

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 ragion 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 disegualianza» (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 preconstituita 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 subbietti 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. Ranelletti). Anche laddove, per l'esercizio del potere, erano previste rigorose forme procedimentali, 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 nel-

l'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 Ranalletti 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) garan-

tire 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

Ricerca 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

generale e della collettività. A sua volta, la disciplina del diritto amministrativo da 'veste' del potere è sempre più rivolta ai 'diritti del cittadino', divenendo fonte di norme 'di relazione' e non solo 'di azione'. Le differenze sono state depotenziate e in più sedi si è profilata l'idea di un 'diritto comune' quale patrimonio di principi e regole condiviso tra diritto civile e diritto amministrativo.

Brevemente, per il profilo che riguarda i soggetti privati, il primo esempio è rappresentato dalla 'conformazione' pubblica del diritto di proprietà allo scopo di assicurarne la funzione sociale (art. 42, co. 2, Cost.). Il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo da parte del proprietario (art. 832 c.c.) deve essere coordinato, non soltanto con la possibilità del rispettivo esercizio da parte degli altri proprietari, ma con la stessa possibilità che la proprietà privata possa essere, «nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale» (art. 42, co. 3, Cost., nonché art. 834 c.c.). Si consideri, poi, la previsione secondo cui «salve le disposizioni delle leggi penali e di polizia, nonché [...] le disposizioni particolari concernenti beni determinati, quando il proprietario abbandona la conservazione, la coltivazione o l'esercizio di beni che interessano la produzione nazionale, in modo da nuocere gravemente alle esigenze della produzione stessa, può farsi luogo all'espropriazione dei beni da parte dell'autorità amministrativa, premesso il pagamento di una giusta indennità» (art. 838 c.c.); ovvero, quella secondo cui i proprietari di immobili «devono osservare le prescrizioni [dei piani regolatori generali] nelle costruzioni e nelle riedificazioni o modificazioni delle costruzioni esistenti» (art. 869 c.c., nonché legge 17 agosto 1942, n. 1150). Ancora in tema di proprietà, questa contaminazione è tanto maggiore se si pensa alle categorie della proprietà pubblica e della proprietà privata previste dall'art. 42, co. 1, Cost. e contemplate dallo stesso codice civile (artt. 822 ss., c.c.).

Un altro esempio è rappresentato dal campo delle obbligazioni nel quale il contenuto o il modo di formazione del contratto non sempre è totalmente rimesso all'autonomia delle parti, come nei contratti 'per adesione'. Altre volte è la stessa norma di legge a imporre di contrattare (ad esempio, nel caso del contratto assicurativo per responsabilità civile auto) oppure a fissare specifiche regole imperative – con contenuto cogente, la cui violazione produce la nullità degli atti, rilevabile d'ufficio dal giudice – che circoscrivono, fino ad annullare, la libertà dei soggetti privati.

Nel settore dei contratti conclusi da un'amministrazione pubblica, la formazione del contratto è subordinata allo svolgimento di un procedimento predeterminato per la scelta del contraente che modifica l'assetto privatistico con l'introduzione di elementi di pubblicità, ovvero di 'eteronomia', nel regime contrattuale (c.d. contratti ad evidenza pubblica).

Infine, non si deve dimenticare la configurazione dell'interesse legittimo come figura di teoria generale e la sua introduzione nell'ambito del diritto privato, ravviandolo in quelle situazioni di colui che è assoggettato al potere discrezionale di altro soggetto, senza essere a lui legato da un rapporto giuridico, dal quale nascerebbero diritti e obblighi. Al di là della sua morfologia quale situazione di vantaggio e protetta, ma *inattiva*, perché il suo soddisfacimento dipende dal comportamento discrezionale di altro soggetto, titolare di una potestà o anche di un diritto potestativo, la sua introduzione nell'ambito privatistico segnala la ricerca di tecniche di tu-

tela degli interessi individuali ulteriori rispetto a quelle assicurate dal diritto soggettivo. L'universo delle situazioni giuridiche soggettive, rilevanti nell'area dei rapporti tra soggetti privati, potenzialmente inizia così a rivolgersi al mondo multiforme degli interessi giuridicamente rilevanti ancorché non qualificabili secondo i parametri rigidamente assegnati, per tradizione, all'unica categoria del diritto soggettivo.

Sul versante del diritto amministrativo, il 'monolitismo pubblicizzante' ha perso, soprattutto all'indomani della Costituzione, molti pezzi per strada con il superamento del postulato secondo cui «il punto logico di partenza non è la libertà, ma lo Stato» (O. Ranalletti), compimento dell'idea della specialità disciplinare. Il confine pubblico-privato è divenuto labile: pur senza perdere i loro caratteri distintivi, diritto amministrativo e diritto civile hanno con frequenza dato luogo a modelli unitari (basti pensare al tema della responsabilità civile: *infra*).

A questo proposito deve essere richiamata la diluizione soggettiva dello Stato in una molteplicità di centri decisionali e soggettività distinte, unitamente alla frammentazione dell'interesse pubblico tra tali centri e la sua esposizione a differenti connotazioni. Per questo aspetto, il necessario riferimento è al fenomeno di ibridizzazione che ha coinvolto l'organizzazione amministrativa, e in particolare il settore delle figure soggettive, e che ha condotto, almeno in parte, all'abbandono di taluni modelli pubblicistici con il ricorso a forme talora di incerta catalogazione. Mentre nessuno dubita che Intesa s.p.a. sia un soggetto privato a tutti gli effetti, né che l'I.n.p.s. sia un soggetto (ente) pubblico, tra questi due estremi si sono man mano collocate tutta una serie di figure che possiedono caratteri appartenenti ad entrambe le dimensioni e la cui natura finisce per essere ambigua. Ad esempio: (i) società per azioni con personalità di diritto pubblico (l'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a. - Invitalia: art. 1, co. 460, legge 27 dicembre 2006, n. 296; Difesa servizi s.p.a.: art. 535, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66); (ii) soggetti privati (fondazione, società per azioni, società a responsabilità limitata) qualificati come soggetti pubblici per talune parti della loro attività, con la conseguente applicazione della disciplina di diritto pubblico (è il caso di quei soggetti che pur avendo una piena veste privata sono tuttavia definibili come 'organismi di diritto pubblico'); (iii) soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni, oppure le società organismi di attestazioni (c.d. s.o.a.), società per azioni preposte all'attività di attestazione per la qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici.

Per altro aspetto, la stessa nozione di 'ente pubblico' appare mutevole e assistiamo alla sua sempre più frequente individuazione in forza di criteri non 'formali', ma piuttosto 'funzionali', 'sistematici', per cui l'identificazione del suo stesso perimetro concettuale muta a seconda del regime normativo applicato. È già stato rammentato come il riconoscimento, a certi fini, della natura pubblicistica di un determinato soggetto non comporti automaticamente e in maniera necessaria la sua integrale sottoposizione alla disciplina applicabile all'amministrazione pubblica (è ancora il caso dei soggetti privati qualificati quali organismi di diritto pubblico). Inoltre, va ricordata la previsione che individuando l'ambito della giurisdizione amministrativa ricomprende tra le pubbliche amministrazioni «anche i soggetti [...] tenuti al rispetto del principio del procedimento amministrativo» (art. 7, co. 2, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) a prescindere dalla loro veste formale.

Alla complessità degli interessi da curare e dei bisogni da soddisfare corrisponde, quindi, sotto il profilo soggettivo un fenomeno di ampia e diffusa ibridazione delle forme giuridiche per cui quelle privatistiche vengono frequentemente utilizzate per perseguire finalità pubbliche e, sul versante opposto, le figure soggettive pubblicistiche sono di frequente assoggettate a regimi di diritto privato.

Sempre nel campo dell'organizzazione deve essere altresì richiamato la vicenda dell'ordinamento del personale pubblico, dove la regolazione pubblicistica (il c.d. rapporto di impiego) è stata progressivamente abbandonata a favore di una disciplina comune tra lavoro pubblico e lavoro privato. Fermo restando il carattere pubblicistico della fase di reclutamento (art. 97, co. 4, Cost.), a partire dall'inizio degli anni Novanta (d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29), questa materia è stata caratterizzata dal c.d. processo di privatizzazione, che ha trovato il suo punto di arrivo con il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165: i rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche «sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni di carattere imperativo» (art. 2, co. 2, d.lgs. n. 165/2001). Con due conseguenze, innanzitutto: l'assunzione nelle amministrazioni pubbliche «avviene con contratto individuale di lavoro» (art. 35, co. 1, d.lgs. ult. cit.) e, inoltre, le misure relative alla gestione del rapporto di lavoro «sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro» (art. 5, co. 2, d.lgs. ult. cit.).

Nella sfera dell'attività, il sistema del diritto amministrativo è stato per lungo tempo rappresentato come dominato dalla centralità della figura del provvedimento amministrativo unilaterale e autoritario quale momento infungibile di esercizio di un potere funzionalizzato alla cura e alla tutela di interessi pubblici. Questo modello ha finito per condizionare le stesse forme della tutela costruite unicamente sulla verifica della corrispondenza dell'atto al relativo paradigma normativo e della conseguente idoneità a conservare l'assetto di interessi fissato dal provvedimento stesso. Un sistema, per converso, nel quale le regole sulla responsabilità – legate alla violazione di norme di condotta suscettibili di provocare conseguenze sul piano della tutela risarcitoria – sono state, fino a tempi recenti, sostanzialmente secondarie e recessive. Anche in questo ambito, tuttavia, il fenomeno della ibridazione ha assunto connotati strutturali, prima nel tentativo di contenere e ridurre l'esorbitanza del potere di comando, poi nello sforzo di costruire il c.d. 'rapporto giuridico amministrativo'.

I mutamenti anche per questo aspetto sono stati profondi: non soltanto, oggi, l'azione amministrativa è contornata da principi e regole preordinate a garantirne uno svolgimento commisurato alla singola vicenda di vita e un controllo sempre più efficace (basti pensare ai principi di ragionevolezza, di proporzionalità, oppure alla tutela del legittimo affidamento), ma lo stesso soggetto privato, destinatario degli effetti della decisione amministrativa, ha visto mutare la propria collocazione. A fronte dell'esercizio del potere pubblico, quest'ultimo non è più 'disarmato', salvo la pretesa al rispetto dei limiti esterni della legalità, ossia alla conformità dell'agire amministrativo alle regole normative che presiedono alla sua manifestazione. Esso è, viceversa, titolare di pretese partecipative e di aspettative di tutela verso i propri in-

teressi, economici e no, che possono essere colpiti dall'operato illegittimo del pubblico potere (A. Di Majo). In questo contesto, la stessa 'esorbitanza' del potere pubblico – del potere unilaterale ed autoritativo destinato ad essere tradotto nel provvedimento amministrativo – è stata circoscritta attraverso principi, regole ed istituti – anche di derivazione civilistica – che hanno attribuito ai soggetti destinatari degli effetti la possibilità di condizionare, di 'contrattare' e di 'conformare' il contenuto imperativo del potere, nonché la titolarità di 'facoltà' idonee a restringere l'ambito della discrezionalità amministrativa.

La più recente modifica della legge n. 241/1990, ha inserito tra i principi generali dell'azione amministrativa la previsione per cui «i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede» (art. 1, co. 2-*bis*, inserito dall'art. 12, co. 1, lett. *a*, legge 11 settembre 2020, n. 120). Lasciando per il momento da parte il profilo della collaborazione, la norma configura la 'buona fede' tra i principi guida dell'azione amministrativa. La novità appare di assoluto rilievo.

Amministrazione pubblica e cittadino devono comportarsi secondo le regole della 'buona fede' (e della correttezza) nello svolgimento del rapporto di cui sono parte (e dunque, innanzitutto, nell'ambito del procedimento finalizzato all'adozione della decisione) allo stesso modo cui sono tenuti i soggetti nelle fasi delle trattative e della formazione del contratto. In tal senso, il richiamo di questo principio, non confinabile al mero rango di fonte sussidiaria o di tecnica meramente interpretativa, parrebbe configurare non soltanto l'esigenza di esercitare il potere in funzione della cura dell'interesse qualificato dalla legge, ma altresì un dovere giuridico autonomo di collaborazione a carico di tutte le parti coinvolte dall'esercizio del potere per l'adempimento delle aspettative di ciascuna di esse nonché un obbligo di coerenza per l'amministrazione tra quanto emerso nel procedimento e la decisione in concreto adottata. Con una prima conseguenza rilevante: un dovere di informazione e di comunicazione, in forza del quale, nel quadro delle istanze solidaristiche di cui esso è espressione, ciascuna parte è tenuta a dare notizia all'altra di ogni circostanza o elemento di cui questa non è a conoscenza, ai fini di un più idoneo e ragionevole esercizio del potere. La buona fede, quindi, quale «forma del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione unitamente alla collaborazione» e che «corrisponde a un principio generale dell'ordinamento che ha la funzione al pari della collaborazione, di modellare l'esercizio del potere fronteggiato dall'interesse legittimo» (Cass., sez. un., 11 maggio 2021, n. 12428).

La formazione dell'atto autoritativo, idoneo ad incidere unilateralmente nella sfera giuridica di terzi ('*provvedimento*'), è stata, poi, subordinata allo svolgimento di un 'procedimento' in grado di consentire sia il dialogo tra tutte le parti con la possibilità per ciascuna di essa di rappresentare il proprio 'punto di vista' nella formazione della decisione, sia di rappresentare il luogo in cui prende forma il bene della vita oggetto della pretesa soggettiva. È così che gli interessi dei soggetti diversi dall'amministrazione diventano elementi attivi rispetto alla concretizzazione del potere e non soltanto oggetto (inerte) della decisione amministrativa: «la posizione degli amministrati di fronte all'amministrazione è non meno decisiva della posizione dell'amministrazione di fronte agli amministrati» (G. Miele).

Questa configurazione assume anche un contenuto sistematico: al pari della c.d. *fattispecie* nel diritto privato, la procedimentalizzazione dell'esercizio del potere pubblico svolge una funzione razionalizzatrice, per cui il *procedimento amministrativo* assicura la calcolabilità dell'azione dell'amministrazione pubblica (M. Weber).

Sotto il profilo strutturale, il 'procedimento amministrativo' garantisce la partecipazione attiva dei soggetti interessati, nel cui ambito le parti (pubblica e privata) possono anche concludere accordi destinati ad integrare il contenuto del provvedimento finale ovvero a sostituirlo. In sostanza, l'esercizio del potere, salvo ove la legge preveda diversamente, deve avvenire nel rispetto delle regole preordinate a garantire il contraddittorio tra le parti, ossia la loro posizione di uguaglianza in ordine alla possibilità astratta di elaborazione del contenuto del provvedimento (F. Benvenuti). Esso è la traduzione più immediata di un principio giuridico costituzionale: quello di imparzialità, che se per il profilo soggettivo indica il necessario disinteresse all'affare da parte di colui che esercita il potere, sotto quello oggettivo richiede che la decisione sia l'esito del (ragionevole) confronto delle diverse parti e degli interessi di cui sono portatrici. L'imparzialità del provvedimento è, dunque, (tendenzialmente) assicurata dall'(equilibrato) bilanciamento degli interessi in contesa attraverso l'attiva partecipazione dei diversi titolari nell'ambito del procedimento: imparziale è la decisione che sia apre al conflitto e lo risolve nel dialogo delle parti.

Il procedimento tende a 'dissimulare' la logica del rapporto giuridico, nel quale la posizione soggettiva delle parti sono ben delineate fin dall'inizio. Anche se evidentemente è impossibile ignorarne le differenze. Ove si abbia, infatti, riguardo alla conclusione del contratto, la formazione del consenso non segue mai un *iter* procedimentale, ma si presenta libero: anche laddove, in ambito contrattuale sono state introdotti obblighi specifici (ad esempio, quelli informativi), tali da invalidare il contratto se non osservati, essi parrebbero trovare il proprio fondamento nell'obbligo di buona fede nelle trattative e cioè riconducibili, pur sempre, alla logica del rapporto.

L'ibridazione del diritto amministrativo appare ancor più decisa con riferimento al tema della responsabilità civile per danni conseguenti all'illegittimo esercizio del potere. Già all'inizio del secolo scorso, un'attenta dottrina aveva affermato che la responsabilità «è un istituto generale del diritto: non più propria di quello privato che di quello pubblico; è un modo di sanzione necessario dovunque ci sono norme di diritto obiettivo, diritto subiettivo, conseguenze irreparabili d'una lesione. Perciò può trasportarsi, senza scrupolo, dal campo privato, dove essa è formulata perché il diritto privato è più evoluto, nel campo pubblico, quando al diritto relativo si vuol dare compiuto svolgimento e piena sanzione» (F. Cammeo). La 'caduta del muro' della irrisarcibilità dell'interesse legittimo (cfr. Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500) ha contribuito a rivitalizzare l'idea della configurabilità della relazione tra amministrazione e soggetto privato secondo la forma del 'rapporto', per taluni secondo forme molto prossime a quella obbligatoria tra soggetti privati. E dunque la pretesa ad ottenere la protezione dei propri interessi pregiudicati dall'azione illegittima del potere pubblico: è sufficiente qui ricordare le ipotesi di responsabilità da 'contatto sociale' o quelle per lesione del 'legittimo affidamento'. Appare chiaro come tutto ciò conduca sempre più spesso ad affermare una sorta di 'civilizzazione della pub-

blica amministrazione' e di restringimento e riduzione della dimensione autoritativa dell'azione amministrativa.

Il quadro delle contaminazioni non sarebbe esaustivo se non si accennasse ai mutamenti che hanno coinvolto le forme della tutela giurisdizionale a seguito dell'approvazione del codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104). Secondo una parte della dottrina nel processo amministrativo, al pari di quello civile, troverebbe adesso applicazione il modello della c.d. 'atipicità' delle azioni: anche in relazione alle liti che hanno per oggetto interessi legittimi, dovrebbero essere ammesse tutte le azioni più appropriate per la tutela delle pretese giuridiche del ricorrente, indipendentemente dal fatto che tali azioni siano espressamente previste dal codice o da altre leggi (M. Clarich). Come ha affermato la stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, «l'assenza di una previsione legislativa espressa non osta all'esperibilità di un'azione di tal genere [nella fattispecie si trattava segnatamente dell'azione di accertamento autonomo] quante volte [...] detta tecnica di tutela sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell'interesse legittimo», tenuto conto che il corollario indefettibile del principio costituzionale della effettività della tutela «è proprio il principio dell'atipicità delle forme di tutela» (Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15). Al di là del dibattito aperto da una simile ricostruzione, che deve comunque fare i conti con i poteri attribuiti al giudice nei confronti della pubblica amministrazione e dunque con l'equilibrio dei rapporti tra poteri (giurisdizione e potere esecutivo), quel principio sottolinea il carattere soggettivo del giudizio amministrativo, al pari di quello civile.

La coesistenza di caratteri tra loro eterogenei riguarda, infine, le stesse norme: se quelle di diritto pubblico hanno carattere cogente perché preordinate a tutelare interessi non disponibili da parte del soggetto agente, tuttavia anche questo carattere ha subito una sorta di ibridazione a seguito dell'art. 21-*octies*, legge n. 241/1990 che, in determinate ipotesi, rende irrilevante – ai fini dell'annullabilità dell'atto – la violazione di talune di quelle stesse norme.

L'orizzonte della riflessione è divenne sempre più quello della ricerca di «un soggetto, un diritto, un giudice» (A. Orsi Battaglini), nella persistenza di una (probabilmente) insopprimibile alterità in relazione alla funzionalizzazione dell'attività del soggetto pubblico rispetto a quella del soggetto privato, in cui emerge la rilevanza di interessi anche (di) 'altri', in grado di dare 'forma giuridica' allo stesso esercizio del potere. E, d'altronde, è proprio questa alterità che produce la convinzione che sia il frutto di «una illusione prospettica» quella per cui «alcuni recenti sviluppi del diritto amministrativo comportino una riduzione delle differenze rispetto al diritto comune». Piuttosto, il processo di ibridazione in atto e quindi «la circostanza che su istituti amministrativistici siano innestate figure privatistiche rende semmai molto più complesso il quadro generale, che non risulta mai riducibile ai modelli civilistici, ma non corrisponde più neppure a quelli amministrativistici più tradizionali» (A. Travi).

5. *La contaminazione disciplinare e la complessità sociale*

Nel loro insieme le contaminazioni tra diritto amministrativo e diritto civile non sono casuali: esse coincidono, storicamente, con una rinnovata complessità sociale. L'emersione di nuovi soggetti, di nuovi interessi e di nuovi bisogni ha investito le stesse categorie del diritto pubblico e del diritto privato e ha contribuito a rimettere in discussione il 'punto logico di partenza': è mutato l'equilibrio del rapporto tra potere pubblico e libertà individuale e questo mutamento ha dato vita ad una pluralità di soluzioni che corrispondono ai diversi campi in cui quei due termini entrano in conflitto e alle diverse condizioni in cui esso avviene.

Quella che è stata considerata una distinzione tradizionale (diritto pubblico e diritto privato) ha assunto sempre più carattere relativo, ma non è scomparsa: il superamento della rigida dicotomia non ha prodotto l'assorbimento dell'una nell'altra, ma ha imposto la necessità di ricercare i possibili confini all'interno dell'unità dell'ordinamento e specificato l'esistenza di elementi e fattori unificanti delle due categorie (i principi generali del diritto), in grado di evidenziare le intersezioni, le osmosi e le ibridazioni tra i due ambiti.

Questi mutamenti riflettono, sotto altro aspetto, i differenti equilibri tra soggetto pubblico e soggetto privato raggiunti nel corso del tempo. L'espandersi dei compiti dello Stato e del suo intervento nell'economia nel corso degli anni Sessanta e Settanta del Novecento, in corrispondenza con importanti riforme economico-sociali, e la comparsa di soggetti economici pubblici destinati ad operare in concorrenza con soggetti privati se ha certamente determinato un ampliamento dei confini del diritto privato, ha anche contribuito alla sua rivisitazione in chiave costituzionale.

Questo mutamento metteva, prima di tutto, in discussione la presunta neutralità del diritto civile quale complesso oggettivo di regole preordinate a disciplinare l'attività economica. A questo obiettivo si univa, inoltre, l'affermazione sempre più convinta e ampia del riconoscimento dell'efficacia precettiva e non meramente programmatica delle norme costituzionali, definite quali 'disposizioni di principio', cioè «'norme-principio' che non si differenziano dalle norme-regola per la struttura, ma per l'efficacia: [...] il loro modo di applicazione non è la tecnica logico-formale della sussunzione, ma la logica tecnico-pratica del bilanciamento dei beni o degli interessi protetti» (L. Mengoni). Il riferimento alla Costituzione asseconda, tramite soluzioni che impostano in maniera profondamente diversa il rapporto con il principio di legalità e di democraticità, quel bisogno di avvicinamento del diritto privato alle istanze di giustizia e di aderenza alla concretezza della vita reale, al quale si lega una rinnovata gerarchia dei valori in cui il bilanciamento di interessi privati e pubblici è riformulato sui valori espressi dalla Carta costituzionale ed è la premessa della interpretazione adeguatrice.

Nel corso degli ultimi decenni abbiamo assistito ad un processo per certi aspetti opposto, incardinato sull'idea che allo Stato spetti la garanzia dei presupposti formali necessari perché le scelte individuali possano comporsi in equilibri spontanei regolati dalla mano invisibile delle leggi naturali dell'economia. L'idea che il mercato, attraverso le proprie dinamiche e senza alcun intervento esterno, determini l'al-

locazione ottimale delle risorse, ha contribuito a mutare l'equilibrio tra diritto amministrativo e diritto privato.

L'ambito del diritto pubblico subisce i condizionamenti legati all'affermazione secondo cui la presenza di un soggetto pubblico nell'arena economico-sociale, con la persistenza di una serie di comandi e controlli preordinati a finalità di interesse pubblico, costituisce un fattore produttivo di distorsioni anticoncorrenziali. In questo senso, muta il ruolo del diritto pubblico (e del diritto amministrativo) e cambia il suo stesso contenuto: i suoi confini si restringono alla regolazione delle spontanee dinamiche concorrenziali delle forze del mercato secondo i principi di efficienza e correttezza. Spetta al diritto privato sia definire le regole concernenti il mercato che colmare tutti gli spazi liberati dal diritto pubblico, quale complesso di regole e di garanzie dell'individuo.

Tutto questo conferma come quella linea di confine sia oggetto di forti tensioni, di continui aggiustamenti e di inevitabili condizionamenti storici, in cui la prevalenza dell'uno sull'altro non assume mai il carattere delle definitività ma riflette un diverso equilibrio per sua natura instabile.

In questo contesto, nella ricostruzione della disciplina delle amministrazioni pubbliche parrebbe superfluo continuare a interrogarsi sul se la dicotomia diritto pubblico-diritto privato sia venuta meno, tenuto conto che le forme privatistiche (contratto, impresa, società, associazione, fondazione) hanno contaminato/sostituito gli strumenti e le forme dell'organizzazione e dell'azione pubblica, territori già di dominio assoluto del potere autoritativo delle istituzioni pubbliche. Anche perché nello stesso periodo, un'analogica vicenda, ma di segno opposto, ha caratterizzato, come si è detto, il diritto privato.

Quello che diventa centrale è un'altra domanda: se e in che misura i principi costituzionali della solidarietà e dell'uguaglianza siano «da considerarsi costitutivi dello stesso statuto del diritto privato nelle società democratiche», e 'se', 'dove' e 'come' sia venuta meno la «dicotomia ideologica fra un diritto privato tradizionalmente designato come regno dell'individualismo [...] e un diritto pubblico deputato esso solo alla cura degli interessi generali e alle scelte redistributive» (M.R. Marella).

Detto altrimenti, il tema centrale diventa verificare in che misura la regolazione di diritto privato è in grado di farsi carico dell'esigenza delle parti di non perseguire il proprio interesse egoistico o di parte in contrasto con l'utilità sociale ovvero con quei principi di solidarietà, uguaglianza e dignità sociale, fondamento della funzionalizzazione del potere pubblico.

Di fronte a questo interrogativo ritorna la considerazione iniziale: la distinzione tra diritto pubblico (amministrativo) e diritto privato (civile) più che essere contrassegnata da cippi terminali, appare riproduttiva di quella stessa tensione (da sempre irrisolta) tra gli argomenti della solidarietà e dell'uguaglianza, sottesi all'interesse pubblico, e le ragioni dell'individuo, perché tra i due ambiti esistono sia «elementi di identità» che «elementi di differenza» (S. Pugliatti), idonei a determinare regole e principi comuni e, contestualmente, a differenziarli. Quella distinzione, allora, «forse più che essere [...] *organica*, fondata su criteri obiettivi, è una distinzione pratica e storica» (F. Cammeo), dunque per sua stessa natura contingente; è una distinzione di disciplina positiva e il confine tra i due insiemi normativi è soggetto a mutare nel