

Capitolo Primo

Il diritto amministrativo tra diritto interno e diritto dell'Unione europea

1. LA NOZIONE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

A) Profili generali

Il diritto amministrativo è quella particolare branca del diritto pubblico che viene, usualmente, individuato dalla dottrina nella *disciplina giuridica della pubblica amministrazione*: in particolare, quella più tradizionale lo definisce come «**quel corpo autonomo di norme che regolano l'organizzazione della pubblica amministrazione nonché l'azione da essa svolta con l'efficacia e il valore formale degli atti amministrativi e i rapporti nei quali essa interviene nella veste di autorità amministrativa**» (SANDULLI).

Quanto all'*organizzazione*, il diritto amministrativo detta le disposizioni per la creazione e per la strutturazione delle amministrazioni come pubblico potere; con riferimento all'*attività*, esso disciplina gli atti ed i rapporti delle pubbliche amministrazioni, caratterizzati dalla posizione non paritaria dell'amministrazione procedente nei confronti dei soggetti destinatari della sua azione (MALINCONICO).

Fattore determinante per una esatta comprensione di ciò che costituisce il diritto amministrativo è dato dall'**incidenza sull'ordinamento nazionale del diritto dell'Unione europea** che, nel corso del tempo, ha consentito al primo di evolversi acquisendo nozioni e principi, tipici del secondo, che hanno profondamente innovato questa particolare branca del diritto sotto due punti di vista: da un lato, è stato **modificato il concetto stesso di pubblica amministrazione**, fino a ricomprendersi soggetti estranei al nostro ordinamento (come gli organismi di diritto pubblico, sui quali si v. *infra*, Cap. 4, Sezione Prima, par. 7), e dall'altro lato è lo stesso diritto amministrativo, nella sua totalità, che è stato investito di tali e tante innovazioni che derivano la loro legittimità dalle modificazioni che tale diritto sovranazionale apporta a quello proprio degli Stati membri.

L'esatta comprensione di ciò che costituisce l'oggetto del diritto amministrativo richiede, quindi, alcune preliminari specificazioni: innanzitutto, in relazione all'**interesse** perseguito e, in secondo luogo, con riferimento ai soggetti tenuti a svolgere attività di *amministrazione pubblica*.

B) L'attività di amministrazione pubblica e l'interesse pubblico da perseguire

Il fenomeno dell'«amministrare» indica, in generale, la *realizzazione di interessi*, perseguibili da qualsiasi soggetto giuridico, indipendentemente dalla sua natura pubblica o privata. Non si tratta, dunque, di una nozione giuridica (CASSETTA).

Quando l'attività è svolta da soggetti privati, per conto proprio o per conto altrui (si pensi ad un amministratore di condominio), questi decidono liberamente, nei limiti di ciò che è considerato lecito dall'ordinamento giuridico, l'interesse che intendono perseguire in ossequio al principio dell'autonomia privata. La disciplina di tale attività è, quindi, rinvenibile nel diritto privato.

Invece, quando l'attività è posta in essere da un soggetto pubblico, questi non agisce per la realizzazione di un interesse proprio, ma sempre per il perseguimento di un interesse diverso (altrui).

In particolare, a differenza dell'amministrare privato, l'attività di *amministrazione pubblica* è caratterizzata dal perseguimento di un interesse riconducibile, non a persone determinate, ma, all'intera collettività: il cd. **interesse pubblico**. L'individuazione dell'interesse da perseguire, inoltre, non è rimesso alla discrezionalità del soggetto pubblico agente, ma è direttamente individuato dal legislatore.

E proprio tali peculiarità consentono di considerare l'attività di amministrazione pubblica, o **attività amministrativa**, come **attività vincolata nel fine** da perseguire e **di cura concreta degli interessi pubblici** (cd. *funzione amministrativa*, sulla quale v. *infra* Cap. 6, par. 1).

Come è stato osservato in dottrina, «l'esercizio concreto dell'attività amministrativa ha come momento a monte la rete delle norme giuridiche che guidano l'azione, come momento a valle la possibilità del sindacato giurisdizionale, a tutela degli interessi sacrificati: *normazione, amministrazione e giurisdizione* sono, in questo senso, tre momenti di una sequenza collegata, i quali nel loro insieme formano l'oggetto del diritto amministrativo» (FALCON).

C) La pubblica amministrazione: una nozione dai profili indefiniti

Quanto ai soggetti che sono tenuti allo svolgimento dell'attività di amministrazione pubblica, è stato osservato che questa «è svolta da diverse persone giuridiche, organi ed apparati ai quali è affidato il compito di curare i diversi interessi pubblici: ed a tali persone giuridiche, organi ed apparati diamo il nome di *pubbliche amministrazioni*» (FALCON).

Anche in tal caso, è bene precisare, però, che **nessun soggetto può auto-definirsi come pubblica amministrazione**, essendo questa potestà definitiva riservata esclusivamente al legislatore.

La circostanza che il legislatore abbia fornito alcune definizioni di P.A. circoscritte a singoli settori del diritto (come in materia di pubblico impiego o di appalti pubblici) e che non sia invece riscontrabile nel nostro ordinamento una generica definizione di pubblica amministrazione spiega il fatto che **si tratta di un concetto complesso e dai contorni non specificamente definiti**.

A ciò si aggiunga che, in virtù del processo di integrazione con l'ordinamento europeo, tale nozione travalica i confini dell'ordinamento nazionale per acquisire connotazioni e peculiarità frutto dell'evoluzione propria del diritto europeo.

Ed invero, il concetto giuridico di pubblica amministrazione accolto nel nostro ordinamento si presenta come un **concetto dinamico**, quale risultante delle evoluzioni, storico – giuridiche,

proprie dell'ordinamento nazionale e condizionato dalle influenze europee derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea.

Premesso, quindi, che non si può più discutere di diritto amministrativo circoscrivendolo al solo diritto nazionale, come si vedrà nel successivo paragrafo, è possibile distinguere due nozioni di pubblica amministrazione, quella nazionale e quella di matrice europea: tutti i soggetti riconducibili alle dette nozioni, seppur su piani diversi, interagiscono tra loro per la realizzazione delle finalità pubblicistiche stabilite dal legislatore, sia europeo che nazionale.

2. IL DIRITTO AMMINISTRATIVO COME DIRITTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

A) La nozione italiana di P.A.

La mancanza — sia a livello costituzionale che legislativo — di una generica definizione di P.A., ha comportato l'elaborazione di alcune teorie che hanno cercato di mettere a fuoco i tratti caratterizzanti dei soggetti riconducibili a tale nozione.

Le due principali teorie sulla nozione di pubblica amministrazione, quella soggettiva e quella oggettiva, pur presentando, ciascuna, specifiche peculiarità, non possono essere intese in termini di mera contrapposizione, dovendosi, invece, al fine di avere una visione unitaria della P.A., evidenziare la *complementarietà* delle stesse.

Da un lato, infatti, ciò che rileva ai fini del diritto è l'**amministrazione-attività**, ossia l'attività amministrativa regolata da norme giuridiche e svolta per la soddisfazione di interessi pubblici, che realizza il concetto di **amministrazione in senso oggettivo** (CASSETTA); accanto a questa, e a completamento di questa, si deve porre attenzione all'aspetto dell'**organizzazione amministrativa**, che configura l'**amministrazione in senso soggettivo**: i sostenitori di tale concezione fanno, cioè, coincidere l'attività amministrativa pubblica con la natura del soggetto, per cui la P.A. è data dalle persone giuridiche pubbliche e dagli organi che hanno competenza alla cura degli interessi propri dei soggetti pubblici.

Come osservato dalla dottrina più moderna, le nozioni di pubblica amministrazione, in senso soggettivo ed oggettivo, «sono peraltro intimamente connesse, in quanto non è possibile tracciare un quadro sicuro delle attività propriamente amministrative senza definire i soggetti deputati a svolgere attività amministrativa e viceversa» (BELLOMO).

B) La nozione europea di P.A.

Con l'espressione **amministrazione europea** si intende **l'insieme degli organismi e delle istituzioni dell'Unione europea cui è affidato il compito di svolgere attività sostanzialmente amministrativa e di emanare atti amministrativi** (CASSETTA).

Invero, con lo sviluppo del processo di integrazione europea, il tradizionale sistema dualistico di amministrazioni — europea e nazionale — è venuto

attenuandosi, lasciando sempre più spazio alla formazione di un'amministrazione europea integrata, intesa come un sistema complesso di amministrazioni — europee, nazionali ed a composizione mista — che concorrono a costituire quella che è stata definita come «**amministrazione comune dell'ordinamento europeo**» (CHITI).

La difficoltà di individuare una pubblica amministrazione europea è legata alla mancanza nell'ordinamento dell'Unione di una chiara ripartizione delle funzioni tra le istituzioni. Ad oggi, può affermarsi che, sostanzialmente, l'esecutivo viene individuato nella Commissione europea, la quale agisce con l'ausilio di altri organismi (Agenzie esecutive; Comitati e Agenzie europee).

3. I CARATTERI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE

Il diritto amministrativo presenta i seguenti caratteri:

- a) è *diritto pubblico interno*: in quanto deriva dalla volontà dello Stato e regola rapporti in cui uno dei soggetti è necessariamente lo Stato stesso o un ente pubblico (la P.A.), nell'esercizio di potestà amministrative;
- b) è un *diritto autonomo*: in quanto si giova di propri principi e proprie regole, diversi da quelli delle altre branche del diritto;
- c) è un *diritto comune*: in quanto si rivolge genericamente a *tutti* i soggetti che fanno parte dell'ordinamento;
- d) è un *diritto ad oggetto variabile*: in quanto la P.A. in ogni epoca storica persegue fini differenti, inglobando o escludendo alcuni settori della propria gestione.

La circostanza che si tratta di un diritto ad oggetto variabile spiega il ruolo determinante della **giurisprudenza amministrativa** nella corretta applicazione dei principi che governano la materia, affinché sia possibile verificare l'effettivo e corretto perseguimento dell'interesse pubblico individuato dal legislatore.

4. IL DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO

A) Profili generali

Con l'espressione diritto amministrativo europeo si vuole intendere quel fenomeno per cui, prendendo le mosse dal processo di integrazione giuridica fra i due ordinamenti — quello nazionale e quello europeo —, viene a determinarsi il distacco del diritto amministrativo dalla *referenza statutale* acclarando, in tal modo, la innegabile tendenza verso la **uropeizzazione del diritto amministrativo**.

In particolare, costituisce il diritto amministrativo europeo **quel complesso di norme di matrice europeistica** (soprattutto direttive e regolamenti) **che incide, modificandola, sulla disciplina dell'attività amministrativa**.

Come osservato da accreditata dottrina (CASSETTA) è, però, necessario fare un distinguo in relazione all'applicazione della normativa europea. Se con l'espressione diritto amministrativo comunitario (oggi europeo) si intende il complesso di regole comuni ai vari diritti amministrativi degli Stati membri, prodotte da fonti comunitarie prevalenti sul diritto interno, esso esprime il fenomeno dell'**integrazione tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale**, con prevalenza del primo sul secondo (sui rapporti tra i due ordinamenti, si veda l'**ordinanza n. 103/2008** con la quale la **Corte costituzionale** ha ribadito che l'ordinamento comunitario è un *ordinamento giuridico autonomo integrato e coordinato con quello interno* e che, ratificando i Trattati

comunitari, l'Italia è entrata a far parte dell'ordinamento comunitario ed ha contestualmente trasferito, in base all'art. 11 Cost., l'esercizio di poteri anche normativi (statali, regionali o delle Province autonome) nei settori definiti dai Trattati medesimi); nell'ipotesi, invece, in cui il diritto amministrativo dell'UE sia mediato dal diritto interno di recepimento, allora quest'ultimo costituisce **parametro di legittimità dell'attività amministrativa**, anche se simile a quello di altri Stati, in quanto attuativo della stessa disciplina: si tratta, dunque, di diritto amministrativo interno.

Sull'argomento, una precisazione è quanto mai necessaria, in relazione al fatto che la fonte principale del diritto dell'Unione europea è rappresentata dalle disposizioni contenute nei Trattati, così come nel tempo modificati.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht nel 1992 si era ingenerata una situazione di *possibile confusione* dovuta alla presenza, nell'ordinamento comunitario, di due soggetti, la Comunità europea e l'Unione europea, e di due Trattati fondamentali: quello istitutivo della Comunità (TCE), risalente al 1957, e quello istitutivo dell'Unione, (TUE), appunto, del 1992.

Conseguenza di tale situazione era anche l'utilizzo, in modo indistinto, delle locuzioni **diritto comunitario** e **diritto europeo**.

Da ultimo, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, la confusione tra la denominazione di **Unione europea (UE)** e quella di **Comunità europea (CE)** è cessata. I Trattati oggi in vigore sono due ed hanno lo stesso valore giuridico: il **TUE, Trattato sull'Unione europea**, ed il **TFUE, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea**, che ha sostituito, il (vecchio) TCE; il soggetto giuridico di riferimento è uno solo: l'**Unione europea**. In sostanza, la vecchia Comunità europea è assorbita dall'Unione europea ed il termine Comunità è sostituito con quello di Unione.

Conseguentemente, oggi è corretto parlare solo di **diritto europeo** o **diritto dell'Unione europea**.

B) L'incidenza del diritto amministrativo europeo sul diritto amministrativo nazionale

Secondo autorevole dottrina (CASSESE), il diritto amministrativo europeo influenza il diritto amministrativo nazionale sotto molteplici aspetti.

Ad esempio: da un lato, il diritto amministrativo dell'Unione stabilisce i principi ai quali l'ordinamento statale deve attenersi (ad es: «chi inquina paga») e detta i modelli procedurali che i diritti amministrativi nazionali devono osservare (ad es.: la necessità di gare aperte o ristrette per la scelta dei contraenti affinché non vi siano discriminazioni a danno di soggetti appartenenti ad ordinamenti statali diversi rispetto a chi stipula il contratto); dall'altro talvolta "subordina" l'amministrazione nazionale, trasformandola in esecutrice di quella europea.

Sotto un diverso punto di vista, un fenomeno attualmente in atto è costituito dalla **convergenza di principi generali, istituti giuridici e modelli procedurali tra i diritti amministrativi degli Stati membri dell'Unione europea**, che rappresenta, sulla scorta dell'attività di impulso del legislatore

europeo, la base comune per l'armonizzazione delle diverse legislazioni nazionali.

Tale *interazione «orizzontale»*, come definita da accreditata dottrina (CHITI), si accompagna ad una *interazione «verticale»* del diritto amministrativo europeo, di talchè interi settori del diritto amministrativo sono appunto disciplinati dal diritto amministrativo dell'Unione che detta i principi generali della materia, le specifiche regole dell'azione amministrativa, gli strumenti di tutela amministrativa e giurisdizionale (si pensi, ad esempio, alla disciplina in materia di appalti pubblici, ambiente, regolamentazione del mercato).

La disciplina europea, dunque, «è il frutto composto dell'autonoma elaborazione della Comunità e dell'influenza dei diritti amministrativi nazionali, in tal modo favorendo vieppiù la circolazione di soluzioni ed istituti giuridici e la formazione di nuovi principi ad origine mista» (CHITI).

Tale processo di interazione tra i due ordinamenti spiega perché è necessario includere tra le fonti del diritto amministrativo anche gli atti normativi di origine europea (sui quali, v. *infra*, Cap. 2, par. 3).