

MATILDE CARRÀ - WLADIMIRO GASPARRI

---

**ELEMENTI**  
di  
**DIRITTO AMMINISTRATIVO**

---

*Seconda edizione*



**G. Giappichelli Editore**

## Presentazione

---

Con la seconda edizione degli *Elementi di diritto amministrativo* si intende aggiornare la precedente e integrarla con le indicazioni bibliografiche – trattazioni generali, opere monografiche e scritti giuridici – che possono consentire un approfondimento delle tematiche del diritto amministrativo, anche ai fini della elaborazione della tesi di laurea.

Il testo mantiene la struttura e gli intenti dell'edizione originaria.

Per facilitare il primo approccio ad una disciplina complessa, come è il diritto amministrativo, si è ritenuto utile corredare l'esposizione con esemplificazioni e richiami ad alcune delle più importanti pronunce giurisprudenziali.

Lo studio del diritto amministrativo richiede la costante consultazione dei testi normativi di volta in volta richiamati e presuppone la conoscenza delle nozioni di base acquisite da altri settori disciplinari; in primo luogo dal diritto costituzionale: le pubbliche amministrazioni devono organizzarsi e devono agire nel rispetto dei principi costituzionali, alcuni dei quali hanno trovato concretizzazione in un testo normativo basilare per la materia, la legge 7 agosto 1990, n. 241, che disciplina il procedimento e alcuni aspetti sostanziali del provvedimento amministrativo.

Salvi i riferimenti essenziali, non sarà qui trattata e sarà data per conosciuta la sistematica delle fonti del diritto, che costituisce anch'essa parte del diritto costituzionale.

Inoltre, il diritto dell'Unione europea ha pervaso progressivamente larga parte del diritto delle amministrazioni pubbliche, incidendo in modo significativo sugli stessi principi che le amministrazioni devono rispettare nei rapporti con i cittadini e sul regime di alcuni istituti da tempo radicati nel diritto amministrativo. Anche la conoscenza delle nozioni di base del diritto comunitario, pertanto, deve essere stata acquisita ai fini di un più adeguato e proficuo approccio allo studio del diritto amministrativo.

Infine, ma non da ultimo, nell'ultimo ventennio si è sempre di più affermata la tendenza a preferire moduli consensuali nel rapporto tra singoli e pubbliche amministrazioni; di conseguenza neanche le nozioni fondamentali del diritto privato possono essere trascurate ai fini di una più solida preparazione della materia che qui si tratta.

Nella prima edizione del manuale si dava conto dell'ampio progetto di riforma dell'amministrazione pubblica delineato dalla legge delega 7 agosto 2015, n. 124 e precisato dai decreti legislativi delegati (c.d. *riforma Madia*).

I risultati ottenuti negli anni successivi non sono stati significativi e dichiarazioni di intenti riformatori di ampio raggio sono state rinnovate e non concretizzate anche dal governo formatosi dopo le elezioni politiche del 2018.

L'ennesima revisione del codice dei contratti pubblici è stata introdotta con un decreto legge (c.d. *sblocca cantieri*): il d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito nella legge 14 giugno 2019, n. 55, che ha apportato modifiche puntuali e in parte derogatorie alla già complicata disciplina codicistica del 2016.

La grave situazione emergenziale determinata dalla pandemia da Covid-19 ha dato una veste pressoché ordinaria alla prassi nazionale della decretazione di urgenza; la moltiplicazione dei decreti legge emanati dal governo non è stata limitata alla previsione di misure temporanee per fronteggiare la crisi sanitaria e contenere il numero di contagi; sono state apportate anche puntuali modifiche stabili alle norme vigenti, tuttavia scoordinate e rapsodiche, palesemente non supportate dalla necessaria *analisi di impatto della regolazione* (AIR), che da più di un decennio dovrebbe costituire (anche) nel nostro ordinamento lo strumento principale per migliorare la qualità della regolazione, soprattutto in termini di certezza e decifrabilità delle regole.

Poca chiarezza e scarsa qualità della regolazione, peraltro, si pongono in rotta di collisione con le politiche di semplificazione amministrativa che da decenni i testi normativi dichiarano di voler perseguire e che sono state assunte come prioritarie da uno dei decreti legge emanati nel corso della pandemia da *coronavirus*: il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito nella legge 11 settembre 2020, n. 120 (c.d. *decreto semplificazioni*). Privo di qualsiasi riconoscibile approccio sistemico, questo recente testo normativo contiene più di sessanta articoli di minuziose modifiche (e deroghe) a norme preesistenti relative ad ambiti (compreso quello penale) tra loro eterogenei, unificati dal lemma "semplificazioni" (*rectius*: deroghe) e dalla immaginata o imposta riduzione ex lege dei tempi dell'azione amministrativa. Peraltro, il continuo riferimento, nel testo del decreto semplificazioni, alla finalità di contrastare le ricadute negati-

ve della pandemia non sempre consente di stabilire il carattere stabile e durevole o, all'opposto, emergenziale e temporaneo delle norme novellate, che, del resto, sono confusamente e inspiegabilmente trasfuse in un unico corpo normativo.

Nonostante il sostanziale fallimento delle precedenti politiche di “semplificazione”, se ne confermano due delle direttrici portanti: la (ulteriore) estensione, per un verso, delle fattispecie che danno all'inerzia delle amministrazioni la copertura dell'atto (fittizio) di assenso e, per un altro, di quelle che sostituiscono i controlli *ex ante* con dichiarazioni o comunicazioni auto-certificate dei privati. Ancora una volta il legislatore va a incidere, quindi, sul solo procedimento amministrativo, contraendone fasi e tempi, senza intervenire né sulla qualità della regolazione per rendere più chiari e certi i parametri di operatività delle “semplificazioni”, né sulla (semplificazione de)gli apparati organizzativi, per indurre le amministrazioni a infondere maggiore *semplicità* e certezza ai rapporti con i cittadini, privilegiando l'emanazione di più affidabili (e celeri) provvedimenti, dal contenuto esplicito e facilmente decifrabile.

In una linea di continuità con la legge n. 124/2015, la legge n. 120/2020 assegna all'incremento e al perfezionamento dell'utilizzazione di tecnologie digitali da parte delle pubbliche amministrazioni e alla maggiore diffusione dei servizi pubblici in rete il ruolo di volano della semplificazione, rafforzato dalla esperienza forzosamente maturata nel corso della pandemia, che ha portato anche alla sperimentazione di nuove e più agili modalità di espletamento delle mansioni lavorative da remoto (c.d. *smart working*).

La legge richiama, inoltre, strumenti e tecniche già previste dal codice dell'amministrazione digitale, come la disponibilità di banche dati condivise, interoperabili e consultabili in modalità telematica, il “fascicolo informatico” per la gestione dei procedimenti, il “domicilio digitale” come mezzo di comunicazione e notifica tra amministrazione e privati, il riconoscimento di un generale diritto di accesso ai servizi *on line* attraverso l'identità digitale ecc.; sembra voler imprimere un'accelerazione al processo – ancora embrionale e denso di nodi teorici e logistici tuttora irrisolti sui quali si sta interrogando la riflessione giuridica – di transizione da una attività amministrativa *antropomorfa* ad un'attività (procedimentale e provvedimentale) sempre più automatizzata.

Non sono ancora precisamente definite, peraltro, le misure per concretizzare due dei presupposti basilari di tale processo e anch'essi già indicati dal codice dell'amministrazione digitale: la (preannunciata e non realizzata, come è emerso chiaramente nel corso dell'emergenza sanitaria da Covid-19) alfabetizzazione informatica generalizzata dei cittadini e una formazione informatica dei dirigenti e dei dipendenti pubblici, in grado di far acquisire loro adeguate conoscenze e professionalità digitali.

Ancora una considerazione nella presentazione della seconda edizione degli *Elementi di diritto amministrativo*.

L'emergenza sanitaria causata dalla diffusione del virus Covid-19 ha evidenziato la necessità di definire standards alti di protezione della tutela della salute collettiva, oltre che individuale; ha fatto assurgere il principio di precauzione – da tempo affermato dall'ordinamento europeo e recepito da diverse disposizioni legislative nazionali – al ruolo di principio primario dell'azione dei poteri pubblici che, ai diversi livelli istituzionali, devono essere in grado di disporre misure idonee a prevenire rischi e a gestire emergenze sanitari(e) e ambientali anche di rilevante gravità.

Questo profilo, però, non ha catturato l'attenzione della decretazione d'urgenza, né ha indotto a concretizzare il principio di precauzione dando effettività al metodo, richiesto primariamente dall'art. 11 TFUE, di integrare la tutela dall'ambiente nella definizione e attuazione di tutte le politiche e azioni nazionali, anche al fine di aumentare la resilienza agli attacchi di virus e batteri, generatori di epidemie e pandemie.

gli autori

Firenze, 28 febbraio 2021

La Parte I (*Introduzione al diritto amministrativo*) e la Parte II (*Organizzazione amministrativa*) sono di Wladimiro Gasparri. La Parte III (*Attività amministrativa*) è di Matilde Carrà.

Parte Prima

*Introduzione al diritto amministrativo*

*Metodo, formazione storica del sistema amministrativo,  
principi e statuto costituzionale*

Un ringraziamento particolare a Francesca Tesi e Lorenzo Ricci che assieme a Beatrice Manni e Alessandro Corrieri sono stati una costante e preziosa collaborazione nelle ricerche bibliografiche e nella revisione del testo.

## Capitolo 1

# *L'amministrazione pubblica e il diritto amministrativo La specificità della disciplina*

---

SOMMARIO: 1. Una necessaria premessa: l'amministrazione pubblica nello Stato moderno. – 2. La disciplina dell'amministrazione pubblica e la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. – 3. I mutamenti della rappresentazione del diritto amministrativo, tra specialità, ricerca delle regole del potere e prerogative dell'individuo. La Costituzione e il diritto amministrativo. – 4. L'ibridazione degli ambiti disciplinari: le regole del potere pubblico tra diritto amministrativo e diritto civile. – 5. La contaminazione disciplinare e la complessità sociale. – 6. L'azione amministrativa secondo le norme di diritto privato: il modulo negoziale quale forma ordinaria dell'attività. – 7. L'organizzazione amministrativa e la cura degli interessi della collettività sociale. – 8. L'assetto della convivenza sociale tra funzione amministrativa e servizio pubblico. – 9. Le differenti tipologie di attività amministrativa. – *Bibliografia.*

### *1. Una necessaria premessa: l'amministrazione pubblica nello Stato moderno*

C'era una volta un sovrano che affermò «l'État, c'est moi»: quel sovrano, secondo la tradizione, era Luigi XIV e l'espressione indicava il chiaro impianto assolutistico della monarchia con l'inevitabile personalizzazione del potere. Quell'epoca non soltanto è cronologicamente lontana, ma anche storicamente superata grazie alle rivoluzioni intervenute nel frattempo a mutare lo stato delle cose sia nella forma di stato e nei suoi rapporti con i cittadini, che nell'equilibrio politico tra le classi sociali.

Questa fondamentale differenza appare evidente nella distanza che separa lo Stato assoluto, quello in cui il territorio (e lo stesso popolo) era considerato patrimonio della Corona che poteva liberamente disporre (cedendolo gratuitamente, vendendolo o costituendolo in dote) e tutto

il potere sovrano era concentrato nelle sue mani, dallo Stato di diritto quale espressione di tutti i cittadini, titolari di diritti che nessuna autorità può disconoscere, in cui il potere non può essere arbitrario perché incontra diritti e principi che precedono la sovranità e sono per essa indisponibili. Nello Stato di diritto l'unico diritto riconosciuto valido è il diritto positivo, ossia l'espressione della volontà dello Stato, in grado altresì di assicurare il controllo dei poteri dello Stato, dando luogo ad un sistema «caratterizzato da certi requisiti giuridico-formali atti a limitare l'arbitrio del potere e a garantire una sfera di libertà individuale» (M. Weber). Si tratta, in altre parole, dell'affermazione del principio di legalità che, assieme a quello di certezza del diritto, è l'elemento fondamentale dello Stato di diritto.

Questo nuovo assetto poggia su una irrinunciabile garanzia: la divisione dei poteri per cui il potere sovrano dello Stato appare come la risultante di un meccanismo complesso e articolato in cui i diversi soggetti costituzionali hanno ciascuno una parte specifica di potere da contrapporre a quella degli altri, con lo scopo di precludere che un qualsiasi potere possa arbitrariamente prevalere sull'altro e attentare alle libertà e ai diritti del cittadino. Gli organi dello Stato che dispongono del potere di fare le leggi sono distinti da quelli che amministrano la giustizia ed entrambi sono separati da quegli altri che hanno il compito di amministrare e dare attuazione alla legge. Qualunque sia l'indirizzo politico di maggioranza che trova la propria sintesi nel Governo, esso non potrà mai violare l'indipendenza della magistratura, imponendo di giudicare i cittadini in un certo modo piuttosto che in un altro, né potrà imporre all'amministrazione pubblica di discriminare i cittadini che partecipano ad un concorso pubblico in base a criteri diversi da quelli della preparazione e della idoneità.

In questo contesto, che conserva ancora oggi il suo pieno significato istituzionale, l'attenzione deve essere rivolta allo Stato-soggetto o Stato-persona, soggetto distinto e separato rispetto a tutti gli altri, che assume la veste di apparato centralizzato monopolizzatore della forza funzionalizzato al governo della società. Di questo complesso apparato, qui interessa quello 'amministrativo-burocratico' caratterizzato dalla sua professionalità e subordinazione ad un vertice politico (il Governo) con il quale intrattiene un generale rapporto diretto, da un disegno organizzativo predeterminato, stabile e certo, da una moltitudine di persone che prestano la loro opera al servizio dell'apparato e dalla disponibilità di mezzi strumentali e finanziari finalizzati agli scopi che devono essere perseguiti, da una attività giuridicamente rilevante sviluppata attraverso schemi di comportamento legalmente precostituiti quale via necessaria per il conseguimento dei fini predeterminati (G.U. Rescigno).

Naturalmente la presenza di un apparato burocratico-amministrativo

non è una prerogativa soltanto dello Stato-persona. L'esistenza di apparati di questa natura, di differente dimensione e titolari di svariate funzioni, è una delle principali caratteristiche della società moderna: basti ricordare che, oltre allo Stato, esistono altri enti pubblici territoriali (Regioni, Province, Città metropolitane, Comuni), tutti a loro volta affiancati da enti pubblici c.d. funzionali (ad esempio, I.n.p.s., I.n.a.i.l., ecc.) e tutti dotati di un proprio apparato burocratico. Talché l'espressione 'amministrazione pubblica' ricomprende una pluralità di fattispecie anche molto diverse tra loro. Dipende quindi dal contesto, capire se l'espressione 'amministrazione pubblica' è intesa genericamente come l'insieme di tutte le amministrazioni pubbliche dei diversi soggetti pubblici o se invece intende individuare uno specifico apparato burocratico (dello Stato, della Regione, ecc.).

Fermo tutto quanto appena detto, l'immagine dell'amministrazione pubblica non appare sempre correttamente messa a fuoco.

Quando si dice 'Stato' sottintendendo 'amministrazione pubblica' si pensa immancabilmente all'agente di pubblica sicurezza oppure all'agenzia delle entrate, si pensa cioè allo 'Stato-amministrazione' come 'autorità', potere estraneo al cittadino, destinato a sovrastarlo e ad imporsi alla sua volontà. L'immagine è quella dell'autorità dotata di potere inteso come 'privilegio di farsi obbedire' (G. Tarde).

Questo concetto di amministrazione pubblica non è inesatto, ma è comunque imperfetto. Se appare logico associare lo 'Stato-amministrazione' all'agente di pubblica sicurezza o delle imposte, non deve neppure essere dimenticato che a quello stesso concetto deve essere associata l'idea del medico, del maestro, della previdenza sociale. Esiste uno Stato che chiede qualcosa al cittadino (ad esempio, che tenga un certo comportamento nello svolgimento di una determinata attività) e si impone quale 'potere esorbitante' e c'è lo Stato che dà, che si prende cura del benessere dei cittadini (ad esempio, organizzando il servizio sanitario nazionale) in cui il profilo del potere è stemperato in un'attività di prestazione e di distribuzione di utilità sociali che ne costituisce la finalità istituzionale.

Tuttavia, l'associazione logica 'Stato/autorità' lascia intravedere una realtà sopravvissuta all'evoluzione storica: lo Stato è autorità e l'amministrazione pubblica continua a presentarsi al cittadino nella sua veste forte, di potere che provoca soggezione e pretende rispetto. Quale sia l'origine di questo fenomeno, quali siano i confini del potere pubblico, come sia possibile risolvere il conflitto e conciliare i diritti e le libertà del cittadino con l'autorità pubblica: ecco le domande a cui dobbiamo rispondere attraverso l'analisi di quel complesso sistema giuridico rappresentato dal diritto amministrativo, quella branca del diritto definibile come il sistema dei principi e delle regole preordinate a disciplinare

l'organizzazione e l'attività concreta di individuazione e realizzazione degli interessi pubblici previsti dalla legge.

Tutto questo è di estremo interesse per chiunque perché nella nostra vita quotidiana l'incontro (e il confronto/conflitto) con l'amministrazione pubblica è non soltanto molto frequente, ma addirittura inevitabile, anche laddove in ipotesi l'individuo intendesse limitare al minimo la propria attività. E tutto ciò ha inizio molto presto: il primo atto dei genitori consiste nella denuncia della nascita del figlio all'ufficiale dello Stato civile (artt. 19 ss., d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396); poi quel figlio cresce e deve sottostare all'obbligo scolastico («l'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita»: art. 34 Cost., obbligo elevato a 10 anni dall'art. 1, co. 622, legge 27 dicembre 2006, n. 296); infine quando diventa adulto l'incontro con l'amministrazione pubblica diviene una costante a partire, con il conseguimento della maggiore età, dalla richiesta di rilascio della patente di guida per la conduzione su strade pubbliche di autovetture (artt. 115 ss., d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, e succ. modif. e integr.).

A tutto ciò deve aggiungersi il fatto che, con forme e modalità diverse, le libertà e i diritti dei cittadini possono essere oggetto di una pluralità di ingerenze della pubblica autorità o richiedere il suo intervento: espropriazioni per pubblica utilità, requisizioni, precettazioni, tributi, autorizzazioni, licenze, permessi, nulla-osta ecc. Ad esempio, il privato proprietario può essere espropriato, salvo indennizzo, per motivi di interesse generale (art. 42, co. 3, Cost.); il soggetto privato che voglia edificare sul proprio fondo deve ottenere un permesso edilizio dal Comune competente (artt. 10 ss., d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380); chi vuole avviare un'attività di somministrazione di alimenti e bevande deve presentare una segnalazione certificata di inizio attività all'amministrazione comunale (d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59); colui che voglia dotare il proprio esercizio commerciale di un insegna deve richiedere un'autorizzazione alla sua installazione (art. 47 Codice della strada).

Qualcosa di profondamente diverso accade con riferimento agli altri poteri dello Stato: l'incontro tra il cittadino e il potere legislativo è raro e limitato (è il caso della 'petizione' che qualsiasi cittadino può rivolgere alle Camere «per chiedere provvedimenti legislativi o esporre comuni necessità»: art. 50 Cost.), così come resta raro l'incontro con il potere giudiziario perché presuppone o l'incertezza circa l'applicazione di una norma ad un fatto ovvero la violazione di una legge.

Nel corso della storia, quindi, le relazioni tra cittadino e Stato hanno, per lo più, rinvio all'esercizio di una specifica funzione, quella amministrativa. Un rapporto che, a seguito della evoluzione della società verso forme sempre più complesse, è divenuto costantemente maggiore ed evidente. Se in epoche ormai remote il potere statale assumeva rilievo

soprattutto per la funzione giudiziaria, con lo Stato contemporaneo la trama dei rapporti con il cittadino è diventata molto fitta, soprattutto in forza del fatto che l'amministrazione pubblica è stata investita dalla legge di compiti non più soltanto di ordine pubblico, ma anche di benessere, preordinati come tali a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale e promuovere il pieno sviluppo della persona umana» che hanno determinato una sua presenza sempre più ampia nella società e nell'economia, non soltanto in forma autoritaria ma più di frequente di natura negoziale.

Tutte queste differenti vicende sono tenute assieme da un identico elemento: in ognuna di esse l'intervento dell'amministrazione pubblica, tanto nella forma dell'esercizio del pubblico potere quanto nelle forme negoziali, ha un fine comune rappresentato dalla cura dei pubblici interessi definiti dalla legge. Il soggetto privato ha certamente il diritto di godere e disporre delle cose, ha il diritto di produrre e di commerciare, ha diritto all'istruzione, ha diritto alla salute, ma queste sue prerogative devono coesistere non soltanto con gli eguali diritti e le libertà dei soggetti terzi, ma anche con gli interessi pubblici affidati alla cura dell'amministrazione (ad esempio quello alla realizzazione di opere pubbliche di risanamento idro-geologico o quello alla corretta trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comunale, quello alla salvaguardia del paesaggio, quello all'igiene degli alimenti e delle bevande o alla salubrità dell'aria negli ambienti di lavoro, quello relativo alla sostenibilità economico-sociale del servizio).

Tutto questo dà vita ad una relazione, spesso conflittuale, tra soggetti (quello coinvolto direttamente, i soggetti terzi e l'amministrazione pubblica) tutti sottoposti alla legge, la quale tende sempre più a renderli uguali, titolari di diritti e obblighi, con la consapevolezza che tra gli interessi in conflitto vi è comunque una diversità di 'peso'.

Da questa realtà, che in astratto è abbastanza semplice e di facile comprensione, nascono infinite difficoltà quando si tratta di bilanciare, ponderare e conciliare in concreto i diversi interessi (pubblici e privati) tra loro e adottare le conseguenti decisioni. Difficoltà che il diritto amministrativo cerca di ordinare, disciplinare e risolvere per tener dietro ai mutamenti della realtà sociale.

## *2. La disciplina dell'amministrazione pubblica e la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*

La disciplina dell'amministrazione pubblica è costruita sulla distinzione tra le categorie del '*pubblico*' e del '*privato*'. Benché questa distinzione sia caratterizzata da una continua instabilità legata alle tensioni

che scaturiscono dai mutamenti dei caratteri economici, politici e sociali nei diversi momenti storici, dall'esperienza romanistica in poi, essa ha contribuito a caratterizzare l'ordinamento giuridico e conserva uno specifico valore come strumento per ordinare il metodo di ricerca, seppure in assenza della possibilità di fissare per sempre la sostanza di un concetto. In ragione di ciò, il campo del diritto è stato, per comune condivisione, ripartito in due ambiti: il diritto pubblico e il diritto privato in generale, il diritto amministrativo e il diritto civile in particolare.

La ripartizione è stata tradizionalmente fondata su un criterio che può essere riassunto in questi termini: la dimensione del '*diritto privato*' attiene alle posizioni di libertà (civili ed economiche) dei soggetti che si vincolano gli uni agli altri mediante autonomi atti di volontà, mentre la dimensione del '*diritto pubblico*' riguarda la doverosità di soddisfare quegli interessi che non possono essere soddisfatti individualmente e di svolgere quei compiti di cura generale (al fine di rimuovere le disegualianze di partenza) ed assicurare risultati altrimenti non conseguibili se non mediante la loro imputazione ad un soggetto espressione della collettività generale e dotato di un *potere di comando* così da vincolare unilateralmente i soggetti terzi con un suo atto di volontà (lo Stato).

Questi due aspetti portano con sé una serie di corollari.

La libertà dell'individuo si traduce nell'affermazione dell'autonomia privata ossia nella facoltà di autoregolare i propri interessi (tramite il ricorso al contratto) nei limiti di ciò che non è '*illecito*': autonomia è la possibilità di decidere sul *se*, sul *come* e sul *quando* raggiungere un certo scopo, lecito e liberamente determinato (è possibile fare tutto ciò che le norme non vietano). Il diritto privato è, quindi, il diritto che regola i rapporti tra soggetti formalmente uguali (salvo le eccezioni riconosciute in favore della parte più debole) che si vincolano gli uni agli altri mediante autonomi atti di volontà e, dunque, se e nei limiti in cui liberamente decidono di dare vita ad una determinata relazione giuridica.

La doverosità configura la necessità dell'esercizio di un pubblico potere per perseguire, in maniera obbligatoria, una finalità eteronoma di cui il soggetto titolare non può disporre (indisponibilità del fine determinato dalla legge). Il diritto pubblico (e quello amministrativo, in particolare) è essenzialmente il diritto che regola la relazione tra un soggetto (autorità pubblica), dotato di un potere autoritativo (attribuitogli dalla legge) per il conseguimento di un interesse pubblico (determinato dalla legge), e i soggetti nella cui sfera giuridica quel potere è destinato ad imporsi ed a produrre (direttamente o indirettamente) i propri effetti, attraverso un atto di volontà esorbitante, conformato sulla categoria del '*legittimo*': è possibile fare soltanto ciò che le norme permettono e la '*legittimità*' è la condizione di esercizio del potere. La vicenda giuridica, in questo caso, non è fondata sul consenso, ossia non possiede di per sé

una morfologia bilaterale e paritaria, ma è costruita sull'autorità, configurandosi come unilaterale, in cui sono destinate a fronteggiarsi parti diseguali.

In conclusione, appare confermata l'idea che la differenza tra diritto amministrativo e diritto civile risieda non nel fatto che «il rapporto tra Stato e persona privata sia diverso dal rapporto tra persone private, ma nella differenza tra una creazione autonoma ed una creazione eteronoma di norme secondarie» quali fonti della suddetta relazione (A. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, V ediz., Milano, Etas, 1966, p. 210).

### 3. *I mutamenti della rappresentazione del diritto amministrativo, tra specialità, ricerca delle regole del potere e prerogative dell'individuo. La Costituzione e il diritto amministrativo*

L'affermazione della autonomia scientifico-disciplinare del diritto amministrativo, come corpo di regole e principi di diritto pubblico e come disciplina giuridica tipica dell'organizzazione dei soggetti e delle attività di amministrazione, è avvenuta attraverso un processo storico complesso che caratterizza la vicenda costitutiva degli Stati moderni. Essa è legata alla disciplina di quel particolare soggetto (pubblico) costituito dallo Stato (e dagli altri enti ad esso equiparati) e delle sue relazioni con gli altri soggetti dell'ordinamento ed è fondata sull'attribuzione di competenza e responsabilità ai singoli attori pubblici (le amministrazioni pubbliche). I problemi del potere, della sua giustificazione e della legittimazione al suo esercizio, oggetto del diritto amministrativo, si pongono necessariamente allorché le relazioni giuridiche esorbitano dal più semplice schema dell'atto di disposizione o di godimento, posto in essere direttamente dal titolare dell'interesse o fondato sulla volontà negoziale delle parti, e viene introdotta la figura di un soggetto estraneo al rapporto con il compito di effettuare scelte ed assumere decisioni destinate a produrre effetti nella sfera giuridica di soggetti terzi senza o contro la loro volontà.

La costruzione di questo sistema disciplinare ha attraversato fasi differenti.

Ancora all'inizio degli anni '90 dell'Ottocento, i principi e le regole del diritto privato costituivano gli strumenti ordinanti dell'organizzazione e dell'attività amministrativa. Il diritto amministrativo riproponeva molti dei concetti e degli istituti del diritto privato: l'espropriazione per pubblica utilità era spiegata e ricostruita quale 'vendita forzata'; la concessione (ad esempio, per l'esercizio del servizio ferroviario) era configurata come atto avente natura contrattuale; nella materia dell'impiego

pubblico, la relazione tra l'amministrazione e il funzionario era ricondotta, per lo più, alla locazione d'opera oppure al 'mandato civile'. Quanto al concetto di atto amministrativo, esso era usato dalla giurisprudenza in maniera promiscua con l'espressione 'atto d'imperio', senza peraltro precisarne mai il contenuto e la stessa legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, riconoscendo la sussistenza del diritto soggettivo anche di fronte ad atti d'autorità, negava l'imperatività dell'atto intesa come forza degradante le situazioni soggettive degli amministrati.

La riconduzione della disciplina dell'amministrazione pubblica al diritto privato (e all'ambito contrattuale, in particolare) aveva, almeno in parte, la sua ragion d'essere nel fatto che questa costruzione costituiva il compromesso per continuare a garantire alle vecchie classi dominanti gli antichi privilegi a fronte di una legislazione che iniziava una loro lenta rimozione.

La trasformazione pubblicistica del diritto amministrativo e l'affermazione della sua autonomia scientifica coincidono con la grande pubblicizzazione tra fine Ottocento e inizio Novecento, con l'obiettivo di costruire uno Stato unitario forte, dotato di un diritto speciale e, in questa nuova veste, in grado di governare e accompagnare la concomitante crescita economico-sociale di quegli anni. Questa trasformazione poggia sull'idea di Stato inteso quale «sintesi di tutti i poteri sovrani», persona giuridica «munita di una propria coscienza e di una propria volontà operante, nella cui affermazione risiede il concetto di sovranità» (V.E. Orlando). Lo Stato diventa il soggetto giuridico per eccellenza, la sovranità la matrice disciplinare dell'intero discorso pubblicistico. L'importazione di questo sistema nel diritto amministrativo finiva per tradurre la 'sovranità' nell'«immagine potestativa [...] come momento di comando incoercibile, di decisione, di disegualianza» (P. Costa), dunque come potere d'imperio, idoneo, innanzitutto, ad imporsi ai relativi destinatari, modificandone o distruggendone le posizioni giuridiche, non per effetto della volontà occasionale dello Stato, ma in nome di una preconstituita soggezione alla sovranità. Iniziava così a prendere forma l'idea della 'imperatività del potere pubblico', quale concetto giuridico sul quale conformare lo schema dominante/dominato, in cui la 'qualità' dei soggetti costituiva già il parametro della differenziazione tra il soggetto sovraordinato (lo Stato ovvero l'amministrazione pubblica) e il soggetto sottoordinato (l'individuo), della subordinazione della libertà del cittadino all'autorità imperante statale.

La necessità e lo sviluppo del diritto amministrativo, quale autonoma disciplina 'speciale', veniva dunque costruita sull'idea che l'autorità avesse in sé «il suo principio e il suo titolo» (F. Persico), da cui si faceva conseguire l'inadeguatezza strutturale e funzionale, teleologica, delle regole di diritto privato per il conseguimento del fine pubblico attribuito alla sua cura. Il nuovo modello era interamente incardinato attorno alla

specialità del *potere di comando* del soggetto pubblico e dava luogo ad una costruzione teorica che assicurava il dispiegamento di quella superiorità sugli individui (è sufficiente per il momento richiamare la c.d. 'teoria dell'affievolimento o della degradazione del diritto soggettivo').

Il mutamento della sua rappresentazione è, inoltre, strettamente collegato alla formazione di un sistema di norme connotate da alcuni caratteri specifici. In particolare, queste norme: (i) assumono carattere cogente e inderogabile ed escludono la disponibilità del fine da parte del soggetto agente, dal momento che esso è posto nell'interesse della collettività e deve necessariamente essere perseguito attraverso l'azione doverosa dell'autorità competente; (ii) definiscono gli effetti dell'attività posta in essere attraverso provvedimenti che hanno la forza di produrre conseguenze giuridiche nella sfera giuridica del destinatario a prescindere dalla volontà di quest'ultimo (imperatività); (iii) dispongono che la loro violazione comporta l'invalidità del provvedimento.

Tutto ciò era perfettamente coerente con il passaggio da un sistema di tutela giurisdizionale monistico (incardinato sul giudice ordinario, il diritto soggettivo e l'azione risarcitoria: legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E) ad un sistema di tutela dualistico, costruito sulla doppia giurisdizione, nel quale la tutela nei confronti dell'amministrazione pubblica venne assegnata alla IV sezione del Consiglio di Stato, istituita dalla legge 31 marzo 1889, n. 5992. Quest'ultima attribuiva al giudice amministrativo «di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti o provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici» (art. 3) (c.d. controllo di legittimità), e il potere, in caso di accoglimento del ricorso, di «annulla[re] l'atto o il provvedimento, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa» (art. 17) (c.d. tutela costitutiva o di annullamento).

È in questo momento storico, caratterizzato da un duplice mutamento (teorico e normativo) assecondato dalla giurisprudenza amministrativa che tanta parte avrà in questo processo di formazione, che si afferma definitivamente l'idea secondo cui diritto amministrativo «è il diritto comune, ordinario per i rapporti tra individuo e Stato, come quello che risponde alla natura dei subbietti e dei rapporti; il diritto privato non può apparire come regolatore di quei rapporti se non in via eccezionale», cosicché i rapporti fra individuo e Stato «debbono presumersi regolati dal diritto [amministrativo], se non v'è espressa o chiara ragione in contrario» (F. Cammeo). Nei suoi sviluppi successivi questa idea ha condotto ad affermare che il diritto amministrativo non è un complesso di norme eccezionali, rispetto allo *jus commune* rappresentato dal diritto civile, ma «costituisce esso stesso *jus commune*, vale a dire un sistema giuridico autonomo, parallelo al diritto civile» (R. Alessi).

L'oggetto iniziale di questo complesso di norme è stato storicamente costituito dalla disciplina del conflitto tra autorità (pubblica) e libertà (individuale), nell'ambito del quale all'amministrazione era riconosciuto uno specifico 'potere d'imperio' allo scopo «di soddisfare gli interessi collettivi del popolo, vuoi di conservazione, vuoi di benessere» (O. Ranelletti). Anche laddove, per l'esercizio del potere, erano previste rigorose forme procedurali, il loro scopo era quello di 'ordinare' l'attività e lo stesso coinvolgimento del soggetto privato costituiva un mero apporto collaborativo (è il caso dell'espropriazione per p.u.: legge 25 luglio 1865, n. 2359).

In questo conflitto stanno di fronte parti ineguali, irriducibili ad unità: lo Stato (l'amministrazione pubblica) e i soggetti privati, in contesa tra loro, soggetti di una relazione asimmetrica, conflittuale, caratterizzata dall'*imperio* del soggetto pubblico e costruita sulla divergenza dei reciproci interessi. Un conflitto che ha origine nell'attribuzione al soggetto pubblico del compito di curare un interesse sovra-individuale, non egoistico, mediante l'esercizio di un potere 'esorbitante' (rispetto a quelli conosciuti nel diritto privato), in grado di imporsi alla volontà altrui, che per questa ragione si trova al suo cospetto in una posizione certamente di soggezione. L'esempio più immediato è quello della tutela dell'ordine pubblico, in cui l'amministrazione competente può adottare provvedimenti limitativi della libertà personale. Ma altrettanto può accadere nell'ipotesi in cui debba essere realizzata un'opera pubblica che necessiti della espropriazione di un bene altrui e dunque della sua sottrazione coattiva. Ed è, ancora, il caso in cui lo svolgimento di un'attività o la realizzazione di un'opera da parte di un soggetto privato richieda il rilascio di un preventivo atto di assenso (autorizzazione) da parte dell'amministrazione competente.

Tutto questo si è, per lungo tempo, tradotto in una relazione di supremazia speciale dell'amministrazione pubblica sulla sfera individuale del soggetto privato, una supremazia che non trovava alcun ostacolo nelle posizioni giuridiche soggettive vantate da quest'ultimo, che erano naturalmente cedevoli di fronte all'esercizio unilaterale del potere pubblico e destinate a 'degradare' ad interesse legittimo.

Questa rappresentazione storica del diritto amministrativo ha dovuto, poi, confrontarsi con il nuovo quadro ordinamentale e istituzionale all'indomani della Costituzione e, quindi, innanzitutto, con il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'individuo e l'affermazione dei valori della solidarietà e dell'uguaglianza.

La Costituzione muta il 'punto logico di partenza': afferma la centralità dell'individuo, riconosce i fenomeni sociali, individua nei rapporti sociali possibili ostacoli alla libertà e all'uguaglianza, richiede un intervento positivo dello Stato e dei pubblici poteri per riempire di contenuti

i principi di libertà, solidarietà ed uguaglianza nelle loro singole manifestazioni. Ma procediamo per gradi.

Al centro della visione costituzionale della storia si pone l'individuo e non più lo Stato: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo» (art. 2 Cost.). Lo Stato assume un compito specifico, parte della sua stessa ragione d'essere, quello di garantire l'intangibilità di quella sfera contro qualsiasi violazione, senza alcuna invasione da parte sua.

La rinnovata posizione dell'individuo come elemento originario e come fine del progetto costituzionale muta la rappresentazione del diritto amministrativo: inizia così una lenta evoluzione preordinata a ricondurre il potere esorbitante sotto la legge ed a renderlo 'calcolabile'. La specialità della relazione tra individuo e amministrazione pubblica diventa l'oggetto sia di molteplici confutazioni teorico-dogmatiche, sia di importanti interventi legislativi e giurisprudenziali che, in tempi diversi, affrontano l'esigenza che quello stesso potere sia regolato ossia prevedibile nelle forme, nelle modalità di esercizio e negli effetti prodotti.

L'idea della 'specialità' è stata così affiancata/sostituita dall'idea che la relazione tra pubblico potere e soggetto privato non è *a priori* diseguale, ma è dettata dalla norma giuridica che identifica gli ambiti e i modi della dominanza pubblica. L'immagine di un'autorità dotata d'*imperio* è sostituita dalla ricerca delle regole di quel medesimo potere, in cui la potestà pubblica deve immancabilmente convivere con le ragioni dell'individuo e che trova la sua più completa rappresentazione nella disciplina costituzionale. In cui l'obbligo (di dare, di fare o di sopportare) che il potere unilateralmente impone al soggetto passivo è circondato di limiti e l'osservanza di questi si può benissimo tradurre in altrettanti diritti, che il soggetto destinatario dell'esercizio del potere può far valere, davanti al giudice, avverso l'esercizio di una pretesa esorbitante.

Tutto questo non ha peraltro determinato la scomparsa della necessità di attribuire una quota di 'potere autoritativo' al soggetto pubblico. Infatti, la Costituzione né limita, né riserva la propria attenzione esclusivamente all'individuo isolato, considerato di per sé. Alla costruzione statica dell'individuo, se ne lega una dinamica che pone l'individuo in rapporto con gli altri soggetti nell'ambito di quel fenomeno più complesso rappresentato dall'aggregazione sociale: questo nesso appare evidente laddove «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» (art. 2 Cost.), nonché dove «lo sviluppo della persona umana» è associato alla «effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, co. 2, Cost.).

Il riconoscimento della socialità dell'individuo va di pari passo con un'idea di società non come «insieme di rapporti spontaneamente ed

armonicamente orientati verso un fine di progresso e di valorizzazione dell'uomo, ma come *sede di conflitto e di disuguaglianza*» (A. Orsi Battaglini). Per la loro stessa esistenza, i fenomeni sociali sono in grado di produrre situazioni di disparità tra gli individui e dunque ostacoli alla loro libertà e uguaglianza. Tutto ciò pone il problema del rapporto tra individuo e società, tra gruppi sociali, tra gruppi sociali e Stato, tra società e Stato e della soluzione dei possibili conflitti.

Se la libertà, la solidarietà e l'uguaglianza sono i valori originali e i fini essenziali dell'individuo e se essi risultano *in concreto* limitati dalle condizioni reali che originano dalla spontanea dinamica dei rapporti sociali, allora si impone la previsione dell'intervento ri-equilibratore dello Stato e dunque della fondazione di un potere prevalente con il compito di «correggere gli squilibri e le ingiustizie che i rapporti sociali producono, nel rendere così possibile effettivamente la realizzazione dei valori proclamati» (A. Orsi Battaglini). Ecco allora il fondamento costituzionale del potere pubblico, un potere attribuito per un duplice scopo: quello di garantire la realizzazione dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo e quello di assicurare l'effettività dei valori di solidarietà e di uguaglianza tra gli individui. L'autoritatività del potere pubblico, del potere attribuito all'amministrazione, trova qui il proprio fondamento costituzionale, a prescindere da qualsiasi qualificazione dell'amministrazione come autorità.

Un potere che, benché dotato di una legittimazione democratica, si trova in continua tensione con la libertà e l'autonomia dei singoli soggetti ed è qui che si riproduce, in nuova veste, quel conflitto tra autorità e libertà che caratterizza la vicenda iniziale del diritto amministrativo.

Per altro aspetto, è proprio la sua legittimazione democratica a imporre che questo potere esorbitante debba essere regolato, prevedibile. È la stessa Costituzione che definisce i principi fondamentali dell'azione amministrativa ovvero il suo statuto: innanzitutto, il principio di legalità quale invariante e fundamenta dell'organizzazione e dell'attività amministrativa (art. 97, co. 2, Cost.), poi quello di imparzialità che impone regole sostanziali e procedurali per la formazione della decisione amministrativa e il suo controllo (art. 97, co. 2, Cost.), infine quello di giustiziabilità degli atti della pubblica amministrazione (art. 113, co. 1, Cost.).

Le successive riforme amministrative, culminate nella legge 7 agosto 1990, n. 241, contenente i principi generali dell'attività amministrativa, e la stessa evoluzione giurisprudenziale, segnata dall'affermazione della responsabilità civile della p.a. per esercizio illegittimo del potere (Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500), hanno comportato il definitivo superamento della tradizionale visione del diritto amministrativo come 'puro' diritto dell'autorità. Il nuovo quadro costituzionale, la conseguente