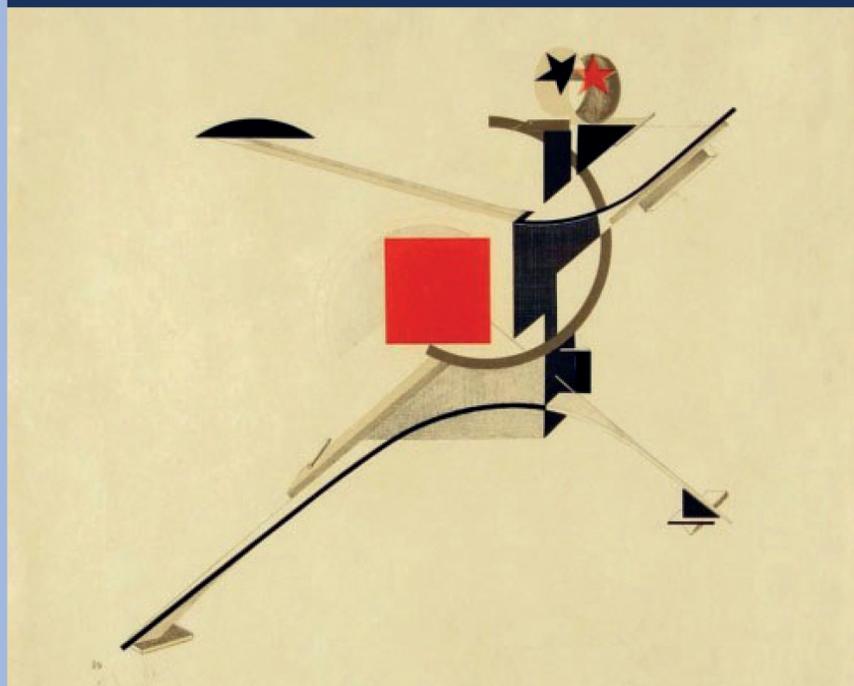


Wladimiro Gasparri

Lezioni di diritto amministrativo

I - Storia paradigmi principi



Giappichelli



Per iniziare

C'è un quadro di Klee che s'intitola *Angelus Novus*. Vi si trova un angelo che sembra in atto di allontanarsi da qualcosa su cui fissa lo sguardo. Ha gli occhi spalancati, la bocca aperta, le ali distese. L'angelo della storia deve avere questo aspetto. Ha il viso rivolto al passato. Dove ci appare una catena di eventi, egli vede una sola catastrofe, che accumula senza tregua rovine su rovine e le rovescia ai suoi piedi. Egli vorrebbe ben trattenersi, destare i morti e ricomporre l'infranto. Ma una tempesta spira dal paradiso, che si è impigliata nelle sue ali, ed è così forte che egli non può chiuderle. Questa tempesta lo spinge irresistibilmente nel futuro, a cui volge le spalle, mentre il cumulo delle rovine sale davanti a lui al cielo. Ciò che chiamiamo il progresso, è questa tempesta.

(W. Benjamin, *Tesi di filosofia della storia* (1940), in Id., *Angelus novus. Saggi e frammenti*, trad. e introd. di R. Solmi, Torino, Einaudi, 1962)

I processi di trasformazione che hanno attraversato e attraversano l'odierno diritto amministrativo sono plurali: crescente impatto dell'integrazione europea in una cornice di globalizzazione incrementale, messa in discussione dell'interesse pubblico, proliferazione dei diritti fondamentali, diluizione dell'autoritarità e intensificazione della contrattualizzazione, apertura alle dinamiche di mercato e alle logiche della concorrenza, privatizzazione di interi settori di attività pubblica, passaggio dalla cultura della legalità al culto dell'efficienza, trasformazione dei cittadini in utenti (e talora in consumatori), ridefinizione della dimensione territoriale delle politiche pubbliche e del ruolo multilivello del sistema amministrativo, progressivo passaggio dall'amministrazione antropocentrica all'amministrazione algoritmica e all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale. Tutti questi fenomeni e altri ancora sono all'origine di una rinnovata complessità del diritto amministrativo e dell'evoluzione della sua identità disciplinare, sospesa tra destrutturazione e ricomposizione, continuità e rinnovamento. Qualunque sia la loro lettura, questi sommovimenti, come evidente, provocano più di un interrogativo, tra cui quello relativo a quale posto occupi, oggi, questa branca del diritto nell'ordinamento giuridico, se sopravviva la sua

ragion d'essere o se i processi di ibridazione non preannuncino il superamento della 'grande dicotomia' pubblico/privato.

Questo volume, che raccoglie parte degli argomenti che costituiscono oggetto del relativo corso, e come tale indirizzato innanzitutto agli studenti, intende offrire il racconto di un possibile itinerario di formazione, ricostruzione e sviluppo del diritto amministrativo e dei suoi mutamenti nell'ambito del suddetto processo evolutivo. In questa ottica si colloca, innanzitutto, la prospettiva storica ritenuta indispensabile nell'analisi dell'attuale diritto amministrativo e del connesso sistema amministrativo, prima di tutto per l'individuazione delle ragioni, della portata e dei possibili sviluppi dei concetti, dei principi e degli istituti che costituiscono questa disciplina.

L'ordine del discorso muove, innanzitutto, dal tentativo di individuare i 'paradigmi disciplinari' della materia quale insieme di consolidate assunzioni tematiche, metodologiche, argomentative riconosciute e condivise dalle differenti ricostruzioni scientifiche del diritto amministrativo che forniscono un modello di problemi e soluzioni accettabili. E si sviluppa, poi, nell'esame dello 'statuto costituzionale' che, a partire dal 1948, ha conformato la disciplina dell'organizzazione e dell'attività amministrativa e della connessa tutela giurisdizionale, ed ha contribuito, più di recente, anche in ravvicinato e serrato dialogo con l'ordinamento europeo, alla definizione dei 'principi generali' della disciplina, la cui ricostruzione, senza alcuna intenzione di compilare il relativo catalogo, conferma come il diritto amministrativo, a partire dai suoi concetti ordinanti, sia fortemente soggetto a rapidi e intensi cambiamenti.

Il diritto amministrativo appare da sempre una articolata branca dell'ordinamento: forse non più complessa delle altre discipline giuridiche, sicuramente connotata da una spiccata fluidità, dovuta anche alla mancanza di una codificazione in grado di costituire un criterio per ordinare e consolidare la materia. Essa si presta quindi ad essere esaminata secondo prospettive plurali, ciascuna dotata di una propria specificità. D'altronde, questa fluida complessità riposa anche su altre ragioni: la prima è rappresentata dal fatto che l'amministrazione è titolare di poteri esorbitanti per l'esercizio delle sue funzioni, che eccedono quelli che caratterizzano i rapporti giuridici tra soggetti privati. E tutto ciò, evidentemente, determina la presenza di principi, istituti e regole differenti da quelli tipici del diritto privato e mutevoli in funzione della 'qualità' e 'quantità' della stessa 'esorbitanza'.

La seconda è da ricondurre all'idea secondo cui il diritto amministrativo non è soltanto regolazione dell'autorità e del relativo potere allo scopo di garantire la cura e la realizzazione dell'interesse pubblico, ma è altresì disciplina del suo limite, del suo opposto, dove l'oggetto disciplinare cessa di essere unicamente il provvedimento e si profila all'orizzonte il rapporto giuridico tra soggetto pubblico e soggetto privato che scaturisce dalla legge ed è mediato dal potere pubblico. Una prospettiva che appare il punto più avanzato nella ricerca del difficile equilibrio tra le ragioni dell'interesse pubblico attribuito alla cura dell'amministrazione pubblica e le esigenze dell'interesse del singolo, interessi che, peraltro, lo stesso ordinamento colloca su piani differenti.

La terza è delineata dal fatto che, fermo il principio di legalità, principi, concetti e regole, destinati a formare questo campo della scienza giuridica, sono, in parte, dovuti alla stessa opera, storicamente determinata, del giudice amministrativo e al

suo ruolo creativo, nell'incessante attività di raffronto tra la norma di legge e le concrete vicende di vita. Dalla costruzione dell'«atto amministrativo» e dei suoi caratteri, alla determinazione di quella particolare situazione giuridica soggettiva definita come «interesse legittimo», passando per l'individuazione del variegato contenuto del vizio di «eccesso di potere», per giungere, infine, ai più recenti aspetti legati al risarcimento del danno cagionato dall'illegittimo esercizio del pubblico potere e alle forme della tutela giurisdizionale, il giudice amministrativo ha contribuito a definire la struttura di questo ramo del diritto, attraverso, come ricordato, l'interpretazione della norma e il costante dialogo e il reciproco condizionamento con la dottrina.

È evidente che questa narrazione è, al tempo stesso, fortemente relativa: «paradigmi disciplinari», «statuto costituzionale» e «principi generali», se e in quanto effettivamente tali, costituiscono l'espressione di un preciso momento storico, non vivono fuori dal tempo, dalle condizioni di vita e dal sistema economico che caratterizzano una determinata epoca. In tal senso essi si propongono come semplici e possibili chiavi di lettura del presente, consapevoli della continua evoluzione che talora è in grado di condurre alla formazione di nuove categorie, e senza alcuna pretesa sistematica di costruire cattedrali, ma piuttosto di disegnare possibili mappe. Lo scopo è quello di fornire una sorta di «cassetta degli attrezzi» che renda possibile tanto la comprensione delle singole parti della materia in presenza di una sua sempre maggiore dispersione e frammentarietà, quanto la ricostruzione dei differenti aspetti della conflittuale relazione tra individuo, amministrazione e soggetti terzi, in quanto titolari di interessi antagonisti. E la ricerca di un equilibrio sostenibile tra potere amministrativo e libertà dell'individuo se non può che essere l'esito di progressive approssimazioni, pare debba comunque partire, ancora una volta, dalla centralità della Costituzione quale sistema di regole e di valori da attuare e di fini da conseguire.

È proprio la Costituzione che muta il «punto logico di partenza» del diritto amministrativo e ridefinisce l'equilibrio tra le ragioni del diritto di libertà nelle sue varie forme e quelle del potere pubblico. Essa afferma la centralità dell'individuo e riconosce i fenomeni sociali, diluisce lo Stato in più centri decisionali e in soggettività distinte, individua nell'assetto storico dei rapporti sociali possibili ostacoli alla libertà e all'uguaglianza e richiede un intervento positivo dello Stato e dei pubblici poteri per riempire di contenuti i principi di libertà, solidarietà ed uguaglianza nelle loro singole manifestazioni.

Al centro della visione costituzionale della storia si pone, certamente, l'individuo e non più lo Stato: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». Sovvertendo l'assunto di Oreste Ranalletti di inizio Novecento, «il punto logico di partenza non è lo Stato, ma è la libertà». Ma il riconoscimento e la garanzia costituzionale dei diritti individuali è comprensibile soltanto in rapporto all'altro principio, quello che «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2 Cost.). La «Repubblica» assume così un duplice compito specifico, parte della sua stessa ragione d'essere: garantire l'intangibilità della sfera individuale contro qualsiasi violazione, ma al tempo stesso, realizzare le finalità fondamentali della consociazione politica, essenziali per l'esistenza stessa del

‘vincolo politico’ e che costringe a perseguire un indirizzo che concerne, in forma dialettica, tanto i diritti individuali, quanto la società nel suo complesso.

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

L’idea della ‘specialità’ è stata così affiancata (e, talora, sostituita) dall’idea che la relazione tra pubblico potere e soggetto privato non è *a priori* diseguale, ma è dettata dalla norma giuridica cui spetta il compito di identificare gli ambiti e i modi di estrinsecazione della ‘pubblica funzione’ che giustifica la specificità del regime giuridico. All’immagine di un’autorità dotata d’*imperio* che trova nell’ordinamento la regola del potere (in quanto fonte di ‘norme di azione’) si è progressivamente affiancata quella del ‘rapporto giuridico’ tra autorità e individuo di cui la legge definisce la disciplina non più con riguardo esclusivo al potere, ma rivolta verso i diritti dei soggetti amministrati ed in cui la potestà pubblica deve immancabilmente convivere con le ragioni dell’individuo, che trova la sua più completa rappresentazione nella disciplina costituzionale. In cui l’obbligo (di dare, di fare o di sopportare) che il potere unilateralmente impone al soggetto passivo è circondato di limiti e l’osservanza di questi si può benissimo tradurre in altrettanti diritti, che il soggetto destinatario dell’esercizio del potere può far valere, davanti al giudice, avverso l’esercizio della pretesa esorbitante.

Tutto questo, d’altronde, non ha determinato la scomparsa della necessità di attribuire una quota di ‘potere autoritativo’ al soggetto pubblico. La Costituzione, è stato appena ricordato, né limita, né riserva la propria attenzione esclusivamente all’individuo isolato, considerato di per sé. Anzi, il suo connotato appare esattamente opposto: coniugare i due lati della tradizione costituzionale moderna, inviolabilità dell’individuo e solidarietà sociale. La Costituzione non è mera fotografia dell’esistente e quindi mero strumento di protezione dei beni e dei diritti che già possiedono gli uni e gli altri. Al suo centro troviamo la società e i suoi dis-equilibri, le sue contraddizioni e le sue diseguaglianze a cui si tratta di porre rimedio. In questa prospettiva, gli stessi diritti non sono più sfere da proteggere, ma beni da promuovere, da assicurare a tutti i consociati.

Alla costruzione statica dell’individuo, dunque, se ne lega una dinamica che pone l’individuo in rapporto con gli altri soggetti nell’ambito di quel fenomeno più complesso rappresentato dall’aggregazione sociale: questo nesso è tanto più evidente laddove il riconoscimento e la garanzia dei diritti individuali richiede tanto l’adempimento, come detto, dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.), quanto la rimozione degli 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, co. 2, Cost.).

Il riconoscimento della socialità dell'individuo va di pari passo con un'idea di società non come «insieme di rapporti spontaneamente ed armonicamente orientati verso un fine di progresso e di valorizzazione dell'uomo, ma come *sede di conflitto e di disuguaglianza*», così da includere le contraddizioni sociali e le disuguaglianze materiali all'interno del perimetro costituzionale. Per la loro stessa esistenza, i fenomeni sociali producono situazioni di disparità tra gli individui e dunque ostacoli alla loro libertà e uguaglianza. Tutto ciò pone il problema del rapporto tra individuo e società, tra gruppi sociali, tra gruppi sociali e Stato, tra società e Stato e quello della soluzione dei possibili conflitti. Se la libertà, la solidarietà e l'uguaglianza sono i valori originali e se i fini essenziali dell'individuo risultano *in concreto* limitati dalle condizioni reali che originano dalla spontanea dinamica dei rapporti sociali, allora si impone la previsione dell'intervento ri-equilibratore dello Stato e dunque della fondazione di un potere funzionalizzato con il compito di «correggere gli squilibri e le ingiustizie che i rapporti sociali producono, nel rendere così possibile effettivamente la realizzazione dei valori proclamati» (A. Orsi Battaglini).

All'interno di questo mutamento ordinamentale, il diritto amministrativo cessa di essere il diritto dell'autorità, costruito, sempre e soltanto, attorno alla definizione delle prerogative del potere imperativo: orientato dalla Costituzione, esso tende sempre più ad assumere i contenuti della disciplina di una rinnovata relazione giuridica tra autorità e individuo, preoccupata di circoscrivere l'esercizio arbitrario del potere con regole e limiti, di conferire ai soggetti privati facoltà e prerogative, in entrambi i casi sconosciute alla stessa autonomia privata, di dare attuazione ai precetti costituzionali intesi come principi fondamentali di giustizia da realizzare al di là, e anche contro, l'assetto complessivo della società.

* * *

Questo racconto molto deve al dialogo con i colleghi amministrativisti che hanno insegnato e insegnano nella facoltà fiorentina di giurisprudenza. Alla sua realizzazione hanno, poi, contribuito i suggerimenti, le sollecitazioni e le domande di Francesca Tesi che, con notevole pazienza, si è dedicata alla compilazione dell'indice analitico, e l'attenta lettura e la tenace insistenza di Lorenzo Ricci. A tutti il mio più sentito ringraziamento, senza dimenticare che errori, inesattezze e omissioni sono da addebitare unicamente all'autore di queste pagine.

Capitolo 1

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

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

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

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

Questa fondamentale differenza appare evidente nella distanza che separa lo Stato assoluto dallo Stato di diritto. Lo **Stato assoluto** era quello in cui il territorio (e lo stesso popolo) era considerato patrimonio della Corona che poteva liberamente disporne (cedendolo gratuitamente, vendendolo o costituendolo in dote) e tutto il potere sovrano era concentrato nelle sue mani; lo **Stato di diritto** è l'espressione di tutti i cittadini, titolari di diritti che nessuna autorità può disconoscere, in cui il potere non può essere arbitrario perché incontra diritti e principi che precedono la sovranità e sono per essa indisponibili. Nello Stato di diritto l'unico diritto riconosciuto valido è il diritto positivo, ossia l'espressione della volontà dello Stato, in grado altresì di assicurare il controllo dei poteri dello Stato, dando luogo ad un sistema «caratterizzato da certi requisiti giuridico-formali atti a limitare l'arbitrio del potere e a garantire una sfera di libertà individuale» (M. Weber). Si tratta, in altre parole,

dell'affermazione del **principio di legalità** che, assieme a quello **di certezza del diritto**, è l'elemento fondamentale dello Stato di diritto.

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

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

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

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

Quando si dice 'Stato' sottintendendo 'amministrazione pubblica' si pensa immancabilmente all'agente di pubblica sicurezza oppure all'agenzia delle entrate, si pensa cioè allo **'Stato-amministrazione'** come 'autorità', potere estraneo al cittadino,

destinato a sovrastarlo e ad imporsi alla sua volontà. L'immagine è quella dell'autorità dotata di potere inteso come 'privilegio di farsi obbedire' (G. Tarde).

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

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

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

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

voglia dotare il proprio esercizio commerciale di un insegna deve richiedere un'autorizzazione alla sua installazione (art. 47 Codice della strada).

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

Nel corso della storia, quindi, le relazioni tra cittadino e Stato hanno, per lo più, rinviato all'esercizio di una specifica funzione, quella amministrativa. Un rapporto che, a seguito della evoluzione della società verso forme sempre più complesse, è divenuto costantemente maggiore ed evidente. Se in epoche ormai remote il potere statale assumeva rilievo soprattutto per la funzione giudiziaria, con lo **Stato contemporaneo** la trama dei rapporti con il cittadino è diventata molto fitta, soprattutto in forza del fatto che l'amministrazione pubblica è stata investita dalla legge di compiti non più soltanto di **ordine pubblico**, ma anche di **benessere**, preordinati come tali a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale e promuovere il pieno sviluppo della persona umana» che hanno determinato una sua presenza sempre più ampia nella società e nell'economia, non soltanto in forma autoritaria ma più di frequente di natura negoziale.

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

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

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

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

La disciplina giuridica dell'amministrazione pubblica è costruita sulla distinzione tra le **categorie del 'pubblico' e del 'privato'**. Benché questa distinzione sia caratterizzata da una continua instabilità legata alle tensioni che scaturiscono dai mutamenti dei caratteri economici, politici e sociali nei diversi momenti storici, dall'esperienza romanistica in poi, essa ha contribuito a caratterizzare l'ordinamento giuridico e conserva uno specifico valore come strumento per ordinare il metodo di ricerca, seppure in assenza della possibilità di fissare per sempre la sostanza di un concetto. In ragione di ciò, il campo del diritto è stato, per comune condivisione, ripartito in due ambiti: il diritto pubblico e il diritto privato in generale, il diritto amministrativo e il diritto civile in particolare.

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

Questi due aspetti portano con sé una serie di corollari.

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

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

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

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

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

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

La costruzione di questo sistema disciplinare ha attraversato fasi differenti che appare necessario ripercorrere brevemente a partire da una consapevolezza: quella secondo cui «il diritto amministrativo risulta non soltanto da norme ma anche da principi che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato e ridotto a unità e dignità di sistema» (Cons. Stato, ad. plen., 28 gennaio 1961, n. 3).

Ancora all'inizio degli anni Novanta dell'Ottocento, i principi e le regole del diritto privato costituivano gli strumenti ordinanti dell'organizzazione e dell'attività amministrativa. Il diritto amministrativo **riproponeva** molti dei **concetti** e degli **istituti del diritto privato**: l'espropriazione per pubblica utilità era spiegata e ricostruita quale 'vendita forzata'; la concessione (ad esempio, per l'esercizio del servizio ferroviario) era configurata come atto avente natura contrattuale; nella materia dell'impiego pubblico, la relazione tra l'amministrazione e il funzionario era ricondotta, per lo più, alla locazione d'opera oppure al 'mandato civile'. Quanto al concetto di atto amministrativo, esso era usato dalla giurisprudenza in maniera promiscua con

l'espressione 'atto d'imperio', senza peraltro precisarne mai il contenuto e la stessa legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, riconoscendo la sussistenza del diritto soggettivo anche di fronte ad atti d'autorità, negava l'imperatività dell'atto intesa come forza degradante le situazioni soggettive degli amministrati.

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

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

La necessità e lo sviluppo del diritto amministrativo, quale **autonoma disciplina 'speciale'**, veniva dunque costruita sull'idea che l'autorità avesse in sé «il suo principio e il suo titolo» (F. Persico), da cui si faceva conseguire l'inadeguatezza strutturale e funzionale, teleologica, delle regole di diritto privato per il conseguimento del fine pubblico attribuito alla sua cura. La 'rifondazione' del diritto amministrativo ha poggiato su una ragione politica di fondo: esso ha costituito la veste giuridica 'del potere' per affermarne 'la alterità' verso gli altri, fonte pressoché esclusiva di norme 'di azione'. Il diritto amministrativo diviene il diritto 'politico' dello Stato con il compito di ribadirne la centralità, rappresentativo della logica del potere. Il nuovo modello era interamente incardinato attorno alla specialità del *potere di comando* del soggetto pubblico e dava luogo ad una costruzione teorica che assicurava il dispiegamento di quella superiorità sugli individui (è sufficiente per il momento richiamare la c.d. 'teoria dell'affievolimento o della degradazione del diritto soggettivo').

Il mutamento della sua rappresentazione è, inoltre, strettamente collegato alla formazione di un sistema di norme connotate da alcuni **caratteri specifici**. In parti-

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

Tutto ciò era perfettamente coerente con il passaggio da un sistema di tutela giurisdizionale monistico (incardinato sul giudice ordinario, il diritto soggettivo e l'azione risarcitoria: legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E) ad un **sistema di tutela dualistico**, costruito sulla doppia giurisdizione, nel quale la tutela nei confronti dell'amministrazione pubblica venne assegnata alla IV sezione del Consiglio di Stato, istituita dalla legge 31 marzo 1889, n. 5992. Quest'ultima attribuiva al giudice amministrativo «di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti o provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici» (art. 3) (c.d. controllo di legittimità), e il potere, in caso di accoglimento del ricorso, di «annulla[re] l'atto o il provvedimento, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa» (art. 17) (c.d. tutela costitutiva o di annullamento) (cfr. cap. 2, §§ 4 ss., e cap. 6, §§ 12 ss.).

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

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

In questo conflitto stanno di fronte parti ineguali, irriducibili ad unità: lo Stato (l'amministrazione pubblica) e i soggetti privati, in contesa tra loro, soggetti di una relazione asimmetrica, conflittuale, caratterizzata dall'*imperio* del soggetto pubblico e costruita sulla divergenza dei reciproci interessi. Un conflitto che ha origine

nell'attribuzione al soggetto pubblico del compito di curare un **interesse sovra-individuale**, non egoistico, mediante l'esercizio di un **potere 'esorbitante'** (rispetto a quelli conosciuti nel diritto privato), in grado di imporsi alla volontà altrui, che per questa ragione si trova al suo cospetto in una posizione certamente di **soggezione**. L'esempio più immediato è quello della tutela dell'ordine pubblico, in cui l'amministrazione competente può adottare provvedimenti limitativi della libertà personale. Ma altrettanto può accadere nell'ipotesi in cui debba essere realizzata un'opera pubblica che necessiti della espropriazione di un bene altrui e dunque della sua sottrazione coattiva. Ed è, ancora, il caso in cui lo svolgimento di un'attività o la realizzazione di un'opera da parte di un soggetto privato richieda il rilascio di un preventivo atto di assenso (autorizzazione) da parte dell'amministrazione competente.

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

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

È proprio la **Costituzione** che muta il 'punto logico di partenza' del diritto amministrativo e ridefinisce l'equilibrio tra le ragioni del diritto di libertà nelle sue varie forme e quelle del potere pubblico. Essa afferma la centralità dell'individuo e riconosce i fenomeni sociali, diluisce lo Stato in più centri decisionali e in soggettività distinte, individua nell'assetto storico dei rapporti sociali possibili ostacoli alla libertà e all'uguaglianza e richiede un intervento positivo dello Stato e dei pubblici poteri per riempire di contenuti i principi di libertà, solidarietà ed uguaglianza nelle loro singole manifestazioni. Ma procediamo per gradi.

Al centro della visione costituzionale della storia si pone l'**individuo** e non più lo Stato: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». Sovvertendo l'assunto di Oreste Ranelletti di inizio '900, 'il punto logico di partenza non è lo Stato, ma e la libertà'. Ma il riconoscimento e la garanzia costituzionale dei diritti individuali è comprensibile soltanto in rapporto all'altro principio, quello che «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2 Cost.). La 'Repubblica' assume così un duplice compito specifico, parte della sua stessa ragione d'essere: garantire l'**intangibilità** della sfera individuale contro qualsiasi violazione, ma al tempo stesso, realizzare le finalità fondamentali della consociazione politica, essenziali per l'esistenza stessa del 'vincolo politico' e che costringe a perseguire un indirizzo che concerne, in forma dialettica tanto i diritti individuali, quanto la società nel suo complesso.

La rinnovata posizione dell'individuo come elemento originario del progetto costituzionale muta la rappresentazione del diritto amministrativo: inizia così una lenta evoluzione preordinata, innanzitutto, a ricondurre il potere esorbitante sotto la

legge ed a renderlo 'calcolabile'. La 'specialità' della relazione tra individuo e amministrazione pubblica diventa l'oggetto sia di molteplici confutazioni teorico-dogmatiche, sia di importanti interventi legislativi e giurisprudenziali che, in tempi diversi, affrontano l'esigenza che quello stesso potere sia regolato e dunque prevedibile nelle forme, nelle modalità di esercizio e negli effetti prodotti.

L'idea della 'specialità' è stata così affiancata/sostituita dall'idea che la relazione tra pubblico potere e soggetto privato non è *a priori* diseguale, ma è dettata dalla norma giuridica cui spetta il compito di identificare gli ambiti e i modi di estrinsecazione della 'pubblica funzione' che giustifica la **specificità del regime giuridico**. All'immagine di un'autorità dotata d'*imperio* che trova nell'ordinamento la regola del potere (in quanto fonte di 'norme di azione') si è progressivamente affiancata quella del '**rapporto giuridico**' tra autorità e individuo di cui la legge definisce la disciplina non più con riguardo esclusivo al potere, ma rivolta verso i diritti dei soggetti amministrati ed in cui la potestà pubblica deve immancabilmente convivere con le ragioni dell'individuo, che trova la sua più completa rappresentazione nella disciplina costituzionale. In cui l'obbligo (di dare, di fare o di sopportare) che il potere unilateralmente impone al soggetto passivo è circondato di limiti e l'osservanza di questi si può benissimo tradurre in altrettanti diritti, che il soggetto destinatario dell'esercizio del potere può far valere, davanti al giudice, avverso l'esercizio della pretesa esorbitante.

Tutto questo, d'altronde, non ha determinato la scomparsa della necessità di attribuire una **quota di 'potere autoritativo'** al soggetto pubblico. La Costituzione, è stato appena ricordato, né limita, né riserva la propria attenzione esclusivamente all'individuo isolato, considerato di per sé. Anzi, il suo connotato appare esattamente opposto: coniugare i due lati della tradizione costituzionale moderna, inviolabilità dell'individuo e solidarietà sociale. La Costituzione non è mera fotografia dell'esistente e quindi mero strumento di protezione dei beni e dei diritti che già possiedono gli uni e gli altri. Al suo centro troviamo la società e i suoi dis-equilibri, le sue contraddizioni e le sue diseguaglianze a cui si tratta di porre rimedio. In questa prospettiva, gli stessi diritti non sono più sfere da proteggere, ma veni da promuovere, da assicurare a tutti i consociati.

Alla costruzione statica dell'individuo, dunque, se ne lega una dinamica che pone l'individuo in rapporto con gli altri soggetti nell'ambito di quel fenomeno più complesso rappresentato dall'aggregazione sociale: questo nesso è tanto più evidente laddove il riconoscimento e la garanzia dei diritti individuali richiede tanto l'adempimento, come detto, dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.), quanto la rimozione degli 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, co. 2, Cost.).

Il riconoscimento della socialità dell'individuo va di pari passo con un'idea di società non come «insieme di rapporti spontaneamente ed armonicamente orientati verso un fine di progresso e di valorizzazione dell'uomo, ma come *sede di conflitto e di disuguaglianza*», così da includere le contraddizioni sociali e le diseguaglianze materiali all'interno del perimetro costituzionale. Per la loro stessa esistenza, i fenome-

ni sociali producono situazioni di disparità tra gli individui e dunque ostacoli alla loro libertà e uguaglianza. Tutto ciò pone il problema del rapporto tra individuo e società, tra gruppi sociali, tra gruppi sociali e Stato, tra società e Stato e quello della soluzione dei possibili conflitti. Se la **libertà**, la **solidarietà** e l'**uguaglianza** sono i valori originali e se i fini essenziali dell'individuo risultano *in concreto* limitati dalle condizioni reali che originano dalla spontanea dinamica dei rapporti sociali, allora si impone la previsione dell'intervento ri-equilibratore dello Stato e dunque della fondazione di un potere prevalente con il compito di «correggere gli squilibri e le ingiustizie che i rapporti sociali producono, nel rendere così possibile effettivamente la realizzazione dei valori proclamati» (A. Orsi Battaglini).

Ecco allora il **fondamento costituzionale del potere pubblico**, un potere attribuito per un duplice scopo: quello di garantire la realizzazione dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo e quello di assicurare l'effettività dei valori di solidarietà e di uguaglianza tra gli individui. L'autoritatività del potere pubblico, del potere attribuito all'amministrazione, trova qui il proprio fondamento costituzionale, a prescindere da qualsiasi qualificazione dell'amministrazione come autorità.

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

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

Le successive riforme amministrative, culminate nella legge 7 agosto 1990, n. 241, contenente i principi generali dell'attività amministrativa, e la stessa evoluzione giurisprudenziale, segnata dall'affermazione della responsabilità civile della p.a. per esercizio illegittimo del potere (Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500), hanno comportato il definitivo superamento della tradizionale visione del diritto amministrativo come 'puro' diritto dell'autorità. Il nuovo quadro costituzionale, la conseguente legislazione, nonché l'opera della stessa giurisprudenza hanno ridefinito l'intero disegno, a favore di un modello in cui l'attribuzione del potere è finalizzata al conseguimento di quelle finalità costituzionali richiamate più sopra, dove il conferimento del potere richiede la definizione delle **regole (sostanziali e procedurali)** per il suo esercizio, ed in cui il soggetto privato è titolare di una serie di **'prerogative'** in grado di rimuovere la sua originaria posizione di mera soggezione e di porlo di fronte al potere in qualità di **'cittadino'**.

Il mutamento che tutto ciò ha prodotto sul sistema del diritto amministrativo appare, quindi, poter essere riassunto nel superamento di una disciplina tutta preordinata a definire e presidiare, innanzitutto, l'imperio e l'autoritarità dell'amministrazione. Una triplice obiettivo caratterizza, adesso, il diritto amministrativo:

(i) garantire all'amministrazione gli strumenti mediante i quali svolgere effettivamente la propria funzione preordinata alla cura dell'interesse pubblico; (ii) attribuire all'individuo un insieme di facoltà in grado di dialogare con il potere pubblico idonee a garantire che la composizione del conflitto sia l'esito del confronto tra le parti e che il potere sia esercitato non soltanto in modo conforme alla legge ma anche in coerenza con i principi generali che conformano l'attività amministrativa; (iii) assicurare la pienezza e l'effettività della tutela individuale contro l'esercizio illegittimo del potere.

All'interno di questo mutamento ordinamentale, il diritto amministrativo cessa di essere il diritto dell'autorità, costruito, sempre e soltanto, attorno alla definizione delle prerogative del potere imperativo: orientato dalla Costituzione, esso tende sempre più ad assumere i contenuti della disciplina di una **rinnovata relazione giuridica tra autorità e individuo**, preoccupata di circoscrivere l'esercizio arbitrario dell'autorità con regole e limiti, di conferire ai soggetti privati facoltà e prerogative, in entrambi i casi sconosciute alla stessa autonomia privata (ad esempio, la partecipazione procedimentale alla formazione delle decisioni con l'obbligo per l'amministrazione di valutare gli apporti dei soggetti privati, ovvero il diritto di accesso agli atti del procedimento: cfr. art. 10, legge n. 241/1990), di dare attuazione ai precetti costituzionali intesi come principi fondamentali di giustizia da realizzare al di là, e anche contro, l'assetto complessivo della società. Il diritto amministrativo, quindi, tende sempre più a dismettere i contenuti di 'veste del potere' per caratterizzarsi quale diritto dei soggetti amministrati, fonte di 'norme di relazione' e non solo di 'norme di azione' e per questa via destinato ad incontrare il diritto civile che, per definizione, è il diritto del rapporto e quindi ambito delle 'norme di relazione'.

4. *L'ibridazione degli ambiti disciplinari: le regole del potere pubblico tra diritto amministrativo e diritto civile*

Ricercare le regole del potere pubblico significa definire i modelli organizzativi e le forme dell'azione amministrativa. Questa ricerca, avvenuta per lungo tempo nel segno della specialità pubblicizzante, si è poi dovuta confrontare con quella evoluzione ordinamentale che, in maniera sempre più chiara, ha evidenziato come diritto amministrativo e diritto civile non si trovino in una posizione di reciproca e assoluta autonomia e indipendenza, ma abbiano, piuttosto, contatti frequenti e subiscano reciproche contaminazioni. Questa sorta di mutua ibridazione, **senza rimuovere l'antagonismo tra autonomia e eteronomia** che segna i due campi disciplinari, ha prodotto, nel corso della storia, una alterazione della pienezza sia dell'autonomia privata che dell'autoritarità del potere pubblico, secondo un **processo di continua trasformazione e di reciproca progressiva invasione**. Questo fenomeno riguarda, in forme e modalità diverse, sia i soggetti privati che i soggetti (l'organizzazione) e l'attività (le forme e le modalità della decisione) pubblica.

La disciplina degli istituti del diritto civile appare sempre più influenzata da interessi che trascendono quelli individuali, facendosi carico di interessi di carattere