

Diritto pubblico e diritto privato

Capitolo 1

Non esiste un codice amministrativo, ma esistono delle norme che, nel corso del tempo, si sono poste come capisaldi della materia: queste norme hanno contribuito a costruire la disciplina e, prima ancora, i concetti giuridici fondamentali del diritto amministrativo.

I dati normativi che costituiscono la cornice del diritto amministrativo sono:

- **Legge 2248/1865**, che ha contribuito alla costruzione del sistema amministrativo;
- **Legge 5992/1889**, istituisce la sezione IV del Consiglio di Stato, la cui disciplina, in parte, si ritrova nel codice del processo amministrativo;
- **Testi unici**, succedutisi nel tempo in materia di enti locali (province e comuni). Oggi il **d.lgs 267/2000**;
- **Costituzione del 1948**;
- **Legge 241/1990** sul procedimento amministrativo, che disciplina l'esercizio del potere, l'adozione dei provvedimenti amministrativi—> l'amministrazione è un potere pubblico, le forme dell'azione amministrativa non si riducono solo al provvedimento, ma possono assumere gli stessi contenuti dell'attività di un soggetto privato: essa può stipulare contratti nei modi previsti da un'altra norma importante, il **d.lgs 50/2016** (codice dei contratti pubblici);
- **D.lgs 165/2001**, testo unico in materia di lavoro con le pubbliche amministrazioni;

Il presupposto di questa disciplina è la **dualità tra le categorie del diritto pubblico e del diritto privato**: si tratta di un dualismo che caratterizza l'ordinamento giuridico moderno. Questi due ambiti dell'ordinamento **non** sono estranei tra loro, né sono in opposizione, ma sono soggetti a principi e regole distinti:

- Dato caratterizzante del diritto privato: **autonomia**, che si fonda sulla libera scelta del soggetto, di cui (non sempre) è manifestazione tipica il contratto. Autonomia è la possibilità di decidere sul se e sul come raggiungere un certo scopo liberamente determinato—> il diritto privato è quindi il diritto che regola i rapporti tra soggetti privati, formalmente uguali, che si vincolano gli uni agli altri mediante un autonomo atto di volontà e, dunque, se nei limiti in cui liberamente decido di dare vita ad un vincolo giuridico. I limiti del diritto privato sono rappresentati dalla possibilità di perseguire tutti quei fini che non siano qualificati dall'ordinamento come illeciti—> nell'ambito della sfera privata, è possibile fare tutto ciò che non è vietato dalle norme. I soggetti privati sono soggetti che l'ordinamento riconosce come formalmente uguali, che si vincono in forza di un proprio atto di volontà, se e nei limiti in cui lo decidano di fare.

- Dato caratterizzante del diritto pubblico: **doverosità** di soddisfare gli interessi che la persona non può soddisfare individualmente, la cui realizzazione deve quindi essere imputata ad un soggetto che è espressione della collettività generale (Stato, comune); questo soggetto pubblico ha il dovere di soddisfare tale interesse nello stesso momento in cui il soggetto si rivolge a lui.

Questi interessi possono avere dimensioni variabili: lo Stato assume dei compiti diversi da quelli di un comune, ma entrambi questi soggetti devono svolgere i compiti assegnatigli non per soddisfare un loro interesse, ma per soddisfare quelli dei soggetti da cui traggono la propria legittimazione democratica—> sia Stato che comune sono infatti soggetti rappresentativi, fondati sul principio democratico.

Siccome il mondo del pubblico è retto dalla doverosità, il soggetto pubblico è chiamato a svolgere un'attività per una finalità che non dipende dalla sua volontà, egli non dispone dei fini della sua attività—> i fini dell'attività pubblica sono infatti *etero-determinati*, il soggetto pubblico ha il dovere di perseguire questi fini etero-determinati.

Siccome l'emersione del diritto amministrativo è connessa alla nascita dello Stato di diritto, possiamo dire che i fini del soggetto pubblico sono stabiliti dalla **legge** —> domina la categoria del legittimo, è possibile fare soltanto ciò che le norme permettono e la legittimità è la condizione di esercizio del potere.

Mentre il diritto privato è quell'ambito della disciplina giuridica che regola i rapporti tra soggetti uguali (privati), il diritto pubblico è quell'ambito della disciplina giuridica preordinata a regolare la relazione che si

istituisce tra un soggetto pubblico, dotato di un potere di comando, e i soggetti subordinati all'esercizio del potere: tale potere è in grado di produrre, in via unilaterale, effetti giuridici nella sfera dei soggetti destinatari.

La vicenda giuridica, in questo caso, non è fondata sul consenso, secondo una configurazione bilaterale e paritaria, ma è costruita *sull'autorità*, configurandosi come **unilaterale**, in cui si fronteggiano **parti diseguali**.

Il dato caratterizzante del diritto pubblico, e conseguentemente del diritto amministrativo, è quindi la possibilità che si offre al soggetto pubblico di vincolare unilateralmente i soggetti destinatari della propria attività mediante un atto di volontà unilaterale.

I fini che la collettività generale attribuisce a questo soggetto infatti comportano l'attribuzione a tale soggetto di un potere pubblico—> questo potere è *esorbitante* rispetto agli effetti che di solito produce la volontà di un soggetto.

Per il perseguimento doveroso dei fini etero-determinati dalla legge, il soggetto pubblico può agire come un soggetto privato, ma deve incontrare la volontà della controparte.

Se non la incontra, l'ordinamento dà al soggetto il potere di produrre comunque effetti giuridici nella sfera altrui, a prescindere dal loro consenso ==> a volte il soggetto pubblico può contrattare, ma se non incontra il consenso della generalità, egli è comunque dotato del potere di soddisfare gli interessi della collettività a prescindere dai destinatari di quegli effetti. Egli ha a disposizione un potere in grado di vincolare i terzi a prescindere dalla loro volontà. *Ad esempio: se un soggetto privato vuole realizzare un appartamento, contrae l'acquisizione del terreno—> se non trova un soggetto disposto a venderglielo deve cambiare città, cercare da un'altra parte ecc. ecc.*

Anche l'amministrazione può contrattare con un privato per acquisire un terreno per costruire un'opera pubblica. Però, se il privato non vuole vendere, e l'opera pubblica deve necessariamente essere fatta in quel luogo per soddisfare l'interesse della collettività, il soggetto pubblico può esercitare il proprio potere per produrre effetti giuridici a prescindere dalla volontà del soggetto destinatario degli effetti dell'esercizio di questo potere—> c'è un processo di espropriazione.

Il fatto che il soggetto pubblico sia dotato di un potere “*autoritario* (o *autoritativo, imperativo*)” determina il fatto che nel diritto pubblico domina la categoria del “*legittimo*” (invece nel diritto privato domina la categoria del lecito)—> il soggetto pubblico ha la possibilità di fare soltanto ciò che le norme permettono e soltanto attraverso l'esercizio dei poteri previsti dalle stesse norme. La legittimità dei poteri, fini ed effetti dell'esercizio del potere è la condizione essenziale per l'esercizio del potere.

Quindi, se il diritto privato è il campo in cui si manifesta la libertà del soggetto, in cui si costruiscono le regole affinché le volontà dei soggetti possano incontrarsi, **il diritto amministrativo è il luogo del conflitto tra libertà individuale e potere pubblico**, il conflitto del bilanciamento degli interessi del singolo individuo e della collettività. Le regole del diritto amministrativo sono quindi le regole per la disciplina e la miglior composizione degli interessi—> *dove cessa la legge della giungla, lì troviamo il diritto amministrativo.*

Il diritto amministrativo nasce con la fine dell'*ancien régime*, con la rivoluzione francese (1789), nel momento in cui si costruisce un soggetto pubblico democraticamente legittimato. Però, anche prima, c'era qualcuno che si preoccupava di garantire la convivenza civile, come il *signore medievale*, che si preoccupava di garantire l'ordine nelle cinta murarie e riscuoteva tributi—> tale ordine coincideva con la propria volontà, ma era rivolto anche alla collettività.

Il diritto amministrativo è quindi il luogo in cui il conflitto tra libertà individuale e potere pubblico trova necessariamente la sua soluzione.

D'altra parte ci sono consueti contatti tra ambito pubblico e privato, che alterano sia la pienezza dell'autonomia privata, sia l'imperatività del potere pubblico.

Il privato può assumere i caratteri del pubblico: nel caso dei limiti e vincoli di diritto pubblico posti al diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo—> il proprietario può godere della proprietà privata nei limiti e nelle forme fissati dalla legge.

Altro esempio è costituito dal campo delle obbligazioni nel quale il contenuto o il modo di formazione del contratto non sempre è totalmente rimesso all'autonomia privata, *come nel caso dei contratti per adesione*, che restano atti negoziali i cui effetti giuridici poggiano sulla volontà delle parti.

Ci sono poi dei contratti in cui ci sono specifiche regole imperative che circoscrivono, fino ad annullare, la libertà dei soggetti privati, *ad esempio nei casi in cui la legge impone di contrattare come nel caso del contratto di assicurazione oppure fissa in modo unilaterale il prezzo ("accordi senza volontà")*.

Il pubblico può assumere i caratteri del privato: la pienezza del potere pubblico è stata circoscritta attraverso principi, regole ed istituti che hanno attribuito al destinatario degli effetti del suo esercizio la possibilità di condizionare (e "contrattare") il contenuto della decisione. La formazione dell'atto unilaterale, produttivo di effetti nella sfera giuridica di terzi (provvedimento) è subordinata allo svolgimento di un procedimento che garantisce la partecipazione e l'informazione del destinatario e nell'ambito del quale le parti (pubblica e privata) possono concludere accordi destinati a integrare il contenuto del provvedimento finale (ovvero a sostituirlo).

Il potere pubblico, inizialmente arbitrario, è stato progressivamente assoggettato al rispetto di regole e forme per il suo esercizio tali da incidere sul contenuto della decisione stessa.

Inizialmente il potere pubblico era un potere arbitrario, esercitato al riparo da qualsiasi condizionamento, *come le decisioni dei servizi segreti*: infatti i poteri pubblici agivano in assenza di un contraddittorio con i soggetti interessati (i terzi) => non essendoci una norma sulle modalità di assunzione della decisione, questa era il frutto di una manifestazione di volontà unilaterale, rimessa totalmente nelle mani del titolare del potere pubblico.

Nel corso del tempo però, l'esercizio del potere è stato assoggettato a forme, principi e regole che ne hanno condizionato l'esercizio, facendolo uscire dall'isolamento in cui si trovava—> la **legge 2259/1865** dettò per la prima volta una disciplina generale dell'espropriazione per pubblico utilità, definendo un procedimento per l'esercizio di questo potere, dando la possibilità ai soggetti interessati di dialogare con l'amministrazione, in modo da garantire un ausilio all'amministrazione e assicurando la miglior decisione da parte della pubblica amministrazione.

Fin dal 1865 quindi, l'esercizio di alcuni poteri imperativi fuoriesce dall'isolamento e viene sottoposto a forme e regole per il loro esercizio.

Successivamente, nel 1948 si prevede anche la disciplina costituzionale dell'amministrazione, all'**art. 97**, che prevede l'**imparzialità della pubblica amministrazione**: una decisione sarà imparziale quando è **l'esito di un bilanciamento ragionevole degli interessi in conflitto**. Per ponderare tutti gli interessi, si deve garantire ai soggetti di poter dialogare con l'amministrazione—> la decisione imparziale quindi non viene presa nel chiuso di una stanza, ma si apre al conflitto, risolvendolo.

Ci saranno comunque dei soggetti che contesteranno l'assetto di interessi deciso davanti al giudice—> risoluzione del conflitto non significa "*pace sociale*", significa la risoluzione di un episodio di vita che può avere degli sviluppi successivi, consistenti nella tutela giurisdizionale.

Per questi motivi, la **legge 241/1990** contiene le regole generali sull'esercizio del potere, preordinate a garantirne un **esercizio in contraddittorio**—> l'imparzialità diventa infatti possibile soltanto nel contraddittorio dei soggetti interessati.

Il potere pubblico, oltre ad avere la capacità di emanare provvedimenti, ha anche capacità di concludere atti privati, come i contratti. Tuttavia, l'amministrazione pubblica, nel momento in cui sceglie la controparte di

un contratto, a differenza del soggetto privato che può essere influenzato dai più disparati motivi, **deve agire in maniera imparziale**.

Tale scelta è garantita da una norma del Codice dei contratti pubblici—> il **d.lgs 50/2016** vuole garantire che l'amministrazione agisca in maniera imparziale nella scelta del proprio contraente: tale caratteristica è necessaria perché la pubblica amministrazione è costituita, oltre che dagli organi e i soggetti, anche dallo Stato (ministeri) e gli enti territoriali (Regioni, province)—> la pubblica amministrazione è l'azienda più grande della Nazione e, per funzionare, ha bisogno di mezzi, beni e servizi.

Il diritto amministrativo non studia solo l'attività dei soggetti, ma si preoccupa anche di disciplinare l'organizzazione amministrativa: esso risponde alle domande Chi fa?: apparato organizzativo / Cosa?: regola o produce / Come?: esercita poteri o si muove come soggetto privato.

L'organizzazione amministrativa ha progressivamente subito contaminazioni: i due poli, quello pubblico e quello privato, si sono contaminati a vicenda anche in relazione alle figure soggettive. Comunque ci sono delle certezze, *come l'INPS, del quale nessuno dubita che sia un soggetto pubblico, il cui Presidente è nominato dal Governo oppure che Fininvest s.p.a. sia un soggetto privato*.

Tra questi due poli ci sono dei soggetti appartenenti sia alla sfera pubblica che a quella privata, la cui natura finisce quindi per essere incerta ed incerta è la disciplina che a questi si applica:

- i. Le società per azioni con personalità di diritto pubblico.
- ii. Ci sono soggetti totalmente privati, *come le fondazioni*, qualificabili come soggetti pubblici unicamente per una parte della loro attività—> *organismi di diritto pubblico*;
- iii. Oppure ci sono soggetti privati che curano interessi diversi da quelli dei loro componenti, *come le ONLUS o le società di mutuo soccorso*;
- iv. Soggetti privati che rivestono una funzione pubblica oppure le S.O.A. (società organismi per attestazioni), società per azioni preposte all'attività di attestazione per la qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici.

Dal punto di vista organizzativo la pubblica amministrazione è quindi diventata un **conglomerato estremamente complesso** per rispondere alla diversità delle finalità acquisite nel corso del tempo.

Nel momento in cui le finalità dello Stato sono aumentate, l'organizzazione amministrativa è diventata sempre più complessa. Essa è complessa non per esigenze di sopravvivenza della burocrazia, ma perché la collettività ha individuato degli interessi qualificabili come pubblici che devono essere necessariamente (doverosità) perseguiti da un soggetto pubblico, preordinato proprio a questo scopo.

Esempio: anni 50', boom economico—> se volevo aprire un'attività produttiva che generava degli scarti di lavorazione, non incontravo grosse limitazioni allo scarico di questi scarti nel fiume perché non c'era percezione dell'interesse pubblico legato alla salvaguardia dell'ambiente. Nel corso del tempo si è capito che l'ambiente non è al servizio dell'uomo, ma deve anch'esso essere salvaguardato. Di conseguenza sono stati creati degli apparati amministrativi che lo tutelano—> nel 1986 si costituisce il ministero dell'ambiente e successivamente anche altre organizzazioni.

L'apparato amministrativo è quindi divenuto sempre più complesso in funzione dello sviluppo di nuovi interessi da perseguire: le modalità di organizzazione di un'attività non sono neutre rispetto alle finalità che si intendono perseguire. La scelta degli interessi da curare non è legata al momento dell'attività, ma si ricollega al momento della scelta organizzativa: se scelgo di costituire un ministero, ho già in mente l'interesse che intendo perseguire; anche nell'attività privata si verifica ciò.

Dobbiamo confrontarci con la **progressiva evoluzione del diritto amministrativo**.

Peperè intende dire che subito dopo il momento organizzativo, dopo avere individuato la "macchina", le si devono attribuire i poteri necessari per la cura di quegli interessi attribuitigli. Infine si conclude regolando

Francesco Peperè, enciclopedico di metà 800' afferma: *“Il diritto amministrativo è la legge di diritto pubblico che si esplica nell’attuazione dei particolari fini dello Stato e genera la pubblica amministrazione. La scienza della pubblica amministrazione è il diritto amministrativo, il quale comincia dal determinare i singoli rami della pubblica amministrazione procede a stabilire le potestà destinate ad applicare ai medesimi le particolari categorie della legge e termina delineando il processo evolutivo di tali potestà. Quei rami sono dedotti dalle varie forme dell’attività sociale”*

l’esercizio del potere. L’amministrazione inoltre ricalca le esigenze che si manifestano nella società e che in qualche modo la società chiede che vengano soddisfatte.

In questo periodo (1870) gli interessi richiesti dalla collettività che poteva votare erano quelli della garanzia della proprietà privata e l’assicurazione del libero mercato—> non era quindi necessaria una “grande macchina amministrativa”. Tali necessità consistevano nel costruire le infrastrutture e garantire i confini nazionali, l’ordine pubblico, un minimo vitale, l’istruzione—> si tratta di un **diritto amministrativo di natura prevalentemente esecutiva**, che contribuisce a razionalizzare il quadro normativo contenuto nella legislazione vigente.

Santi Romano, nel 1901, principale giurista del diritto amministrativo del 900', afferma *“il diritto amministrativo è un ramo del diritto pubblico. Il suo concetto presuppone l’altro, di amministrazione dello Stato, compiuta da questo direttamente o per mezzo di enti pubblici minori”*.

Il diritto amministrativo è il diritto di amministrazione dello Stato.

Mentre l’amministrazione di cui parla Peperè era unitaria, Santi Romano parla di una nuova amministrazione, compiuta o dallo Stato o da enti pubblici minori, i comuni e le province.

In questo periodo infatti, affianco all’amministrazione statale, ne sorge un’altra, costruita sugli enti pubblici, non sui ministeri, che ha compiti diversi.

Man mano che la tutela amministrativa non può più essere compresa nei ministeri, perché tale forma organizzativa non è più idonea al perseguimento di quei fini, si creano nuovi enti, nuovi soggetti, a cui si attribuiscono delle missioni specifiche—> comincia il fenomeno dell’**amministrazione parastatale**.

La funzione amministrativa si differenzia dalle altre funzioni dello Stato—> principio della separazione dei poteri (esecutivo, legislativo, giudiziario). Tale funzione deve essere esercitata nel rispetto del **principio di legalità** (fondamentale per il diritto amministrativo), nel rispetto della norma. La pubblica amministrazione può fare tutto ciò che è previsto della legge e niente che non sia da esso prevista.

La funzione amministrativa consiste in un’**attività concreta**, differenziandola in questo modo dalla legge, che è generale e astratta. Il provvedimento amministrativo è un atto puntuale che decide una vicenda della vita del destinatario dell’atto e dei soggetti terzi eventualmente interessati.

- **Cammeo** (1911-1914): 13 anni dopo Santi Romano, vede lo Stato come **autorità** che impone i propri interessi, l’ordine pubblico, civiltà e benessere sociale (wellfare)—> lo Stato non si preoccupa più solo dell’ordine pubblico, ma anche di altre funzioni; lo Stato in questo periodo diventa **interventista** e cerca di redistribuire la ricchezza; anche le classi sociali più basse possono votare, non solo i ricchi e quindi si espandono le necessità della comunità. C’è una relazione tra cittadini e Stato; non c’è più lo Stato che si impone. Il diritto amministrativo non è soltanto la disciplina del potere (autorità), ma è un diritto amministrativo che si occupa dei rapporti tra cittadino e Stato, che cerca di organizzare tale rapporto—> ci sono regole che definiscono il potere pubblico e la posizione del soggetto privato nei confronti del potere pubblico; egli non è più suddito, cittadino, titolare di diritti e obblighi.

- **Forti** (1931): c'è distinzione tra l'organizzazione e l'attività—> emerge il duplice aspetto del diritto amministrativo che presiede all'organizzazione amministrativa e regola l'attività dei soggetti che ha regolato in un momento anteriore. Si ribadisce la concretezza dell'attività, volta al conseguimento dei fini dello Stato. Restringimento dell'area di intervento del diritto amministrativo, ristretta al raggiungimento dei soli fini dello Stato—> siamo in epoca fascista.
- **Zanobini** (1950): allievo di Santi Romano, nella prima parte riprende le definizioni precedenti, di Santi Romano in particolare. È stata pubblicata la Carta costituzionale, c'è un nuovo assetto costituzionale. La seconda parte è una novità: in parte viene riaffermato il principio di legalità, ma si dà anche un contenuto alle norme della pubblica amministrazione. Egli afferma che il principio di legalità non solo regola l'attività amministrativa, ma è anche destinata a dare un contenuto, un indirizzo: essa serve ad individuare i fini e gli scopi dell'attività amministrativa, che è etero-diretta dalla legge. Le leggi amministrative non regolano solo il rapporto e le situazioni reciproche, ma definiscono anche i fini dell'attività amministrativa, che non possono essere definiti dall'amministrazione stessa. Tali fini assumono rilevanza esterna nel senso che entrano nel gioco più ampio, rappresentato dalla tutela giurisdizionale. Se l'amministrazione persegue un fine diverso da quello previsto dalla norma, si verifica un **eccesso di potere**, si configura un vizio di legittimità, c'è una violazione della norma che ne definisce il fine. In questo modo la legge dirige l'attività dell'amministrazione perché ne individua i fini e gli scopi da perseguire, e individua gli strumenti necessari affinché quei fini possano essere curati e perseguiti.

L'art. 97 Cost., oltre a ribadire i limiti di legittimità in capo alla pubblica amministrazione, introduce anche una funzione di comando e di direzione, imponendo alla pubblica amministrazione di dovere agire in modo imparziale, effettuando cioè un ragionevole bilanciamento degli interessi in conflitto. Si impone agli agenti delle pubbliche amministrazioni di non compiere, nel svolgimento delle loro funzioni, discriminazioni abituate non sorrette da valutazioni ponderate e razionali. L'imparzialità è considerata come la più significativa espressione del principio di eguaglianza (art. 3).

- **Miele** (1953): ribadisce quanto era stato precedentemente detto. Nell'art. 5 Cost. compaiono al fianco dello Stato le autonomie locali, specificate successivamente nel Titolo V. Le Regioni e i comuni non sono più enti pubblici minori, ma sono soggetti autonomi rispetto allo Stato. Essi danno vita a nuove forme di amministrazione pubblica—> però in questa definizione c'è l'idea di un'amministrazione centralizzata.
- **Giannini** (1970): allievo di Zanobini, effettua una ricapitolazione dell'evoluzione del diritto amministrativo nel corso del tempo, facendo riferimento alla nuova figura di Stato, contrapposta ai titoli nobiliari. Riprende il concetto di “albero” di Pepere, ma coincide gli interessi del diritto amministrativo con i principi costituzionali (non solo quelli che emergono dall'attività sociale).

Si fa un paragone storico tra lo Stato assoluto e lo Stato di diritto.

Egli scrive un testo che si chiama “**Il diritto amministrativo**”, gli altri invece scrivono corsi, principi, hanno pretese minori.

Per la prima volta c'è riferimento ai principi costituzionali, che coincidono con i principi generali del diritto amministrativo—> la Costituzione diventa la norma che fonda il diritto amministrativo; a partire dal 1970 tutti gli studi del diritto amministrativo si aprono al diritto costituzionale, all'affermazione del principio di legalità, imparzialità buon andamento, tutela giurisdizionale e responsabilità.

L'origine del diritto amministrativo (italiano) risiede nelle esperienze giuridiche francese, austriaca e inglese. Con il diritto amministrativo assistiamo alla personificazione dello Stato, che diventa una **persona giuridica**.

Non c'è più una persona fisica (il re) che ripete il proprio potere dal sovrannaturale, ma lo Stato → l'atto del principe diventa il provvedimento amministrativo, che ha lo stesso potere, ma non ha una legittimazione divina, bensì una legittimazione che proviene dalla legge: si tratta di un potere regolato; questa è la novità del provvedimento amministrativo.

Imperatività e autotutela sono le conseguenze della subordinazione del provvedimento alla legge.

Non c'è un'unitarietà di vedute sull'origine storica del diritto amministrativo: è certo che il diritto amministrativo che si genera all'indomani della rivoluzione francese è una creazione della classe borghese al potere; esso nasce come strumento di tutela con un **duplice scopo**:

- a. superare e porre rimedio agli abusi del sovrano, regolando tale potere
- b. abolire i particolarismi delle classi sociali alte, in particolare le pressioni sulle classi subalterne;

L'origine del diritto amministrativo è quindi da ricollegare alla nascita di un nuovo soggetto pubblico, lo **Stato** → il diritto amministrativo racchiude innanzitutto la disciplina che riguarda questo soggetto e disciplina l'esercizio del potere e i rapporti che l'esercizio del potere determina con i cittadini. All'interno dello Stato si istituisce un nuovo apparato, un nuovo insieme di uffici, la **pubblica amministrazione**, che nasce come apparato di servizio del Governo, ordinando la funzione esecutiva.

La relazione tra Stato e cittadini è costruita sull'esercizio del potere: in essa si fronteggiano delle parti che non sono poste in posizione di parità, l'amministrazione pubblica (Stato) e il cittadino (soggetto privato), naturalmente in conflitto tra di loro → infatti i loro interessi sono divergenti, uno mira all'interesse privato, l'altro a quello pubblico. Tale conflitto trova la sua espressione nella necessaria attribuzione al soggetto pubblico di un potere in grado di imporsi sulla volontà altrui.

Il potere del datore di lavoro è molto simile a quello della pubblica amministrazione in quanto egli esercita un potere sui lavoratori, imponendo la propria volontà: però, il potere pubblico, nel corso del tempo, diventa un *potere partecipato*, il suo esercizio diventa una corretta ponderazione degli interessi in conflitto, invece quello del datore di lavoro resta un potere fondamentalmente unilaterale, nonostante le recenti legislazioni.

Se il diritto civile è il diritto per eguali, il diritto amministrativo è il diritto in cui si fronteggiano parti diseguali: la storia recente del diritto amministrativo dimostra come, attraverso lo svolgimento dei principi costituzionali, questa storia sia una storia di progressiva democratizzazione del potere pubblico. La Costituzione del 1948 ha fissato 3 elementi che sono alla base di questo processo:

1. **affermazione dei principi fondamentali e riconoscimento della garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo** → questi presuppongono che ogni potere debba essere regolato;
2. **affermazione del principio di legalità**, che regola l'organizzazione dell'attività amministrativa. I pubblici poteri sono organizzati secondo disposizione di legge. Non si dà il diritto amministrativo al di là di questi principi; laddove questi principi sono sovvertiti, il diritto amministrativo scompare;
3. **giustiziabilità** degli atti della pubblica amministrazione, ossia la possibilità di potere agire di fronte ad un soggetto terzo, a tutela dei propri diritti ed interessi → sia far valere la nullità dell'atto, sia far valere la responsabilità;

A questi, si aggiungono poi le novità legislative che a partire dal 1990 hanno comportato un progressivo superamento della tradizionale visione dell'amministrazione pubblica a favore di un modello che riconosce al cittadino una serie di diritti in grado di rimuovere la sua originaria posizione di mera soggezione.

La normativa di diritto amministrativo ha travalicato il passaggio di fase dallo Stato fascista a quello repubblicano: le leggi del diritto amministrativo di epoca fascista hanno trovato attuazione anche in età repubblicana.

Il fatto che Giannini li afferma solo nel 1970 ci testimonia che il diritto amministrativo ha trovato attuazione solo negli anni '90', soprattutto sotto il profilo della ridefinizione della superiorità dell'impero dell'amministrazione: prima il diritto amministrativo si preoccupava solo di consentire all'amministrazione

di svolgere i compiti necessari alla cura degli interessi pubblici, si trattava di una disciplina preordinata a definire e presidiare l'autoritarie e l'imperio dell'amministrazione.

Il diritto amministrativo, adesso, appare caratterizzato da una duplice finalit : oltre a quella vista precedentemente, esso deve anche assicurare al cittadino un insieme di facolt  in grado di dialogare con il potere, nonch  la pienezza della tutela contro le illegittime ingerenze dell'amministrazione.

Alla prima preoccupazione, se ne lega un'altra, di garantire agli interessi in conflitto una corretta rappresentazione, ai fini del miglior esercizio condiviso del potere.

Oltre a stabilire la superiorit  dell'amministrazione, il diritto amministrativo si preoccupa anche di circoscriverla, ponendo alla stessa attivit  unilaterale delle limitazioni che l'autonomia dei privati non conosce e attribuendo ai soggetti privati facolt  sconosciute nel diritto privato (partecipazione procedimentale, diritto di accesso).

Amministrare deriva da *ad + ministrare*, inteso nel significato di prestare un servizio.

Il concetto di "amministrare" pu  avere vari significati: innanzitutto indica la **prestazione di un servizio a favore di una comunit **.

Infatti, il fenomeno amministrativo, riguarda qualsiasi comunit  che si organizza; qualsiasi comunit  che si vuole definire tale deve organizzarsi, deve cio  innanzitutto provvedere a darsi un'amministrazione.

Quando la comunit  da organizzare, e conseguentemente da amministrare, coincide con una collettivit  insediata su un determinato territorio, e quindi si tratta di organizzare la convivenza civile, il legame tra comunit  e territorio, richiede un collegamento con le istituzioni democratiche, con il principio democratico: tale relazione trova la propria sintesi nel principio di legalit , e quindi nella **subordinazione dell'attivit  amministrativa alla legge**—> quando l'amministrazione si qualifica come pubblica, significa la presa in carico di quegli interessi, qualificati come pubblici, dall'organizzazione sociale di riferimento. La pubblicit  di questi interessi, non   oggettiva, ma   l'esito di una selezione compiuta dalle istituzioni politico-democratiche.

Amministrazione pubblica   quindi sintesi verbale del prendersi cura, in modo concreto, di interessi, di quegli interessi dell'organizzazione sociale che il pubblico potere, le istituzioni politiche democratiche, hanno qualificato come pubblici.

L'amministrazione pubblica quindi provvede a far fronte ai problemi della convivenza sociale e il concetto di funzione amministrativa individua un'attivit  svolta doverosamente da alcuni soggetti a ci  espressamente deputati, per la cura di interessi della collettivit  generale (Stato) o di collettivit  particolari (gli enti locali).

La cura degli interessi dell'organizzazione sociale, e quindi la necessit  di far fronte ai problemi che pone la convivenza civile, si lega direttamente al concetto di funzione amministrativa.

Con **funzione amministrativa** intendiamo un'attivit  svolta doverosamente da parte di alcuni soggetti per la cura degli interessi di una collettivit  geograficamente variabile (statale, regionale, provinciale).

Alla funzione amministrativa   connaturata la potest  pubblica: non sempre infatti l'attivit  amministrativa trova il consenso dei soggetti nei confronti dei quali   destinata produrre i suoi effetti giuridici—> se manca questo consenso, l'esercizio del potere (pubblico) diventa inevitabile per risolvere i conflitti ed i problemi della convivenza civile. D'altra parte, se una parte di soggetti ha interessi in conflitto con quelli di altre parti, la cura dell'interesse pubblico diventerebbe impossibile se non fosse attribuito ad un soggetto la possibilit  di decidere: per questa ragione   necessario attribuire ad un soggetto (pubblico) un potere (unilaterale) in grado di garantire la cura dell'interesse pubblico.

Ecco perch  l'esercizio della funzione amministrativa da parte dei soggetti detentori dei poteri di governo presuppone il ricorso a norme in qualche misura derogatorie rispetto al diritto comune: norme sull'attribuzione di potere esorbitante (**norme di azione**) e norme sull'esercizio del potere (**norme di**

relazione).

Allo stesso tempo si pone il problema di dell'esercizio dell'autorità quale problema del diritto amministrativo: individuare una disciplina giuridica, ossia determinati principi, strumenti e regole giuridiche, sull'attribuzione del potere e sull'esercizio (ove necessario) dell'autorità.

L'amministrazione è chiamata a svolgere molteplici attività, come il rilascio della carta d'identità o lo smaltimento dei rifiuti urbani. Il tentativo di ordinare le molteplici attività dell'amministrazione ha portato ad individuare 2 ambiti:

- Uno relativo alla produzione di attività verso l'esterno—> in quest'ambito collochiamo due diverse tipologie di attività, che riassumono l'insieme delle attività svolte dall'amministrazione nei confronti della comunità.

L'attività di regolazione è costituita da un insieme di compiti mediante i quali la pubblica amministrazione disciplina la vita sociale. Quando regola, l'amministrazione compie un'attività di disciplina delle relazioni sociali. Si tratta dell'attività in cui si esprime maggiormente quel conflitto che esiste tra la parte (cittadino) e il tutto (società), quindi tra il potere di un soggetto pubblico e le libertà del soggetto privato.

Quest'attività è quella che tradizionalmente l'amministrazione ha svolto da sempre, all'amministrazione la collettività ha sempre attribuito questa funzione.

Nell'ambito dell'attività di regolazione possiamo ricondurre la parte del diritto amministrativo che affronta il tema del **provvedimento amministrativo**, che può assumere forme diverse, *come i regolamenti le sanzioni e i provvedimenti ablatori*;

L'attività di prestazione cui sono riconducibili i compiti o l'attività di produzione che consiste in un'attività preordinata alla soddisfazione dei bisogni del cittadino, quelle attività attraverso le quali l'amministrazione opera per rimuovere gli ostacoli economico-sociali che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3 co. 2 Cost.). Con questa attività l'amministrazione produce dei servizi preordinati a soddisfare i bisogni evidenziati dalla comunità.

Nell'ambito dell'attività di prestazione emerge la funzione di **pubblico servizio**, che si differenzia in funzione dell'ambito di attività cui attiene: ci sono bisogni sociali (servizi sociali) o bisogni economici (servizi economici)—> dobbiamo distinguerli perché questi hanno una diversa disciplina in ambito europeo.

- Due relativi alla produzione di attività all'interno—> ci sono attività strumentali e di ausilio alla produzione delle attività esterne, delle vere e proprie funzioni amministrative.

Per svolgere qualsiasi attività l'amministrazione ha bisogno di personale, mezzi (beni e servizi) e risorse finanziarie (attività strumentali).

L'acquisizione di personale, in base al d.lgs 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) deve avvenire mediante **pubblico concorso**; l'acquisizione di beni e servizi deve avvenire in base ai principi di **imparzialità** e **buon andamento**, cui è sottoposta la disciplina dei contratti pubblici.

La dotazione di risorse finanziarie è oggetto della disciplina della contabilità pubblica, e deve essere **trasparente e imparziale**—> che l'attività sia di regolazione o di prestazione, inizialmente, è indifferente.

Ci sono attività di ausilio, che hanno a che fare con il prodotto finale solo in via mediata, ma costituiscono comunque un ausilio alla produzione. Esse non si collocano nel momento produttivo, ma in un momento che precede o che segue la produzione. Quella che precede la produzione è destinata a fornire all'amministrazione le conoscenze necessarie per agire nel migliore modo possibile—> si tratta dell'**attività consultiva**. Il principale soggetto della consulenza è il Consiglio di Stato, interno all'amministrazione. L'attività di consulenza può anche essere richiesta a soggetti diversi, come gli enti di ricerca dell'Università.

La fase che segue la produzione è il controllo: inizialmente si tratta di un *controllo meramente formale*, sulla corrispondenza dell'atto sul parametro legislativo (atto rispetta legge? sì, allora il controllo si conclude in modo positivo).

Inizialmente si pensava che, superato questo controllo, l'atto fosse efficace. Poi ci si è resi conto che era necessario introdurre ulteriori strumenti di controlli (parametri)→ alla prima forma di controllo, se ne sono aggiunte altre, sulla modalità di svolgimento dell'attività, e non soltanto sull'esito. Si passa da dei controlli di mera legittimità a dei **controlli sulla (o della) gestione**, che verificano il prodotto.

All'attribuzione alla pubblica amministrazione di una funzione pubblica, quindi del soddisfare i bisogni di una determinata comunità, è connaturata l'attribuzione di una **potestà pubblica**→ questo è necessario perché il conseguimento di quei fini non è sempre condiviso da tutti. L'attività amministrativa non sopprime il conflitto, ma cerca di regolarlo: per farlo ha bisogno di disporre di un potere.

L'**art. 1 co. 1-bis legge 241/1990** stabilisce che la pubblica amministrazione agisce secondo le norme di diritto privato (principio). Il principio posto dal legislatore nel 1990 è quello secondo cui, in via di principio, la pubblica amministrazione opera con le norme di diritto privato. Se questo consenso manca, allora all'amministrazione è attribuito un potere unilaterale e imperativo in grado di garantire la cura dell'interesse pubblico. Si ricorre quindi ad una disciplina di diritto amministrativo che deroga a quella di diritto civile→ si tratta di un insieme di norme destinate ad attribuire il potere e regolarne l'esercizio.

L'articolo sopracitato codifica l'idea in base alla quale il diritto delle pubbliche amministrazioni non è sempre e comunque diritto amministrativo→ gli atti compiuti da una pubblica amministrazione non sono sempre necessariamente atti amministrativi, anzi, alla luce di quella disposizione vale il principio opposto: l'attività della pubblica amministrazione è retta innanzitutto dalle norme di diritto privato.

Questo principio conosce però due eccezioni:

1. Ipotesi in cui l'amministrazione adotta atti che hanno una specifica **natura autoritaria**, come *l'espropriazione per pubblica utilità*. Attraverso tali atti, l'ordinamento prevede che l'amministrazione possa esercitare i **poteri esorbitanti**, in forza dei quali vengono adottate decisioni limitative della sfera giuridica dei privati, ex art. 21-bis, legge 241/1990.
2. Casi in cui singole disposizioni di **legge** "dispongono diversamente", ossia stabiliscono che l'amministrazione deve agire in modo diverso dal soggetto privato, nonostante l'assenza di carattere autoritario→ in questi casi, la legge non qualifica un'attività come autoritativa, ma prevede comunque che l'amministrazione debba esercitare una disciplina diversa dal diritto privato. *Ad esempio la messa a disposizione di un bene pubblico potrebbe essere realizzata da un contratto di locazione, ma, in alcuni casi, la legge obbliga l'amministrazione ad utilizzare lo strumento della concessione, con un atto sottratto all'applicazione del diritto comune.*

Il co. 1-bis stabilisce dei principi che vincolano l'amministrazione anche nel caso in cui agisca secondo modalità di diritto privato.

Nel momento in cui l'amministrazione agisce utilizzando le norme di diritto privato non significa che in questo caso essa svolge un'attività privata, indistinguibile da quella di un qualsiasi altro soggetto che persegue interessi liberamente scelti→ l'attività in questione resta comunque soggetta ai principi e alle regole sullo svolgimento dell'attività amministrativa ==> infatti il co. 1-ter obbliga "i soggetti privati preposti allo svolgimento di attività amministrative al rispetto dei criteri e dei principi di cui al co. 1-bis". Quindi, se al rispetto dei principi sono tenuti i soggetti privati, tanto più lo sarà il soggetto pubblico che agisce con diritto privato.

Sia che agisca come potere pubblico, sia che agisca con diritto privato, la pubblica amministrazione deve comunque sottostare al **principio di legalità** nell'esercizio della funzione amministrativa.

Non esiste una norma dell'ordinamento che individua in maniera specifica e puntuale la pubblica amministrazione—> le amministrazioni pubbliche sono definibili come organizzazioni in genere dotate di personalità giuridica, disciplinate dal diritto pubblico, dunque sottoposte ad un regime differenziato rispetto alle organizzazioni giuridiche previste dal codice civile.

Ci sono però norme che ci aiutano a definire le pubbliche amministrazioni:

- **Art. 1 co. 2 d.lgs 20 marzo 2001 n. 165**—> individua alcune categorie di amministrazioni pubbliche che, tuttavia, non rappresentano la totalità dell'insieme. Questo articolo comprende nella pubblica amministrazione alcuni soggetti, come tutti le amministrazioni dello Stato, le Regioni, le province, i comuni, le Camere di commercio.
- Inoltre, ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica e della redazione del conto economico consolidato, la legge 196/2009 di riforma della contabilità pubblica, ha affidato all'ISTAT il compito di aggiornare annualmente un **elenco delle pubbliche amministrazioni** che concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica definiti in ambito nazionale in coerenza con le procedure e i criteri stabiliti dall'Unione europea e ne condividono le conseguenti responsabilità. Tale elenco, compilato sulla base di norme classificatorie e definitorie del sistema statistico nazionale e comunitario, ci offre un quadro più dettagliato e verifica il rispetto delle regole in materia di finanza pubblica da parte dei soggetti che costituiscono la pubblica amministrazione (ultimo elenco compilato nella G.U del 2017). Tale elenco evidenzia la complessità della pubblica amministrazione perché effettua una distinzione tra:
 - **Amministrazioni centrali**, in cui troviamo una molteplicità di soggetti che vanno dall'apparato amministrativo degli organi costituzionali e a rilevanza costituzionale, fino agli enti di prevenzione. Vi sono ricompresi, oltre a tutti i ministeri, le agenzie fiscali, gli enti di regolazione dell'attività economica, gli enti produttori di servizi economici, le autorità amministrative indipendenti, gli enti a struttura associativa, gli enti e le istituzioni di ricerca e le Università—> tutti questi sono nominati in maniera specifica.
 - **Amministrazioni locali**, in cui c'è un quadro più complesso, perché ci sono le Regioni, i Comuni, le Province autonome, le Città metropolitane, le unioni di comuni, le autorità portuali, le aziende sanitarie locali, le aziende ospedaliere.

Individuare i soggetti che compongono la pubblica amministrazione è molto complesso perché significa individuare quei soggetti che sono tenuti ad applicare il diritto amministrativo, evidenziandone il rispettivo ambito di applicazione.

La formazione storica del diritto amministrativo

L'origine del diritto amministrativo come corpo di regole e principi di diritto pubblico, come disciplina giuridica tipica delle attività di amministrazione (funzione amministrativa), nonché dell'organizzazione dei soggetti ad essa deputati, è avvenuta attraverso un processo storico complesso, che caratterizza la vicenda della costituzione degli Stati moderni.

Questo processo storico ha condotto alla formazione di un sistema di norme che:

- a. sono cogenti ed inderogabili per i soggetti tenuti ad applicarle
- b. escludono la disponibilità dei fini da esse previsti da parte del soggetto agente: il fine è posto nell'interesse della collettività e deve necessariamente essere perseguito attraverso l'azione concreta dei soggetti competenti
- c. definiscono gli effetti dell'attività posta in essere, attività che dà luogo a provvedimenti che hanno la capacità di produrre effetti giuridici nella sfera giuridica del destinatario a prescindere dalla volontà di quest'ultimo (imperatività);
- d. la loro violazione produce invalidità dei relativi atti giuridici, sindacabile dal giudice amministrativo cui è attribuita la giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche nei diritti soggettivi (art. 113 Cost.).