
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer

CAPITOLO I

L'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA E I POTERI AMMINISTRATIVI

SOMMARIO: 1. Amministrazione in senso generico. – 2. L'amministrazione pubblica e le pubbliche amministrazioni. – 3. L'amministrazione pubblica e la capacità di diritto privato. – 4. I poteri amministrativi. – 5. (*segue*): Il principio di legalità. Principio di legalità e riserva di legge. – 6. (*segue*): Poteri restrittivi e poteri ampliativi. – 7. (*segue*): Poteri regolativi. – 8. (*segue*): Poteri amministrativi gestionali. – 9. Effetti giuridici e risultato pratico dell'esercizio dei poteri amministrativi. – 10. Poteri amministrativi e principio di giustiziabilità. – 11. Poteri amministrativi, poteri normativi e poteri giurisdizionali.

1. Amministrazione in senso generico

«Amministrare» in senso generico significa compiere una attività rivolta alla più razionale o migliore utilizzazione di qualche cosa, ed è attività estremamente comune. Molto spesso è una attività svolta da soggetti privati che esercitano la propria caratteristica *autonomia privata*, e nei limiti del lecito determinano liberamente l'interesse che intendono perseguire: così si «amministra» il proprio tempo o il proprio patrimonio, come pure la propria azienda. In questi casi l'attività svolta, ove abbia un rilievo giuridico – ad esempio perché si traduce in contratti – è disciplinata dalle regole dell'ordinamento giuridico che in generale disciplinano quel tipo di rapporti tra i soggetti, regole che in quanto rivolte a tali soggetti si dicono, secondo una terminologia ormai radicata, di *diritto privato*.

Altre volte, si tratta di una attività compiuta – pur sempre da privati – nell'interesse altrui, sulla base di una precisa investitura giuridica: ci sono *amministratori* dei condomini e delle società commerciali, e naturalmente tali amministratori devono mirare, nella attività svolta in tale veste, al soddisfacimento dell'interesse dei condomini o dei soci, e non del proprio. Anche questa attività svolta per conto di altri, in ogni modo, è disciplinata dalle regole del diritto privato. La sola variante, rispetto all'attività svolta nell'interesse proprio, è che colui che amministra per conto di altri è legato ad essi da un

rapporto di *responsabilità*, sempre sul piano del diritto civile: se per sua colpa o dolo arreca un danno, egli ha l'obbligo di risarcirlo. La stessa cosa accade quando qualcuno amministra interessi altrui per obbligo di legge o per obbligo contrattuale: i genitori amministrano il patrimonio del figlio (minore) nel suo interesse, il mandatario deve perseguire l'interesse del mandante. La violazione della propria obbligazione determina il sorgere della responsabilità civile.

Di tutto ciò *non* si occupa il diritto amministrativo: anzi, se l'amministrare fosse solo questo agire privato nell'interesse proprio o nell'interesse di altri soggetti, uno specifico diritto amministrativo semplicemente non esisterebbe né avrebbe ragione di esistere. Per comprendere la ragione della sua esistenza dobbiamo passare dalla generica nozione di amministrazione alla nozione di *amministrazione pubblica*.

2. L'amministrazione pubblica e le pubbliche amministrazioni

Anche nell'attività di amministrazione *pubblica* – come nell'amministrazione privata delle società commerciali, o del condominio o come, semplicemente, il *mandatario* – chi amministra è tenuto a perseguire non l'interesse proprio, ma un interesse diverso. Al contrario che nei casi visti prima, però, l'interesse da perseguire non appartiene ora a persone determinate, ma è riferito genericamente alla comunità: si tratta di quell'interesse comune che nel diritto amministrativo si chiama *interesse pubblico*. Così è amministrazione pubblica quella istituzionalmente rivolta alla tutela e alla promozione dell'interesse alla salute pubblica ed alla salubrità ambientale, dell'interesse all'istruzione, dell'interesse ad un ordinato sviluppo territoriale, dell'interesse alla sicurezza delle persone, dell'interesse all'esistenza di agevoli vie di comunicazione, e via dicendo. Non vengono qui in considerazione interessi di qualcuno in particolare, ma interessi di *tutti*, collettivamente considerati.

Se ci domandiamo da chi sia svolta l'attività di *amministrazione pubblica*, constatiamo che essa è svolta da diverse persone giuridiche, organi ed apparati ai quali è affidato il compito di curare i diversi interessi pubblici: ed a tali persone giuridiche, organi ed apparati diamo il nome di *pubbliche amministrazioni*. La comune esperienza ci dice che le «pubbliche amministrazioni» in questo senso organizzativo o soggettivo sono in larga misura costituite da apparati dello Stato e delle Regioni, nonché da enti locali come i Comuni e le Province. Tuttavia, nessuna persona e nessuna organizzazione potrebbe di sua esclusiva iniziativa autoqualificarsi quale pubblica amministrazione, o autoinvestirsi di compiti di amministrazione pubblica.

È invece evidente che sia la nozione oggettiva di amministrazione pubblica (come attività) sia quella soggettiva di pubblica amministrazione (come insieme di organi ed apparati) rimandano ad una qualificazione operata dalle *norme* dell'ordinamento giuridico, come espressione della comunità organizzata a Stato. Sono le norme del sistema giuridico – fondamentalmente la Costituzione

e le leggi, come espressione delle scelte politiche della comunità – che qualificano certi interessi come *pubblici* e che affidano ad apparati che agiscono per conto della comunità, che chiamiamo pubbliche amministrazioni, il compito di perseguirne la miglior possibile cura mediante l'attività amministrativa.

Risulta da quanto detto che le pubbliche amministrazioni non si trovano nella situazione di autonomia privata che caratterizza la situazione dei soggetti comuni. Esse non determinano gli interessi che intendono perseguire in modo pienamente libero e senza altro vincolo che quello costituito dal limite di ciò che è lecito, ma al contrario sono sin dall'inizio costituite per il conseguimento di interessi pubblici, i quali formano per esse un vincolo finalistico.

La circostanza che le pubbliche amministrazioni siano tali in forza delle norme dell'ordinamento giuridico – a partire dalla Costituzione – non significa, ovviamente, che ogni nuova norma organizzativa crei *essa stessa* tali enti ed apparati, potendo ben essere sia che essi già preesistessero, sia che, al contrario, la norma che li prevede sia meramente programmatica, e debba essere attuata attraverso ulteriori norme organizzative. Così, ad esempio, nell'ordinamento italiano al momento dell'approvazione della Costituzione gli apparati statali di governo preesistevano, disciplinati dallo Statuto albertino del 1848, esteso al Regno d'Italia nel 1861, e dalle successive leggi emanate per la sua attuazione; ed ugualmente preesistevano Comuni e Province, sicché la Costituzione si limitò e prevedere sia per gli apparati statali che per quelli locali nuovi principi ordinamentali. Le Regioni, invece, non esistevano (con l'eccezione della Sicilia, della Sardegna, della Valle d'Aosta e del Trentino-Alto Adige, tutte a statuto speciale), e la Costituzione stabilì le regole di base per la loro futura organizzazione, destinata a tradursi in realtà organizzativa sulla base di ulteriori disposizioni attuative, che vennero emanate solo alla fine degli anni Sessanta dello scorso secolo.

Continuità, oppure *innovazioni* e addirittura *fratture* compongono un insieme variabile nella vita degli ordinamenti giuridici. Si pensi, nell'esperienza italiana, allo *Statuto albertino*, nato nel 1848 come carta fondamentale del Regno di Sardegna, per divenire poi nel 1861 la prima costituzione dell'Italia unita, in piena continuità per la monarchia sabauda, ma ovviamente in discontinuità con le istituzioni di base degli altri Stati preunitari.

3. L'amministrazione pubblica e la capacità di diritto privato

Abbiamo visto che le pubbliche amministrazioni sono tali in quanto così organizzate e qualificate dalle norme dell'ordinamento, e da tali norme chiamate a svolgere attività qualificate come attività di amministrazione pubblica. Di necessità, dunque, esiste una disciplina speciale dei *soggetti* chiamati ad agire come pubbliche amministrazioni, e in una certa misura delle attività che essi debbono intraprendere. Si tratta infatti di apparati che sono espressione organizzata della comunità statale, ed essi saranno previsti e disciplinati da atti regolativi – leggi, regolamenti, altri atti – posti dai competenti organi.

La circostanza che le pubbliche amministrazioni e gli oggetti e scopi della loro azione siano individuati e regolati da specifici atti normativi a ciò rivolti costituisce indubbiamente una differenza rispetto agli *amministratori* privati,

che di regola sono individuati e regolati – nel quadro delle norme generali di diritto privato – da atti di autonomia privata, quali i contratti di mandato o le deliberazioni di assemblee societarie o condominiali. Ed una seconda differenza, cui abbiamo già accennato, sta nella circostanza che l'amministrazione pubblica amministra interessi *pubblici*, riferiti alla comunità in generale (e non a persone determinate o ad un gruppo ristretto) il cui perseguimento costituisce per essa, come detto, un vincolo finalistico.

Nonostante le differenze, però, anche per le pubbliche amministrazioni «amministrare» significa svolgere attività rivolta al conseguimento di risultati utili. E per svolgere tale attività, può bene essere necessario compiere atti giuridici comuni, quegli atti che il codice civile pone a disposizione di tutti i soggetti dell'ordinamento, come ad esempio concludere contratti. In questo senso, le pubbliche amministrazioni hanno piena capacità giuridica di diritto privato, al pari di qualunque altro soggetto organizzativo, al pari cioè di tutti i soggetti che non sono persone fisiche (e dunque con ovvia esclusione delle capacità che sono esclusive delle persone fisiche, come la capacità di contrarre matrimonio o di fare testamento).

Si noti che la particolare relazione tra l'attività amministrativa e l'interesse *pubblico* rende più difficoltoso il funzionamento dei classici meccanismi del diritto privato. Ad esempio, abbiamo detto sopra che, quando un privato è vincolato a perseguire interessi altrui, la sua «fedeltà» all'interesse da perseguire è garantita attraverso lo strumento della responsabilità civile, per il quale chi cagiona ad altri un danno ingiusto è tenuto a risarcirlo. Ma se l'amministrazione persegue l'interesse pubblico, l'eventuale infedeltà dell'amministratore pubblico potrà non trovare di fronte a sé soggetti specifici pronti a far valere tale responsabilità.

Del resto, lo stesso diritto privato conosce in parte questo problema. Le *fondazioni* disciplinate dal Codice civile sono organizzazioni create dall'autonomia privata per il perseguimento di scopi di interesse generale, che non fanno capo specificamente ad alcuno: ed anche per le fondazioni, ovviamente, lo *scopo* impresso dal fondatore costituisce un vincolo finalistico. Ed è probabilmente anche per questa ragione che le fondazioni sono sottoposte – con disposizione eccezionale per chi opera in regime di autonomia privata – alla *vigilanza* di autorità pubbliche.

Un altro modo per cercare di assicurare la fedeltà di chi amministra al fine che esso è chiamato a perseguire può consistere nel colpire le deviazioni – che divengono così *reati* – mediante forme di sanzione diverse dalla responsabilità civile, ad esempio *sanzioni penali*. Ed in effetti nel diritto italiano il Codice penale dedica il Capo I del Titolo II ai *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, prevedendo diversi reati che si collegano ad infedeltà degli amministratori pubblici, quali il *peculato* (art. 314), la *concussione* (art. 317), la *corruzione* (artt. 318 e 319) e l'*abuso d'ufficio* (art. 323).

In sintesi, la particolare situazione delle pubbliche amministrazioni nel perseguimento dell'interesse pubblico determina problemi particolari, ma non è

di per sé incompatibile con l'uso del diritto privato nel compimento degli atti giuridici necessari al conseguimento dei risultati. Al contrario, è la stessa legge fondamentale sul procedimento amministrativo, n. 241 del 1990, a stabilire che «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»: ma, come lascia intendere questa stessa disposizione, ciò non può valere per gli atti di natura autoritativa (cioè corrispondenti a poteri autoritativi) e in altri casi in cui risulta comunque preferibile il regime tipico dei poteri amministrativi.

La capacità delle pubbliche amministrazioni di utilizzare gli strumenti del diritto privato può essere limitata dalla legge in campi o per ragioni particolari. Così l'art. 4 del d. lgs. n. 175 del 2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) dispone, in via di principio, che le amministrazioni pubbliche «non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società». Per la costituzione o partecipazione di società che *sono* invece strettamente necessarie al perseguimento delle predette finalità istituzionali l'art. 5 pone un onere di motivazione *analitica*.

Ancora, allo scopo di realizzare economie di spesa numerose disposizioni di legge vincolano le pubbliche amministrazioni ad acquistare i beni e i servizi di cui hanno bisogno attraverso meccanismi di acquisizione centralizzata (v. ad esempio art. 9 del d.l. n. 66 del 2014, conv. in l. n. 89 del 2014).

4. I poteri amministrativi

Se non vi fossero altri problemi che quelli sin qui considerati, potremmo bene immaginare l'attività delle pubbliche amministrazioni come quella di particolari fondazioni, costituite – a differenza delle fondazioni del Codice civile – non da soggetti privati nel quadro della loro autonomia privata, ma dalla comunità organizzata a Stato attraverso le proprie norme giuridiche. Esse agirebbero nel quadro del diritto privato, e la «fedeltà» della loro azione agli scopi prefissati potrebbe essere garantita da sanzioni e da forme di controllo di altre autorità pubbliche.

Tuttavia, l'esperienza mostra che i normali poteri di cui tutti i soggetti dell'ordinamento godono in condizioni di reciproca parità non sono sufficienti per una efficace tutela degli interessi pubblici. Un esempio servirà a chiarire. Supponiamo che, per migliorare la viabilità, una pubblica amministrazione voglia costruire una nuova strada. Naturalmente occorre la disponibilità dei terreni, e non di terreni qualunque, ma esattamente di quelli sui quali la strada è destinata a passare, secondo il tracciato prefissato. Come procurarli? Il diritto privato offre lo strumento del contratto di compravendita. In un mondo ideale potrebbe essere uno strumento idoneo: i proprietari dei terreni, rendendosi conto delle esigenze dell'interesse pubblico, potrebbero

offerirli all'amministrazione ad un prezzo ragionevole. Nel mondo reale, la cosa non funziona affatto. Molti proprietari – o anche uno soltanto – potrebbero non volere vendere, con la conseguenza di rendere impossibile la realizzazione, e inutile l'acquisto degli altri terreni; oppure potrebbero essere disposti a vendere a prezzo altissimo, approfittando della situazione di monopolio creata dal tracciato stesso della strada. In entrambi i casi l'interesse pubblico sarebbe compromesso.

La soluzione più semplice – non a caso adottata, con qualche variante, praticamente in tutti gli Stati (la ritroviamo prevista, ad esempio, in Francia dalla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 o nella Costituzione degli Stati Uniti al *Quinto emendamento* del 1791, e disciplinata nel Regno Unito dal *Land Clauses Consolidation Act* del 1845, che del resto codificava principi risalenti ad epoche precedenti) – sta nel seguire una diversa via: non quella della *contrattazione* tra uguali, ma quella che assegna ad una autorità pubblica un potere giuridico speciale, il potere di determinare con un proprio atto il medesimo effetto della compravendita, cioè il passaggio della proprietà del terreno in capo al soggetto che deve realizzare la strada: nel diritto italiano il corrispondente atto prende il nome di *espropriazione per pubblica utilità*.

Naturalmente questo potere potrà essere soggetto a certe condizioni e presupposti, come la *necessità* del terreno per la realizzazione di un'opera di pubblica utilità, ed il versamento al proprietario espropriato di un indennizzo che tenga in qualche modo il luogo del prezzo del terreno. Resta però il fatto che si tratta di un potere *speciale*, che non è dato a tutti i soggetti dell'ordinamento in condizioni di reciproca parità, ma soltanto ad una autorità pubblica, in quanto essa è autorità pubblica.

La stessa esigenza di dotare le pubbliche amministrazioni di speciali poteri può emergere in altre occasioni. Così, per fare un altro esempio, ove si verificano calamità naturali come terremoti, alluvioni e simili risulterà molto opportuno e conveniente che una autorità pubblica possa assumere le misure necessarie, anche disponendo, ove occorra, delle proprietà private. Potranno così essere *requisiti* alberghi o abitazioni inutilizzate per ospitarvi temporaneamente persone rimaste senza tetto, o potrà essere *ordinato* lo sgombero di abitazioni a rischio.

Nelle ipotesi considerate la *necessità* degli speciali poteri delle pubbliche amministrazioni risulta abbastanza evidente. In altri casi, la cosa potrebbe essere discutibile. Qualcuno potrebbe ritenere opportuno, ad esempio, che una pubblica autorità disponesse del potere di *imporre* un affitto coattivo di immobili non utilizzati dal proprietario in favore di persone che non siano altrimenti in grado di procurarsi una abitazione. Tuttavia, negli ordinamenti fondati sull'economia di mercato simili poteri esistono solo in situazioni di assoluta emergenza.

Abbiamo detto che le pubbliche amministrazioni perseguono gli interessi pubblici. Negli esempi appena fatti, si tratta rispettivamente dell'interesse alla realizzazione della strada e dell'interesse alla sicurezza e benessere delle

persone. Gli interessi pubblici, in astratto, si riferiscono alla comunità, e non a soggetti determinati: ma in concreto, l'esercizio degli speciali poteri che servono per il soddisfacimento di tali interessi si potrà tradurre in vantaggi per certe persone, svantaggi per certe altre. Così nell'*espropriazione per pubblica utilità* il soggetto che acquisisce la proprietà riceve un vantaggio, mentre lo stesso non si può certo dire per l'espropriato, il quale non ha potuto decidere liberamente se cedere o meno la proprietà, ma ne è stato semplicemente privato dall'atto della pubblica amministrazione. E lo stesso può dirsi per gli altri esempi. Nell'ultimo, è chiaro che un potere amministrativo di instaurare coattivamente rapporti di locazione sarebbe una fortissima limitazione del diritto del proprietario di disporre del proprio bene.

La questione della esistenza o non esistenza di determinati poteri delle pubbliche amministrazioni non è dunque una questione puramente tecnica, neutra rispetto agli interessi dei soggetti, ma si traduce nel privilegiare certi interessi a scapito di certi altri, sulla base di un giudizio di necessità o convenienza. Ma chi è abilitato a formulare questo giudizio? Da dove vengono gli speciali poteri di cui abbiamo parlato? Come accertare se un determinato potere esiste o non esiste?

5. (segue): Il principio di legalità. Principio di legalità e riserva di legge

Il diritto italiano – come in forme più o meno simili i diritti degli altri Stati di tradizione giuridica occidentale nonché il diritto dell'Unione europea – risponde alle domande ora poste con l'enunciazione di una regola fondamentale, che chiamiamo *principio di legalità*. Nei paesi di tradizione anglosassone l'espressione *rule of law* – che potremmo qui tradurre con «governo del diritto» – indica che i poteri debbono essere riconosciuti ed esercitati secondo diritto.

Secondo il principio di legalità gli speciali poteri delle autorità amministrative in tanto esistono, in quanto sono previsti dalle norme dell'ordinamento giuridico. Esso non si identifica dunque con il generico dovere, che incombe su tutti i soggetti, di rispettare le norme giuridiche, ma si riferisce specificamente ai pubblici poteri, nel senso indicato. Certo le norme del sistema attribuiranno alle pubbliche amministrazioni gli speciali poteri che sono ritenuti necessari: ma il giurista riconoscerà l'esistenza e l'ampiezza di tali poteri in primo luogo non mediante complesse e spesso opinabili valutazioni sulla loro necessità o utilità, ma mediante la constatazione che le norme giuridiche li prevedono e li disciplinano (simili valutazioni saranno invece fatte dai legislatori nel porre le norme in questione, e potranno essere semmai sindacate, in termini di ragionevolezza, ove si ponga in dubbio la legittimità costituzionale delle disposizioni così poste).

Al tempo stesso il principio di legalità esclude che siano le stesse pubbliche amministrazioni a decidere dei propri poteri, ed esclude che essi siano creati

caso per caso, secondo le esigenze del momento. Al contrario, essi devono essere previsti in via generale ed astratta: devono, in altre parole, essere normativamente *previsti*, prima che le pubbliche amministrazioni possano *disporre*, esercitandoli.

L'affermazione che gli speciali poteri delle pubbliche amministrazioni devono essere previsti dalle norme dell'ordinamento giuridico, tuttavia, nulla ci dice su un altro aspetto rilevante della questione: *quali* tra le *fonti* del sistema giuridico siano abilitate a prevedere e disciplinare poteri amministrativi. In particolare, quanto alle fonti riconosciute nell'ordinamento italiano, si tratta di sapere se la possibilità di introdurre speciali poteri amministrativi sia riservata alla legge – ricordando qui che accanto alle leggi statali l'ordinamento italiano prevede le leggi regionali – o se tali poteri possano essere introdotti anche con norme di rango secondario: anche qui ricordando che poteri regolamentari sono esercitati, a termini di Costituzione (art. 117, sesto comma), sia dallo Stato che dalle Regioni e dagli enti locali, secondo un determinato riparto di competenza.

In termini generalissimi, si può dire che gli speciali poteri il cui esercizio si traduca in una limitazione delle libertà o in una restrizione del patrimonio dei destinatari debbono avere fondamento legislativo. Lo si deduce – pur in assenza di una norma generale espressa – dalle disposizioni che la Costituzione dedica alla tutela delle libertà (artt. 13-21), nonché della iniziativa economica e della proprietà (artt. 41-44): in particolare poi l'art. 23 dispone che «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge». Ancora, l'art. 97 dispone che «i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge» (secondo comma), e che «nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari» (terzo comma).

Per prevedere poteri amministrativi è dunque necessaria una fonte di rango primario, legge o – per lo Stato – decreto-legge e decreto legislativo. In questi termini, il principio di legalità si traduce in un principio di *riserva di legge*. Riservata alla legge, in sostanza, è la creazione del potere nei suoi elementi essenziali: il *tipo*, determinato in relazione agli effetti giuridici, i *presupposti* che ne consentono o impongono l'esercizio, l'*attribuzione* a una pubblica amministrazione. Non si tratta di una riserva *assoluta*, dato che altri aspetti (ad esempio collegati alla forma e al procedimento) potrebbero invece essere disciplinati anche da fonti secondarie, ma di una riserva di quelle che il diritto costituzionale conosce con il nome di riserva *relativa* di legge.

La riserva alle fonti di rango legislativo degli elementi essenziali sottolinea la necessità che le decisioni che riguardano gli speciali poteri dell'amministrazione – tradizionalmente parte del potere cosiddetto *esecutivo* – vengano prese con la partecipazione delle assemblee legislative, quali organi che rappresentano il popolo nella sua complessità e nella pluralità delle sue opzioni politiche.

Alla validità generale di quanto ora affermato su principio di legalità e riserva di legge va posta però qualche restrizione. In primo luogo, queste

affermazioni valgono nell'ambito dell'ordinamento italiano: ma poteri amministrativi possono essere previsti e sono in effetti previsti, in base ai trattati istitutivi, da norme poste in essere dall'Unione europea, cioè dall'istituzione sovranazionale europea di cui l'Italia fa parte sin dalla fondazione della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (1951) e della Comunità economica europea (1957). Ora, naturalmente anche l'ordinamento comunitario si ispira al principio di legalità, nel senso che i poteri di autorità debbono essere previamente previsti da un atto normativo, ma tale atto normativo non potrà mai essere una *legge*, nel senso della Costituzione italiana.

L'Unione europea, infatti, ha un proprio sistema di fonti, che a lungo non ha conosciuto la distinzione tra atti legislativi e atti regolamentari o di normazione secondaria. In tale ordinamento, i *regolamenti* comunitari non sono atti subordinati alla legge, ma costituiscono la maggiore fonte di produzione, da parte delle istituzioni della Comunità (poi dell'Unione) di norme giuridiche direttamente applicabili in tutti gli Stati membri. E così rimane anche ora, pur se – a seguito del trattato di Lisbona (entrato in vigore nel 2009) – il *Trattato sull'Unione europea* ed il *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea* prevedono una funzione legislativa e un procedimento legislativo ordinario: con il quale, tuttavia, vengono approvati atti che continuano a chiamarsi, a seconda dei casi, *regolamenti*, *direttive* o *decisioni* (cfr. in particolare art. 289, § 1, TFUE, secondo il quale «la procedura legislativa ordinaria consiste nell'adozione congiunta di un regolamento, di una direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio su proposta della Commissione»).

D'altronde, se pure si trattasse di *leggi* dell'Unione, esse non corrisponderebbero alle riserve di legge dell'ordinamento italiano, ma costituirebbero esercizio di competenze dell'Unione, che la Costituzione italiana prevede e giustifica attraverso gli articoli 11 e 117, primo comma.

Inoltre, le stesse affermazioni sul principio di legalità e la riserva di legge si adattano pienamente ai poteri del tipo che abbiamo finora considerato, cioè poteri rivolti a produrre effetti *sfavorevoli* per il destinatario, ma richiedono qualche ulteriore precisazione in relazione a diversi tipi di poteri amministrativi, di cui si dirà tra breve (v. §§ 7 e 8). Ancora, esse valgono pienamente nelle situazioni ordinarie, ma subiscono qualche attenuazione, di cui si dirà più avanti (cap. III, § 2), nelle situazioni di emergenza.

Infine, il fatto che i poteri amministrativi siano previsti e disciplinati dalla legge non deve portare a credere che l'esercizio di tali poteri dia luogo sempre e necessariamente ad atti puramente esecutivi di norme giuridiche. Al contrario, le norme che disciplinano i poteri possono esse stesse lasciare alle pubbliche amministrazioni il compito di scegliere quale potere sia più appropriato esercitare nel caso concreto, tra diversi possibili, o quale contenuto specifico dare all'atto di esercizio del potere. Si tratta del grande tema della *discrezionalità amministrativa*, sul quale si tornerà ampiamente in seguito (cap. III, §§ 5 ss.).

6. (segue): Poteri restrittivi e poteri ampliativi

Nel presentare il tema dei poteri amministrativi si è fatto riferimento al potere di *espropriare* coattivamente la proprietà di immobili, di *requisire* beni, di *ordinare* specifici comportamenti. Benché rivolti a produrre effetti giuridici diversi – rispettivamente il trasferimento della proprietà, il trasferimento della concreta disponibilità ed il sorgere di un dovere legale di adeguamento – tali poteri hanno un evidente tratto comune, che consiste nel fatto che essi *restringono* la sfera giuridica del destinatario, o togliendogli un diritto che prima aveva, o creandogli un obbligo che prima non aveva. In relazione a questi poteri è chiara la funzione fondamentale del principio di legalità e della riserva di legge: essi assicurano ai soggetti dell'ordinamento che le pubbliche amministrazioni non potranno diminuire o limitare la loro sfera giuridica se non nei casi e nei limiti previsti dalle norme giuridiche stabilite dai rappresentanti nelle assemblee legislative, nel rispetto della Costituzione.

È di tutta evidenza, tuttavia, che oltre ai poteri che abbiamo chiamato restrittivi – altri li chiamano *ablatori*, per sottolineare allo stesso modo che essi tolgono qualcosa al destinatario – le pubbliche amministrazioni esercitano altri *poteri*, che funzionano nel modo contrario rispetto ai poteri restrittivi. Tutti sanno, ad esempio, che non si può guidare l'automobile o aprire un albergo (o un supermercato, o un negozio di grande dimensione) senza una apposita *autorizzazione* di una o più pubbliche amministrazioni, e che ugualmente non si può costruire un edificio senza l'apposito *permesso* dell'autorità. In questi casi le autorità amministrative hanno il potere (e, ove esistano i presupposti richiesti, il dovere) di rendere *lecita* con un proprio atto una attività che altrimenti non sarebbe consentita, *ampliando* così la sfera giuridica del destinatario del provvedimento, che attraverso l'atto dell'autorità si arricchisce di facoltà che prima non aveva.

Ci domandiamo se anche questi poteri debbano essere inclusi tra i poteri *amministrativi*, e se anche ad essi si applichi il principio di legalità, nel senso che essi esistono solo ove previsti dalle norme dell'ordinamento giuridico. Quanto alla prima questione, non sembra dubbio che anche i poteri «ampliativi» di cui stiamo parlando siano poteri amministrativi: essi infatti spettano alle pubbliche amministrazioni *e ad esse soltanto*, e spettano ad esse *in quanto esse sono pubbliche amministrazioni*, cioè in quanto esse sono le *autorità* chiamate a curare i *pubblici interessi*.

Quanto al secondo problema – se ai poteri amministrativi che ampliano la sfera giuridica del destinatario si applichi il principio di legalità – a prima vista può sembrare che la risposta debba essere negativa: se tale principio serve a *garantire* ed a *proteggere* i soggetti che entrano a contatto con le pubbliche amministrazioni, ci si potrebbe chiedere che senso abbia proteggerli contro atti che palesemente sono loro *favorevoli*.

Occorre però considerare, in contrario, che la sola e vera ragione per la quale gli interessati debbono chiedere alle pubbliche amministrazioni i

permessi in questione è che esiste a monte una norma di divieto, la quale proibisce in termini generali lo svolgimento di certe attività senza l'apposito permesso. Prima ancora che creare il potere di permettere, le norme giuridiche creano quel contesto restrittivo di divieto che rende sensato il potere di permettere: è *vietato* aprire alberghi o negozi di grande dimensione, guidare l'automobile, costruire case, esercitare certe professioni, *a meno che* non si sia regolarmente autorizzati o abilitati da certe autorità pubbliche.

In altre parole, sono le stesse disposizioni che da un lato istituiscono il divieto, dall'altro specificano quali pubbliche amministrazioni siano competenti a «liberare» dal divieto, ed in quali casi esse possano farlo. Così, ad esempio, il permesso di costruire deve essere rilasciato, in base alle norme dell'ordinamento, dall'autorità comunale, in relazione ai terreni che risultino edificabili secondo i piani urbanistici; la patente di guida deve essere data ai richiedenti di maggiore età che risultino idonei secondo criteri di attitudine fisica, di conoscenza e di abilità; il porto d'armi può essere rilasciato dall'autorità di pubblica sicurezza a coloro che ne abbiano bisogno e diano affidamento di non abusarne. I contesti normativi di divieto definiscono anche la «legalità» dei permessi.

Ed è per tali contesti normativi di divieto che ci si deve chiedere, nuovamente, se essi possano essere posti da qualunque tipo di fonte, o se richiedano – ferme le precisazioni fatte sopra – la fonte legislativa. In linea di principio ci sembra si debba affermare che le regole che limitano le attività private debbano avere rango legislativo, per le ragioni già sopra esposte: e che lo stesso valga, dunque, per i poteri che liberano dalla limitazione.

Non è escluso, tuttavia, che la legge demandi certe regolazioni a pubbliche amministrazioni, e che nel quadro di tali regolazioni si istituiscano poteri amministrativi particolari. Ad esempio, la legge demanda ai Comuni la regolamentazione della circolazione nelle strade comunali: ed il Comune può bene, ad esempio, limitare la circolazione in certe zone, e al tempo stesso prevedere e disciplinare il potere di autorizzare determinati soggetti a circolare in zone altrimenti vietate. Abbiamo in questo caso un potere amministrativo previsto e totalmente disciplinato con un regolamento di un ente locale, il che può apparire in contrasto con quanto affermato sopra (§ 5) sulla *riserva di legge*. Va però considerato che si tratta delle strade che appartengono al comune, e che il potere di vietare e permettere è qui un aspetto del potere più generale di disciplinarne l'uso, comunque *entro il quadro stabilito dalla legge*: precisamente, nel caso, dal d. lgs. n. 285 del 1992, *Nuovo codice della strada* (in seguito ovviamente più volte modificato).

7. (segue): Poteri regolativi

Da un punto di vista puramente logico si direbbe che i poteri che abbiamo chiamato restrittivi e quelli che abbiamo chiamato ampliativi esauriscano

l'universo dei poteri possibili: infatti una misura che non fosse né *sfavorevole* né *favorevole*, se pure potesse esistere, non sarebbe di interesse alcuno. Dal punto di vista pratico, tuttavia, conviene distinguere almeno altri due tipi di poteri, e precisamente i poteri *regolativi* e i poteri *gestionali*.

I poteri regolativi rivolti a disciplinare situazioni in termini generali ed astratti sono in sostanza poteri di produzione di norme giuridiche non legislative, cioè in definitiva poteri *regolamentari*. La Costituzione ripartisce i poteri regolamentari tra lo Stato (nelle sue materie di legislazione esclusiva a termini dell'art. 117, secondo comma) e le Regioni (nelle rimanenti materie: art. 117, sesto comma). Essa precisa inoltre che i Comuni, le Province e le Città metropolitane «hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite». Le leggi statali e regionali, secondo le rispettive competenze, possono poi assegnare poteri regolamentari ad altre pubbliche amministrazioni.

Altri poteri regolativi si traducono nel potere di determinare la condizione o la qualità giuridica di determinati oggetti o beni: si pensi, ad esempio, al potere dei Comuni di approvare *piani regolatori* rivolti, tra l'altro, a stabilire la localizzazione delle opere pubbliche e in genere la destinazione delle diverse zone del territorio comunale e la eventuale possibile utilizzabilità delle aree per l'edificazione.

Anche i poteri regolativi sono soggetti, come è ovvio dato il loro oggetto, al principio di legalità (nel senso che debbono essere previsti da atti normativi che ne precisino il possibile contenuto) e, in linea di massima, a riserva di legge (nel senso che tali atti normativi debbono avere rango legislativo), anche se non può escludersi del tutto che ulteriori poteri regolativi di dettaglio siano previsti dagli stessi atti regolativi non legislativi.

Da qualche tempo la legislazione statale usa definire come «di natura non regolamentare» certi atti normativi secondari affidati alla competenza di ministri. In realtà quasi sempre si tratta comunque di atti a contenuto generale e astratto, e lo scopo della curiosa (e alquanto ipocrita) espressione è solo quello di sottrarre tali atti alla procedura tipica prevista dalla legge n. 400 del 1988 per i regolamenti statali, eliminando in particolare la necessità del previo parere del Consiglio di Stato. Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa tende (giustamente) a dedurre dalla qualificazione dell'atto come «non regolamentare» una ridotta capacità di produrre regole nuove.

8. (segue): Poteri amministrativi gestionali

I poteri di cui abbiamo parlato sinora non possono che essere concepiti come poteri *pubblici*, non essendo evidentemente possibile immaginarli come poteri comuni di qualunque soggetto dell'ordinamento. In essi si esprime un momento di *autorità*, esercitato a nome della comunità e previsto da atti normativi della comunità.

L'ultima categoria di poteri di cui dobbiamo qui parlare si caratterizza per il fatto che le attività in cui essi si manifestano potrebbero bene, in astratto, essere concepite e regolate come attività di diritto comune, e che la loro riconduzione alla categoria del potere pubblico costituisce una scelta di diritto positivo collegata ai vantaggi offerti dal regime degli atti che costituiscono esercizio del potere pubblico (ed in particolare quello degli atti amministrativi) in termini di garanzia della correttezza dell'azione delle amministrazioni e di migliore tutela delle persone interessate. Questi poteri possono bene essere chiamati *gestionali*, per indicare che si tratta di poteri che corrispondono ad attività comuni anche ai soggetti privati, alle quali tuttavia le norme giuridiche danno carattere pubblicistico quando a compierle siano pubbliche amministrazioni.

Ad esempio, quando deve concludere un contratto per una determinata fornitura (supponiamo, di attrezzature scolastiche) la pubblica amministrazione interessata deve decidere con quale specifico fornitore, tra i molti possibili, concludere il contratto. Naturalmente, anche i soggetti privati, quando si trovano nella stessa situazione, devono assumere analoga decisione: ma mentre gli atti di scelta dei privati possono bene rimanere puramente interni e non assumere alcun rilievo giuridico, le leggi (e a monte di esse corrispondenti *direttive* dell'Unione europea) non solo *vincolano* le pubbliche amministrazioni a scegliere sulla base di apposite *gare pubbliche*, ma impongono che gli atti che concludono tali gare – gli atti di *aggiudicazione* dei contratti ai vincitori della gara – abbiano rilievo giuridico esterno e siano aperti alla eventuale contestazione degli altri concorrenti (come la Corte di giustizia dell'Unione ha stabilito nella causa C-81/98, *Alcatel Austria*). Nel diritto italiano questo si traduce nel qualificare l'aggiudicazione come atto di esercizio del potere amministrativo, con la conseguenza tra l'altro di consentirne l'impugnazione davanti ai tribunali amministrativi. Rimane invece fermo che il contratto, una volta concluso, è un normale contratto, regolato dal diritto privato.

Considerazioni simili valgono in relazione alla assunzione del personale delle pubbliche amministrazioni. Anche in questo caso di regola il rapporto di lavoro si instaura a seguito della conclusione di un contratto di lavoro, ma per decidere *con chi* stipulare il contratto di lavoro le pubbliche amministrazioni devono seguire la regola – stabilita dalla stessa Costituzione (art. 97, quarto comma) – del *pubblico concorso*, la cui *graduatoria* finale, come l'aggiudicazione delle gare per i contratti, ha rilievo giuridico esterno ed è soggetta all'impugnazione dei concorrenti non vincitori.

Ancora, poteri amministrativi *gestionali* si riscontrano nell'ambito della gestione dei *beni pubblici*, cioè di quei beni affidati alle pubbliche amministrazioni che lo stesso Codice civile sottrae alla comune circolazione giuridica: si tratta dei beni qualificati come *demaniali* (come le spiagge, i porti e le strade pubbliche: art. 822 c.c.) e, in una certa misura, di quelli appartenenti al cosiddetto *patrimonio indisponibile* (come, secondo l'art. 826 c.c., le foreste statali, le caserme e gli armamenti, le sedi degli uffici dello Stato, delle

Province e dei Comuni e i beni destinati ad un servizio pubblico). Gli atti con i quali le pubbliche amministrazioni competenti dispongono di tali beni (ad esempio concedendo la spiaggia alla gestione di uno stabilimento balneare) assomigliano molto agli atti con i quali qualunque proprietario dispone del proprio bene, affittandolo o comunque incaricando un terzo della gestione: ma la legge li sottrae al regime del diritto privato e li considera – a causa della natura pubblica del bene cui si riferiscono – espressione di potere amministrativo: si tratta allora delle *concessioni* amministrative. Considerazioni analoghe a quelle svolte in relazione ai beni pubblici possono essere svolte per gli atti di attribuzione di benefici economici quali *contributi* e *sovvenzioni*.

Ulteriori poteri gestionali, nel senso detto, possono essere considerati le *nomine* a uffici onorari.

Si noterà che i poteri gestionali di cui si è detto finora si riferiscono in generale a «benefici» (come la conclusione di un contratto con l'amministrazione, il diritto all'uso di un bene pubblico, la nomina ad una certa carica) che sono nella disponibilità dell'amministrazione, e dei quali può godere solo un ristretto numero di destinatari: sicché il problema è *chi* ne debba godere. Essi producono dunque effetti *ampliativi* della sfera giuridica del destinatario, e sotto questo aspetto possono essere accostati ai poteri appartenenti a tale categoria. Ma al contrario di quelli, gli atti gestionali non intervengono in contesti normativi di divieto posti autoritativamente dalle norme, ma si riferiscono alle modalità di esercizio di poteri di diritto comune – come il potere di concludere contratti – o a poteri che sarebbero altrimenti di diritto comune (come il disporre dei beni che sono assegnati alla propria titolarità).

Infine, altri poteri gestionali sono quelli che riguardano le scelte delle amministrazioni in relazione alla istituzione e alla gestione dei *servizi pubblici*, come i servizi di trasporto pubblico, i servizi sanitari, i servizi sociali in genere.

Anche i poteri gestionali sono soggetti al principio di legalità, ma esso opera in relazione a tali atti in un senso diverso da quello in cui vale, ad esempio, per i poteri restrittivi. Per questi il principio opera nel senso che, se non vi fossero le specifiche norme che li prevedono, non esisterebbero affatto, mentre per gli atti gestionali esso opera nel senso di qualificare come *amministrativi* poteri che altrimenti esisterebbero ugualmente come poteri di diritto comune. Questo è quanto risulta ora direttamente dal co. 1-*bis* dell'art. 1 della l. n. 241 del 1990 (introdotto dalla l. n. 15 del 2005), secondo cui «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato *salvo che la legge disponga diversamente*». Sono poteri pubblici gestionali quei poteri che non sono di per sé di «natura» autoritativa, e che sarebbero di natura privata *se la legge non disponesse diversamente*.

Quanto sopra esposto mostra quale profondo legame vi sia tra l'*attività amministrativa* e le *norme* che la regolano. Certamente, lo scopo dell'attività amministrativa non è in astratto *l'attuazione del diritto* (che è invece lo scopo caratteristico della funzione giurisdizionale) ma il conseguimento in concreto dei risultati di pubblico interesse per i quali le pubbliche amministrazioni sono

costituite. Questo però non toglie che esse operino sotto la guida costante delle norme giuridiche del sistema: sia per le ragioni già indicate, sia anche per la ulteriore ragione che gli organi legislativi attraverso le leggi indicano alle amministrazioni quali politiche si debbano perseguire, quali obbiettivi raggiungere e con quali strumenti esercitando così una funzione di *indirizzo*.

9. Effetti giuridici e risultato pratico dell'esercizio dei poteri amministrativi

Ogni potere amministrativo si caratterizza per l'effetto giuridico che esso produce. Così l'*espropriazione per pubblica utilità* produce il classico effetto traslativo della proprietà (che passa dall'espropriato al beneficiario dell'espropriazione), negli *ordini* l'effetto giuridico è il prodursi di una situazione di *obbligo* di tenere un comportamento corrispondente al contenuto dell'ordine (ad esempio, nell'ordine di demolizione l'obbligo di demolire la costruzione), nelle *autorizzazioni* l'effetto giuridico è la *liceità* di un comportamento che altrimenti sarebbe illecito, e così di seguito.

In molti casi è importante distinguere l'*effetto giuridico* dell'atto che esercita il potere dal *risultato pratico di interesse pubblico* in vista del quale il potere è istituito ed esercitato. Infatti il primo, l'effetto giuridico, si produce *immancabilmente* come conseguenza propria dell'esercizio del potere: o immediatamente, o non appena sia compiuto quanto necessario ai fini della acquisizione della *efficacia* (v. oltre, cap. VII, § 8). Ma non è detto che l'effetto giuridico del provvedimento soddisfi immediatamente l'interesse pubblico in vista del quale è stato emanato.

Tipicamente, questa dissociazione tra effetto giuridico e risultato pratico si riscontra negli *ordini*. Questi infatti, una volta che siano portati a conoscenza dei destinatari nei modi prescritti, producono necessariamente l'effetto obbligatorio ad essi proprio. Ma l'interesse pubblico non è soddisfatto dal sorgere dell'obbligo in capo al destinatario dell'atto, e può essere soddisfatto soltanto da un effettivo comportamento corrispondente all'ordine: se è ordinata la rimozione di un manufatto pericolante, l'interesse alla incolumità pubblica sarà soddisfatto soltanto dalla effettiva rimozione, e non certo dal sorgere del corrispondente obbligo.

È perciò che in questi casi l'ordinamento giuridico si preoccupa di predisporre strumenti esecutivi per il conseguimento del risultato effettivo, anche ove l'obbligato non ottemperi all'ordine: è la problematica della *esecutorietà* del provvedimento (v. oltre, cap. IX, § 4).

10. Poteri amministrativi e principio di giustiziabilità

Abbiamo sopra considerato la questione dell'origine dei poteri amministrativi, ed abbiamo visto che essi sono soggetti al principio di legalità.

Abbiamo poi osservato che gli atti di esercizio dei poteri, rivolti alla tutela dell'interesse pubblico, in concreto possono tuttavia incidere sugli interessi dei soggetti privati.

Questo è del tutto evidente, come si è visto, per gli atti che esercitano poteri restrittivi, e ugualmente può dirsi per i poteri regolativi quando la regolazione comporta una situazione sfavorevole. Quanto ai poteri che abbiamo chiamato gestionali, si è osservato che molti di essi si riferiscono a situazioni ed a benefici che possono essere assegnati solo ad alcuni tra coloro che li vorrebbero: ed è dunque evidente che ogni atto di assegnazione può ledere gli interessi di coloro che sono rimasti insoddisfatti.

Ma il fenomeno della lesione degli interessi è ben possibile anche in relazione ai poteri ampliativi: sia perché in concreto è possibile che l'autorizzazione o il permesso richiesto venga negato – il che ovviamente compromette l'interesse del richiedente – sia perché anche quando il permesso richiesto venga in effetti dato (con ovvia soddisfazione del richiedente) è possibile che questo stesso rilascio comprometta gli interessi di terze persone, come nel classico caso del rilascio del permesso di sopraelevare un edificio, con perdita della visuale per i proprietari dell'edificio accanto.

Praticamente sempre, dunque, gli atti di esercizio dei poteri amministrativi sono suscettibili di ledere interessi, e a seconda dei casi può trattarsi degli interessi dei destinatari o di quelli di soggetti terzi.

Perciò negli ordinamenti che si ispirano all'idea dello Stato di diritto (o, nella terminologia anglosassone, di *rule of law*) non vige soltanto il principio di legalità, ma anche il principio di *giustiziabilità*, secondo il quale i soggetti i cui interessi siano incisi da un atto di esercizio del potere amministrativo possono – entro certe condizioni di legittimazione (che possono in una certa misura differire da paese a paese) – rivolgersi al giudice per far valere l'eventuale *illegittimità* di tale atto.

Nell'ordinamento italiano il principio di giustiziabilità ha ricevuto sanzione costituzionale all'art. 113, primo comma, Cost., secondo il quale «contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa» (v. anche *oltre*, cap. VIII, § 4).

Nel diritto dell'Unione europea un principio analogo è espresso dall'art. 19 TUE, che al § 1, dopo avere enunciato che «la Corte di giustizia dell'Unione europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati», stabilisce che essa «assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati», e che inoltre «gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione». E l'art. 47 della *Carta dei diritti fondamentali* dell'Unione (riprendendo quanto disposto dall'art. 6 della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*) assicura anch'essa il diritto ad un rimedio effettivo davanti ad un giudice imparziale.

Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



Wolters Kluwer