono talmente intrecciati tra loro che l'evoluzione che da qualche decennio a questa parte sta portando all'estensione della giurisdizione dei giudici amministrativi finisce per così dire per "retroagire" sia sul tipo di giudizi che possono essere instaurati verso le amministrazioni e, più a monte, sugli stessi tipi di norme.

zioni, “annullandoli”, né consente di condannare le amministrazioni a svolgere una qualche attività che rientri nelle loro competenze autoritative, ma consente di ottenere delle condanne di tipo pecuniario, quali la condanna al risarcimento del danno o alla restituzione di somme indebitamente percepite, mentre eccezionali sono i casi in cui l'amministrazione può essere condannata a compiere un'attività specifica o a riparare alle conseguenze di una sua attività non conforme a legge. Questa revisione giudiziaria relativa alle norme di relazione è attribuita nel nostro ordinamento al giudice civile in base all'art. 2 del citato All. E alla legge n. 2248 del 1865, e le limitazioni che abbiamo descritto e che vengono in genere giustificate in base al principio della separazione dei poteri (ma che a nostro avviso sono la conseguenza logica del particolare tipo di legalità che disciplina l'azione amministrativa) sono previste dagli artt. 4 e 5 del citato All. E. Essa ha rappresentato l'unico tipo di tutela giudiziaria verso le amministrazioni dello stato italiano nei primi decenni dopo l'unificazione. Anche in questo caso, nonostante una impostazione ispirata a principi garantistici, che si rifaceva al sistema belga, basato all'epoca sulla competenza giudiziaria di un unico giudice (ed oggi invece evoluto anch'esso verso una ripartizione delle competenze tra giudici ordinari e amministrativi), e che prendeva addirittura a riferimento le autorità giudiziarie di common law, una impostazione che aveva portato ad abolire il sistema detto “del contenzioso amministrativo” di tipo francese tipico dello stato sabaudo, il risultato fu decisamente negativo, in quanto i limiti alla verifica operabile dal giudice civile, derivante a livello strutturale dalle citate norme e dai principi culturali, finirono per penalizzare rispetto al sistema precedente la tutela delle posizioni private.

*Tutto ciò, ad avviso di molti studiosi, (per tutti Nigro) avrebbe potuto portare ad estendere i poteri del giudice civile nei confronti dell'attività delle amministrazioni, ma ciò non avvenne, e a nostro giudizio non avvenne proprio per i principi culturali metagiuridici sui cui si basa la disciplina normativa sia della funzione amministrativa che di quella giudiziaria, principalmente su quello della applicazione variabile delle norme e dell'interesse pubblico. Si sviluppò invece, con la citata legge n. 5992 del 1889, emanata anche in attuazione delle idee di Silvio Spaventa (1822-1893) la revisione giudiziaria riferita alle norme dirette a disciplinare le modalità di svolgimento dell'attività amministrativa e solo in via mediata a regolare i rapporti con i privati interessati a tale svolgimento, cioè la revisione riferita a quelle che abbiamo chiamato “norme di azione”, la quale in negli anni successivi all'unificazione era considerata rientrare nella attività amministrativa, in*

quanto potere di procedere anche alla verifica della correttezza delle proprie decisioni. La competenza riguardo a tale revisione fu attribuita a giudici speciali, rappresentati inizialmente dal solo Consiglio di Stato competente in unico grado, che alle funzioni consultive aggiunse quelle giudiziarie (e in questa duplice veste è disciplinato dalla costituzione agli artt. 100 e 103) e quindi anche dai TAR in primo grado in seguito alla legge n. 1034 del 1971. Anche questo tipo di revisione relativo alle norme di azione è peraltro limitato e rappresenta un'altra sfaccettatura dell'attività giudiziaria che mal si combina con quella affidata al giudice civile, cosicché, in parte a causa dei suoi limiti e in parte a causa del suo carattere sfaccettato la revisione giudiziaria globalmente intesa finisce per non essere completa e per non incidere su alcuni importanti aspetti dell'esercizio dell'attività amministrativa. Essendo questo tipo di revisione riferita alle norme di azione, venne da subito riconosciuto ai giudici amministrativi il potere di sindacare in sede di cognizione l'attività delle amministrazioni e di intervenire sugli esiti, ma anche tale tipo di revisione giudiziaria non fu mai e non è una giurisdizione piena sulle decisioni delle amministrazioni, ma è piuttosto un altro momento di una giustizia che abbiamo definito "sfaccettata" che si unisce con gli altri in modo da dar luogo ad una verifica, incisiva, ma pur sempre parziale e delimitata dell'attività amministrativa. Infatti quella loro affidata ai giudici amministrativi è una revisione a fini "demolitori" che determina in caso di accoglimento delle istanze del privato l'annullamento degli atti emanati dalle amministrazioni e quindi l'eliminazione degli effetti giuridici determinati dall'azione amministrativa viziata da "illegittimità". Rimangono in una posizione secondaria in sostanza dipendente dal giudizio sulla legittimità dell'esercizio del potere amministrativo, da un lato la revisione a fini risarcitori delle conseguenze determinate dalla violazione delle norme di azione, dato che è stata ammessa solo in seguito a una lunga evoluzione fatta di elaborazioni da parte degli studiosi e di sentenze giudiziarie (dei giudici sia civili che amministrativi) e disciplinata dall'art. 30 cod. proc. amm., è prevista in termini molto ristretti ed assume un'importanza decisamente accessoria rispetto alla possibile decisione "demolitoria" che comporta l'annullamento dei provvedimenti illegittimi e dei loro effetti giuridici, e dall'altro lato la possibilità per gli organi giudiziari di imporre alle amministrazioni di adottare degli atti amministrativi specificamente determinati, in luogo di quelli dichiarati invalidi, sostituendosi in caso di inadempimento, possibilità che è prevista (anche qui al seguito di una lunga evoluzione della giurisprudenza) dall'art. 34 cod. proc. amm. Un'ulteriore evoluzione negli ultimi decenni ha portato in molti casi a concentrare



in capo ai giudici amministrativi la competenza a verificare, in relazione a determinate materie, il rispetto da parte delle amministrazioni di tutti i tipi di norme che ne vincolano l'azione. La qualcosa non ha peraltro creato un nuovo tipo di revisione giudiziaria "completo" che assommi in sé le caratteristiche della giurisdizione di tipo risarcitorio e di quella a fini demolitori, ma piuttosto ha di fatto attratto le relative materie nell'ambito della revisione a fini "demolitori" degli atti emanati dalle amministrazioni, relegando in una posizione secondaria e in sostanza dipendente dall'esito di quella, la revisione a fini risarcitori dei danni subiti, nonostante che quest'ultima può portare in questi casi alla corresponsione di somme maggiori, dal momento che è soggetta alle normali restrizioni per tale tipo di revisione giudiziaria presenti in sede civile, il che ci spinge ad affermare che anche tale tipo di giurisdizione relativa al rispetto di tutti i tipi di norme (di azione e di relazione) e che in quanto rientrante nella competenza dei soli giudici amministrativi è detto *giurisdizione esclusiva*, non è di fatto molto diverso nella sua impostazione e nel suo funzionamento rispetto alla generale attività giurisdizionale generale avente per oggetto la "legittimità" dell'azione amministrativa, cioè la sua conformità con quanto previsto dalle norme di azione.

Infine, un ultimo tipo di revisione giudiziaria, tanto limitato che sarebbe più corretto definirla in generale una "non verifica", è quella diretta a valutare le scelte effettuate dalle amministrazioni nei casi particolari in relazione all'individuazione dell'interesse pubblico non solo al fine di dichiararne la non conformità alle norme, ma anche al fine di imporre una nuova deliberazione. Sotto questo punto di vista l'attività giudiziaria rivela tutti i limiti che presenta nel nostro ordinamento, limiti che derivano ancora una volta dall'impostazione culturale e metagiuridica che sta a monte. Si è visto come la scelta in ordine alla individuazione degli obiettivi pubblici nei casi particolari, che nel nostro ordinamento è basata sulla discrezionalità variabile, è ritenuta essere soggetta alle norme di azione sostanzialmente solo per quanto riguarda la sua ragionevolezza, e che quindi per questo aspetto essa rientra tra i requisiti di legittimità dell'azione amministrativa. Da ciò deriva specularmente che la scelta discrezionale delle amministrazioni, relativamente alla definizione dei singoli obiettivi ritenuti di interesse pubblico è soggetta alla verifica di legittimità per quanto riguarda la sua ragionevolezza da parte del giudice amministrativo, mentre per ciò che concerne il contenuto effettivo delle decisioni, cioè la scelta tra diverse soluzioni egualmente ragionevoli (o non irragionevoli), è considerata non sindacabile dall'autorità giudiziaria, anche se rappresentata dai giudici speciali ammi-

nistrativi, in quanto attinente al “merito” della decisione amministrativa. Inoltre, ulteriore limite alla revisione giudiziaria sull’attività amministrativa, i giudici amministrativi (ma lo stesso discorso vale per i giudici civili per quanto di competenza) in caso di condanna delle amministrazioni per l’illegittimità della loro azione non possono imporre alla P.A. di procedere secondo determinate modalità ad una nuova decisione nel caso contestato né tantomeno possono sostituire le loro sentenze alle decisioni delle amministrazioni medesime, le quali sono in linea di principio, cioè in base al modello normativo astratto cui adeguarsi marginalmente, tenute ad ottemperare spontaneamente a quanto contenuto nelle sentenze emanate nei loro confronti: per i giudici amministrativi si veda l’art. 112 cod. proc. amm., per quelli civili l’art. 4 All. E legge n. 228 del 1865. Solamente in caso di atti che non comportino ulteriori valutazioni discrezionali (e si tratta in genere degli atti di minore rilievo economico e sociale) è possibile ai giudici amministrativi, e nei casi previsti (si pensi ad esempio alla materia dei rapporti di impiego pubblico) ai giudici civili, imporre una *condanna “ad un fare specifico”* alle amministrazioni, ed inoltre in sede di “esecuzione”, sostituirsi in caso di non adempimento alla prescrizione della suddetta condanna. In tal modo la scelta sempre variabile di individuazione dell’interesse pubblico, o meglio di individuazione del migliore assetto possibile tra interessi pubblici e privati, adeguata marginalmente ai parametri astratti fissati dalle norme o dai vertici delle amministrazioni, è considerata insindacabile e non predeterminabile in sede di revisione giudiziaria, in quanto rientrante in una sfera “riservata” del potere amministrativo, da tutelarsi da “invasioni di campo” da parte di quello giudiziario: avverso tale scelta sono possibili solo i ricorsi alle stesse autorità amministrative (ad esempio al superiore gerarchico) disciplinati dal d.p.r. n. 1199 del 1971. Come si può vedere il principio dell’adeguamento marginale che rende variabile le scelte discrezionali delle amministrazioni nei casi specifici dà addirittura luogo ad un concetto di separazione tra i poteri che, su questo punto, è diverso da quello presente negli altri ordinamenti europeo continentali dove, essendo la decisione già predeterminata dalla legge o comunque determinabile in base ad essa, ai giudici è consentito, come accade nei confronti delle parti private, sia condannare le amministrazioni ad un fare “specifico”, anche se comporta l’esercizio di potere autoritativi sia sostituirsi ad esse in casi inadempienza alla decisione, per non parlare dei sistemi anglosassoni dove ai giudici è consentito imporre alle amministrazioni oltre che adottare in prima persona tutti i provvedimenti autoritativi ritenuti necessari a tutelare i diritti individuali. In conclusione dell’analisi compiuta pos-

siamo, quasi banalmente, affermare che anche la revisione giudiziaria sull'azione delle amministrazioni pubbliche, ha un carattere e una forza vincolante verso le amministrazioni variabile, essendo ora capace di paralizzare l'azione amministrativa e (indirettamente) di costringere l'amministrazione interessata a "venire a patti" con privati, ora quasi inidonea anche solo a mettere in dubbio l'operato dell'amministrazione. Tutto questo ha ovvie conseguenze sulla possibilità di tutela in sede giudiziaria delle posizioni dei privati interessati.

*1.5. La posizione strutturale di vantaggio della P.A. (c.d. autotutela) rispetto al privato: il potere amministrativo è inesauribile e il suo esercizio conforma una stessa situazione come diritto soggettivo o interesse legittimo*

Per le attività in senso "dinamico" che i soggetti privati interessati dall'esercizio del potere amministrativo possono e/o debbono svolgere per cercare di influire su di esso o di contestarne gli esiti, la prima constatazione è che anche riguardo al ruolo dei privati nei confronti delle amministrazioni e dei giudici, nel nostro ordinamento la legislazione assume un ruolo dominante, in quanto è proprio nella legge che si trovano fissati quelle che abbiamo chiamato le linee di confine tra le attività dei privati ed i pubblici poteri; ciò a differenza di quanto accade nei sistemi anglosassoni, dove le attività consentite ai privati dipendono dal contenuto dei diritti individuali loro spettanti in base alla tradizione giuridica i quali possono essere solo ampliati dalle norme legislative. Infatti negli stati europeo continentali le attività private hanno una portata per così dire "derivata" rispetto al contenuto delle norme di legge e queste sono in un modo o nell'altro rese dipendenti dall'esercizio dei poteri pubblici in quanto è l'esercizio del potere pubblico ad essere disciplinato in primo luogo dalle norme di legge, mentre le posizioni dei privati rappresentano concettualmente ciò che "residua" al di là del limiti del suddetto esercizio, il che rappresenta la logica conseguenza della forma di stato "a diritto amministrativo", erede della monarchia a potere assoluto. Anche da questo punto di vista esiste una differenza fondamentale nell'ambito degli ordinamenti europeo continentali, tra quelli a legalità forte e/o a discrezionalità costante nell'azione amministrativa e quello italiano, a legalità debole e a discrezionalità variabile, riguardo a ciò, analogamente a quanto detto per le attività pubbliche, tale differenza è rappresentata dal fatto che mentre nei primi la portata e gli ef-

fetti giuridici delle attività dei privati nei confronti del potere pubblico sono predefiniti e quindi conoscibili a priori, o perché predeterminati dalla legge o perché definiti in base all'esercizio di un potere pubblico a discrezionalità costante, nel nostro sistema essi sono variabili e dipendono in genere (soprattutto nella materie di maggiore rilievo economico e sociale) dall'adeguamento marginale delle situazioni concrete ai modelli ideali astratti, che sono rappresentati sia dalle norme formali (di azione e di relazione) di riferimento che dagli obiettivi generali di interesse pubblico di competenza delle amministrazioni, tenendo conto peraltro che solo le prime rappresentano i punti di riferimento per l'attività giudiziaria diretta a precisare in caso di contestazione la portata delle posizioni dei privati, mentre i secondi (a parte la necessaria "ragionevolezza" della loro valutazione) rientrano nelle scelte "di merito" riservate alle amministrazioni. Questa variabilità della portata e degli effetti giuridici delle attività dei privati nei confronti dei poteri pubblici rappresenta dunque la logica conseguenza del modo di essere della legislazione, ed il completamento di quanto detto in tema di attività amministrativa e di revisione giudiziaria<sup>4</sup>.

Per i rapporti con le amministrazioni pubbliche, e con i soggetti ad esse equiparati, in relazione all'esercizio di funzioni autoritative, la portata e le conseguenze giuridiche delle attività dei privati interessati dipendono quindi dal tipo di norme che le autorità amministrative sono chiamate ad applicare quando entrano in rapporto con i destinatari della loro attività. È del resto in base al tipo di norme che disciplinano l'attività delle amministrazioni che gli studiosi hanno sempre distinto tradizionalmente le differenti posizioni giuridiche facenti capo ai privati, individuando da un lato le posizioni fissate almeno dal punto di vista del diritto formale nel loro contenuto dalla legge (salve tutte le diverse possibilità applicative di una legislazione ad adeguamento marginale) in quanto poste oltre i limiti stabiliti per l'esercizio del potere pubblico, cioè i "diritti soggettivi", legati al rispetto delle norme di relazione che stabiliscono i reciproci rapporti tra amministrazioni e privati, e dall'altro le posizioni condizionate nel loro contenuto, e quindi subordinate, già a livello di diritto formale alle decisioni variabili delle amministrazioni, cioè gli "interessi legittimi", legati al

---

<sup>4</sup>Per una analisi più dettagliata di tale impostazione del rapporto tra potere pubblico e soggetti privati, cioè tra stato e cittadini, un'impostazione che consente al primo di adattarsi in maniera molto duttile alle esigenze particolari dei singoli, che porta a forti disparità di trattamento in casi analoghi e si presta a molti abusi nel suo funzionamento patologico rimandiamo ancora ad "Adeguamento marginale e stato eventuale".