

Vincenzo Cerulli Irelli

# Lineamenti del diritto amministrativo



OTTAVA EDIZIONE



**Giappichelli**

# 1

## L'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1.1. Il “problema” del diritto amministrativo. – 1.1.1. Pubblica Amministrazione e diritto amministrativo. – 1.1.2. Diritto amministrativo e diritto pubblico. – 1.2. Le fonti del diritto amministrativo. – 1.2.1. Diritto europeo e diritto nazionale. – 1.2.2. Diritto amministrativo e principi generali. – 1.2.3. Fonti legislative. – 1.2.4. Fonti secondarie: i regolamenti. – 1.2.5. Fonti europee (ordinamento comunitario: art. 117, 1° co., Cost.). – 1.3. La formazione storica del diritto amministrativo. – 1.3.1. Origine del diritto amministrativo. – 1.3.2. Sviluppo del diritto amministrativo nello Stato italiano unitario. – 1.3.3. Prima linea di evoluzione: dall’accentramento al decentramento. – 1.3.4. Seconda linea di evoluzione: dall’atto amministrativo alla funzione amministrativa. – 1.3.5. Terza linea di evoluzione: dal contenzioso alla giurisdizione amministrativa. – 1.3.6. La L. 20.3.1865 n. 2248, all. E. – 1.3.7. Verso la giurisdizione amministrativa. – 1.3.8. La costituzionalizzazione e la europeizzazione del diritto amministrativo. – 1.3.9. Caratteri fondamentali del sistema amministrativo.

### 1.1. Il “problema” del diritto amministrativo.

Si segnalano nella letteratura più recente:

V. CERULLI IRELLI, *Prima lezione di diritto amministrativo*, Bari, 2021; S. CASSESE-L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014; M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, Bologna, 2004; S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2003.

### 1.1.1. *Pubblica Amministrazione e diritto amministrativo.*

L'amministrazione, si sa, è cura concreta di interessi. Azione concreta intesa a curare determinati interessi. A risolvere problemi, come si usa dire nel linguaggio comune, e anche in quello politico.

L'amministrazione domestica, l'amministrazione di un condominio, come l'amministrazione di un bosco, o di una cantina, e ancora, l'amministrazione di una città, consistono di attività, più o meno complesse, articolate in moduli tra loro diversificati, di azioni giuridiche e di operazioni materiali (dai conti della spesa, alla piantumazione di alberi, alla commercializzazione di prodotti agricoli, alla gestione del traffico cittadino, ai piani urbanistici, alle licenze di costruzione); tutte attività, invero, caratterizzate dalla loro concretezza: affrontare situazioni determinate, cercare di risolverle mediante l'adozione di atti giuridici produttivi di determinati effetti (acquistare o vendere un bene, concedere a qualcuno il diritto o la facoltà di fare qualcosa) ovvero mediante il compimento, senz'altro, di operazioni materiali (piantare gli alberi, riparare la strada, curare il malato), che in genere, a loro volta, presuppongono l'adozione di atti giuridici produttivi di effetti. E programmare queste azioni, regolarle nel loro svolgimento, determinarne gli obiettivi, i risultati da raggiungere.

Nell'ambito di ogni organizzazione sociale, quale che sia, dal più modesto circolo sportivo, a una grande impresa, fino allo Stato italiano o all'Unione europea, la *funzione di amministrazione* è fondamentale e ineliminabile. Senza di essa, l'organizzazione sociale non sussiste, non ha ragione di essere: essa sussiste invero, proprio al fine di curare gli interessi del gruppo, della comunità, delle persone che in essa, appunto, si organizzano. Si badi, la cura dei comuni interessi, nell'ambito dell'organizzazione, non avviene soltanto mediante le attività di amministrazione; ché avviene, com'è ben noto, mediante la fissazione delle regole della vita dell'organizzazione, dei rapporti sociali che in essa si snodano, al suo interno, nonché con l'esterno (funzione della normazione, si potrebbe dire semplificando al massimo); e nelle organizzazioni più complesse, come quelle degli Stati, ma non solo, avviene mediante l'attività di risoluzione dei conflitti, delle controversie insorte all'interno dell'organizzazione in ordine all'applicazione delle regole: come attività separata da quella di amministrazione, sia in termini organizzativi che funzionali (negli Stati moderni, com'è noto, si tratta della funzione della giurisdizione).

Ma l'insieme delle attività che costituiscono la funzione dell'amministrazione, nella loro maggiore o minore complessità, non può mai mancare nell'ambito di qualsivoglia organizzazione sociale; ché altrimenti l'organizzazione non sarebbe tale.

Nelle organizzazioni minori, ad esempio, la normazione è ben poca cosa dato che le regole sono in genere di fonte eteronoma, e così anche la funzione di risoluzione dei conflitti all'interno dell'organizzazione stessa. L'azione dell'organizzazione invero si identifica senz'altro e totalmente nella funzione di amministrazione: curare in concreto gli interessi, che possono essere del tutto settoriali o marginali nell'ambito della vita sociale ovvero di grande rilievo e importanza, e in ogni caso accomunano i membri del gruppo; e la cui cura costituisce la ragione stessa dell'esserci il gruppo; con quelle determinate caratteristiche di organizzazione sociale.

La centralità della funzione di amministrazione, a maggior ragione può essere predicata con riferimento alle organizzazioni di governo delle collettività generali, alle organizzazioni politiche (delle quali noi ci dobbiamo occupare), chiamate, per loro propria natura, a occuparsi in principio di tutti gli affari, di tutti gli interessi, che riguardano la collettività di riferimento, quali emergono in un determinato contesto storico sociale (come si usa dire, *organizzazioni a competenza generale*). In queste organizzazioni, dagli imperi dei grandi fiumi di remota memoria, sino al nostro Stato o alle nostre regioni o alla nostra Unione europea, le attività di amministrazione (che nel loro insieme identificano la funzione di amministrazione), sempre più complesse, costituiscono la gran parte delle attività poste in essere in funzione del governo della collettività.

E in ogni epoca, le organizzazioni di governo delle collettività generali, sino agli Stati moderni, hanno fatto fronte alle esigenze dell'amministrazione (all'esercizio della funzione di amministrazione) mediante strumenti, giuridici e materiali, diversi, a seconda dei diversi contesti ordinamentali (ma prima ancora, culturali) nei quali si sono trovate ad operare (e che esse stesse hanno prodotto).

L'esercizio della funzione di amministrazione, in qualche misura nell'ambito di ogni organizzazione, ma segnatamente nelle organizzazioni politiche, che, com'è noto, sono organizzazioni ad appartenenza necessaria (per tutti coloro che fanno parte delle relative collettività) e in ogni epoca storica, ha sempre posto *il problema dell'esercizio dell'autorità*. Ché non sempre le attività di amministrazione, necessarie in un determinato conte-

sto storico-sociale (a giudizio di coloro che in quel determinato contesto storico-sociale detengono il potere di governo) trovano, nell'ambito dei soggetti cui sono rivolte, il consenso indispensabile perché esse possano avere luogo. Consensualmente appunto: in termini di strumentazione giuridica, attraverso rapporti negoziali, paritari, come quelli tipici delle relazioni interprivate. O comunque questo consenso, anche se è diffuso, può non coincidere, e di regola non coincide, con quello imputabile a tutti i membri, singolarmente presi, della collettività di riferimento, e nei confronti dei quali le attività di amministrazione debbono svolgersi.

È evidente, che ove fosse ipoteticamente verificabile un tale generalizzato consenso, ciò consentirebbe sempre l'utilizzo di strumenti di diritto comune come supporto giuridico delle attività di amministrazione. E così ad esempio, se si deve costruire una strada o una ferrovia, il consenso di tutti i proprietari fondiari i cui terreni sono necessari per la costruzione, consentirebbe senz'altro l'utilizzo dello strumento privatistico della compravendita come supporto giuridico dell'attività di costruzione della strada o della ferrovia. E in caso di disastro naturale che produca molteplici situazioni di famiglie senz'atetto, la spontanea messa a disposizione da parte dei proprietari di case inutilizzate, al fine di accogliervi le famiglie, renderebbe possibile la semplice stipulazione di contratti di locazione a termine secondo gli schemi civilistici.

Ché, in via di principio, l'amministrazione può senz'altro essere regolata secondo il diritto comune.

Ma l'esigenza sopra indicata dell'esercizio dell'autorità che si pone in ogni tipo di organizzazione politica ha fatto sì che in ogni epoca, sia pure con strumentazioni totalmente diverse le une dalle altre, l'esercizio dell'amministrazione da parte dei soggetti detentori dei poteri di governo, abbia sempre dato luogo all'utilizzo di norme in qualche misura derogatorie rispetto al diritto comune; di norme cioè che contengano, almeno in determinati casi, una disciplina giuridica degli atti di amministrazione tale da consentire la produzione degli effetti ritenuti necessari per l'esercizio dell'amministrazione in una determinata situazione concreta, anche senza il consenso dei destinatari.

Con riferimento a questa notazione, si può affermare che, non il diritto amministrativo, come meglio si vedrà, ma il «*problema del diritto amministrativo*» è cosa antica e in qualche modo connaturale all'esistenza di ogni organizzazione politica. Per «*problema del diritto amministrativo*», inten-

diamo evidentemente il problema della individuazione di una disciplina giuridica, ovvero di determinati strumenti giuridici, che consentano laddove è necessario, l'esercizio in quei termini dell'autorità.

Il diritto amministrativo moderno, proprio dei Paesi e dei sistemi giuridici dell'Europa continentale (denominati, appunto, *sistemi a diritto amministrativo*) è una risposta a questo problema; non l'unica risposta possibile, ma quella storicamente data, come frutto delle idee e delle tradizioni giuridiche formatesi a cavallo tra il XVIII e il XIX secolo, dal tramonto dell'Antico regime (quello della Monarchia francese anteriore alla Rivoluzione) al consolidarsi delle istituzioni nate con la Rivoluzione e sviluppatesi nel corso del Regime napoleonico (1799-1815).

Successivamente la vicenda formativa del diritto amministrativo moderno si snoda attraverso itinerari diversi, coprendo sempre più intensamente gli spazi della disciplina giuridica della funzione di amministrazione (sottraendoli perciò al diritto comune). Ma all'origine il diritto amministrativo si forma come disciplina giuridica delle manifestazioni autoritative di codesta funzione, dotata di caratteri suoi propri (diversi da quelli di altre discipline giuridiche, come il diritto processuale) sia sul piano sostanziale che su quello della tutela giurisdizionale. Il concetto di "atto amministrativo" che si forma nell'ambito di quella prima esperienza, via via identifica un tipo di atto giuridico, distinto dal tipo del contratto (come atto tipico delle relazioni interprivate) e dal tipo della sentenza e degli altri provvedimenti dell'autorità giurisdizionale.

### 1.1.2. *Diritto amministrativo e diritto pubblico.*

La formazione del diritto amministrativo come disciplina giuridica tipica delle attività di amministrazione (funzione di amministrazione) nonché dell'organizzazione dei soggetti che ad essa sono deputati, è avvenuta attraverso una complessa evoluzione, che caratterizza la vicenda storica degli Stati moderni, almeno nell'area europea continentale; della quale si indicheranno alcuni passaggi essenziali, a mo' di introduzione della nostra trattazione.

Essa ha ad oggetto il diritto amministrativo vigente nell'ordinamento italiano, nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, rappresentato, in questa trattazione, attraverso principi e istituti a carattere generale.

Disciplina giuridica, vigente in questo ordinamento, e caratterizzata, da una parte, per il suo oggetto, le attività di amministrazione e l'organizzazione dei soggetti che vi sono preposti, e i rapporti che nell'ambito di esse si svolgono; e dall'altra parte, per la natura delle sue norme, di diritto pubblico e non di diritto comune. Il diritto amministrativo, com'è del tutto pacifico, è una *branca del diritto pubblico*.

Mentre vi sono, come s'è accennato, e in principio vi possono sempre essere, attività di amministrazione senz'altro disciplinate dal diritto comune, alle quali si applica codesta normazione. Tuttavia, come si vedrà, molto spesso le attività di amministrazione mediante strumenti giuridici di diritto privato (la compravendita, l'affitto, l'appalto, etc.) sono rette in parte da disciplina pubblicistica; ciò che le attrae, per questa parte, nell'ambito della nostra trattazione.

Il diritto amministrativo non è perciò il *diritto dell'amministrazione pubblica*, senz'altro; ma una parte, assai cospicua, di esso, come disciplina giuridica, storicamente individuata nella sua formazione, delle attività di amministrazione e dell'organizzazione dei soggetti che vi sono preposti.

Le attività di amministrazione di cui ci occupiamo, sono quelle di amministrazione *pubblica*, cioè svolte doverosamente da alcuni soggetti a ciò espressamente deputati, per la cura di interessi della collettività generale o di collettività particolari che la prima compongono; interessi che sono individuati come oggetto di cura (di amministrazione) dalle fonti dell'ordinamento positivo (e in primo luogo, dalla legge) ovvero dagli stessi soggetti deputati all'amministrazione, nell'ambito della *discrezionalità* loro conferita. In sostanza, come sopra s'accennava, dai detentori del potere di governo nel contesto storico sociale di cui si tratta.

I soggetti deputati all'esercizio dell'amministrazione sono anzitutto quelli che denominiamo *pubbliche Amministrazioni*, organizzazioni in genere dotate di personalità giuridica (ma non necessariamente), disciplinate dal diritto pubblico, e sottoposte a un regime giuridico loro proprio, differenziato dalle organizzazioni giuridiche delle categorie fissate nel codice civile.

Ma vi sono altri soggetti, anche di carattere del tutto privatistico (ad esempio, società per azioni), e finanche persone fisiche che, in virtù di specifiche disposizioni normative, ovvero per particolari circostanze, sono chiamati a svolgere attività di amministrazione pubblica; e in conseguenza, per questa parte della loro azione, sono disciplinati dal diritto amministrativo, e perciò attratti nell'ambito della nostra trattazione.

Il diritto amministrativo è parte del diritto pubblico. Esso si compone, come disciplina giuridica, di norme di diritto pubblico, poste cioè (dalle fonti normative competenti secondo il vigente ordinamento) nell'interesse della collettività (*rei publicae interest*) e non nell'interesse particolare dei singoli soggetti che la compongono nei loro reciproci rapporti. In conseguenza, le norme di diritto pubblico sono in principio cogenti, e inderogabili dai soggetti tenuti ad applicarle (salve marginali fattispecie); e la loro violazione dà luogo ad invalidità (in vario modo sanzionata) dei relativi atti giuridici; gli scopi che esse stabiliscono debbono essere perseguiti attraverso l'azione concreta dei soggetti che vi sono deputati (sono scopi non nella disponibilità del soggetto agente, ma posti nell'interesse altrui, della collettività, di cui esso è servente); gli effetti dell'attività giuridica posta in essere hanno la forza di prodursi nella sfera giuridica dei terzi, anche a prescindere dal consenso di questi (c.d. *imperatività*).

## 1.2. Le fonti del diritto amministrativo.

Si segnalano nella letteratura più recente:

M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2019; *Le fonti del diritto amministrativo*, Annuario Aipda 2015, Napoli, 2016; G. GRECO, *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., parte generale, t. 2, 827 ss.; L. TORCHIA, *Il governo delle differenze*, Bologna, 2006; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit.; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 35 ss.; N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003.

### 1.2.1. Diritto europeo e diritto nazionale.

Le fonti del diritto amministrativo sono quelle dell'ordinamento generale, per le quali si rinvia alle trattazioni di diritto costituzionale limitandoci al richiamo di alcuni concetti fondamentali; salve alcune particolarità e specifici caratteri che meritano alcune osservazioni, nell'ambito di questa trattazione.

In premessa, si deve tener presente che l'attività di amministrazione, e per certi aspetti anche l'organizzazione dei soggetti ad essa preposti, è oggetto di normazione oltre che dalle fonti di diritto nazionale, anche da quelle

di diritto europeo; emanate cioè dagli organi dell'Unione europea sulla base delle regole di produzione normativa proprie di quell'ordinamento secondo il Trattato istitutivo della Comunità europea nel testo oggi vigente (*Tratt. U.E.*). Ciò avviene, com'è noto, ormai in quasi tutti i rami del diritto. Il fenomeno investe non solo, come si vedrà, alcuni importanti settori dell'amministrazione pubblica (ad esempio, quelli degli appalti pubblici, dei servizi pubblici, etc.) ma anche la stessa parte generale della disciplina, i cui principi sono, almeno in parte, stabiliti dalla Corte di giustizia delle Comunità europee sulla base delle tradizioni giuridiche comuni degli Stati membri.

Per le parti della materia disciplinate dal diritto europeo, in virtù del noto meccanismo elaborato dalle due Corti (Corte di giustizia U.E., Corte costituzionale) che regge i rapporti tra diritto europeo e diritti nazionali, il diritto europeo viene a far parte del diritto nazionale, a volte in seguito al recepimento attraverso fonti nazionali, a volte per forza applicativa propria: diritto che viene applicato, come appunto il diritto nazionale, dalle Amministrazioni e dai giudici e che vincola direttamente l'attività dei cittadini. Insomma, anche nella disciplina giuridica dell'amministrazione pubblica, come nella disciplina giuridica di altre manifestazioni della vita sociale (l'attività delle imprese nell'ambito del mercato, ad esempio, attraverso il diritto commerciale) nel vigente ordinamento convivono norme giuridiche prodotte da fonti di due separati ordinamenti, quello nazionale (che ha la sua fonte suprema nella Costituzione della Repubblica italiana) e quello europeo (che ha la sua fonte suprema nei Trattati europei); convivenza spesso difficile, fondata su un riparto di materie tuttavia mobile (anche per effetto dell'art. 352 *Tratt. Funz. U.E.*), nell'ambito della quale in caso di conflitto è assicurata la prevalenza della normazione europea.

La disciplina dei rapporti tra i due ordinamenti, nonché quella delle fonti europee, e d'altra parte, la disciplina delle attività di amministrazione svolte direttamente dagli organi dell'Unione europea, restano al di fuori di questa trattazione in quanto rilevanti in altro ordinamento. È da tenere tuttavia sempre ben presente che l'oggetto proprio della nostra trattazione, cioè l'amministrazione pubblica della comunità nazionale italiana, in quanto tale comprenderebbe anche l'azione giuridica dei soggetti che sono organizzati e che agiscono in virtù del diritto europeo e non del diritto italiano, ma che tuttavia esercitano un'azione che produce effetti nell'ambito della comunità nazionale italiana (la stessa notazione vale ovviamente per gli al-

tri ordinamenti degli Stati membri dell'Unione). Perciò è soltanto per una esigenza di divisione del lavoro, che peraltro influisce com'è noto sulla trattazione delle discipline giuridiche, che anche la nostra trattazione viene a subire questa limitazione.

### 1.2.2. Diritto amministrativo e principi generali.

Il diritto amministrativo, come disciplina giuridica dell'organizzazione e dell'azione concreta dei pubblici poteri, consiste di un sistema assai articolato e complesso di norme, delle quali una parte assai cospicua, e segnatamente quelle concernenti la disciplina generale della materia (*la parte generale del diritto amministrativo*, principale oggetto di questa trattazione) si esprime attraverso *principi*, a loro volta in parte formulati in Costituzione (come ad esempio, quello dell'imparzialità amministrativa di cui all'art. 97; quello del decentramento amministrativo di cui all'art. 5) o in leggi ordinarie (principi che adesso emergono segnatamente nella *L. proc. amm.*); in parte inespressi, e ricavabili dall'interprete, segnatamente in sede giurisprudenziale, dal complesso dell'ordinamento positivo (art. 12 *preleggi*).

È noto che, in sede di interpretazione, ove una controversia non possa essere decisa in base ad una precisa disposizione normativa, si fa ricorso, secondo il criterio dell'analogia, alle «disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe». Ove questo non sia sufficiente («il caso rimane ancora dubbio») si fa ricorso ai «*principi generali* dell'ordinamento giuridico dello Stato». Come è stato chiarito da autorevole dottrina, anche i principi, espressi o non, sono norme giuridiche, tuttavia differenziate da quelle particolari, per una maggiore generalità delle relative fattispecie, nonché per la funzione che essi svolgono, connettiva di tutto l'ordinamento giuridico (*Crisafulli*).

I principi, la cui evidenziazione è sempre opera dell'interprete e in ultima analisi della giurisprudenza delle magistrature supreme, sono fondati sulle fonti più diverse. Nella nostra disciplina ciò è storicamente dimostrato dalla vicenda della progressiva emersione dei principi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. A volte sono desunti attraverso progressive astrazioni da norme particolari. In tal caso, come è stato osservato in dottrina, i principi trovano la loro fonte non tanto in quelle norme quanto piuttosto nel «fatto della compresenza di più norme espressive di un medesimo

indirizzo» (*Modugno*). A volte essi sono ricavati da una singola norma positiva, la quale viene intesa come tale (cioè come principio, al di là della sua concreta portata normativa) per la sua «eccedenza di contenuto normativo, deontologico o assiologico, cioè valutativo» (secondo la celebre formula che risale al *Betti*). A volte ancora (e nella nostra disciplina, almeno nella prima fase, assai più spesso) essi non trovano la loro fonte in alcuna norma positiva ma nell'essenza stessa dell'ordinamento, nei suoi valori supremi, negli indirizzi politico-ideologici che ne hanno ispirato la formazione o una sua decisiva svolta, i c.d. *principi istituzionali* (Corte cost. 6/1956). E così ad esempio, nel tipo di Stato fondato sulla sovranità popolare (art. 1 Cost.) la pubblica amministrazione è chiamata a svolgere un ruolo del tutto servente gli interessi della collettività, e perciò la sua azione non può essere giammai libera, come manifestazione di *autonomia*, ma è sempre in qualche modo vincolata nei fini, funzionalizzata, manifestazione non di autonomia ma di *discrezionalità*, nell'accezione moderna di questa nozione (sulla quale ci soffermeremo).

Nel vigente ordinamento, una parte significativa dei principi della nostra disciplina, come si è accennato, trova esplicita enunciazione direttamente in Costituzione. E allora il principio acquista un valore elevatissimo e permea di sé l'intero ordinamento amministrativo. Ed è per definizione, principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato ai sensi dell'art. 12 *preleggi*. E tutta la normativa sottordinata deve essere interpretata alla luce di questi principi, salva, laddove ciò non risulta possibile, l'illegittimità costituzionale della stessa.

Ma anche gli altri principi che non trovano in Costituzione diretta o implicita determinazione, sempre sono riconducibili, per via di successive astrazioni, a qualche norma costituzionale. Non possono esistere principi che regolano l'azione o l'organizzazione della pubblica Amministrazione in un ordinamento a Costituzione rigida, come il nostro, che non siano riconducibili alla Costituzione, che risultino privi di "copertura" costituzionale.

In diritto amministrativo, mancando una disciplina legislativa di parte generale (salve alcune disposizioni, particolarmente nella *L. proc. amm.*) l'importanza dei principi generali nell'applicazione del diritto, come s'è avvertito, è decisamente prevalente.

Questa particolarità della nostra disciplina, la rende assai simile a quello che era il diritto civile prima della codificazione, cioè un diritto fondamentalmente giurisprudenziale, nel quale invero il ruolo della giurisprudenza,

che è sempre un ruolo “creativo” nell’applicazione del diritto, viene esaltato in tale sua qualità.

In un sistema normativo siffatto ruolo della giurisprudenza (ma anche della scienza, o giurisprudenza teorica, cui quella pratica in larga misura si ispira) è assai più importante ed incisivo, che quello svolto in un sistema codificato (nella sua parte generale) o comunque fortemente normato. Sino a configurare la giurisprudenza stessa come fonte dell’ordinamento amministrativo: ciò che sicuramente non è, almeno nel nostro sistema positivo. Il ruolo della giurisprudenza non è qualitativamente diverso nel diritto amministrativo rispetto alle altre branche dell’ordinamento, ma è certamente più incisivo, appunto, a causa della scarsa consistenza della normazione scritta (e perciò della necessità di ricorrere, nell’applicazione del diritto, a principi generali) e della sua formulazione, a sua volta, per principi generali (come ad esempio nella *L. proc. amm.*).

### 1.2.3. Fonti legislative.

Fatte queste premesse, dedichiamo qualche breve cenno alla tematica delle *fonti* del diritto amministrativo: da intendere, come si sa, gli atti e i fatti che nell’ambito di un determinato ordinamento giuridico, e per quanto ci riguarda dell’ordinamento italiano nell’ambito dell’ordinamento europeo, e sulla base delle norme sulla produzione normativa in esso vigenti, sono capaci di produrre norme giuridiche.

Occorre avere ben chiari il concetto di atto-fonte (atto giuridico capace di produrre norme giuridiche in un determinato ordinamento), quello di disposizione normativa (proposizione contenuta nell’atto fonte che esprime una norma giuridica) e di norma giuridica (che viene ricavata dalla disposizione attraverso l’opera dell’interprete); gli istituti che presiedono all’interpretazione delle fonti; quelli intesi a regolare i rapporti tra le fonti (in un sistema caratterizzato dalla pluralità delle sue fonti) in termini di “gerarchia” e di “competenza”, e le antinomie che si verificano tra di esse (tra le normazioni rispettivamente prodotte); l’abrogazione, la disapplicazione (della normativa contenuta in una fonte, in contrasto con la normativa contenuta in altra fonte sulla prima prevalente, per la successione nel tempo, art. 15 *preleggi*; ovvero per la sua forza nell’ordinamento); l’invalidità della fonte, o di singole sue disposizioni per contrasto con la fonte superiore se-

condo il principio della gerarchia delle fonti, ovvero perché eccedente la propria competenza quale determinata dalla fonte superiore (così l'invalidità della legge per contrasto con la Costituzione, l'invalidità del regolamento per contrasto con la legge); i mezzi e i procedimenti (come il giudizio davanti alla Corte costituzionale) previsti per l'accertamento di tale invalidità. Concetti e istituti tutti, fondamentali per lo studio della nostra disciplina, in ordine ai quali ci si limita a rinviare alle trattazioni di diritto costituzionale.

I rapporti tra le fonti sono strutturati, come si sa, secondo il duplice principio della gerarchia e della competenza. Le une rispettivamente sovraordinate e subordinate alle altre: avendo le prime la capacità, o la forza, di stabilire una disciplina che non può essere abrogata o modificata dalle seconde, a pena di invalidità di queste ultime; disciplina che viceversa, ad esse senz'altro si impone. Le une e le altre, a prescindere dalla loro posizione "gerarchica", capaci di disciplinare una determinata materia e non altre (criterio di competenza, che vale tuttavia per alcune fonti e non per tutte). La competenza delle diverse categorie di fonti circa la materia oggetto di normazione, è stabilita a sua volta dalla fonte superiore (così ad esempio, la competenza reciproca delle leggi statali e delle leggi regionali è stabilita dalla Costituzione); e così ancora la fonte sovraordinata stabilisce il procedimento di formazione della fonte subordinata. Principio di gerarchia e principio di competenza si intersecano tra loro e il primo finisce con l'assorbire il secondo.

Le fonti vigenti, come si sa, possono essere dislocate su tre ordini gerarchici, con diverse articolazioni interne a ciascuno di essi e con relative riserve in termini di competenza: le fonti costituzionali, le fonti primarie e le fonti secondarie.

La *Costituzione* anzitutto, che contiene molteplici principi e norme direttamente precettive in materia di amministrazione; norme che in virtù del principio di rigidità costituzionale proprio del vigente ordinamento (a differenza del precedente ordinamento fondato sullo Statuto del 1848, costituzione flessibile, com'è noto, cioè derogabile dalla legislazione ordinaria), si impongono senz'altro a tutte le altre fonti (il cui contrasto con principi e norme costituzionali ne produce l'invalidità).

La Costituzione, nelle singole sue disposizioni può essere modificata da leggi adottate attraverso lo speciale procedimento di cui all'art. 138 (c.d. *leggi di revisione costituzionale*).

Leggi adottate attraverso lo stesso procedimento anche al di fuori dalle materie contemplate nella Costituzione (*leggi costituzionali*) assumono la medesima collocazione gerarchica delle prime. Per alcune materie la Costituzione prevede che la disciplina sia disposta con legge costituzionale (riserve di legge costituzionale), ma questo tipo di fonte può essere utilizzata anche per altre materie.

Leggi di revisione e altre leggi costituzionali (art. 138), pure equiparate alla Costituzione quanto alla loro forza formale nei confronti di tutte le altre fonti dell'ordinamento positivo (alle quali tutte, sono sovraordinate) trovano a loro volta dei limiti nella Costituzione (ciò per cui esse sono passibili del giudizio di costituzionalità), in termini di oggetto (vi sono materie sottratte alla revisione: forma repubblicana, art. 139; diritti inviolabili, artt. 2 e ss.) e in termini di principi: quelli supremi dell'ordinamento costituzionale vincolano anche le leggi di rango costituzionale (Corte cost. 1146/1988).

Il secondo ordine "gerarchico" delle fonti – come è noto – è dato dalle leggi (o *leggi ordinarie*, nell'ambito dello Stato, per distinguerle da quelle costituzionali) e dagli *atti aventi forza di legge* (art. 134). Le leggi sono rispettivamente dello Stato e delle regioni, con reciproci rapporti in termini di competenza.

Nel disegno originario della Costituzione le leggi statali potevano avere ad oggetto ogni materia, salva la disciplina di dettaglio nelle materie di competenza regionale di cui all'art. 117. In queste materie lo Stato poteva con legge stabilire i principi fondamentali di ciascuna materia limitando in tal modo la potestà legislativa regionale.

Nelle regioni a statuto speciale (art. 116 Cost.) era prevista, ed è stata confermata nel nuovo ordinamento (L. cost. 3/2001) una potestà legislativa esclusiva delle regioni stesse in alcune materie.

Secondo il nuovo testo dell'art. 117 (L. cost. 3/2001) questa impostazione, come è noto, è stata ribaltata, nel senso che solo per alcune fondamentali materie è riservata alle leggi dello Stato la competenza legislativa esclusiva (art. 117, 2° co.) mentre su altre materie è riservata alle leggi dello Stato potestà legislativa limitatamente alla determinazione dei principi fondamentali (potestà legislativa concorrente: art. 117, 3° co.) e sulle restanti materie, quelle cioè non espressamente elencate nei due commi citati, è riservata alle regioni la potestà legislativa (c.d. residuale, secondo alcuni, esclusiva): art. 117, 4° co.

Le leggi ordinarie sono atti formali approvati dalle Camere, secondo il

procedimento di cui agli artt. 70 e ss. Cost. ed ai regolamenti parlamentari; e promulgati dal Presidente della Repubblica. Attraverso leggi ordinarie, atti cioè del Parlamento quale organo rappresentativo della sovranità popolare, si esercita per regola la funzione legislativa (art. 70).

In casi eccezionali (divenuti tuttavia nella recente esperienza così frequenti da produrre, di fatto, una modificazione della predetta regola) la funzione legislativa può essere esercitata dal Governo: attraverso i *decreti legge* (art. 77 Cost.; art. 15 *L. Governo*), atti legislativi del Governo che possono essere adottati in caso di necessità ed urgenza, e sottoposti alla conversione delle Camere, che deve avvenire a pena di decadenza *ex tunc* del decreto, entro 60 gg. dalla pubblicazione di quello (la prassi, abnorme, della reiterazione dei decreti legge non convertiti, è stata sanzionata dalla Corte cost. 360/1996); attraverso i *decreti legislativi* (art. 76 Cost.; art. 14 *L. Governo*), adottati dal Governo, sulla base di delegazione conferita con legge, che stabilisce oggetto, principi e criteri direttivi, e il termine entro il quale la delegazione stessa può essere esercitata.

Decreti legge e decreti legislativi sono emanati dal Presidente della Repubblica.

Decreti legge e decreti legislativi, pur essendo limitati nella loro capacità di produzione normativa, dalla legge – i decreti legislativi operano nei limiti posti dalla delega, i decreti legge sono condizionati nella loro efficacia dalla legge di conversione – sono equiparati alla legge quanto al loro valore formale.

Le norme da essi prodotti sono norme legislative a tutti gli effetti ed essi come atti giuridici sono sottoposti al medesimo regime della legge (e così ad es., il giudizio circa la validità di dette fonti è riservato alla Corte costituzionale); e alla loro forza (c.d. forza di legge) come capacità di produrre norme che si impongono su tutte le altre prodotte da fonti di pari grado precedenti, e da fonti inferiori (secondo il diverso schema dell'abrogazione e dell'invalidità).

Ciò comporta che tutta la materia normativa riservata alla legge statale, materia assai ampia, sulla base dell'art. 117, 2° co., può essere legittimamente coperta tanto dalla legge quanto da queste fonti governative equiparate.

Le *leggi regionali* operano nella sfera di competenza fissata dalla Costituzione, e, per le regioni speciali, dalle leggi costituzionali di approvazione dei relativi Statuti. Esse non sono subordinate alle leggi dello Stato ma a queste equiparate e dotate del medesimo valore formale; ma, salvi i casi di

potestà legislativa “*esclusiva*” delle regioni (art. 117, 4° co.), le leggi regionali sono limitate nella loro capacità di produzione normativa dai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato nelle diverse materie (legislazione regionale concorrente).

E anche in questi casi la legislazione regionale, che è fondamentalmente una normazione amministrativa, è limitata nei suoi contenuti dalle leggi statali sull’ordinamento generale (civile, penale, processuale) ovvero contenenti la normazione di materie c.d. trasversali (ad esempio la tutela della concorrenza, i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, etc.: art. 117, 2° co.).

La riforma costituzionale del 2001 (L. cost. 3/2001) ha ampliato lo spazio normativo della legge regionale, estendendo le materie di competenza “*esclusiva*” o residuale, a tutte quelle non espressamente enumerate ed estendendo altresì l’ambito delle materie di competenza legislativa concorrente (prima circoscritte all’elenco dell’art. 117) a settori fondamentali per l’assetto economico e sociale del Paese (dall’energia alle telecomunicazioni, alle grandi infrastrutture, etc.). E ha soppresso il sistema dei controlli statali sulle leggi regionali, ormai soggette, come le leggi statali, al solo sindacato della Corte costituzionale (art. 127).

Leggi ordinarie, altri atti normativi statali aventi forza di legge, e leggi regionali, compongono insieme *l’area della legge*, nel sistema delle fonti da noi vigente, area di produzione normativa cui numerose materie sono *riservate* dalla Costituzione (riserve di legge). (Altre fonti primarie, sono i regolamenti delle Camere, della Presidenza della Repubblica, della Corte costituzionale).

In diritto amministrativo sono molteplici le materie riservate alla legge, secondo la normativa costituzionale. Secondo una tradizionale configurazione del *principio di legalità*, di cui si dirà più avanti, ogni potere amministrativo (nel cui esercizio si esprime l’attività amministrativa regolata da norme di diritto pubblico) deve essere previsto e disciplinato, salvo che nella parte di dettaglio, da norme di legge. Questa impostazione è stata in parte superata nell’evoluzione più recente dell’ordinamento positivo; e il principio di legalità ha assunto il significato di principio che impone la predeterminazione normativa (ma non necessariamente con legge) dei casi di esercizio dei poteri amministrativi, salvi determinati limiti posti dalla Costituzione.

D’altra parte, il processo c.d. di delegificazione che nell’esperienza più recente ha investito tanto il settore dell’organizzazione che quello dell’azio-

ne amministrativa (v. in particolare, artt. 13, 20, L. 59/1997) ha restituito un ruolo amplissimo alla fonte regolamentare nella disciplina dell'amministrazione.

#### 1.2.4. *Fonti secondarie: i regolamenti.*

Amplissima è dunque la presenza delle fonti secondarie nella disciplina dell'amministrazione; e centrale la posizione dei regolamenti nel contesto complessivo della normazione amministrativa. Questa posizione è stata rafforzata per effetto della L. cost. 3/2001 che ha di molto ampliato lo spazio normativo affidato ai regolamenti degli enti del governo territoriale (regioni, province, comuni): art. 117, 6° co., art. 118. Anche in funzione di garanzia dell'autonomia di codesti enti. Si può dire invero che le fonti secondarie attengono essenzialmente all'amministrazione. Sono espressione del potere del Governo, delle Amministrazioni, di disciplinare se stesse, nella loro organizzazione, nella loro azione.

Rispetto all'ordinamento anteriore (quale delineato dalla L. 100/1926, e già dai principi ritenuti vigenti nell'ordinamento statutario, nel quale com'è noto, il potere esecutivo apparteneva esclusivamente al Re e al suo Governo: art. 5, Statuto 1848; art. 1, L. 2263/1925), la Costituzione, come s'è appena visto, ha inteso restituire alla legge una posizione del tutto preminente nella materia amministrativa; ciò non di meno, anche per effetto degli sviluppi recenti, la presenza delle fonti secondarie nella nostra materia è amplissima e tende ad estendersi.

Si deve avvertire che i regolamenti e gli altri atti di normazione secondaria, sono formalmente atti amministrativi, e perciò assoggettati alla disciplina propria di questi ultimi (per quanto concerne il procedimento, la validità, i controlli, il regime delle impugnazioni, etc.). Anzi, avvertiamo sin d'ora che il potere regolamentare, il potere cioè di disciplinare con norme generali e astratte – dotate a tutti gli effetti dei caratteri della norma giuridica – determinate materie stabilite dalla legge e sempre nel rispetto delle norme fissate dalla legge, è uno dei poteri amministrativi tipici.

Vastissima è la congerie delle fonti secondarie, sia sotto il profilo soggettivo (essendo dotata ogni Amministrazione di un, sia pur limitato, potere regolamentare) sia sotto il profilo dei contenuti, dell'ambito normativo di pertinenza, degli effetti. E perciò si conoscono diverse specie di regola-

menti e altri atti di normazione secondaria, spesso distinte in modo non chiaro, anzi perplesso, le une dalle altre.

Nell'ambito dello Stato, una importante razionalizzazione della materia è stata attuata dalla *L. Governo* del 1988. Secondo questa disciplina (valida per tutto l'ambito dei regolamenti statali) si distinguono in termini soggettivi, tre specie di regolamenti.

I regolamenti del Governo (emanati con D.P.R., previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato, e previo parere delle Commissioni parlamentari: art. 17, 1° e 2° co.); i regolamenti ministeriali (adottati con D.M., sentito il Consiglio di Stato), nelle materie di attribuzione del relativo Ministero (anche se la competenza è di autorità sottordinata al Ministro, ad esempio, di organi periferici); i regolamenti interministeriali (adottati con decreto interministeriale, sentito il Consiglio di Stato), nelle materie di attribuzione di più Ministeri.

I *regolamenti ministeriali e interministeriali* necessitano di un'espressa attribuzione legislativa del potere regolamentare (al Ministro o a più Ministri). Non si tratta cioè di un potere a carattere generale spettante al Ministro in quanto tale nelle materie di attribuzione del relativo Ministero. Ed essi sono espressamente subordinati ai regolamenti del Governo.

I *regolamenti del Governo* sono di due specie. La prima specie esprime il potere regolamentare che al Governo spetta in via generale, senza bisogno di specifiche autorizzazioni legislative, e ha per oggetto l'esecuzione, l'attuazione e l'integrazione degli atti legislativi, l'organizzazione e il funzionamento delle Amministrazioni pubbliche «secondo le disposizioni dettate dalla legge»; l'organizzazione e i rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti in base agli accordi sindacali (*D. pubbl. imp.*); nonché la disciplina di materie in cui manchi la disciplina di atti legislativi «sempre che non si tratti di materie comunque riservate alla legge» (art. 17 cit., 1° co.). Tra queste categorie di oggetti è da segnalare quella ricordata per ultima (co. cit., lett. c): c.d. regolamenti indipendenti, la cui previsione costituì apparentemente un'importante novità nel sistema costituzionale, conferendo al Governo un potere normativo sostanzialmente libero in tutte le materie dove manchi disciplina legislativa (e ovviamente, non si tratti di materie coperte da riserva di legge). Ma in realtà è stata di scarsissimo rilievo pratico, data la marginalità evidente di queste materie (ammesso che esistano).

E ancora è da segnalare la categoria dei regolamenti di organizzazione

(co. cit., lett. *d*)) per quanto sopra si è detto circa l'importanza che in materia organizzativa ha assunto la fonte regolamentare.

La seconda specie dei regolamenti del Governo è contemplata al 2° co. dell'art. 17, i c.d. *regolamenti delegati* (perché necessitano di apposita autorizzazione legislativa) che hanno la capacità di disciplinare *ex novo* materie già disciplinate con legge sostituendo la disciplina regolamentare a quella legislativa preesistente che viene abrogata, secondo il fenomeno della *delegificazione* (v. anche art. 2 cit., L. 537/1993).

Altra specie di regolamenti del Governo è quella di cui alla L. 11/2005: regolamenti di attuazione delle direttive comunitarie in materie, anche se disciplinate con legge, non oggetto di riserva di legge.

Tutti i regolamenti statali sono sottoposti al controllo preventivo della Corte dei conti, e devono essere pubblicati in G.U. (le norme giuridiche in essi contenute non producono effetti se non a seguito della pubblicazione dei relativi testi in Gazzetta).

Nell'esperienza più recente, caratterizzata dalla presenza di ordinamenti di settore (mercato finanziario, telecomunicazioni, energia, etc.) nei quali funzioni di amministrazione sono affidati ad Autorità amministrative c.d. indipendenti (dal Governo), sulle quali *infra* (par. 3.2.3), hanno acquistato grande importanza gli atti di regolazione a contenuto sostanzialmente normativo, adottati da codeste Autorità, in base ad attribuzioni (spesso generiche) di legge. Questi atti a carattere regolamentare (atti di normazione secondaria) non seguono le prescrizioni procedurali relative ai regolamenti del Governo (salva la pubblicazione in G.U.); essendo adottati da autorità non politiche nell'ambito di competenze loro proprie, spesso ad alta valenza discrezionale, presentano problemi di legittimità costituzionale (nel silenzio del testo costituzionale sul punto, ma in presenza, tuttavia di norme europee, di per sé legittimanti alcune di dette attribuzioni). Opinione dominante che trova pieno riscontro in giurisprudenza (v. ad ult. Cons. St., VI, 20.1.2015 n. 1532) è nel senso che questi atti normativi, indubbiamente anomali a fronte del principio di legalità in senso sostanziale, che si esprime nella «tipica forma di esercizio del potere regolamentare ai sensi dell'art. 17 [L. Governo] secondo un sistema ispirato ad una rigorosa tipicità» si giustificano in virtù dell'esigenza di assicurare nel governo del settore, il costante adeguamento del «contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema», e per altro verso, come accennato, sulla base di norme e principi di fonte europea (art. 35 e ss., Dirett. 2009/72/CE, re-

lativa al mercato interno dell'energia elettrica; art. 3 Dirett. 2002/21/CE, come modif. dalla Dirett. 2009/140/CE sui servizi di comunicazione elettronica; artt. 67 e ss. Dirett. 2014/65/UE relativa al mercato degli strumenti finanziari). Ma essi necessitano, a pena di invalidità, di specifiche garanzie procedurali, attraverso «rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolamentari» (Cons. St., sentenza ult. cit.): c.d. principio di legalità in senso procedimentale.

Più disarticolato, perplesso, l'ambito delle *fonti secondarie non statali*.

In termini generali, si può dire che, in via di principio e salve espresse eccezioni, ogni ente pubblico è dotato di una pur minima potestà regolamentare, del tutto subordinata alla legge e ai regolamenti governativi, con oggetto la propria organizzazione e l'esercizio delle proprie funzioni. Tali atti sono sottoposti all'approvazione degli organi statali di vigilanza, e pubblicati nelle forme prescritte. Molti enti pubblici hanno anche il potere di adottare un proprio statuto con oggetto principalmente l'organizzazione dell'ente. Lo statuto è fonte secondaria, il cui contenuto normativo vincola tuttavia i regolamenti interni dell'ente.

La potestà regolamentare è particolarmente rilevante, e trova direttamente in Costituzione la sua disciplina fondamentale, negli enti del governo territoriale (regioni, province e comuni), pubblici poteri equiparati allo Stato nel disegno costituzionale.

Gli enti del governo territoriale in quanto dotati di autonomia costituzionale hanno «propri statuti, poteri e funzioni» (art. 114).

I poteri e le funzioni sono quelli, rispettivamente di carattere legislativo o normativo di cui all'art. 117, e quelli di carattere amministrativo di cui all'art. 118, che le stesse norme costituzionali menzionano, fissandone anche i contenuti.

L'art. 123 espressamente dispone che ciascuna regione abbia uno statuto, il quale, in armonia con la Costituzione, determina tra l'altro «la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento». È da ritenere che anche per gli enti locali la materia statutaria corrisponda a quella delineata dall'art. 123, ovviamente con le differenze derivanti dal diverso ruolo e dalla diversa capacità normativa di questi enti.

In sostanza, la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e di funzionamento degli enti, nei limiti stabiliti dalla legislazione dello Stato, segnatamente ai sensi dell'art. 117, 2° co., lett. p), è da ritenere