

Alessandro Crosetti - Armando Giuffrida

Lineamenti di diritto amministrativo

a cura di

Armando Giuffrida

QUARTA EDIZIONE COMPLETAMENTE RIVEDUTA, INTEGRATA ED AGGIORNATA



Giappichelli

PARTE PRIMA
NOZIONI PRELIMINARI

CAPITOLO I

L'ORDINAMENTO GIURIDICO E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Il concetto di «*ordinamento giuridico*». – 2. La norma giuridica e le altre norme sociali. – 3. Le caratteristiche delle norme giuridiche. – 4. Le sanzioni. – 5. La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. – 6. Il diritto amministrativo e il c.d. diritto amministrativo europeo.

1. Il concetto di «ordinamento giuridico»

L'uomo, per sua natura, necessita di vivere in comunità, giacché solo la reciproca collaborazione con i suoi simili gli consente di raggiungere risultati che mai potrebbe conseguire da solo [TORRENTE]. Tale cooperazione gli permette di dedicarsi alle attività di maggior interesse, trascurando le altre. Per questa ragione è sempre vissuto in società organizzate (*società civili*), nelle quali può soddisfare i propri bisogni, ma anche realizzare fini collettivi, fra cui *in primis* le attività funzionali a garantire l'ordine sociale.

Il concetto di
«società civile»

Attraverso la vita comunitaria egli, sin dai tempi più remoti, stabilisce **rapporti sociali**, istituendo svariate aggregazioni collettive, diversamente configurate nelle epoche storiche (famiglie, più o meno allargate, tribù, città, fino alle organizzazioni più complesse come gli Stati nazionali). Se quindi l'uomo deve necessariamente aggregarsi, ogni società civile non può sopravvivere in assenza di un **sistema organizzato di regole** e di un'**organizzazione di poteri sovrani** che ne imponga l'osservanza, anche ricorrendo all'uso della forza, talvolta sino a sopprimere le libertà individuali [MARTINES; TORRENTE].

È «*diritto*» (in senso *oggettivo*) l'insieme delle regole poste dalle autorità per risolvere in modo non violento i conflitti di interessi che insorgono tra i consociati («*ne cives ad arma veniant*») al fine di individuare quali interessi siano meritevoli di tutela, e debbano perciò prevalere, e quali invece debbano essere sacrificati. Il diritto, quindi, indirizza i comportamenti umani, impedendo il compimento di azioni arbitrarie o comunque pregiudizievoli; in sua assenza, sarebbe impossibile ogni ordine sociale e la stessa convivenza civile sarebbe seriamente compromessa (di qui il tradizionale brocardo «*ubi societas ibi jus atque ubi jus ibi societas*») [BIN-PITRUZZELLA].

Il diritto
oggettivo

Accanto alle autorità legittimate a creare norme giuridiche, si affiancano ulteriori autorità aventi il compito di farle rispettare. Secondo i sistemi giuridici dell'Europa

continentale, fra cui il nostro, tali autorità sono formalmente separate: un conto è l'esercizio del potere normativo, ossia del potere di creare il diritto, attribuito a vari livelli (Parlamento, Governo, consigli regionali, provinciali, comunali, etc.), altro conto è il potere giurisdizionale, che comprende l'insieme degli organi (giudici ordinari e giudici amministrativi, d'ora in poi abbreviati, rispettivamente, G.O. e G.A.), titolari della funzione giurisdizionale, cioè del potere di amministrare la Giustizia [v. cap. VIII, §§ 3 e 5].

I sistemi giuridici di «*common law*»

Questa netta separazione tra potere normativo e potere giurisdizionale non appartiene, storicamente, ai *sistemi normativi di lingua inglese* (detti di **common law**), giacché in essi è la stessa autorità giurisdizionale ad essere *fons juris*. In tali sistemi vige infatti il principio del c.d. *stare decisis*, ossia del *precedente giudiziario vincolante*: le sentenze, obbligatorie per le parti in causa (come in Italia), estendono i loro effetti anche agli altri giudizi con casi identici [BINPITRUZZELLA]. Incidentalmente, va precisato che per «*giurisprudenza*» si intende l'attività giurisdizionale svolta dai giudici con i propri provvedimenti (sentenze, ordinanze, etc.), la cui lettura consente di apprendere l'interpretazione giudiziale delle norme, che non di rado si traduce *di fatto* nella creazione di nuovi precetti (in dottrina si afferma che il *diritto vivente* è proprio quello elaborato dalla prassi giurisprudenziale).

A questo proposito, emerge la distinzione fra **sistemi giuridici di diritto amministrativo** e **sistemi giuridici di common law**. I primi si caratterizzano per il fatto che in essi la Pubblica Amministrazione (d'ora in poi abbreviata P.A.) agisce prevalentemente mediante propri atti specifici, denominati *atti amministrativi*, fra cui emergono i *provvedimenti amministrativi*, i quali, a differenza degli atti di diritto privato, hanno la peculiarità di incidere unilateralmente nella sfera giuridica dei loro destinatari, quindi anche in assenza del loro consenso, e spesso sono persino idonei ad essere portati ad esecuzione direttamente dalla P.A. che li ha adottati. Nei sistemi di *common law*, invece, la P.A. è legittimata a perseguire i propri fini attraverso poteri e atti propri degli altri soggetti. Tale distinzione emerge, oltre che nell'attività, anche nella stessa organizzazione amministrativa, giacché nei sistemi di *common law* gli apparati amministrativi normalmente operano mediante gli istituti giuridici utilizzati dagli operatori privati [VIPIANA¹].

Tuttavia, tali modelli non esistono allo stato puro [BASSI; VIPIANA¹]. Come si vedrà in seguito, il legislatore italiano, ad esempio, consente alle P.A. di avvalersi di strumenti consensuali in sostituzione dell'esercizio del potere amministrativo, rendendo così meno evidente la contrapposizione tra i due sistemi amministrativi. Al riguardo si è parlato di «*de-differenziazione*» dei **sistemi nazionali** [CASSESE]: le antiche (e notevoli) differenze stanno infatti scemando progressivamente giacché «*nei sistemi dualistici diritto pubblico e diritto privato, giudici ordinari e giudici amministrativi sono sempre più simili l'uno all'altro, mentre, all'opposto, nei sistemi monistici il diritto comune tende a perdere le sue caratteristiche unitarie*» [CASSESE]. Tale processo di de-differenziazione è frutto non solo della diffusione di principi comuni di diritto amministrativo recepiti da molti Stati (si pensi ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità), ma anche di un inevitabile processo di imitazione che ha favorito la «*circolazione degli istituti*» da uno Stato ad un altro, come avvenuto per il modello francese del Consiglio di Stato [CASSESE].

L'ordinamento giuridico

Più tecnicamente, il diritto oggettivo diviene **ordinamento giuridico**, per significare il «*complesso di norme e di istituzioni*» che, nel loro insieme, costituiscono un *sistema organizzato* («*ordinato*») [TORRENTE]. La dottrina più moderna definisce pertanto l'ordinamento giuridico come «*l'assetto giuridico e l'insieme delle norme giuridiche che si riferiscono ad un particolare gruppo sociale*» [CASSETTA].

Secondo **Santi Romano**, gli elementi costitutivi dell'ordinamento giuridico sono fondamentalmente tre: a) la *plurisoggettività*, ossia la pluralità di individui aggregati in una comunità; b) l'*organizzazione*, ossia la regolamentazione della vita comunitaria in un sistema giuridico compiuto; c) il *sistema di norme*, ossia il complesso normativo che sovrintende ai comportamenti umani e all'organizzazione della vita comunitaria. Secondo la *dottrina istituzionalista del diritto*, l'ordinamento giuridico non si identifica perciò solo nelle norme, ma presuppone anche l'esistenza di un gruppo sociale (*elemento personale*), ossia la presenza di una specifica organizzazione disciplinata da norme specifiche. Per Santi Romano esiste in realtà una **pluralità di ordinamenti giuridici**, fra cui eccelle quello statale, essendo gli altri gerarchicamente subordinati secondo un ordine decrescente. Così, dapprima, si pongono gli *ordinamenti degli enti pubblici*, di cui lo Stato tutela l'esistenza e l'attività, pur assicurando ad essi un certo livello di autonomia. Seguono poi gli *enti* e le *istituzioni private* (persone giuridiche private, associazioni non riconosciute, fondazioni, comitati e società di fatto), cui è parimenti assicurata una sfera di autonomia, qualora realizzino interessi meritevoli di tutela. Infine, si pongono le organizzazioni nei cui confronti l'ordinamento assume una posizione di *indifferenza* (c.d. *ordinamenti giuridicamente irrilevanti*, come, fino a non molti anni fa, le organizzazioni sportive), o, addirittura, di *repressione* (come le organizzazioni criminali) [BASSI; cfr. anche BIN-PITRUZZELLA; MARTINES; MIRABELLA, nonché cap. VI, § 1]. In verità, la pluralità di ordinamenti giuridici si riscontra non solo negli ordinamenti subordinati allo Stato (come quelli delle regioni e degli enti locali), ma anche in relazione agli ordinamenti ad esso sovraordinati (come quello dell'Unione europea).

Pluralità degli ordinamenti giuridici

L'ordinamento giuridico, in quanto costituito da «*norme organizzate in modo ordinato*», è retto dal c.d. **principio di «non contraddizione»**; ciò significa che i suoi precetti devono (o dovrebbero ...) osservare, secondo la logica comune, un *ordine ben preciso* [ZAGREBELSKY]: sarebbe infatti alquanto imbarazzante l'ipotesi (tutt'altro che infrequente!) di norme tra loro contrastanti.

Il principio di «non contraddizione»

Tuttavia, poiché la produzione giuridica è una nota costante dell'ordinamento – fra l'altro originata in differenti epoche storiche e con l'intervento di mutevoli autorità (come si vedrà, i moderni sistemi giuridici contemplano una pluralità di fonti normative) – non mancano tra le norme contraddizioni, chiamate «*antinomie*», anche assai marcate. Onde assicurare coerenza e omogeneità al sistema, l'ordinamento prefigura una serie di regole e meccanismi istituzionali diretti a risolvere le antinomie. Il rispetto del principio di non contraddizione è altresì assicurato attraverso ulteriori corollari giuridici, quali i criteri di successione delle leggi nel tempo, di gerarchia delle fonti e di competenza [CRISAFULLI; v. cap. II, § 2].

Infine, per **istituto giuridico** si intende l'insieme delle norme che assolvono ad una funzione unitaria, tali da essere l'una in funzione delle altre. Si pensi agli istituti della *proprietà privata* o della *responsabilità civile*, espressioni che racchiudono in sé, rispettivamente, l'insieme delle norme attinenti ai regimi della proprietà privata (artt. 832 ss. c.c.) e della responsabilità civile (artt. 2043 ss. c.c.) [v. *infra*, § 4].

Gli istituti giuridici

2. La norma giuridica e le altre norme sociali

Tecnicamente, si definiscono **norme giuridiche** le unità elementari del sistema normativo eretto a ordinamento. In altri termini, sono norme tutte le

Le norme giuridiche

prescrizioni, generali e astratte, destinate a disciplinare i comportamenti umani onde indirizzarli nelle circostanze della vita, non di rado anche sotto la minaccia di una sanzione. Più semplicemente, si tratta di regole di condotta imposte ai consociati dall'ordinamento giuridico.

Le norme sociali

Le norme giuridiche, in quanto prodotto delle società umane, sono vere e proprie **norme sociali** (in senso lato). Tuttavia, l'espressione *norma sociale* è comunemente utilizzata in un *significato più ristretto*, ossia riferito solo alle regole di condotta che, pur sociali, sono prive del carattere della giuridicità [BIN-PI-TRUZZELLA].

Le norme sociali sono sterminate e talvolta difficilmente classificabili. Esse riflettono il costume, la sensibilità e le credenze religiose di una comunità in un dato contesto storico, richiamandosi spesso ai principi morali dominanti (non necessariamente di ispirazione religiosa) che non di rado influenzano sensibilmente i comportamenti umani. Si collocano nel novero delle norme sociali, ad es., le norme morali, quelle religiose, quelle del galateo (o *bon ton*) [BIN-PI-TRUZZELLA], ma anche le norme etiche, d'onore, di convenienza, di correttezza [MIRABELLA]. Sono parimenti norme metagiuridiche, sebbene spesso richiamate dall'ordinamento, anche le *norme deontologiche* e le *norme tecniche*.

Le norme morali

Un breve cenno sulle **norme morali**. Sono tali le norme che originano dalla coscienza umana, ossia da quella voce interiore che conduce le azioni umane e, attraverso il discernimento del bene dal male impartisce all'uomo "onesto" i precetti che gli consentono di stare in pace con sé stesso e, al contempo, di conseguire la stima degli altri. Le norme giuridiche contenenti **precetti di ordine morale** sono diffuse [GAZZONI]. Si pensi all'art. 1418 c.c. che prescrive la nullità del contratto concluso con *causa illecita*, cioè contro la legge, l'ordine pubblico e il *buon costume*, o all'art. 2035 c.c. che preclude la *ripetizione dell'indebito* qualora le parti si siano precedentemente accordate per eseguire una *prestazione immorale* (tipico esempio è il c.d. contratto di meretricio). Si pensi altresì ai concetti di *danno ingiusto*, *buona fede*, *correttezza professionale*, etc. Se espressamente richiamate dal legislatore, le regole morali divengono giuridiche e perciò cogenti e coattive, cioè obbligatorie [v. *infra*, § 3].

Le regole tecniche e scientifiche

Nel diritto amministrativo assumono particolare rilevanza le **regole tecniche e scientifiche**, che spesso indirizzano l'operato delle P.A. allorché l'ordinamento attribuisca loro poteri di *valutazione tecnica* o anche solo di *mero accertamento tecnico* nell'esercizio dell'azione amministrativa. Il tema verrà ripreso più volte in seguito [v., in particolare, cap. II, § 19 e cap. XIV, § 2].

I rapporti tra i sistemi normativi

Le variegiate tipologie di norme sociali (moralì, religiose, del galateo, etc.) costituiscono altrettanti **sistemi normativi**, tra loro autonomi e indipendenti giacché sono diverse le rispettive fonti di produzione: la *coscienza* per le norme morali, le *autorità religiose* per le norme religiose, la stessa *società civile* per le norme del galateo, le *comunità scientifiche* per le regole tecnico-scientifiche, etc. Questi sistemi normativi *metagiuridici*, pur concettualmente autonomi, non di rado presentano punti di contatto tra loro e con l'ordinamento giuridico: si pensi ai precetti «*non uccidere*», «*non rubare*» e «*non dire falsa testimonianza*», che appartengono contestualmente alla sfera giuridica, ma anche a quella morale e a quella religiosa; e così, parimenti, le già richiamate norme tecniche e norme deontologiche.

3. Le caratteristiche delle norme giuridiche

Le norme giuridiche contengono anzitutto **precetti**, ossia comandi giuridici che *impongono* o *vietano* determinati comportamenti (*ordini e divieti*). Si affiancano ai precetti le **sanzioni**, cioè le *minacce di conseguenze negative* per il caso di inosservanza dei precetti.

La struttura della norma giuridica

L'ordinamento contempla **tipologie di norme sprovviste di sanzione**, come le *norme programmatiche* (celebri sono quelle contenute nella nostra Carta costituzionale: v. artt. 1, 2, 3, etc.) [CRISAFULLI], quelle *definitorie* e quelle *classificatorie*. D'altro canto, ogni proposizione normativa presenta un contenuto precettivo, anche qualora assuma parvenza descrittiva, come le *norme classificatorie, definitive e programmatiche* [MARTINES]. Le norme contenenti semplici *definizioni* (v. l'art. 1470 c.c. definitorio del contratto di compravendita) o *classificazioni* (v. l'art. 812 c.c. che distingue i beni mobili da quelli immobili) hanno perciò sempre un contenuto precettivo, soprattutto in chi sia quotidianamente tenuto ad applicarle, anche se, in linea teorica, tali definizioni e classificazioni non dovessero risultare le migliori in assoluto.

Le norme prive di sanzione

Tradizionalmente, si afferma che le norme giuridiche, al fine di assicurare l'ordine sociale, contengono prescrizioni **generali** ed **astratte**, ossia non destinate, rispettivamente, a singole persone o a singoli comportamenti. In particolare, le norme sono **generali** perché hanno come destinatari non tanto *single persone* (in caso contrario, si originerebbero ingiustificati privilegi o deprecabili discriminazioni), quanto piuttosto una *serie indeterminata di individui*, cioè tutti coloro che si trovino nella situazione descritta dalla norma (questa caratteristica si evince dalle espressioni «*tutti*», «*chiunque*», «*qualunque fatto*», etc.). Le norme giuridiche sono inoltre **astratte**, in quanto disciplinano *non singoli casi concreti, ma ipotesi astratte*, individuate come periodi ipotetici, che troveranno applicazione tutte le volte in cui i soggetti in esse descritti si troveranno in quella situazione. Ciò significa che la norma descrive un caso ipotetico e astratto, che poi si materializza nel momento in cui accade nella realtà [MARTINES].

La generalità e l'astrattezza delle norme giuridiche

Si pensi al precetto **ex art. 575 c.p.**: «*Chiunque* cagiona la morte di *un uomo* è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno»: questa norma è astratta perché non si riferisce al caso concreto di Tizio che uccida Caio, ma all'ipotesi astratta ed eventuale di un qualsiasi omicidio volontario. Al riguardo la dottrina (cioè, la scienza giuridica) usa l'espressione *fattispecie astratta* per indicare l'ipotesi astrattamente prevista dalla norma, contrapposta a *fattispecie concreta*, che è invece il singolo caso concreto portato a conoscenza del giudice.

Il termine «*fattispecie*» (letteralmente, specie del fatto, da *facti species*, e quindi immagine del fatto) si riferisce alla situazione-tipo descritta dalla norma, ossia all'«*insieme delle note distintive di un fatto, cioè il complesso delle particolarità che distinguono un fatto da un altro*» [BASSI]. La fattispecie non è quindi altro che «*la descrizione delle note caratteristiche di un fatto o comportamento umano compiuto da una norma giuridica*» [BASSI].

La ratio della generalità e dell'astrattezza

Generalità e astrattezza assolvono funzioni diverse. La **generalità** assicura *in primis* l'**uniformità di trattamento** tra i consociati (donde il motto, di rilievo costituzionale, riportato nelle aule dei tribunali: «*La legge è uguale per tutti*») [TORRENTE] e, di riflesso, il grande principio di civiltà giuridica della **certezza del diritto**, in base al quale i consociati hanno diritto di conoscere in anticipo i comportamenti giuridicamente leciti o illeciti e quindi gli interessi ritenuti meritevoli di tutela. L'**astrattezza** garantisce invece la **stabilità** della norma e quindi la sua **durevolezza nel tempo**, fino a quando non sarà sostituita da altra successiva, sicché dovrà applicarsi tutte le volte in cui si verifichi la situazione-tipo descritta nella norma medesima. D'altronde, poiché le norme sono finalizzate alla composizione di possibili conflitti di interessi tra gli individui, nessun ordine sociale sarebbe possibile senza uniformità e stabilità nei comportamenti; perciò, i giudici sono chiamati a dirimere tali controversie con specifici provvedimenti *individuali e concreti* (le sentenze) aventi caratteristiche opposte agli atti normativi.

I c.d. «*concetti valvola*»

Non sempre è possibile garantire la certezza del diritto. L'estrema complessità (e spesso imprecisione) degli ordinamenti moderni rende difficile l'individuazione della norma da applicare al caso concreto. Non di rado poi il legislatore fa uso dei c.d. **concetti valvola**, ossia di espressioni volutamente generali (e persino vaghe), al fine di adattare la norma all'evolversi dei tempi [v. cap. V, § 2], ma che spesso lasciano gli interpreti sconcertati e in balia delle più svariate ricostruzioni giurisprudenziali. Si pensi alle espressioni *giusta causa* o *giustificato motivo*, di cui alla l. 604/1966 sui licenziamenti individuali dei lavoratori subordinati o ai *gravi motivi* richiesti ex art. 84 c.c. affinché l'autorità giudiziaria autorizzi un minore ultrasedicenne a contrarre matrimonio o, ancora, alle espressioni *regola di correttezza* (art. 1175 c.c.), *buona fede* (artt. 1337, 1358, 1366, 1375 c.c.) o *danno ingiusto* (art. 2043 c.c.).

Norme speciali e norme eccezionali

Ulteriore distinzione è quella che contrappone le **norme speciali** alle **norme eccezionali**. Come si vedrà, la specialità e l'eccezionalità di queste norme non costituiscono deroghe alla generalità e all'astrattezza, ma mere limitazioni.

Le norme speciali

Sono **speciali** (o **particolari**) le norme (pur sempre *generalis*) rivolte a un gruppo *indeterminato, ma ristretto di individui, non corrispondente alla generalità dei consociati*. Il ricorso a questa tipologia di norme si giustifica con la necessità, spesso sentita, di introdurre strumenti di riforma sociale in favore dei soggetti più deboli giacché solo attraverso specifici trattamenti di favore è sovente possibile assicurare più equi rapporti sociali tra i cittadini (v. art. 3² Cost.: *principio della c.d. uguaglianza sostanziale*).

Esistono tuttavia **norme speciali** che soddisfano *ulteriori esigenze*: si pensi alla disciplina fallimentare, rivolta ai soli imprenditori commerciali o ai Codici penali militari, applicabili ai soli militari in servizio attivo in tempo di pace o di guerra. Sono altresì speciali le norme che disciplinano *specifiche materie* (ad es., la legislazione sulle miniere, cave e torbiere deroga alle norme generali del Codice civile sui beni pubblici) o che sono dirette a fronteggiare *particolari situazioni* (il Codice penale militare di guerra si applica solo in caso di guerra) o a *particolari categorie professionali* (come gli avvocati e i medici) o a *specifiche fattispecie* (ad es., le locazioni di beni immobili urbani adibiti ad uso locativo). Come già accennato, le norme speciali sono comunque norme generali, aventi come destinatari una cerchia indeterminata di soggetti (i lavoratori, i datori di lavoro, i pubblici ufficiali, etc.), nei cui confronti si osserva una *uniformità di trattamento* (**norme a generalità ridotta**). Non sono speciali invece le c.d. **norme personali** (o **ad personam**), in quanto rivolte a singoli individui, in genere per attribuire privilegi o benefici (ad es., una legge emanata in favore di un anziano attore privo di sussidi per il suo sostentamento). Non sono mancate norme persino emanate *contro singoli soggetti*.

Sono definite **eccezionali** le norme che durano *limitatamente nel tempo*, cioè fino a quando permane una certa *situazione eccezionale o di emergenza* che ne ha sollecitato la produzione. Una volta trascorso un ragionevole periodo di tempo dalla specifica contingenza storica, dovrebbero quindi essere abrogate.

Le norme eccezionali

Sono **eccezionali** le norme destinate a fronteggiare una *straordinaria calamità naturale* (terremoti o alluvioni di grave intensità) o un *fenomeno malavitoso particolarmente grave* (come la *legislazione dell'emergenza* contro il terrorismo di matrice autoctona o contro la criminalità organizzata) o, ancora, la più recente normativa diretta a fronteggiare l'emergenza sanitaria generata dalla diffusione del virus Covid-19. Parimenti eccezionali sono le c.d. *sanatorie*, ossia gli interventi volti a *sanare* situazioni *contra legem* (amnistie, condoni edilizi o fiscali, etc.).

L'abuso di norme eccezionali è un brutto segno dei tempi, perché significa che la vita sociale ha preso il sopravvento sul diritto, il quale stenta così a prevedere e a regolamentare i singoli fenomeni [ZAGREBELSKY]. D'altro canto, non è neppure concepibile abolire i caratteri della generalità e astrattezza, essendo inimmaginabile una società retta da sole norme personali (diverse da individuo a individuo) ed eccezionali (diverse da situazione a situazione). Ma se anche fosse possibile, a quali ingiustizie e instabilità sociali si andrebbe incontro? [ZAGREBELSKY].

Sganciato dalla specialità e dall'eccezionalità è il tema delle c.d. **leggi-provvedimento** o **leggi-fotografia** o **leggine** o **leggi solo formali** [ITALIA; CRISAFULLI]. Trattasi di *leggi che sono tali solo formalmente*, essendo approvate dal Parlamento, *ma non sostanzialmente*, perché recanti precetti rivolti a soggetti determinati. Si tratta perciò di «*leggi che hanno contenuto puntuale e concreto alla stessa stregua dei provvedimenti amministrativi*» [CASSETTA]. È il caso, ad es., del riconoscimento *ope legis* di un vitalizio ad un anziano attore indigente, oppure dell'assunzione dei costi per i c.d. funerali di Stato in favore di chi si sia distinto per un atto particolarmente eroico o, ancora, della vecchia legge istitutiva dell'ENEL (l. 1643/1962) che ha creato *ex novo* un ente pubblico. Le leggi-provvedimento, com'è intuibile, spesso costituiscono norme *ad personam*.

Le c.d. leggi-provvedimento

Ogni norma giuridica presenta **ulteriori caratteristiche** [MIRABELLA; MARTINES]. Anzitutto, è **positiva** (da *jus positum*, *diritto imposto*, *stabilito*), in quanto essa è *posta* (cioè *prodotta*) dallo Stato e da questo fatta valere: di qui la sua *giuridicità*. Inoltre, è **coattiva** (o **coercitiva** o **cogente**), perché obbligatoria per i suoi destinatari, pena l'applicazione di una sanzione [v. *infra*, § 4], **relativa** [BIN-PITRUZZELLA], perché mutevole nel tempo e nello spazio (ad es., la patria potestà, abrogata in Italia nel 1975 e sostituita dalla potestà genitoriale, è tuttora vigente in molti ordinamenti stranieri contemporanei) e, infine, **intersubiettiva**, perché destinata a disciplinare (e spesso a creare) relazioni umane.

Altre caratteristiche delle norme giuridiche

4. Le sanzioni

Le norme contengono **comandi** (o **prescrizioni**), cioè proposizioni normative che impongono cosa *sia o non sia* consentito fare. Il *dovere* è dunque l'elemento caratterizzante le norme giuridiche.

Norme prescrittive e norme sanzionatorie

Le norme giuridiche si distinguono in **prescrittive**, se impongono ai consociati determinati comportamenti *negativi* (*divieti*) o *positivi* (*obblighi*), e **sanzionatorie**, se fissano *sanzioni* per l'inosservanza dei precetti. Le norme sanzionatorie sono essenziali: come potrebbe assicurarsi l'obbligatorietà del diritto se contestualmente non si prevedesse una sanzione? Anzi, sono proprio le sanzioni a garantire, in massima misura, il ripristino dell'ordine sociale. *Spesso il precetto non appare*, ma si desume dal tenore complessivo della norma sanzionatoria. Questo fenomeno è frequente nelle norme penali: ad es., l'art. 575 c.p. dispone che «*chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno*» (in questo caso è sottinteso il precetto «*non uccidere*»).

Le tipologie di sanzioni

L'ordinamento, nella sua complessità, prevede una **ingente serie di sanzioni**, classificabili in tre gruppi principali.

Le sanzioni penali

Anzitutto, esistono le **sanzioni penali** (o *pene*), previste per il caso di commissione di **reati** – distinti in *delitti* e *contravvenzioni* –, ossia di comportamenti ritenuti gravi e pericolosi per la società e perciò puniti più duramente. Le **pene** possono essere *detentive* (consistenti nella privazione o restrizione della libertà personale) o *pecuniarie* (che si traducono nel pagamento di una somma di denaro). Tanto i delitti, quanto le contravvenzioni sono puniti con entrambe le tipologie di pene. I **delitti** con l'*ergastolo* (carcere a vita: art. 22 c.p.), la *reclusione* (pena detentiva compresa tra i 15 giorni e i 24 anni: art. 23) e la *multa* (pena pecuniaria compresa tra euro 50 ed euro 50.000: art. 24). Le **contravvenzioni** sono punite con l'*arresto* (pena detentiva tra 5 giorni e 3 anni: art. 25) e con l'*ammenda* (pena pecuniaria tra euro 2 ed euro 10.000: art. 26). È altresì frequente il *cumulo* di pene detentive e pecuniarie.

Il Codice penale contempla anche svariate tipologie di **sanzioni accessorie**, che si affiancano a quelle ora descritte, dette *principali*: si pensi all'*interdizione dai pubblici uffici* (perdita dell'elettorato attivo e passivo e l'impossibilità di esercitare uffici pubblici: art. 28 c.p.) e all'*interdizione legale* (perdita perpetua o temporanea della capacità di agire e della potestà sui figli minori qualora siano commessi reati particolarmente gravi: art. 32 c.p.).

Le sanzioni civili

Sono **sanzioni civili** quelle, tipiche del diritto privato, di **natura riparatoria** e consistenti nel risarcimento del danno derivante da un atto illecito. Il danno in genere si ripara con il versamento di una **somma di denaro**, fatta salva, se possibile, la c.d. **riduzione in pristino**, ossia la condanna al ripristino dello *status quo ante* (ad es., riparando la cosa danneggiata, restituendo la cosa non consegnata, demolendo l'opera abusivamente costruita). È ritenuta una sorta di sanzione civile, pur meno grave, l'**invalidità dell'atto giuridico**, se compiuto in spregio a norme cogenti (come si vedrà, l'invalidità assume la forma della *nullità* e dell'*annullabilità*).

La dottrina [TORRENTE] distingue le c.d. **sanzioni dirette** (nullità del contratto, esecuzione forzata sui beni del debitore insolvente, etc.), che realizzano l'interesse protetto dalla norma, dalle c.d. **sanzioni indirette**, che tutelano tale interesse solo indirettamente, cioè percorrendo un'altra via (risarcimento del danno).

Le sanzioni amministrative

Vi sono infine le **sanzioni amministrative**, poste a tutela dell'interesse della P.A. e disciplinate a livello generale dalla l. 689/1981. A differenza delle sanzioni penali e civili (sempre comminate dall'autorità giudiziaria), quelle amministrative sono inflitte direttamente dalla P.A. interessata e si distinguono in **ripri-**

stinatorie, se colpiscono la *cosa* onde reintegrare l'interesse leso (come l'ordine di demolizione) e **afflittive**, se rivolte direttamente contro l'*autore dell'illecito*: mentre le prime mirano solo a porre rimedio alla lesione dell'interesse pubblico, le seconde sono vere e proprie sanzioni punitive. Le sanzioni afflittive si dividono in **pecuniarie** (come quelle previste per la mancata oblitterazione del biglietto dell'autobus o per l'inosservanza delle leggi fiscali: c.d. *sovratasse*) e **interdittive**, incidenti sull'attività del soggetto colpito (ritiro o la sospensione della patente di guida).

A parte si collocano poi le **sanzioni disciplinari** (v. art. 12, l. 689 cit.), relative ai soggetti legati alla P.A. da un particolare rapporto (c.d. *status*) [cap. VI, § 1], come i dipendenti pubblici o gli studenti delle scuole.

Il legislatore, anziché ricorrere alla deterrenza della sanzione, può disporre l'**invalidità dell'atto** compiuto in violazione di norme cogenti: la sanzione, in questo caso, consiste nell'impossibilità dell'atto di conseguire lo scopo prefissato. L'invalidità degli atti è perciò una forma attenuata di sanzione, poiché rappresenta pur sempre una conseguenza negativa derivante dall'inosservanza di una norma. L'invalidità dell'atto è diffusa sia nel *diritto privato* (ad es. la *nullità* di una compravendita immobiliare verbale e l'*annullabilità* del contratto concluso con inganno o minacce), sia nel *diritto pubblico* (un atto amministrativo emesso in violazione della legge o il voto invalidamente espresso nel segreto dell'urna).

L'invalidità degli atti giuridici

Un ulteriore modo di imporre l'osservanza delle norme è quello che si realizza attraverso il c.d. **diritto premiale** [ZAGREBELSKY]: anziché minacciare conseguenze più o meno gravi, si incentiva l'osservanza delle norme prevedendo *conseguenze positive*, cioè *incentivi*, *benefici* o *premi* [TORRENTE; v. anche cap. XV, § 4]. Il fenomeno, diffusosi in tempi relativamente recenti, ha ormai preso piede in quasi tutti i settori dell'ordinamento. Con riguardo al *diritto amministrativo* si richiamano gli incentivi fiscali o previdenziali alle imprese che investono in zone poco redditizie o che incrementano l'occupazione e il mercato del lavoro. *In campo penale* è nota la legislazione in favore dei c.d. «*collaboratori di giustizia*» che beneficiano di cospicui sconti di pena se confessano i loro reati denunciando i complici.

Il c.d. diritto premiale

Esiste dunque una **gradualità nell'obbligatorietà delle norme**, distribuita su tre livelli progressivi: la *pena*, che sanziona l'obbligo di obbedienza; l'*invalidità*, che attenua tale obbligo, perché non vieta in assoluto il compimento dell'atto invalido (contratto, matrimonio, voto politico, etc.); infine, il *premio*, con cui la norma non prescrive alcun obbligo, ma ne incentiva l'osservanza con l'introduzione di un premio [ZAGREBELSKY].

La gradualità delle sanzioni

5. La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato

A differenza delle classificazioni testé esaminate, la **distinzione tra diritto pubblico e diritto privato** è fondata sulla *natura degli interessi protetti* [MARTINES]. Sono **norme di diritto pubblico** quelle che tutelano *in via diretta* l'interesse pubblico o collettivo ed (eventualmente) *in via mediata* gli interessi individuali. Esse sono pertanto *inderogabili* e la loro osservanza è garantita dagli stessi pubblici poteri. Sono invece **norme di diritto privato** quelle che tutelano *in via diretta* gli interessi di singoli individui e solo *in via mediata* l'interesse pubblico,

La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato

sicché sono spesso *derogabili* dai loro destinatari (come gran parte delle norme del Codice civile in materia contrattuale) e la loro osservanza è (di regola) lasciata alla libera iniziativa degli interessati.

Tuttavia, **sono numerose le aree dell'ordinamento in cui si intrecciano sensibilmente interessi pubblici e privati**: si pensi al diritto dell'economia, al diritto del lavoro, al diritto agrario e a numerose norme che disciplinano settori specifici di intervento delle P.A. In tali ipotesi non appare affatto agevole individuare una sicura collocazione nel campo del diritto pubblico o in quello del diritto privato [MARTINES].

In ogni caso, *il diritto costituisce un fenomeno unitario* perché tutte le norme giuridiche, anche se in modo diverso, tendono al medesimo scopo di salvaguardare la pacifica convivenza e la stessa sopravvivenza della società. Sotto questo profilo, non si riscontrano differenze sostanziali tra la previsione dell'art. 832 c.c., che definisce il contenuto del diritto di proprietà, e la previsione dell'art. 575 c.p. che reprime il reato di omicidio: in entrambe le fattispecie, infatti, il legislatore mira a salvaguardare interessi ritenuti meritevoli di tutela per la pacifica e ordinata sopravvivenza della collettività (rispettivamente, la difesa della proprietà privata o della vita umana). Pur essendo identico lo scopo di tali norme, diverso è il modo previsto per perseguirlo: nel primo caso, si tutela *in via immediata* un interesse individuale (il diritto del proprietario a godere in modo pieno ed esclusivo delle sue cose) e solo *in via mediata e indiretta* l'interesse pubblico alla pacifica coesistenza degli individui (che non verrebbe soddisfatto se la proprietà privata fosse priva di tutela pubblica); nel secondo caso, si tutela, *in via immediata e diretta*, l'interesse pubblico (ad es., alla punizione di chi commette un omicidio).

Le branche del diritto pubblico e del diritto privato

Il **diritto pubblico** si riparte in varie branche: a) il *diritto costituzionale*, che detta i principi fondamentali della vita politica del Paese, dei rapporti tra cittadini e Stato e dell'organizzazione dello Stato; b) il *diritto amministrativo*, che disciplina l'organizzazione e l'attività della P.A. e i rapporti che essa intreccia con i consociati (c.d. «amministrati»); c) il *diritto penale*, che configura i reati e le pene previste per la loro repressione; d) il *diritto processuale (civile, penale, amministrativo)*, che detta le norme procedurali innanzi alle giurisdizioni civili, penali e amministrative. Anche il **diritto privato** si riparte in branche: a) il *diritto civile*, che disciplina le materie di interesse privatistico, in cui i soggetti di regola interagiscono *liberamente* in rapporti di uguaglianza, come nei rapporti contrattuali e nella disciplina della proprietà privata; b) il *diritto commerciale*, che disciplina l'esercizio dell'attività imprenditoriale (si pensi alle società, ai titoli di credito, ai contratti commerciali, al fallimento); c) il *diritto del lavoro*, che regola i rapporti di lavoro, il diritto sindacale e la legislazione sociale.

Regimi di diritto pubblico e di diritto privato

La **distinzione tra il diritto privato e il diritto pubblico** emerge, ad es., confrontando il *diverso regime tra le norme del diritto penale e quelle in materia contrattuale*: mentre la repressione dei reati e la conseguente comminazione delle pene previste è assicurata solo con l'esercizio obbligatorio dell'azione penale da parte dallo Stato (attraverso i *pubblici ministeri*: v. art. 112 Cost.), l'applicazione delle norme contrattuali è (di regola) rimessa alla sola iniziativa delle parti direttamente coinvolte, essendo loro interesse (ed onere) adire l'autorità giudiziaria. Sennonché, la distinzione, una volta netta e marcata, tende oggi a sfumare, anche a causa del massiccio e progressivo intervento dello Stato in settori della società civile in precedenza lasciati alla libera determinazione dei privati (come i rapporti familiari e di lavoro e il diritto societario). Questo fenomeno ha prodotto la **progressiva «pubblicizzazione» del diritto privato**, che ormai presenta, in misura sempre crescente,

caratteristiche comuni al diritto pubblico, quali la diffusa inderogabilità dei precetti normativi e l'intervento obbligatorio dei poteri pubblici (si pensi all'intervento del p.m. nei giudizi civili di separazione o di divorzio a tutela degli interessi dei minori o nei giudizi di interdizione e di inabilitazione). Né va sottovalutato il fenomeno inverso, ossia la **progressiva «privatizzazione» dell'azione amministrativa della P.A.** Il principio è ora enunciato nell'art. 1^{1-bis}, l. 241/1990 (come da l. 15/2005), a norma del quale la P.A., nell'adottare atti di natura non autoritativa, deve agire secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge non disponga altrimenti, e risulta vieppiù confermato dal fenomeno in crescita dei c.d. *accordi amministrativi* [v. cap. XVIII; v. anche cap. XX, § 1]. L'utilizzabilità degli strumenti di diritto privato anche per realizzare compiti istituzionali tipici delle P.A. o per la cura concreta di interessi pubblici, costituisce la riprova dell'abbandono della tradizionale visione autoritaria dei pubblici poteri per abbracciare il principio della consensualità e pariteticità nei rapporti con i privati coinvolti. Va però tenuto presente che la *consensualità* deve essere comunque funzionalizzata al miglior perseguimento dell'interesse pubblico essendo l'azione amministrativa della P.A. preposta alla cura concreta di interessi pubblici: ciò che muta è dunque la forma, ora non più solo autoritativa, ma anche consensuale.

6. Il diritto amministrativo e il c.d. diritto amministrativo europeo

Il **diritto amministrativo** è «*quel corpo autonomo di norme che regolano l'organizzazione della pubblica Amministrazione nonché l'azione da essa svolta con l'efficacia e il valore formale degli atti amministrativi e i rapporti nei quali essa interviene nella veste di autorità amministrativa*» [SANDULLI]. Il diritto amministrativo è dunque una branca del diritto pubblico recante la disciplina dell'organizzazione e delle attività delle P.A. nonché dei rapporti tra queste ultime e i privati cittadini. Trattasi di un ambito giuridico settoriale alquanto concreto perché investe la vita di ogni soggetto – singolo privato o imprenditore – anche in un'ottica garantistica nei suoi confronti.

Il diritto
amministrativo

Come si vedrà nei prossimi capitoli, il diritto amministrativo indirizza le P.A. verso le migliori scelte nell'interesse pubblico attraverso il **contemperamento dei vari interessi**, pubblici e privati, in gioco nel singolo caso concreto e spesso in conflitto tra loro. Ad es., qualora la P.A. sia chiamata a valutare sotto il profilo urbanistico ed edilizio la realizzazione di uno stabilimento industriale, la medesima è altresì tenuta a contemperare l'interesse allo sviluppo economico con l'interesse alla tutela dell'ambiente e del paesaggio. E così pure nell'ipotesi di un concorso pubblico per il reclutamento di un impiegato amministrativo, la P.A. è chiamata a contemperare l'interesse pubblico, corrispondente alla necessità di individuare il migliore candidato, con l'interesse dei singoli partecipanti, corrispondente all'ottenimento del posto di lavoro.

Dalla definizione testé riportata si evince che il diritto amministrativo investe svariati profili di pubblico interesse, ascrivibili ai seguenti ambiti di studio:

Ambiti di studio
del diritto
amm.vo

a) la disamina dell'**organizzazione amministrativa**, ossia dei soggetti operanti nelle P.A., delle loro articolazioni e dei reciproci rapporti: in questo contesto, oltre ai *profili più prettamente organizzativi*, rientra anche l'analisi delle *risorse umane* e dei *mezzi* utilizzati quotidianamente dalle P.A. (è un *approccio di tipo statico* nello studio del diritto amministrativo) [v. capp. X-XIII];

b) la disamina dell'**attività amministrativa**, ossia delle azioni di coloro che operano nell'ambito o nell'interesse delle P.A., compreso lo studio delle patologie degli atti adottati nonché dei profili di responsabilità (*approccio di tipo dinamico*) [v. capp. XIV-XXII];

c) la disamina della c.d. **giustizia amministrativa**, ossia dei rimedi – amministrativi e giurisdizionali – disposti a tutela dei privati lesi da provvedimenti amministrativi illegittimi o da un'eventuale inerzia *contra legem* della P.A. [v. cap. XXIII].

Acquisita la conoscenza di detti ambiti è poi possibile affrontare lo studio dei **singoli settori in cui si articola il diritto amministrativo** e che ormai formano oggetto di separate ed autonome discipline, come il diritto urbanistico, il diritto dei beni culturali e paesaggistici, il diritto delle opere pubbliche, il diritto dell'ambiente, il diritto pubblico dell'economia, il diritto sanitario, etc.

Il diritto amm.vo
come diritto
pretorio

A differenza di altri ambiti settoriali dell'ordinamento, come il diritto privato e il diritto penale, e, per converso, analogamente al diritto europeo e al diritto internazionale, il diritto amministrativo presenta la **peculiarità di non essere codificato**: mentre infatti le norme di diritto privato e di diritto penale sono in gran parte racchiuse, rispettivamente, nel Codice civile e nel Codice penale, gli istituti tipici del diritto amministrativo sono disciplinati o comunque rintracciabili da una serie sconfinata di fonti normative di rango diverso, quindi non solo legislativo, ma anche regolamentare (di vario livello) nonché da atti amministrativi generali (come i piani e i programmi) e finanche dalla prassi amministrativa e dalla giurisprudenza.

Tale peculiarità è purtroppo causa di non poche **criticità** perché l'ipertrofia normativa dà vita a disposizioni difficilmente coordinabili tra loro ed è spesso causa, da un lato, di frequenti *antinomie giuridiche* da ricomporre e, dall'altro, di altrettanto diffuse *lacune normative* da colmare. Di qui il ruolo essenziale che assume l'interprete in sede di applicazione dei vari istituti giuridici e, soprattutto, la giurisprudenza, specialmente se formatasi innanzi ai giudici amministrativi. Al fine di risolvere in concreto le antinomie o le lacune, la giurisprudenza è solita ricorrere ai *principi* del diritto amministrativo sicché può definirsi come un **tipico diritto pretorio (o giurisprudenziale)**, fondato sui principi.

Riferimenti
storici

È difficile individuare le prime **organizzazioni amministrative** e, conseguentemente, la **genesì del diritto amministrativo**.

Fin dai tempi remoti sono esistiti, nelle più svariate forme, burocrati al servizio di sovrani, fra cui *in primis* il personale addetto alla riscossione dei tributi. In tali antichi contesti, le organizzazioni amministrative, pur assai distanti da come sono attualmente concepite, erano comunque rette da sistemi normativi, scritti o anche solo consuetudinari, diretti a disciplinare l'azione del personale addetto. Confrontando le organizzazioni amministrative delle *polis* dell'antica Grecia con gli apparati dei grandi Regni dell'epoca, Aristotele affermò che solo in questi ultimi era possibile assicurare il «*buon ordine*» e il principio «*un solo ufficio è preposto a una sola funzione*», mentre invece le minori organizzazioni, come le *polis*, risultavano meno efficienti perché tendevano ad affidare solo a pochi uomini una pluralità di incarichi.

È ormai assodato che in passato le organizzazioni amministrative fossero generalmente espressione del potere autoritativo e, pertanto, subordinate ad esso ed ai suoi fini [VIPIANA¹].

Si pensi allo **Stato assoluto**: poiché tutti i poteri erano concentrati nella figura del sovrano, questi, oltre ad essere legislatore, era vieppiù titolare del potere esecutivo e dunque a capo dell'apparato

amministrativo. Anzi, si deve proprio a questa forma di Stato la genesi della moderna concezione di amministrazione pubblica, alla quale furono *ab origine* attribuite le funzioni della riscossione dei tributi e del mantenimento dell'ordine pubblico, affidate ad appositi funzionari con una formazione specifica. Fra questi spiccavano, in Francia e in Italia, gli *intendenti*, messi a capo di strutture amministrative periferiche [BASSI].

Durante il periodo illuminista, soprattutto in Prussia (con Federico il Grande) e nell'Impero austriaco (con Maria Teresa d'Austria e con Giuseppe II), lo Stato assoluto si è evoluto nel c.d. **Stato di polizia**, espressione con cui si intendeva significare il perseguimento del benessere della *polis* e, dunque, dei suoi sudditi, per assicurare sicurezza e prosperità. Tali ambiziosi obiettivi imponevano un accrescimento dell'apparato burocratico, centrale e periferico, e, conseguentemente, un maggior ricorso alle risorse pubbliche e alla tassazione per sostenere il finanziamento dei nuovi compiti.

Solo in seguito alle **rivoluzioni liberali settecentesche** – e all'affermarsi dello Stato di diritto e del principio della separazione dei poteri, unitamente al riconoscimento dei diritti dei destinatari dell'azione amministrativa – gli apparati amministrativi sono stati finalmente assoggettati alla legge e al principio di legalità. Tali novità hanno portato alla **nascita** e allo **sviluppo del diritto amministrativo**, inteso come autonoma branca giuridica. In Italia si deve a Giandomenico Romagnosi la prima opera sistematica della materia dal titolo «*I principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*» (1814) [BASSI].

Se è dunque vero che le organizzazioni amministrative sono preesistite al diritto amministrativo, è altresì vero che solo con la genesi dello Stato di diritto e del diritto amministrativo che si è finalmente raggiunta una maggiore consapevolezza dei profili organizzativi e delle funzioni dell'organizzazione amministrativa, quest'ultima ormai «*funzionalizzata al perseguimento degli interessi pubblici ed al contenimento di essi con quelli privati*» [VIPIANA¹].

Come si illustrerà in seguito, la nuova concezione degli apparati amministrativi è stata poi riaffermata nella **Costituzione italiana**. Per ora è sufficiente anticipare che le più recenti linee evolutive del nostro ordinamento fanno emergere, in misura via via crescente, la c.d. **democratizzazione degli apparati amministrativi e del diritto amministrativo**, non solo nel senso propugnato dallo Stato liberale, ma anche per il crescente ruolo partecipativo attribuito ai cittadini, talvolta addirittura affidatari dell'esercizio di funzioni pubbliche. Inoltre, tale democratizzazione porta a configurare gli apparati amministrativi nell'ambito di un **sistema multilivello**, accresciutosi soprattutto in seguito alla riformulazione dell'art. 118 Cost. ad opera della riforma del Titolo V della Costituzione (2001). Infine, non può sottacersi come anche il diritto amministrativo sia stato colpito dal fenomeno della **globalizzazione**: come si è autorevolmente affermato, «*il diritto amministrativo nato come affare di sovranità, che sembrava inconcepibile fuori della dimensione istituzionale degli Stati, è oggi elemento giuridico chiave delle organizzazioni internazionali e soprattutto delle organizzazioni sovranazionali*» [CHITTI; v. anche VIPIANA¹]. La globalizzazione del diritto amministrativo emerge viepiù sotto il profilo della produzione normativa, essendo esso ormai in gran parte derivato, direttamente o indirettamente, da norme di origine metastatale, ascrivibili in massima parte all'Unione europea e, in passato, al diritto comunitario [sul punto, v. *infra*].

Profili evolutivi

Per meglio comprendere la definizione di diritto amministrativo sopra riportata, va ricordato che l'**interesse pubblico primario**, astrattamente individuato dal legislatore, può in concreto essere conseguito dai pubblici poteri avvalendosi tanto di strumenti di diritto pubblico, quanto di istituti di diritto privato [v. § prec.]. Ha senso, perciò, parlare di diritto amministrativo, quale autonoma branca del diritto pubblico, solo qualora l'attività della P.A. si rivolga alla cura di interessi generali o collettivi (*rei publicae interest*) attraverso norme di diritto pubblico. Dalla definizione testé riporta-

ta si evince che è di **diritto amministrativo** sia la *disciplina dell'organizzazione* della P.A. (requisito soggettivo), sia, al contempo, la disciplina del *suo agire in veste autoritativa* (requisito oggettivo), realizzato appunto mediante l'applicazione di norme di diritto pubblico [CERULLI IRELLI]. Di qui la diffusa ricostruzione del diritto amministrativo come «*diritto dei poteri amministrativi dei soggetti pubblici*» [PERFETTI].

Attività pubblicistiche escluse dal diritto amm.vo

Nonostante l'esistenza di talune affinità, non rientrano tuttavia nel diritto amministrativo né gli **atti degli organi estranei alla P.A., pur se adottati autoritativamente e di contenuto amministrativo** (quindi puntuale e concreto), come gli atti organizzativi degli organi costituzionali, quali il Parlamento, il Governo e il Capo dello Stato, o gli atti incidenti sullo status dei dipendenti di tali organi, né gli **atti del potere esecutivo di contenuto non amministrativo, ma sostanzialmente normativo, giurisdizionale o politico**, come i regolamenti o particolari decisioni giurisdizionali assunte da taluni giudici speciali o, ancora, i decreti legge e i decreti legislativi.

Attività privatistiche incluse nel diritto amm.vo

Esulano parimenti dal campo del diritto amministrativo (*stricto sensu*) le numerose **attività di diritto privato svolte dalla P.A.**, soprattutto in materia contrattuale. Al riguardo va osservato che l'utilizzo di istituti di diritto privato da parte della P.A. si è accresciuto notevolmente nel tempo, soprattutto in seguito al **processo di progressiva privatizzazione dell'azione amministrativa della P.A.**, di cui è espressione l'art. 1^{1-bis}, l. 241/1990, già citato. Di regola, spetta al legislatore valutare se sottoporre o meno una certa materia al regime di diritto pubblico, anche se, assai significativamente, ormai demanda in generale alla P.A. la scelta di avvalersi di *istituti di diritto civile* (mediante contratti con i destinatari dell'azione amministrativa) o di *strumenti autoritativi di diritto amministrativo* (v. art. 11, l. 241/1990) [cap. XVIII, § 2]. Ma anche solo per effettuare questa scelta è comunque necessario osservare le norme di diritto pubblico [SANDULLI]. Il diritto amministrativo in senso stretto non è perciò l'unico diritto (oggettivo) della P.A., ma ne è certamente una parte assai cospicua [CERULLI IRELLI].

Matrice garantista del diritto amm.vo

Da notare poi la **matrice profondamente garantista**, tipica del diritto amministrativo. Come si è rilevato [SANDULLI], questo settore dell'ordinamento richiede per la sua stessa esistenza due elementi essenziali. Anzitutto, che l'organizzazione dello Stato contenga una *pluralità di poteri* contraddistinti da una spartizione di attribuzioni secondo il tradizionale principio della c.d. **separazione dei poteri** [v. cap. VIII, §§ 3, 4, 5]. Inoltre, deve sussistere uno «**Stato di diritto**», ossia uno Stato che riconosca il primato della legge (c.d. principio di legalità) [v. cap. IX, § 2], e ciò anche nei rapporti con i pubblici poteri (*in primis*, P.A. e magistratura). La mancanza di questi presupposti fa comprendere come mai lo Stato assoluto – ossia quella forma di Stato contraddistinta dalla concentrazione dei poteri nelle mani del sovrano – non prevedesse norme di diritto amministrativo, volte quindi a limitare i poteri della P.A. Di qui l'evidente *matrice garantista di questa branca ordinamentale*.

Come si illustrerà in seguito, il diritto amministrativo, soprattutto a partire dagli ultimi tre decenni, si è profondamente evoluto e trasformato per effetto di una **pluralità di leggi di riforma**, a loro volta integrate da una moltitudine di fonti tipiche del diritto amministrativo. In passato si è più volte affermato che il diritto costituzionale fosse soggetto a maggiori modificazioni rispetto al diritto amministrativo: tale affermazione non sembra ora pienamente condivisibile [VIPIANA¹].

Il c.d. diritto amministrativo europeo

Come si vedrà [cap. IV], attualmente (anche) il diritto amministrativo subisce la forte influenza del **diritto europeo**, in quanto quest'ultimo, attraverso proprie fonti normative (in particolare i *regolamenti* e le *direttive*) [cap. IV, § 5], spesso incide sull'azione delle P.A. degli Stati-membri. Ciò avviene

soprattutto, su ispirazione della giurisprudenza della Corte di giustizia Ue, nel campo del *diritto pubblico dell'economia*: si pensi alla normativa degli appalti e dei servizi pubblici o di tutela della concorrenza e dei consumatori o ancora sulle c.d. autorità amministrative indipendenti [CERULLI IRELLI].

Di qui la (generica) espressione «*diritto amministrativo europeo*», ormai d'uso corrente, sebbene non unanimemente condivisa. Sul punto è però necessario operare una distinzione: quando il diritto europeo, incidente sull'azione amministrativa, è *autoapplicativo* in rapporto all'ordinamento interno (come avviene per i regolamenti Ue, ma anche per i trattati e le direttive nelle parti *self-executing*), in effetti ha senso parlare di diritto amministrativo europeo. Fuori luogo appare invece ricorrere a questa espressione qualora le fonti europee necessitino di essere recepite dal diritto interno (come nel caso delle c.d. direttive *non autoapplicative*), poiché «*è quest'ultimo che costituisce il parametro di legittimità dell'attività amministrativa, anche se simile a quello degli altri Stati, perché attuativo della stessa disciplina: si tratta dunque di diritto amministrativo nazionale*» [CASSETTA]. Anzi, a rigore, «*il diritto amministrativo comunitario in senso proprio è soltanto quello avente ad oggetto l'amministrazione comunitaria*» [CASSETTA; sul concetto di amministrazione comunitaria, *rectius* europea, v. cap. IV, § 7].

La disamina delle fonti normative sulla organizzazione e l'attività amministrativa dovrebbe ormai prendere avvio proprio dal diritto dell'Unione europea e, segnatamente, dalla **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea**, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000. Come si illustrerà in seguito [cap. IV, §§ 1, 2, 7], i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta di Nizza sono ormai pienamente riconosciuti nell'ordinamento europeo in quanto, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, che ha modificato il Trattato sull'Unione europea e il Trattato istitutivo della Comunità europea, la Carta di Nizza assume ora il medesimo valore giuridico dei Trattati. In particolare, si segnala da subito che l'art. 41 della Carta annovera fra i diritti fondamentali della persona umana anche il «*diritto ad una buona amministrazione*», espressione quest'ultima da intendersi tanto sotto il profilo organizzativo (la P.A. deve essere *ben organizzata*), quanto sotto il profilo funzionale (la P.A. deve *ben agire* nell'interesse della collettività) [GIUFFRIDA].

Nella opportuna sede [cap. IV] sarà altresì evidenziato, da un lato, che il diritto amministrativo italiano è profondamente condizionato, oltre che dal diritto dei Trattati, anche dal diritto derivato dell'Unione europea (ossia prodotto dai regolamenti e dalle direttive Ue) e, dall'altro, che la Corte costituzionale da tempo ha riconosciuto il primato del diritto comunitario e del diritto dell'Unione europea sul diritto interno italiano.

Il primato del diritto europeo
