
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

SOMMARIO: 1. Il fenomeno amministrativo pubblico. – 2. Interessi pubblici. – 3. Compiti pubblici e funzione di amministrazione. – 4. L'amministrazione come organizzazione. – 5. Il Diritto amministrativo.

1. *Il fenomeno amministrativo pubblico.*

Il sostantivo “amministrazione” evoca due significati: uno, in senso dinamico, che riguarda l'attività dell'amministrare ed uno, in senso statico, relativo al soggetto che quell'attività svolge.

In **senso dinamico** il termine amministrazione deriva dal verbo latino *ministrare*, cioè servire, curare, fornire. Dal medioevo in poi quest'ultimo è stato utilizzato pressoché esclusivamente per designare l'attività di gestione e di governo, sia essa relativa ad un patrimonio, ad un'impresa, ovvero ad una comunità di persone. Sicché ormai nel linguaggio comune l'attività amministrativa si qualifica come insieme di operazioni, comportamenti e decisioni dirette alla cura di interessi propri o altrui. Dal punto di vista giuridico tale attività viene presa in considerazione dall'ordinamento conferendo alla stessa rilevanza, tanto nel suo complesso, quanto nelle singole manifestazioni che la esprimono.

Così definita, l'attività amministrativa non è necessariamente un'attività che riguarda la pubblica amministrazione, poiché forme di amministrazione in senso dinamico si riscontrano anche nei rapporti privati, si pensi all'amministrazione di una società di capitali, o all'amministrazione di beni condominiali ecc. Allorquando gli interessi curati sono pubblici l'attività amministrativa diventa espressione dei **compiti propri di una comunità**. Essa si qualifica per la prevalenza di un proprio scopo che la contraddistingue dalle altre forme di attività giuridica e la conforma, nella maggior parte dei casi, nel suo contenuto e nello sviluppo.

In **senso statico**, il termine amministrazione allude all'organizzazione che ha il compito di svolgere quelle operazioni, comportamenti e decisioni che esprimono la cura di interessi. L'amministrazione pubblica, quindi, è l'organizzazione della comunità chiamata a esercitare l'attività dell'amministrare, ossia curare gli interessi propri della comunità stessa. Allorquando si crea un aggregato umano istituzionalizzato, una

comunità appunto, nasce l'esigenza di un soggetto che si occupi degli interessi comuni, i quali per definizione superano quelli degli individui che la compongono. A tal fine si crea un'organizzazione stabile e durevole nel tempo che abbia come scopo precipuo la cura degli interessi comuni e che per tale ragione sia dotata di poteri autoritativi.

Il fenomeno amministrativo pubblico è, quindi, correlato alla cura di interessi della comunità da parte di soggetti, esponenti della medesima, a ciò espressamente deputati e a tal fine adeguatamente organizzati.

2. *Interessi pubblici.*

Da quanto detto in via assolutamente introduttiva e generale occorre innanzitutto chiarire cosa si intenda per interessi pubblici.

In termini di teoria generale un interesse si qualifica come un **bisogno giuridicamente rilevante**. In un'ottica positivistica la rilevanza giuridica è riconosciuta in ragione della circostanza che il soddisfacimento di tale bisogno è preso in considerazione dall'ordinamento, il quale imprime allo stesso una regolazione e una tutela. Pertanto, si può dire che con il termine interesse viene designata una relazione tra un soggetto cui fa capo un bisogno e il bene idoneo a soddisfare tale bisogno, determinata da una previsione generale e astratta di una norma.

Gli interessi si sviluppano e si confrontano nella dinamica sociale. Endemica alla loro natura è la **necessaria relazionalità**: il soddisfacimento di un interesse di taluno può incidere, o non, sul soddisfacimento dell'interesse di qualcun altro dando luogo a situazioni di coincidenza oppure di separatezza.

In questo senso, si può dire che sono **coincidenti** gli interessi quando la soddisfazione dell'uno comporta per ciò stesso la soddisfazione dell'altro. Al contrario, risultano **separati** quegli interessi la cui soddisfazione reciproca può assumere vicende diverse: può essere di **indifferenza**, quando il soddisfacimento, o non, di un interesse non ha alcuna implicazione sull'altro ovvero quando gli interessi fanno parte di sistemi tra loro non interferenti; possono essere **confliggenti**, quando un interesse non può essere soddisfatto senza sacrificare l'altro; e in ultimo possono caratterizzarsi per una situazione di **complementarietà o convergenza**, quando la soddisfazione dell'uno non comporta l'automatica soddisfazione dell'altro, ma la favorisce.

Inoltre, in un'ottica relazionale gli interessi si possono contraddistinguere in ordine al **contenuto del soddisfacimento**. Essi possono essere **conservativi** allorché per realizzarsi richiedono solo la non modificazione dello *status quo* e quindi l'inazione dei terzi: si persegue il mantenimento dalle condizioni ambientali esistenti. Essi possono essere **acquisitivi, espansivi o pretensivi**, nel senso che per essere soddisfatti richiedono la modifica del contesto esterno, la quale può aversi per interventi positivi di terzi, per modifica del quadro normativo o degli ordinamenti giurisprudenziali.

Gli interessi possono qualificarsi in relazione al **soggetto titolare**. Essi possono essere **individuali**, se il soddisfacimento riguarda un singolo soggetto, o **sovra-individuali** se il soddisfacimento del bisogno giuridicamente rilevante riguarda un

insieme di soggetti, inteso come gruppo determinato (interessi collettivi) o come comunità indeterminata (interessi generali oppure interessi diffusi). Correlativamente, gli interessi, tanto individuali quanto sovra-individuali, possono avere natura di **interessi privati**, per i quali l'ordinamento garantisce e regola il loro soddisfacimento, e di **interessi pubblici** che assumono la veste di bisogni giuridicamente rilevanti il cui soddisfacimento costituisce compito che la comunità dei consociati, istituzionalmente organizzata, considera necessario.

La formula interessi pubblici denota il rapporto tra società e individui, tra comunità organizzata e convivenza: vi sono dei bisogni che costituiscono l'essenza dell'esistenza stessa della comunità nella misura in cui il singolo non può soddisfarli da solo. Essi implicano l'appartenenza ad una comunità organizzata e vengono soddisfatti per scelta della comunità rivelando i caratteri del rapporto tra individui e società. Al riguardo, occorre distinguere tra gruppi sociali che attengono a bisogni connessi alle condizioni di vita oggettive o storicamente oggettivate e quelli che sono rimessi alla volontà degli individui, in rapporto ai quali possono formarsi organizzazioni che rimangono nella volontà dei singoli. Nel primo caso abbiamo forme di appartenenza necessaria alla comunità, nel secondo caso l'appartenenza è il frutto di una scelta dell'individuo.

In questo senso, le modalità dell'identificazione dei bisogni giuridicamente rilevanti e l'utilizzazione degli stessi una volta identificati è condizionata dal **contesto storico, sociale, economico e politico** che qualifica ciò che sia pubblico (Stato) da ciò che è privato (libertà). Infatti, dal punto di vista descrittivo si può ritenere che gli interessi pubblici siano quegli interessi la cui tutela, nell'ambito di un determinato ordinamento giuridico, è ritenuta opportuna per il progresso morale e materiale della società cui l'ordinamento giuridico corrisponde.

Cosa sia progresso morale e materiale dipende da un giudizio di valore: un determinato interesse può essere selezionato sulla base di una scelta politica e, quindi, una volta qualificato "pubblico" dall'ordinamento impegna la comunità organizzata al suo soddisfacimento. Ogni interesse è, dunque, qualcosa di costruito, cioè esso si pone quale sintesi di un processo concreto di valutazione qualitativa dei vari bisogni che concorrono in una data situazione sociale.

A dimostrazione di tale assunto può essere opportuna una breve disamina storica di come il concetto di interesse pubblico sia stato filtrato dalle forme di Stato succedutesi nel tempo.

Limitando il periodo di riferimento a quello successivo alla formazione degli Stati moderni, si osserva come nell'esperienza dello **Stato assoluto** l'interesse pubblico coincide con l'interesse del sovrano che, in virtù di un obbligo etico-religioso di governare per il bene comune, assume il ruolo di interprete esclusivo del benessere dei suoi sudditi. Il potere del sovrano traeva la sua legittimazione direttamente da Dio (*ex deo rex, ex rege lex*) ed era attribuito non allo Stato, bensì direttamente alla persona del principe. A partire dal XVII secolo, tale potere che nella forma originaria è strumento generale del conseguimento della *salus rei publicae* di garanzia dell'ordine e della sicurezza diventa *Politia*, cioè formula sintetica di amministrazione interna e, come tale, comprensiva di tutte le pubbliche funzioni indirizzate al benessere della collettività (c.d. **Stato di polizia**).

L'esistenza del sovrano offre, pertanto, ai cittadini la sicurezza e, al contempo, la "promozione" dei mezzi per una vita piacevole e tranquilla. Emblematico in questo senso l'editto del 1667 con il quale Luigi XIV istituisce la figura del Luogotenente della polizia parigina. In questo provvedimento si dice espressamente che la polizia «consiste nell'assicurare la tranquillità pubblica e dei singoli, nel ripulire la città da chi dovrebbe causare disordini, nel procurare l'abbondanza e nel fare vivere ciascuno secondo la sua condizione ed il suo dovere». Tuttavia, il carattere pervasivo della promozione del benessere della collettività, unitamente alla illimitata forza autoritativa del potere del monarca, unico interprete e garante dello stesso, generava una esiziale e oppressiva intromissione del potere dello Stato nella sfera dei singoli, i cui interessi erano nella totale disponibilità del sovrano.

Con l'avvento dello **Stato liberale**, si assiste a una sovrapposizione tra interesse pubblico e interesse dello Stato inteso come manifestazione della volontà generale che si esprime nella legge, espressione della maggioranza dei consociati. Lo Stato è la sintesi della cosa pubblica e non vi può essere altra cosa pubblica se non lo stato che la consideri tale. Nella stessa misura in cui la persona giuridica statale rappresenta la sintesi dell'unità della società politica, l'interesse pubblico costituisce il momento di unificazione a-relazionale di tutti gli interessi sociali. L'interesse pubblico si trova in una posizione sovraordinata rispetto agli interessi individuali o agli interessi degli altri proprio perché è in una condizione di limitazione.

La dimensione degli interessi pubblici era, difatti, anch'essa limitata poiché era indirizzata prevalentemente ad una logica, tipica del pensiero liberale di "**Stato minimo**" che doveva assicurare solo la convivenza civile e consentire la massimizzazione degli interessi individuali. In altri termini, lo Stato liberale opera una netta distinzione tra sfera pubblica, che ha ad oggetto essenzialmente il mantenimento dell'ordine e l'uso legale della forza all'interno e all'esterno, e la sfera privata, nella quale si esplicano liberamente i rapporti economici e gli interessi privati fondati sulla proprietà e sul contratto. Tale distinzione si fonda su una visione individualistica, secondo la quale la persona, come soggetto in sé, è avulsa dai rapporti sociali e agisce in una sfera privata teoricamente intangibile. Tuttavia, nell'area riservata a ciò che è soggettivamente pubblico si riscontra una fisiologica subordinazione degli altri interessi, ivi comprese le libertà individuali, che li denotano: lo Stato non esita a sottoporre a serie limitazioni i diritti civili allorquando lo ritenga indispensabile ai fini della salvaguardia della pace sociale. Tale pregiudiziale prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato, risulta temperata dalle garanzie dello **Stato di diritto**, basato sul primato della legge.

In proposito, si può rammentare quanto evidenziato da Oreste Ranelletti nel 1905, secondo il quale lo Stato coincide con il popolo politicamente organizzato sopra un territorio e il suo compito consiste nel curare l'interesse generale riferibile a questo popolo. Così, «dalle esigenze e dai bisogni generali di questo popolo quei fini devono essere determinati dalla maggioranza dei cittadini e non dalle esigenze e dai bisogni sentiti da un solo individuo, da una classe, o peggio da organizzazioni parziali, che si formino violente e minacciose nel seno dello Stato».

Tale prospettiva è ovviamente condizionata dai meccanismi istituzionali della rappresentanza politica, la quale, con riferimento all'esperienza italiana, sino alla

fine dell'Ottocento è caratterizzata da un suffragio limitato e su base censitaria. La volontà generale del popolo organizzato era manifestata solo da quella parte di cittadini in grado di esprimere il voto e selezionare i propri rappresentanti.

Nell'esperienza successiva, quella dello **Stato sociale**, il mutamento del paradigma della rappresentanza politica e del ruolo della comunità organizzata ha prefigurato **un'ottica inclusiva e compensativa** degli interessi nell'area del soddisfacimento doveroso e necessario, ossia dei compiti che la comunità deve assolvere. In ottica inclusiva esso denota il potenziale inglobamento dell'intera gamma degli interessi individuali nella prestazione dei singoli sistemi funzionali della società. In ottica compensativa e redistributiva si rimanda, invece, ad una dinamica dell'intervento pubblico destinato a sopperire agli svantaggi fattuali che toccano ai singoli a causa di un determinato sistema di vita.

In altri termini, mentre nello Stato sociale la comunità organizzata ha come obiettivo primario quello di consentire la pacifica convivenza tra i cittadini, ai quali spettava di agire per un interesse direttamente proprio e indirettamente collettivo, lo Stato sociale invece ha il compito di facilitare l'attività dei cittadini e, soprattutto, di sostenerli, sia nel campo dell'attività sociale, sia in quello delle attività economiche.

Tale diversa prospettiva dei compiti dello Stato postula una nuova, e ben più pregnante, configurazione dei rapporti tra Stato e individuo, tra amministrazione e amministrati.

Si assiste, perciò, al superamento del dogma dello Stato persona giuridica, depositario e fonte del potere di imperio a favore di un sistema al cui centro non c'è più lo Stato, ma la **comunità** che assume il ruolo di potere sovrano. Così, capovolgendo la concezione liberale, secondo la quale lo sviluppo della comunità discende dalla cura dell'interesse pubblico – impersonato in chi detiene il potere –, si disegna un sistema di doveri in base al quale lo sviluppo della società si realizza nella misura in cui ogni suo componente sia posto in grado di dare l'apporto di cui è capace.

La Costituzione repubblicana, espressione dello Stato sociale, promuovendo l'**eguaglianza sostanziale**, da una parte, individua una serie di bisogni giuridicamente rilevanti il cui soddisfacimento assurge a compito dello Stato (sanità, assistenza, istruzione, previdenza ecc.), dall'altra, configura modalità procedurali di selezione di un determinato interesse nell'area dei compiti pubblici allorquando esso sia ritenuto idoneo, anche latamente o indirettamente, a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, comma II, Cost.).

In altri termini, i titolari degli organi pubblici, in quanto investiti con metodo democratico, nel rispetto dei principi procedurali applicabili a ciascun tipo di attività, identificano un interesse che deve essere curato, ossia individuano quali tipi di interessi non possono essere soddisfatti privatamente dalle persone e richiedano quindi un intervento pubblico. In tal modo i pubblici poteri penetrano in rapporti che, nei precedenti contesti economico-sociali, erano considerati dominio esclusivo dei privati. Inoltre, essi incidono (talvolta fino a sacrificarli del tutto) sui diritti patrimoniali

relativi a beni, l'utilizzazione dei quali condiziona il benessere collettivo. Questa espansione del momento dell'autorità dovrà aver luogo sempre e soltanto sulla base del diritto e nel rispetto delle garanzie sostanziali e procedurali volute dalla Costituzione e assicurate dalla legge a protezione dell'individuo (Sandulli).

Lo spazio della presenza regolatrice e integrativa del fattore "pubblico" nella società "civile", e quindi la scelta politica correlata, risulta, però, perimetrata, da un lato, dal rispetto del confine delle libertà individuali riconosciute e garantite dalla Costituzione, e dall'altro, dalla necessità di assicurare sempre quel livello minimo di prestazioni che non lasci alla dinamica incontrollata della società civile il destino dei soggetti deboli della comunità. Così, appare facile osservare che, su queste coordinate ordinamentali, durante i primi quarant'anni della vita repubblicana si sia assistito ad un'espansione della sfera pubblica che, soprattutto in ambito economico, ha determinato l'assunzione o il rafforzamento, da parte della comunità, di compiti volti alla cura di interessi che incidevano su settori tradizionalmente lasciati alle dinamiche delle relazioni tra privati.

L'utilità sociale dell'attività economica (art. 41 Cost.), ad esempio, ha consentito che fosse considerato di interesse pubblico, non solo la prestazione di servizi economici per la comunità (energia, telecomunicazioni, trasporti) ma anche la produzione e la vendita di beni di consumo (quali automobili e prodotti alimentari) oppure l'intermediazione finanziaria (banche ed istituti di credito).

Allorquando si consolida e si espande la forza cogente dell'**ordinamento europeo**, a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta, il paradigma sotteso alla identificazione dell'interesse pubblico muta ulteriormente.

Sulla base del **primato delle libertà economiche** riconosciuto dai Trattati europei emerge la necessità di rivedere, in senso riduttivo, la parte prestazionale dell'intervento pubblico nutritasi, nel corso degli anni precedenti, delle politiche redistributive destinate all'adempimento delle finalità di interesse pubblico, sulla base di una presunta illimitatezza delle risorse.

Con riferimento all'assistenza sociale, ad esempio, la necessità di rapportare tutto il sistema ad un unico denominatore mette in luce i diversi presupposti delle prestazioni pubbliche, la loro entità, la loro durata, il loro peso economico sulle risorse collettive. Tale quadro diversificato, in precedenza generalmente immune da un sindacato tecnico di compatibilità con le libertà economiche, viene vagliato alla luce del parametro competitivo, ossia in considerazione della sua idoneità ad alterare la **concorrenza nell'ambito del mercato unico**, obbligando, in tal modo, gli Stati membri a recepire solo misure ed istituti che risultino socialmente utili ed economicamente giustificabili. Nello stesso tempo, si impone la rivasitazione dell'area di determinazione dello spazio pubblico, della determinazione dei fini dell'intervento riservato allo Stato e dei limiti delle libertà economiche che tale intervento genera.

Con il Trattato di Maastricht si crea lo **Spazio giuridico europeo** che inevitabilmente diventa il veicolo della revisione della "costituzione economica" degli Stati membri, i quali perdono la capacità di determinare liberamente gli ambiti di intervento e i fini pubblici si ridimensionano sia quantitativamente, sia qualitativamente. Infatti, il Trattato introduce un ulteriore elemento, prima non ricorrente, quello del

vincolo finanziario, che consolida il processo di integrazione e restringe definitivamente l'area di libera determinazione dell'intervento pubblico.

Si riscontra, in questo senso, la necessità di ovviare al c.d. *State failure* provocato dal sovraccarico di funzioni, dal modo inefficiente di svolgerle, nella crisi fiscale o finanziaria, dalle difficoltà incontrate dallo Stato di tenere sotto controllo le proprie dimensioni che si autoalimentano. Tale rilievo conduce ad una conseguenziale compressione dell'area delle scelte politiche ritenute legittime incidendo in maniera significativa sulle democrazie degli Stati membri.

Dalla breve disamina effettuata risulta nel complesso come l'identificazione di ciò che sia interesse pubblico dipenda dal contesto storico, politico, sociale di riferimento che si dettaglia nell'ordinamento giuridico e nei suoi formati sulla base di paradigmi che esprimono la relazione tra stato e società, tra autorità e libertà, tra bisogni individuali e beni collettivi.

3. *Compiti pubblici e funzione di amministrazione.*

In quanto individuati da scelte politiche gli interessi pubblici costituiscono **bisogni a soddisfazione necessaria**, nel senso che la comunità organizzata può ma soprattutto deve soddisfare. Dal carattere relazionale dell'interesse, però, deriva la circostanza che tale soddisfacimento può correlarsi a quello di altri interessi, vuoi di natura privata (individuale o collettiva) vuoi di natura pubblica. In particolare, la condizione di separatezza tra interessi pubblici e interessi individuali, anch'essi considerati dall'ordinamento rilevanti (e quindi meritevoli di tutela), potrebbe rivelare una situazione di conflitto, oppure di complementarità, tra la protezione dell'interesse pubblico e quella dell'interesse altro. Situazione che deve trovare una sintesi regolativa generale o una soluzione particolare.

Nei rapporti inter-privati la sintesi tra interessi separati disponibili viene raggiunta attraverso il consenso, tipico dell'autonomia privata e regolata da norme che tutelano l'equilibrio tra gli interessi. Invece, stante la sua necessità, e quindi la sua indisponibilità, la protezione dell'interesse pubblico non può essere raggiunta sempre mediante il consenso e, quindi, deve essere realizzata in altro modo, ossia per mezzo dell'esercizio di poteri giuridici di carattere autoritativo, intesi come manifestazioni di volontà giuridicamente rilevanti idonee a modificare la sfera giuridica del destinatario appunto senza il preventivo consenso. Si tratta di una connotazione che lega il potere come manifestazione della sovranità della comunità organizzata.

Uno dei principali tratti del costituzionalismo liberale ottocentesco è stato quello di considerare questo potere, astrattamente inteso, come il prodotto, non dell'*imperium* del monarca che lo mutuava da Dio, bensì della volontà del popolo e dei suoi rappresentanti che, come si è detto, determina l'interesse pubblico, ne attribuisce l'attuazione al potere esecutivo, e riconosce ai singoli individui una tutela giurisdizionale rispetto al suo esercizio.

La cura dell'interesse pubblico diventa un dovere, **un compito**, che dal piano etico-religioso si sposta sul piano giuridico: essa non è più semplicemente conveniente,

eticamente corretta o autonomamente assunta poiché è etero-imposta da una fonte diversa. Il dovere di perseguire l'*utilitas publica* da dovere generico dello Stato diveniva compito precipuo dell'amministrazione pubblica, vale a dire quell'apparato dello Stato a cui l'ordinamento attribuiva il ruolo di esecutore della volontà popolare attraverso il conferimento di poteri autoritativi incidenti ma limitati.

Con l'avvento della Costituzione repubblicana, la dimensione dello Stato-comunità si dettaglia nei compiti che l'organizzazione di questo si deve assumere. Il fine dell'amministrazione di perseguire il pubblico bene, in quanto interesse affidatogli dalla norma, diviene oggetto di un **dovere giuridico positivamente vincolante**. I compiti sono i singoli obiettivi concreti che l'ordinamento, in attuazione della Costituzione e in base alle scelte politiche del legislatore, assegna alle pubbliche amministrazioni o semplicemente consente ad esse di perseguire.

Il costituente del 1948 muove da un'idea di amministrazione propria dello stato di diritto liberale e, pertanto, direttamente o indirettamente, indica interessi che non possono essere qualificati come interessi pubblici, nel senso che la loro soddisfazione deve sempre rimanere nella disponibilità degli individui o dei gruppi organizzati. Si tratta di interessi espressione di libertà (sindacale, politica, religiosa) che devono essere garantiti rispetto ad ogni forma di pubblicizzazione. Infatti, il riconoscimento delle libertà fondamentali equivale al riconoscimento che le attività corrispondenti soddisfano interessi dei singoli o dei gruppi non riconducibili ad una dimensione pubblica.

Ciò posto, come si è detto la Costituzione si muove nell'ottica Stato sociale: essa pone una serie di precetti che indicano, in via generale o dettagliata, i compiti cui la pubblica amministrazione deve assolvere nell'interesse dell'intera comunità. Individuando quelle finalità la Carta del 1948 si rivolge a tutti i poteri pubblici, ma, in particolare, all'amministrazione che, in concreto, agisce per l'attuazione dei compiti della Repubblica, e che si trova a contatto diretto con i titolari degli interessi a protezione necessaria.

Al riguardo, la **Costituzione** enuclea il dovere inderogabile di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2) – che grava non solo sui singoli ma sull'intera comunità organizzata – indirizzato a offrire massima tutela agli interessi considerati deboli. Nella stessa prospettiva si assume il compito della rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale alla libertà e all'uguaglianza dei cittadini (art. 3).

Da questi due compiti generali della Repubblica, e quindi del suo apparato amministrativo, si dipanano gli altri compiti pubblici che ne costituiscono specificazione: da una parte, vi sono, infatti, i compiti più tradizionali riservati allo Stato in quanto ineriscono alla stessa vita e vitalità del corpo sociale, quali la sicurezza (art. 13), la difesa (art. 52), la giustizia (art. 101), il governo del territorio (art. 43); dall'altra, vi sono invece il dovere di promuovere il diritto al lavoro (art. 4 e a tal fine la Repubblica deve curare la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori ex art. 35), la tutela del paesaggio e del patrimonio storico ed artistico (art. 9); l'agevolazione delle famiglie (art. 31), la tutela della salute (art. 32), la cura dell'istruzione (artt. 33 e 34), il compito di assistenza per gli indigenti e di previdenza (art. 38), la tutela del risparmio (art. 47), l'ausilio alla piccola e media

proprietà terriera (art. 44); la tutela delle zone montane (art. 44); la tutela e lo sviluppo dell'artigianato (art. 45) ecc.

Nonostante l'eterogeneità delle situazioni coinvolte nelle disposizioni, il minimo comune denominatore è comunque ravvisabile e consiste nella necessità, costituzionalmente imposta, per lo Stato-amministratore di perseguire e realizzare quei beni-interessi.

Accanto a questi compiti costituzionalmente individuati ve ne possono essere altri che, come si è già detto, sono la conseguenza di scelte del potere politico che, coerentemente con il quadro costituzionale, conferiscono rilevanza pubblica a determinati interessi in ragione del contesto politico, economico e culturale.

Una volta che un interesse è qualificato come pubblico, ossia rilevante per la collettività e oggetto di tutela da parte dell'ordinamento, deve essere perseguito dall'amministrazione preposta fino a quando non interviene una diversa valutazione. Il carattere necessario del soddisfacimento degli interessi pubblici e la correlativa assegnazione dei compiti in tal senso alla comunità organizzata denota la **funzione di amministrazione**, la quale si configura come una **cura in concreto di interessi pubblici**.

Il termine funzione, che già etimologicamente richiama l'idea della doverosità (derivando dal latino *fungi*, ossia adempiere), indica allo svolgimento di un'attività doverosa, la cura dell'interesse pubblico. In adempimento del quadro costituzionale dei compiti assegnati allo Stato-comunità, le determinazioni di portata generale del potere politico (assunte mediante leggi o altri atti normativi o atti direttivi e di indirizzo) individuano gli interessi pubblici e la cura di questi viene affidata, attribuita, a singole articolazioni dell'organizzazione pubblica. Tale cura si esplica attraverso la traduzione del precetto normativo in operazioni o atti giuridici, che ne sanciscono la concretizzazione, ossia il soddisfacimento puntuale e contestuale di un determinato interesse pubblico.

Occorre precisare che la formula funzione di amministrazione esprime in modo sintetico e per lo più descrittivo, un quadro complesso di adempimento dei compiti pubblici. Infatti, il carattere variegato degli interessi pubblici, e dei compiti ad essi connessi, individua altrettante funzioni, le quali si differenziano per la forma e la modalità con cui si realizza la cura: **le funzioni sono perciò conformate dagli interessi da soddisfare**. Ad esempio, l'interesse alla sicurezza pubblica si concretizzerà in modi diversi rispetto al governo del territorio, parimenti la promozione delle attività economiche (turismo, agricoltura, industria) viene curato in maniera differente rispetto alla assistenza sanitaria o all'istruzione. In questo senso, come osservato in dottrina, intesa in senso ampio, la formula in esame è «un'espressione verbale con cui si vogliono indicare l'insieme delle attività svolte dall'insieme degli apparati amministrativi dello Stato (...) **la funzione amministrativa si compone in realtà di un insieme di funzioni**» (GIANNINI).

La funzione di amministrazione si distingue così da altre funzioni svolte dallo Stato-comunità: innanzitutto da quella di **normazione**, con la quale la comunità organizzata fissa, in via generale e astratta, le regole dell'agire sociale – ivi comprese le regole dell'agire stesso dei pubblici poteri – senza instaurare con i soggetti terzi, cui le norme sono rivolte, alcun rapporto giuridico; ma anche da quella di **giurisdizione**,

con la quale si interviene, in posizione di terzietà e attraverso l'obiettivo applicazione della legge, a risolvere i conflitti della vita associata.

La funzione di amministrazione svolta mediante **attività operative** si caratterizza in generale per l'erogazione di prestazioni materiali ai cittadini, ossia di servizi, i c.d. servizi pubblici (dai trasporti all'erogazione di acqua ed energia, all'assistenza per i disabili alle prestazioni sanitarie, dall'istruzione alla costruzione di alloggi). Queste prestazioni, sul piano quantitativo e qualitativo rivelano il soddisfacimento dell'interesse pubblico.

La funzione di amministrazione attraverso **atti giuridici**, dai cui effetti consegue direttamente o indirettamente il soddisfacimento dell'interesse pubblico, si manifesta attraverso il ricorso a moduli di diritto privato, ovvero attraverso speciali capacità giuridiche, denominate **poteri amministrativi** (c.d. attività autoritativa).

Tali situazioni giuridiche che, come si è detto, comportano una modifica unilaterale della sfera giuridica del contesto di interessi sui quali incidono sono disciplinate da normative di specie, a loro volta articolate secondo una disciplina generale, una disciplina di principi di fonte legislativa ovvero frutto di elaborazione giurisprudenziale.

Come si vedrà in maniera più diffusa nel prosieguo, l'esercizio del potere amministrativo genera l'instaurazione di rapporti giuridici di diritto pubblico con portatori di interessi correlati direttamente o indirettamente con l'interesse pubblico per il quale il potere è conferito (*infra* Parte III, cap. I). Infatti, in termini generali si può osservare come il potere assuma i caratteri doverosi tutte le volte in cui l'ordinamento attribuisce un potere ad un soggetto per la realizzazione di un certo scopo sottratto alla sua disponibilità. Se il potere è attribuito per la realizzazione di un fine di cui il titolare ha piena disponibilità, come nel caso che il titolare persegua interessi propri, si evidenzia la facoltatività dell'esercizio del potere stesso. Viceversa, se il potere è conferito per raggiungere uno scopo di cui il titolare non ha disponibilità, perché il fine riguarda interessi alieni, vi è un vincolo positivo per il titolare della situazione potestativa ad un utilizzo strumentale alla realizzazione dell'interesse affidatogli. Inoltre, la finalizzazione al soddisfacimento dell'interesse vincola il titolare del potere anche nelle scelte relative al suo esercizio. In questa prospettiva si può ritenere che il dovere costituisca la causa, il fine e la misura del potere conferito per la cura di interessi alieni.

4. *L'amministrazione come organizzazione.*

Una volta che si connota l'amministrazione come una attività di cura di interessi pubblici, in quanto espressione di un compito pubblico, occorre che tale attività sia svolta da un complesso organizzativo, espressione anch'esso della comunità, adibito precipuamente a tale scopo. In questo senso, il termine amministrazione, inteso in senso statico, rimanda al complesso istituzionale che esercita la funzione di amministrazione.

Così come per l'attività anche l'organizzazione non è un modello necessariamente pubblico. Infatti, per organizzazione si intende un insieme preordinato di

persone distribuite secondo ruoli complementari e chiamate a svolgere determinate attività per raggiungere determinati fini.

Anche nel settore privato si trovano organizzazioni che coniugano persone e mezzi per l'esercizio di un'attività: sono organizzazioni le imprese il cui fine è l'esercizio di una attività economica a scopo di lucro; sono organizzazioni le associazioni di volontariato che svolgono attività per uno scopo ideale ecc. L'elemento che contraddistingue l'organizzazione è la sua oggettivazione: essere un'**organizzazione pubblica** significa essere espressione della comunità e che la sua esistenza è esclusivamente correlata allo svolgimento di un compito pubblico.

Nell'ambito delle relazioni tra privati, conformemente alla disponibilità degli interessi che cura, l'organizzazione delle attività tende a rimanere un fatto che coinvolge la relazione tra il titolare dell'interesse da curare ed i soggetti chiamati a curarlo: assume rilevanza giuridica nella determinazione dei rapporti generati da questa relazione. Al contrario, l'organizzazione pubblica assume rilevanza generale: essa è presa in considerazione dall'ordinamento in relazione alla funzionalizzazione necessaria della propria attività alla cura di interessi pubblici, delle risorse che impiega a tale scopo (che provengono prevalentemente dalla fiscalità).

In tal senso, si può affermare che l'organizzazione amministrativa può essere definita come un sistema coordinato di uomini e mezzi appositamente predisposti dall'ordinamento per lo svolgimento di compiti pubblici.

Così, la dimensione ed i connotati dell'organizzazione amministrativa dipendono dall'ambito dei compiti pubblici e, pertanto, sono anch'esse determinati dal contesto storico di riferimento.

Anticipando alcuni temi che saranno trattati successivamente appare opportuno fornire una brevissima disamina sull'evoluzione dell'organizzazione amministrativa in Italia. Lo scopo non è quello di affrontare tutte le questioni sottese quanto, piuttosto, quello di mettere in evidenza come il mutamento della rilevanza degli interessi pubblici e, quindi, dei compiti assegnati alla comunità, o meglio allo Stato, siano fortemente condizionati dell'assetto organizzativo approntato per adempierli.

Tralasciando le esperienze del mondo antico e del medioevo – in cui certamente sono individuabili esempi significativi di organizzazioni deputate alla gestione di interessi delle collettività – si può muovere la disamina ancora una volta dalla formazione degli Stati moderni tra il XVI e XVII secolo.

In quel periodo l'estensione dei regni, i quali si estendevano ormai anche fuori dall'Europa, unitamente alla complessità tecnica delle decisioni e delle necessarie competenze legali, contabili e strategiche necessarie per assumere e realizzare quelle scelte, determinarono le condizioni per la creazione intorno al sovrano feudale di una cerchia di intendenti, per lo più di origine borghese, che supportavano, in una posizione di manifesta subordinazione, la volontà del sovrano nella conduzione della cosa pubblica. Nascono le prime strutture amministrative, le quali erano in un primo momento costruite su due funzioni fondamentali interamente riservate al sovrano, **l'esercito e il fisco**. Attraverso queste strutture il sovrano governa in nome proprio "facendo e ordinando" il bene comune, da lui stesso definito ed interpretato. Nel corso del XVII e XVIII l'*Ancien régime* ampliava l'area di intervento e le strutture amministrative regie si moltiplicarono: i funzionari agivano per conto del Re di

cui erano esclusivi servitori poiché l'amministrazione era un'emanazione di funzioni e attività del sovrano, né del tutto delegate né del tutto separate. In questo senso, non si registrava un contesto amministrativo autonomo, regolato da norme e procedure, sicché finanza, amministrazione e giustizia erano attività ancora fuse senza che vi fosse una vera e propria specializzazione amministrativa (Mannori Sordi).

La Rivoluzione francese del 1789 ed i valori che essa veicolava, determinava un mutamento del paradigma istituzionale: la **separazione dei poteri**, il primato della legge espressione del parlamento, il sindacato giurisdizionale sulla corretta applicazione della stessa e la collocazione dell'amministrazione nell'ambito del potere esecutivo aprivano la strada alla conformazione dello stato liberale ottocentesco.

La concezione liberale dello Stato, che personifica la funzione giuridica dell'autorità, incontra dei limiti necessari ed utili a consentire, in un sistema di libertà, la condizione più favorevole allo sviluppo dell'individuo. In questo senso, l'organizzazione vera e propria dello Stato è subordinata a questa esigenza di libertà; essa è cioè un mezzo necessario, anzi un male necessario in quanto legato alla limitazione della libertà.

In un sistema di separazione dei poteri l'amministrazione coincide con il governo, ossia con il potere esecutivo, da ciò deriva – almeno nell'Europa continentale e in Italia in particolare – un disegno **fortemente accentrato e verticistico sul modello dell'organizzazione militare**. Tale disegno, ispirato dall'amministrazione francese riformata da Napoleone nel 1800, si qualifica per essere un'organizzazione gerarchica; per costituire un sistema uniforme di apparati amministrativi e per la configurazione di un corpo di funzionari professionali (**burocrazia**).

In Italia, la struttura amministrativa dello Stato è immaginata da Cavour nel 1853 per il Regno sabaudo secondo le coordinate offerte dal modello francese. Dopo l'**Unificazione nel 1861** quell'assetto organizzativo verrà esteso, senza significative modifiche, all'amministrazione del Regno d'Italia. Si tratta di uno schema che vede nel **Ministero** l'assetto organizzativo di riferimento, il quale ha un ambito di operatività basato su un compito pubblico. Il Ministero è presieduto dal Ministro che è membro del governo e titolare unico e responsabile del dicastero. In questa prospettiva l'organizzazione non può, allora, che essere rigidamente gerarchica. Secondo il principio dell'assoluto comando governativo dell'azione amministrativa, la responsabilità dell'esecuzione e della direzione degli atti è affidata ad una sola persona, il Ministro, che è il vertice di un ordinamento gerarchico in cui gli impiegati devono godere di sua fiducia se non vogliono essere dispensati. Con riferimento a questi ultimi si delinea un assetto costruito su un'unica carriera, da percorrere in tutti i suoi gradini, acquisendo sul lavoro le competenze necessarie, o meglio le prassi necessarie. Nella macchina organizzativa dello Stato, gli impiegati privi di autonomia, di responsabilità, di diritti, altro non rappresentano che gli ingranaggi. La differenziazione organizzativa, la valorizzazione della dimensione locale dell'amministrazione sono ritenute non conformi a questo schema. Si trattava di un modello largamente diffuso nell'Europa continentale e che si adattava perfettamente alla situazione contingente del paese all'indomani dell'Unificazione: un paese largamente arretrato e animato da endemiche spinte centrifughe imponeva la scelta di adottare un sistema amministrativo

centralizzato, e fortemente gerarchizzato al suo interno per sua natura, volutamente non idoneo alla flessibilità.

Alla fine dell'Ottocento, durante il periodo dei governi presieduti da Francesco **Crispi (1887-1896)**, emerge la necessità del miglioramento e del potenziamento dell'amministrazione pubblica dotandola di strumenti burocratici più moderni che consentano allo Stato di incidere in maniera significativa sulla vita sociale. Tuttavia, nel complesso le riforme crispine costituiscono la definitiva affermazione di un modello uniforme di organizzazione e gestione amministrativa. Nonostante ciò, si deve sottolineare una prima modifica a questo modello con l'istituzione del Ministero delle Poste nel 1889, la quale si pone come primo sintomo dell'espansione dei compiti pubblici che nei decenni successivi avrebbe condotto lo stato italiano a prefigurare nuove forme di organizzazione.

Nel **periodo giolittiano (1903-1914)** il progressivo ampliamento del suffragio ha determinato la conseguenziale modifica dell'assetto del decisore politico. L'accesso in parlamento delle classi meno abbienti induceva ad un allargamento dell'area di intervento pubblico. Il periodo giolittiano si contraddistingue per un vivace sviluppo politico, civile ed economico, ma altresì per un particolare sviluppo nell'amministrazione, sia sotto l'aspetto dell'incremento delle strutture burocratiche, sia in relazione al processo di integrazione con il mondo economico, in un contesto di crescente espansione delle funzioni statali. Infatti, in questa fase della storia politica e sociale si riscontra una diversa forma di collegamento tra lo Stato e le pressioni dei settori economici. La volontà dello Stato di mantenere la propria supremazia provoca un incremento quantitativo dell'area pubblica, con un allargamento dell'amministrazione alle forze politiche, economiche e sociali che si sostanzia nella creazione di enti funzionali soprattutto in alcuni settori nuovi di intervento pubblico esterni alla struttura ministeriale (c.d. **amministrazione parallela**). In questo periodo, in un contesto di generale espansione della sfera pubblica, si determina la rottura della precedente unità della pubblica amministrazione come conseguenza dei nuovi compiti di cui essa è investita. Come osservato in dottrina, l'amministrazione dello Stato «si circonda di una folla di enti ausiliari, delle più varie strutture, ai quali affida quei compiti che essa non è in grado di svolgere per motivi per lo più di natura tecnica applicativa» (GIANNINI).

Parimenti, si registra un significativo ampliamento alla dimensione locale: le **amministrazioni locali** acquistano un ruolo pilota nell'inventare e attivare nuove forme di intervento in diversi campi della vita economico-sociale, svolgendo, perciò, una funzione complementare e dialettica nei confronti dell'amministrazione statale.

Tale fenomeno di "entificazione" dell'organizzazione amministrativa, se nel primo ventennio del Novecento rispondeva alla maggiore domanda di intervento pubblico mediante forme organizzative che non alterassero la tradizionale struttura gerarchica dei ministeri, durante il **periodo fascista (1922-1943)**, il modello di "amministrazione parallela" aveva lo scopo di conferire a interessi eminentemente privati il connotato di interessi pubblici cementando la portata pervasiva e corporativa del regime.

All'interno di un involucro ordinamentale funzionale ai principi ispiratori dello Stato fascista, nell'amministrazione si coltivano e si rafforzano gli aspetti tradizionali

di uniformità, di centralizzazione e di gerarchia proprie della destra liberale e della esperienza crispina, ma contemporaneamente, e per certi versi paradossalmente, nell'ottica policentrista del periodo giolittiano, si potenzia il profilo dell'autonomia organizzativa e del decentramento decisionale, rappresentato dalle amministrazioni parallele, ossia dagli enti pubblici. Si assiste ad una **pervasività pubblicistica**, la quale si manifesta anche all'interno dell'organizzazione attraverso una regolazione del rapporto di impiego pubblico connotato da un regime di assoluta specialità.

La **Costituzione repubblicana** abbandona le coordinate tradizionali dell'organizzazione amministrativa liberale, ossia l'uniformità, l'accentramento e la gerarchia, e disegna un **modello policentrico** basato sul principio di autonomia e sussidiarietà: uno schema di livelli di governo (Stato, regioni, enti locali) con competenze proprie e ambiti di amministrazione definiti. Si tratta di un disegno organizzativo caratterizzato dalla molteplicità dei compiti pubblici che la Carta del 1948 attribuisce alla Repubblica.

A ben vedere, però, questi elementi di indubbia novità dell'assetto costituzionale non denotano un modello di organizzazione definito e monolitico. Nel quadro fornito dalla Costituzione, sono riconoscibili almeno tre diverse tipologie disomogenee di amministrazione: *i*) come apparato servente del governo (art. 95 Cost.) di ispirazione tradizionale; *ii*) come apparato a sé distinto dal governo (art. 97-98 Cost.); *iii*) autonomistica e comunitaria (art. 5 e Titolo V parte II, Cost.). Se è vero che si tratta di tre diversi modelli tra di loro potenzialmente confliggenti, è altrettanto vero che tale conflittualità non risulta patologica, bensì definisce nitidamente i tratti fisiologici del sistema. Infatti, come attentamente rilevato in dottrina, «ricependo in sé istanze dissimili o addirittura divergenti, tutte provenienti da lontano e tutte legittimate da spinte ideologiche e sociali, la Costituzione ha, realisticamente, accolto una concezione dialettica, anzi drammatica della amministrazione» caratterizzata dal confronto tra politica e autocefalia, da un lato, accentramento e autonomismo, dall'altro (NIGRO).

I primi quarant'anni di vita repubblicana sono caratterizzati, da una parte, dalla **lenta implementazione dello schema costituzionale di policentrismo** amministrativo autonomistico attraverso l'attuazione dell'ordinamento regionale (1970-1977) e la riforma dell'assetto delle autonomie locali – realizzata solo nel 1990 – e, dall'altra, da una ulteriore espansione dell'organizzazione amministrativa correlata ai compiti pubblici dello stato di benessere che hanno dato luogo ad un sistema amministrativo altamente frammentato nelle forme e connotato da una polverizzazione dei soggetti.

A partire dagli anni Novanta si registra un mutamento di rotta dovuto all'**integrazione europea** e al mutamento del ruolo dello Stato nell'attività economica che questa reca con sé. A ciò si aggiunga la necessità di un processo di riforma organizzativa connesso al controllo della finanza pubblica connotato all'avvio dell'unione economica e monetaria.

Il primato della concorrenza e del libero mercato, veicolato dall'ordinamento euro-unionale, impone una significativa riduzione della sfera pubblica: i compiti pubblici, che si declinavano prevalentemente in erogazione di prestazioni a favore dei cittadini, si focalizzano sulla regolazione delle attività dei privati. Tale riduzione comporta una revisione della organizzazione amministrativa. Tra l'ultimo decennio

del secolo e il primo del nuovo si assiste ad un progressivo abbandono del modello dello stato gestore e all'affermarsi di un'idea di **“stato regolatore”**.

Lo Stato diviene l'interlocutore privilegiato di tutte le attività: riduce il suo ruolo produttivo e lo cede all'esterno, si limita a supervisionare e indirizzare l'azione delegandola ai privati. Conseguentemente anche la trasformazione dell'organizzazione amministrativa si contrae e si specializza ibridandosi con nuovi valori e meccanismi. Nei settori di intervento pubblico diretto nell'economia mediante un processo di privatizzazione delle imprese pubbliche nazionali, nella parte rimanente all'orbita pubblica, l'organizzazione amministrativa veniva ridisegnata in un'ottica ispirata alla prevalenza dell'efficienza e della produttività mediante adesione a modelli di managerialismo propri del settore privato. Il regime giuridico dei funzionari pubblici viene anch'esso privatizzato. Gran parte dell'attività, che prima veniva svolta attraverso enti pubblici, vede l'avvento di schemi strutturali caratterizzati dall'ampio ricorso all'aziendalizzazione (ad esempio nel settore della sanità) e alla diffusione del modello della società di capitali (ad esempio nel settore dei servizi pubblici). Parallelamente si registra una forte spinta verso la promozione delle autonomie locali e funzionali, alla creazione di soggetti regolatori neutrali rispetto all'indirizzo politico del governo (le c.d. autorità indipendenti), alla creazione di strutture organizzative di carattere eminentemente tecnico (agenzie).

Nel complesso le riforme di questo periodo non hanno sempre raggiunto gli obiettivi ed il “cantiere” delle riforme è rimasto sempre aperto. La ricerca di una modernizzazione dell'assetto organizzativo, il suo adeguamento alle sfide tecnologiche attuali, continua a suggerire sempre nuovi interventi riformatori. Spesso, tuttavia, tali interventi sono contrassegnati dalla mancanza di un disegno definito e stimolati da situazioni contingenti: si pensi alla recente stagione di iperattività normativa determinata dall'esperienza della pandemia da COVID-19 e dall'implementazione del Piano di ripresa e resilienza (PNRR). Comune denominatore è il rafforzamento della c.d. **“capacità amministrativa”**, ossia l'abilità di eseguire le funzioni, risolvere i problemi, fissare e raggiungere gli obiettivi. Le ricette cambiano ma la volontà di rendere l'organizzazione idonea a svolgere i propri compiti è un afflato che ancora non ha trovato una definitiva sistemazione e forse proprio nella sua instabilità, nel suo essere oggetto di continui ripensamenti, che si coglie uno dei suoi aspetti storicamente qualificanti nonché uno dei limiti più significativi del nostro sistema.

5. Il Diritto amministrativo.

Come si è visto l'amministrazione pubblica, sia colta nella sua connotazione statica, come organizzazione, che nella sua qualificazione dinamica, come cura degli interessi pubblici costituisce un dato che è presente nella storia dell'umanità da tempi remotissimi.

Come espressione della socialità e dei rapporti tra individui e collettività il fenomeno amministrativo è anche un **fenomeno giuridico**: l'amministrazione pubblica è presa in considerazione dal diritto in modi e caratteri differenti in ragione del grado di sviluppo e complessità dell'ordinamento giuridico: ma è solo da un certo

momento storico che il diritto delle amministrazioni pubbliche assume la forma e la sostanza del Diritto amministrativo, con le caratteristiche della specialità che lo distinguono dal diritto privato. In altri termini, sebbene siano sempre esistiti gli apparati di governo e la cura di interessi delle collettività – quello che nella celebre dicotomia di Ulpiano è *ius publicum* – le modalità di esercizio del potere, le situazioni giuridiche dei destinatari di quello e la loro tutela giurisdizionale, la regolazione speciale dell'organizzazione amministrativa sono un prodotto storico di una evoluzione che contrassegna alcuni ordinamenti in maniera diversa da altri.

La prima difficoltà che deve superare chi si accosta allo studio del Diritto amministrativo è quella dell'**inquadramento concettuale** dello stesso.

In primissima approssimazione si può affermare che nel nostro ordinamento il Diritto amministrativo è una normazione che disciplina l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'attività delle stesse, e quindi anche i rapporti tra amministrazioni e tra amministrazioni e privati in modo diversificato rispetto ai rapporti tra privati, o meglio rispetto ai rapporti nei quali non intervenga un soggetto pubblico nell'esercizio di una pubblica potestà.

Si tratta di **un diritto non codificato**: diversamente che per altre principali branche del diritto che hanno alla base un codice (Diritto civile, Diritto penale, Procedura civile, Procedura penale) o un diverso testo fondamentale (diritto costituzionale), il Diritto amministrativo (inteso come normazione) non ha un suo codice ma è contenuto in una miriade di atti normativi. Solo di recente, nel 2010, si è codificato il processo davanti al giudice amministrativo e quello dei contratti pubblici (l'ultima edizione nel 2023). Sono presenti testi normativi che operano un riassetto di determinati settori (ad esempio il Codice dell'Ambiente, o il Testo unico enti Locali) ma non c'è una codificazione generale. I campi dei quali la normazione amministrativa si occupa – e correlativamente i compiti che la pubblica amministrazione assume, in modi, come si dirà, anche assai diversi, come propri – sono innumerevoli, tanto da dare luogo a partizioni (ad es. Diritto sanitario, Diritto degli enti locali, Diritto urbanistico) che, pur rimanendo settori del Diritto amministrativo, hanno una consistenza tale da costituire dei diritti speciali.

Nel complesso il Diritto amministrativo costituisce un settore dell'ordinamento assai intrigato, un vero e proprio ginepraio di norme, regolamenti, principi generali, di cui non è sempre facile ricostruirne in modo lineare la trama. Come è stato osservato «chiunque legga dei testi di norme di Diritto amministrativo rimane sorpreso per l'empiricità della loro scrittura, per le difficoltà esegetiche e per l'inverosimile disordine terminologico» (Giannini).

Nonostante il carattere alluvionale della normazione, si tratta di un **diritto di formazione in gran parte giurisprudenziale**. I principi che lo caratterizzano e che in parte ne costituiscono fonte sono stati plasmati dal Consiglio di Stato (e nell'ultimo quarto di secolo anche dai Tribunali amministrativi regionali) e dalla dottrina giuridica. Mancando nel Diritto amministrativo una disciplina di parte generale è necessario fare ricorso all'applicazione dei **principi generali**. La giurisprudenza svolge un ruolo creativo, tanto da assurgere quasi al rango di vera e propria fonte del diritto. 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. In questo senso, si può affermare che se per assurdo si cancellasse con un tratto di penna il Codice civile, non vi sarebbe più il Diritto civile, perché la giurisprudenza sarebbe privata del suo supporto. Al contrario, se si cancellassero tutte le leggi amministrative, la parte essenziale del Diritto amministrativo sopravviverebbe, perché la giurisprudenza ha individuato le sue regole fondamentali senza il riferimento a testi legislativi.

Appare opportuno precisare che la presenza del Diritto amministrativo in un ordinamento giuridico statale **non è un fatto necessario**, ma è soltanto eventuale. La maggior parte degli Stati contemporanei non ha avvertito l'esigenza di regolare l'attività dei soggetti costituenti il proprio apparato organizzatorio amministrativo con una disciplina giuridica diversa da quella prevista per gli altri consociati.

Nel mondo anglosassone l'amministrazione non è tradizionalmente sottoposta ad un regime giuridico speciale. Ordinamenti giuridici statali a struttura amministrativa sono invece quelli dell'Europa continentale e quelli legati a questi ultimi, come i paesi dell'America del Sud. Conseguentemente la presenza o l'assenza di un ramo amministrativistico in un ordinamento statale è legata alla formazione storica dei singoli Stati e alla realtà politica, economica e sociale degli stessi. Di recente, complice un processo di integrazione giuridica veicolata dal diritto europeo, ma anche dal diritto dei mercati e degli scambi internazionali, si registra un processo evolutivo il quale, da una parte, vede nei paesi anglosassoni l'introduzione di normative specificamente riguardanti l'attività di settori della pubblica amministrazione; dall'altra, riscontra nei paesi continentali una graduale regressione della normativa speciale a favore di una espansione del diritto comune.

Si accennava all'inizio che la configurazione del Diritto amministrativo come ramo dell'ordinamento è **un dato tutto sommato recente**. La sua apparizione risale all'inizio del secolo XIX, laddove per il Diritto civile si dice che la sua storia è la storia stessa della convivenza umana, in quanto esso è nato non appena l'uomo si è reso conto della necessità di operare nel segno della giustizia anziché in quello della forza e di coordinare la sua attività con quella degli altri individui.

In proposito è necessario innanzi tutto rammentare una distinzione. Si parla di Diritto amministrativo (come di Diritto civile, di Diritto penale, ecc.) in un duplice senso, come normazione positiva – vale a dire come parte dell'ordinamento giuridico concernente la pubblica amministrazione – e come scienza – vale a dire come elaborazione dei giuristi, degli studiosi.

L'origine del Diritto amministrativo **come normazione positiva** è stata oggetto di diverse congetture ricostruttive da parte della dottrina.

Al riguardo gli studiosi che per primi si occuparono del problema si divisero.

Alcuni autori, mentre riconoscevano al Diritto amministrativo il carattere di nuova scienza, non ritenevano che esso, in quanto normazione, avesse pure carattere di novità. Si riteneva cioè che il Diritto amministrativo esistesse da parecchi secoli, ma senza che nessuno se ne fosse accorto. Si parlava di un Diritto amministrativo romano, o greco o bizantino. Si è parlato di Diritto amministrativo anche con riferimento alle antiche “società idrauliche” come quella cinese o quella egiziana, che si servirono di potenti burocrazie per regolare le acque, limitare la proprietà privata, eseguire opere pubbliche.

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