

ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI PROFESSORI DI DIRITTO
AMMINISTRATIVO

Annuario 2011

L'atto autoritativo
Convergenze e divergenze
tra ordinamenti

Atti del Convegno Annuale
Bari
30 settembre - 1 ottobre 2011

editoriale scientifica



L'ELABORAZIONE
DELL'ATTO D'AUTORITÀ IN FRANCIA

SOMMARIO: 1. La creazione dello Stato assoluto e le tensioni con le nobiltà locali. – 2. L'atto scritto d'autorità regia tra gerarchia e controllo. – 3. Il riassetto istituzionale de la *Révolution*: la legge e l'atto amministrativo d'autorità. – 4. (segue): la *Révolution* e il contributo istituzionale del *Conseil d'État*. – 5. Lo studio del diritto amministrativo: la *puissance publique* e i caratteri dell'atto amministrativo. – 6. Il *service public*: l'emergere del procedimento amministrativo e l'apertura alla partecipazione. – 7. L'atto d'autorità come denominazione di una disciplina essenziale dell'atto amministrativo.

1. LA CREAZIONE DELLO STATO ASSOLUTO E LE TENSIONI CON LE NOBILTÀ LOCALI

Non c'è dubbio che la Francia tra il XVII e il XIX secolo abbia contribuito in modo essenziale a definire le vicende che nel diritto continentale europeo hanno consentito sia di mettere a punto quanto ora noi denominiamo *atto autoritativo*, sia di selezionare quella cultura giuridica differenziata chiamata diritto amministrativo.

Sin da subito la portata teorico-giuridica dell'atto d'autorità si rivela anzitutto nella natura di atto giuridico, cioè di prodotto formale di cui è artefice la pubblica amministrazione, che per derivazione dagli atti sovrani o regi è per ciò solo efficace nella sfera giuridica altrui ed a prescindere da qualsiasi consenso dei destinatari¹.

¹ L'*imperium* dei sovrani medievali si differenziava da quello dei Cesari, pur mantenendone la denominazione poiché essi non disponevano di una burocrazia imperiale centralizzata ed organizzata gerarchicamente: il sovrano aveva in primo luogo il compito di rendere giustizia tra i vari corpi sociali che si erano formati; non solo, nemmeno la cen-

Si afferma con lo Stato assoluto la necessità di un superamento dell'organizzazione medievale, ove largamente si era consentito lo sviluppo dei c.d. corpi intermedi ed il Re nell'ordinario si caratterizzava più come "giudice o arbitro dei conflitti" tra soggetti dotati di autonomia, cioè della capacità di essere un ordinamento, cui il potere regio contrappone la propria autonomia contraddistinta dalle "regalie".

L'assolutismo, o creazione dello Stato assoluto, è denominazione sintetica di un nuovo assetto istituzionale² che già alla metà del XVII secolo ha consolidato un corpo di funzionari regi che ha gradualmente accantonato il preesistente assetto con la progressiva marginalizzazione dei corpi intermedi.

Anzitutto si afferma una scelta strutturale d'organizzazione; si rafforza³ la posizione del *Conseil du Roi* che porta nel governo del Re e a Versailles i nobili, che in quanto consiglieri sono presi in considerazione come componenti di un organo centrale, affievolendo – e non solo concettualmente – le relative posizioni di proprietari terrieri e di feudatari in provincia⁴.

Il regime dei protocolli di Corte e la rigida etichetta – gli onori e le dignità che erano precedenze nel rapporto con la sovranità assoluta –

tralizzazione appare concepibile, considerando la natura itinerante della *Curia Regis* (E.H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A study in Medieval Political Theology*, Princeton University Press, Princeton 1957, tr. it., *I due corpi del re. L'idea della regalità nella teologia politica medievale*, Einaudi Editore, Torino 1989, 89-91; C. COSTANTINI, *La legge e il tempio. Storia comparata della giustizia inglese*, Carocci, Roma 2007, 15-16). In un'economia quasi interamente locale, ed all'interno di una struttura politico-sociale fortemente frammentata, il sovrano «era il primo e più importante giudice del suo popolo». Solamente con la riforma cluniacense nasce l'idea moderna di un potere centrale e articolato in ramificazioni periferiche ad esso subordinate (H.J. BERMAN, *Law and revolution. The formation of the western legal tradition*, Harvard University Press, Cambridge 1983, tr. it., *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Il Mulino, Bologna 1998, 91-99).

² Processo che già aveva le proprie fondamenta nella politica accentratrice condotta dagli ultimi Valois e che ha trovano coronamento nell'opera di Luigi XIII e del suo primo ministro, cardinale Armand-Jean du Plessis, signore di Richelieu, e naturalmente durante il regno di Luigi XIV.

³ Si deve a Filippo IV il Bello l'introduzione dei *légistes* nel Consiglio della Corona, riforma da cui dipese la progressiva specializzazione delle sezioni di quest'organo fino all'autonomia delle medesime: il *Conseil du Roi* con attribuzioni politiche, il Parlamento per rendere giustizia e la *Chambre de Comptes* con funzioni di sorveglianza delle finanze (E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, II ed., 1896, Berger-Levrault et C. Libraires, Paris-Nancy 141).

⁴ R. DARESTE, *La justice administrative en France*, II ed., Larose & Forcel, Paris 1898, 53-55.

sono il segno e al tempo stesso la consistenza dei nuovi assetti del potere, ove il nobile è sempre più parte del nuovo stato assoluto, più precisamente è un funzionario di un'amministrazione unitaria e sempre meno un'autonomia (feudale) che al Re si contrappone.

Strutturalmente vi è anche la necessità di un'unica amministrazione pubblica *gerarchicamente* ordinata, avente il proprio vertice nella persona del Re, che tuttavia lascia ai grandi del regno – ora organi dello Stato – le cariche più alte, ma giustapponendo alle antiche istituzioni una burocrazia professionale, con uomini di estrazione non sempre nobile⁵.

L'accentramento amministrativo non è dunque una creazione della *Révolution*: esso era una necessità dell'antico regime che intendeva dismettere i caratteri della "monarchia giurisdizionale" per assumere quelli più moderni della "monarchia amministrativa".

Ogni provincia – seppur sotto il controllo di un ministro come carica destinata ai nobili – era guidata da un *intendente* nel normale svolgimento degli affari, che è l'unico agente ivi operante in luogo dei governatori che mantengono i soli "onori". Con esso si offrono all'amministrazione centrale uomini d'estrazione professionale comune, tratti dai ranghi inferiori del *Conseil d'État*, che risultano dei perfetti stranieri nel luogo di destinazione e assunzione della carica⁶.

⁵ La vendita degli uffici consentì l'accesso allo Stato della borghesia: S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione*, Esi, Napoli 2007, 14-16. Sulla venalità delle cariche cfr. inoltre, G. PAGÈS, *La vendita degli uffici nell'Antica Francia*, in E. Rotelli, P. Schiera (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. II: *Principi e ceti*, Il Mulino, Bologna 1973, 226 e ss.

⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la révolution*, Paris 1856, tr. it. *L'antico regime e la rivoluzione*, Einaudi Editore, Torino 1989, 93; E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction* cit., 154. Gli intendenti si occupavano di *police, qu'ils sont chargés de maintenir par d'autres, a pour objet tout ordre et toute subordination à faire garder, tout désordres à arrêter, à punir et même à prévenir. Des matières concernant les finances, les unes sont sous la juridiction directe et immédiate des intendants; toutes les autres sont soumises à leur inspection [...] enfin, et en général, les intendants sont les correspondants nécessaires de tous les ministres du roi, dont chacun est en droit d'exiger d'eux qu'ils soient toujours prêts à répondre promptement et disertement à toutes les questions qu'il voudra leur faire*, R. DARESTE, *La justice administrative en France* cit., 102. Anche in questo caso si tratta di ruolo risalente: nonostante l'apogeo sotto il regno di Luigi XIII, l'intendente è in realtà un inviato del Re nelle province del regno affinché svolgesse missioni e gestisse gli affari della Corona. Richelieu rafforzò l'autorità degli intendenti e il tempo di permanenza nelle province. Cfr. inoltre: C. KAFTANI, *La formation du concept de fonction publique en France*, L.G.D.J., Paris 1998, 29 e ss. Nonché, J. VICENS VIVES, *La struttura amministrativa statale nei secoli XVI e XVII*, in E. Rotelli, P. Schiera (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. I: *Dal Medioevo all'età moderna*, Il Mulino, Bologna 1971, 230 e ss.

La nobiltà francese – di toga o di spada, ma comunque legata ed inserita nel mondo feudale e nel suo particolarismo congenito – venne dunque spogliata di tutte le prerogative che l'avevano resa un corpo aristocratico: l'opera di centralizzazione attorno alle forme dell'assolutismo monarchico condusse al frazionamento del corpo nobiliare, causando l'indebolimento e la soggezione alla monarchia. La piccola nobiltà di campagna, troppo debole e troppo povera per esercitare un potere effettivo, venne esautorata dall'effettiva amministrazione periferica della Corona, mentre la grande e ricca nobiltà veniva concentrata intorno al sovrano⁷.

2. L'ATTO SCRITTO D'AUTORITÀ REGIA TRA GERARCHIA E CONTROLLO

Alla scelta d'organizzazione si accompagna un ripensamento della stessa modalità con cui condurre l'attività di governo. Il *Conseil du Roi* poi il *Conseil d'État*⁸ afferma il potere centrale del Re solo controllando, coordinando e istruendo gli intendenti, inizialmente per tramite di ordini del sovrano, trasmessi mediante dispacci o giudizi – *rescripta* – molte volte in risposta alla stessa richiesta dei funzionari provinciali⁹.

La possibilità di verifica degli ordini impartiti dall'amministrazione centrale assolve all'essenziale funzione di garantire ovunque l'attuazione della volontà sovrana ed in tal senso il *Conseil d'État* si raccorda agli intendenti e può dirsi che forma con essi un'unica ammi-

⁷ A. DE TOCQUEVILLE, *Political and social condition of France*, in *The London and Westminster Review*, 1836, tr. it. *Stato politico e sociale della Francia prima e dopo il 1789*, Einaudi Editore, Torino 1989, 7-13.

⁸ La divisione tra camera ampia giurisdizionale (*Grand Conseil*) e camera ridotta (*Conseil d'État*) con compiti politico – amministrativi si perfezionò sotto i regni di Carlo VIII (ordinanza 2 agosto 1497) e di Luigi XII (ordinanza 13 luglio 1498), divenendo dunque definitiva e di diritto positivo già al principio del XVI secolo; cfr. R. DARESTE, *La justice administrative en France* cit., 55.

⁹ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* cit., 153. Con il regolamento del 31 maggio 1582, al *Conseil du Roi* viene attribuito il potere di conoscere *les affaires* che si traducono «*en général, en toutes les réclamations contre des mesures administratives, mais particulièrement toutes les réclamations qui se traduisent en une créance contre le Trésor public [...] et généralement toutes les actions que les particuliers pourront prétendre envers Sa Majesté pour chose concernant directement la police de ce royaume*». R. DARESTE, *La justice administrative en France* cit., 58.

nistrazione¹⁰. Il potere di controllo del *Conseil d'État* sugli atti degli intendenti assolve anche alla necessità di sottrarre le controversie coinvolgenti il sovrano ai giudici (ordinari), ma soprattutto assicura al Re e al suo governo il controllo nelle province degli atti dei propri funzionari d'amministrazione.

Gli intendenti – oggetto dell'ostilità feudale e dei parlamenti – iniziano a decidere i ricorsi nelle materie di competenza, talvolta rendono giustizia in nome dell'amministrazione centrale – dunque del Re da cui direttamente dipendono¹¹ – ed il *Conseil d'État* diventa supremo giudice assumendo le funzioni che sono oggi in Francia del *Conseil d'État*, della *Cour de Cassation* e del *Tribunal des Conflits*, sottraendo così ai parlamenti le controversie che coinvolgono l'amministrazione ed ergendosi a supremo giudice d'appello per i casi di evidente ingiustizia.

Il controllo del *Conseil d'État* sugli atti d'amministrazione del sovrano impone per necessità istituzionale che sia sottratto al potere dei giudici (ordinari) la conoscenza di quanto è stato oggetto dell'atto d'autorità, *a fortiori* un sindacato sull'atto stesso, cioè di atti degli organi centrali o periferici di governo del Re.

I tribunali ordinari – che continuano certo a conoscere delle controversie tra privati – si vedono negate le controversie sugli atti d'autorità dei nuovi funzionari regi, affinché di essi sia assicurata la fedeltà esclusiva al Re e al suo governo, con sorprendente avvio di quella separazione tra amministrazione e giurisdizione che viene definita dalla *Révolution*.

¹⁰ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* cit., 150.

¹¹ Le sentenze dei parlamenti locali a difesa delle proprie prerogative, al fine di ostacolare o comunque influenzare l'opera degli intendenti, furono terreno di scontro ed oggetto d'annullamento pel potere centrale (Consiglio del Re). Si riporta che nella città di Bordeaux il parlamento proibì all'intendente di operare per tre volte, ordini regolarmente cassati dal Consiglio del Re. A Parigi i conflitti furono ancora più gravi, incentrati intorno all'estensione delle prerogative dei parlamenti sulla giustizia penale: Richelieu, nel pieno delle tensioni politiche, diffidando della lealtà dei parlamenti, aveva ordinato agli intendenti di occuparsi dei crimini contro lo stato, di contraffazione della moneta e di ribellione contro l'autorità del Re. Il parlamento parigino diffidò gli intendenti ad astenersi dal compito: questi giudizi furono cassati e il parlamento represso, cfr. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* cit., 153-162.

3. IL RIASSETTO ISTITUZIONALE DELLA RÉVOLUTION: LA LEGGE E L'ATTO AMMINISTRATIVO D'AUTORITÀ

Con la *Révolution* diventano diritto costituzionale le teorie dei *philosophes*, che già erano state sintetizzate da Diderot e d'Alembert nell'*Encyclopédie*: il governo, quand'anche ereditario all'interno di una famiglia e posto in mano di una sola persona, non è un bene privato, ma un bene pubblico, che di conseguenza non potrà mai essere sottratto al popolo, il solo che ne è titolare *en pleine propriété* (Costituzione del 1791). La Corona, il governo e l'autorità pubblica sono ritenuti beni di cui la Nazione è proprietaria, e di cui i principi sono usufruttuari, ministri e depositari¹².

La distinzione tra giudice (ordinario) ed amministrazione è dalla *Révolution* elevata a principio costituzionale del nuovo ordinamento a sovranità popolare¹³, mentre con la legge si separa – formalmente e sostanzialmente – il potere legislativo dagli atti amministrativi.

La legge è il più alto atto d'autorità sovrana perché promana dall'*Assemblée Nationale* ove siedono i cittadini rappresentanti della Nazione e i giudici che emanano sentenze divengono nell'ideale rivoluzionario la *bouche de la loi*.

Non solo si separa l'amministrazione dal potere legislativo, ma la prima è sottoposta a quest'ultima ed in quanto esecuzione della legge diviene evidente che ogni intralcio alla stessa vale ostacolo alla volontà concreta della Nazione. La libertà degli amministratori dipende dalla possibilità di un limite alle funzioni giudiziarie (limiti esterni o difetto assoluto di giurisdizione) e alle interferenze nell'esecuzione della legge (limiti interni o poteri dei giudici nei confronti dell'amministrazione), che avevano tanto disturbato la burocrazia d'antico regime. Separazione non tanto di funzioni ma di poteri tra istituzioni o corpi pubblici che possono essere in conflitto¹⁴.

¹² D. DIDEROT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers* (1751-1772), voce *Autorità politica*, tr. it., Feltrinelli, Parigi 1966, 125.

¹³ Da ultimo: J. L. MESTRE, *À propos du fondement constitutionnel de la compétence de la juridiction administrative*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2012, 339-341.

¹⁴ Art. 13, l. 16-24 agosto 1790: «*Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives; le juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ni citer devant leur les administrateurs pour raison de leurs fonctions*». Questo principio venne successivamente recepito nella Costituzione del 3 settembre 1791, Tit. III, cap. V,

Con l'attribuzione della sovranità alla Nazione – che è titolare dei tre poteri (legislativo, esecutivo, giudiziario)– risulta necessario ridurre il Re a semplice organo dello Stato (Costituzione 1791)¹⁵.

Dal punto di vista delle fonti e dell'attività amministrativa è evidente che la sovranità appartiene alla Nazione, il principe è titolare del solo potere esecutivo che è esercitato per “delega” della Nazione stessa¹⁶ ed il Re regna per tramite della legge¹⁷.

Non è lo Stato che appartiene al principe, ma il principe che appartiene allo Stato. Spetta al principe il governo dello Stato, poiché è proprio lo Stato che l'ha scelto a questo scopo.

Con la *Révolution* il Re è divenuto un organo dello Stato e quindi la sua amministrazione, come il suo ufficio, sono sottoposti alla legge. Il principe si è impegnato a governare nei confronti del popolo, che a sua volta si è impegnato ad obbedire al principe solo ove i suoi atti siano conformi alle leggi (principio di legalità) e solo ove i comportamenti trovino titolo (legittimazione) in un atto formale d'autorità.

Continua la diffidenza della *Révolution* per gli organi giudiziari, in diretta continuità con l'ostilità di antico regime avverso le interferenze esercitate dai parlamenti a danno degli intendenti. Il legislatore rivoluzionario porta a termine la sottrazione alla giurisdizione (ordinaria) delle controversie sull'esercizio del potere amministrativo escludendo ogni forma di tutela giurisdizionale contro gli atti di *puissance publique*, – né quella dei giudici (ordinari) né quella data con la giustizia amministrativa (corpi amministrativi giurisdicenti), mantenendo aperto il ricorso gerarchico come unica forma di revisione¹⁸.

art. 3: «*Les tribunaux ne peuvent entreprendre sur les fonctions administratives ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonctions*»; cfr. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* cit., 179-183.

¹⁵ Cost. 1791, P. I, tit. III, art. 1: «*La Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation*».

¹⁶ Cost. 1791, Tit. III, cap. II, sez. I, art. 1: «*La Royauté est indivisible, et déléguée héréditairement à la race régnante de mâle en mâle, par ordre de primogéniture, à l'exclusion perpétuelle des femmes et de leur descendance*».

¹⁷ Cost. 1791, Tit. III, cap. II, sez. I, art. 3: «*Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance*».

¹⁸ Per «*illégalité*» e per «*inopportunité ou pour infraction aux ordres donnés*» la possibilità di annullamento gerarchico dell'atto lesivo, secondo una prima forma di giustizia ritenuta, cfr. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* cit., 185.

Con la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e con le successive costituzioni monarchica e poi repubblicane non solo è conseguita la separazione tra amministrazione e legislazione, ma anche la definitiva sottoposizione dell'amministrazione alla legge¹⁹.

Il Re continua ad emanare i regolamenti, applicando la legge e talvolta esuberando da essa. La legge – dapprima con cautela, poi dal 1793 definitivamente – afferma la propria supremazia poiché manifestazione di volontà della Nazione, atto di legge non solo come fondamento dell'ordine politico, ma anche dell'ordine giuridico.

Il legislatore rivoluzionario riconferma l'esistenza di un potere amministrativo che – seppure soggetto alla legge – è perciò indipendente da quello giudiziario, sino ad escludere ogni possibilità dei giudici di *conoscere degli atti dell'amministrazione*, ed inizialmente di qualunque specie essi siano²⁰.

Se il portato storico ricordava gli ostacoli opposti agli intendenti del Re per mezzo di contestazioni mosse dai parlamenti nelle province²¹, con la teorica che mantiene l'amministrazione pubblica come potere – cioè come parte essenziale della sovranità – si nega per l'effetto che un giudice possa intralciare preventivamente o censurare successivamente l'operato della medesima, anche solo come condanna al pagamento di una somma di danaro a titolo di risarcimento per equivalente del danno subito.

Lo stesso divieto della *Révolution* di perseguire giudizialmente i funzionari pubblici per atti commessi nell'esercizio delle loro funzioni senza previa autorizzazione dell'amministrazione medesima (garanzia amministrativa) va letto non tanto come un'immunità per i pubblici amministratori, ma come mezzo essenziale a garanzia del perseguimento dell'interesse pubblico²².

¹⁹ Cost. 1791, Tit. III, cap. II, sez. I, art. 3: «*Il n'ya point en France d'autorité supérieure à celle de la loi, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger obéissance*».

²⁰ M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique en Droit Administratif*, Dalloz, Paris 1960, 19-27.

²¹ R. DARESTE, *La justice administrative en France* cit., 98-99.

²² «*De ce que l'autorité judiciaire ne peut s'arroger le droit de s'immiscer dans les fonctions administratives, il ne résulte pas que les administrateurs qui ont commis des délits dans l'exercice de leur fonctions, doivent rester sans punition, mais que c'est au Directoire exécutif qu'il appartient, d'après l'article 196 de la Constitution, de décider si les délits par eux commis comme administrateurs donnent lieu à des réparations ou à des peines dont la poursuite doit être renvoyée devant les tribunaux ; qu'il ne peuvent connaître des actes*

4. (SEGUE): LA RÉVOLUTION E IL CONTRIBUTO ISTITUZIONALE DEL CONSEIL D'ÉTAT

Il *Conseil d'État*²³ assume stabilmente a partire dalla *Constitution* 22 frimaio dell'anno VIII le funzioni di giustizia ritenuta sugli atti dell'amministrazione e – oltre a definire ogni affare contenzioso – assume il dovere di pronunciarsi su ogni rinvio effettuato dai Consoli per i conflitti insorti tra l'amministrazione e i tribunali²⁴.

L'attenzione dei commentatori è ovviamente attratta dalla ripartizione di competenze tra giudici (ordinari) e giustizia amministrativa sugli affari trattati dall'amministrazione, tra la persona giuridica comune che è l'ente-amministrazione e l'autorità-amministrazione: così i contratti da cui distinguere le concessioni, le indennità di espropriazione, e, in genere i debiti, il fisco etc.

Si consolidano in questo periodo – tra il 1789 e il 1814 – anche le questioni che noi oggi chiameremmo di limiti interni alla giurisdizione ordinaria a conoscere e disapplicare gli effetti dell'atto amministrativo. Il *Conseil d'État* li ricava sul fondamento della Legge 16 fruttidoro, anno III che poneva ripetuti divieti ai Tribunali di toccare le tasse rivoluzionarie, cercando di imporre l'intera competenza dell'autorità amministrativa per ogni dichiarazione di illegittimità negli atti amministrativi, che al tempo non è ancora nozione nota, sicché la formula di devoluzione ai tribunali è data dall'attività delle persone giuridiche (pubbliche) che agiscono come privati²⁵.

Nel 1815 il *Conseil d'État* comincia ad ammettere la possibilità di contestare avanti alla giurisdizione gli atti di gestione proprietaria, cui si applicano le normali regole di diritto civile, poiché lo Stato non si comporta diversamente dai privati negli atti di gestione dei propri beni, ed agisce nell'interesse patrimoniale proprio e non nell'interesse pubblico.

d'administration réputés délits, soit qu'ils aient été commis par des administrateurs seulement, soit même qu'ils l'aient été par des administrateurs conjointement avec d'autres citoyens»: E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* cit., 210.

²³ Inizialmente soppresso: Decreto 14-27 aprile 1791, art. 35 «*Les maitres de requêtes et les conseillers d'État sont supprimés*», cfr. R. DARESTE, *La justice administrative en France* cit., 153.

²⁴ Regolamento organico del 5 nevosio dell'anno VIII; cfr. R. DARESTE, *La justice administrative en France* cit., 162.

²⁵ R. DARESTE, *La justice administrative en France* cit., 161.

Con la Costituzione dell'anno VIII, al *Conseil d'État* sono attribuite tutte le azioni contro l'amministrazione pubblica (contenzioso) e i tribunali (regolamento 5 nevoso dell'anno VIII, art. 11), secondo un conferimento recepito dalla dottrina come garanzia del rafforzamento della legalità amministrativa, secondo il modello della *justice retenue*²⁶.

Con la rivoluzione liberale del 1848 si ha una prima trasformazione del modello di giustizia amministrativa e una prima effimera delega di giurisdizione al *Conseil d'État*. Si ricava una sezione giurisdizionale con possibilità esclusiva di giudicare degli atti dell'amministrazione, secondo il modello della *justice déléguée* che in prima esperienza fu di breve durata, ma che si consolida con l'instaurazione del Secondo Impero – ove torna ad essere collegio di giureconsulti addetto al Capo dello Stato – e poi definitivamente come giustizia amministrativa delegata con la legge 24 maggio 1872, ove il *Conseil d'État* è organo per la giustizia contenziosa, giustificato da ragioni di terzietà rispetto all'Amministrazione²⁷.

Il *Conseil d'État* è a questo punto un tribunale chiamato a verificare la legalità, formale e sostanziale, dell'azione amministrativa²⁸, da organo volto a controllare l'applicazione della legge da parte dei funzionari nelle province del regno, diviene un organo a tutela dei cittadini verso l'amministrazione, cui ci si può rivolgere per ottenere giustizia contro l'agire dell'esecutivo con atti di *puissance publique*.

Gli atti dell'amministrazione vengono quindi ricondotti generalmente al sindacato del *Conseil d'État*, purché non siano atti di gestione sottoposti al diritto comune e perciò alla giurisdizione ordinaria.

²⁶ Il Consiglio è l'organo costituito dall'Amministrazione per giudicare sui propri atti: è l'Amministrazione stessa ad esercitare il controllo sui propri atti, non delegandolo ad alcuno. E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* cit., 251; nella giustizia ritenuta il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sull'azione dell'amministrazione, si trova nella condizione di formulare *projets de décret* successivamente adottati dal vertice dell'Amministrazione stessa E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* cit., 271.

²⁷ R. DARESTE, *La justice administrative en France* cit., 178.

²⁸ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* cit., 271; la mutazione – da organo proprio del Capo dello Stato tenuto a pronunciarsi su determinate questioni contenziose ad organo giurisdizionale autonomo – lo separa dalla sovranità che era invece propria del Governo del Re, quale capo del potere esecutivo – e precedentemente esercitata come risolutore dei conflitti d'attribuzione. Il *Tribunal des Conflits* nasce dunque come detentore di una parte della Sovranità, di cui è stato privato, in seguito alla delega di giustizia ottenuta, il Consiglio di Stato.

5. LO STUDIO DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO: LA PUISSANCE PUBLIQUE E I CARATTERI DELL'ATTO AMMINISTRATIVO

La prima sistemazione del Diritto amministrativo in Francia risale al principio del XIX secolo, grazie all'opera di Louis Antoine Macarel che per primo crea una raccolta sistematica di decisioni del *Conseil d'État*, il *Recueil des arrêts du Conseil d'État* del 1821, che poi assume la denominazione *Recueil Lebon* tuttora in uso.

Altre pubblicazioni sono sui comuni, sui funzionari, sui corsi d'acqua ed inizia in modo continuativo l'insegnamento del Diritto amministrativo nel 1819 con la istituzione di una cattedra dedicata alla Facoltà di giurisprudenza a Parigi, poi soppressa dalla restaurazione (1822) con una curiosa motivazione: l'insegnamento del Diritto amministrativo è misura pericolosa ed espressione di uno spirito di sovversione. La cattedra è reinsediata nel 1828, in Provincia nel 1830, e Macarel è professore a Parigi dal 1842 dopo essere stato avvocato e consigliere di Stato²⁹.

La dottrina nella seconda metà dell'ottocento accorre a difesa del *Conseil d'État*: da "cane da guardia dell'amministrazione" è riconsiderato come presidio dei cittadini. Sin d'allora è proprio la natura del sindacato del *Conseil d'État* ad offrire garanzie di una migliore tutela contro gli abusi dell'amministrazione, rispetto a quanto possa il giudice ordinario³⁰.

Il rovesciamento determina la generale soggezione degli atti dell'amministrazione al sindacato del *Conseil d'État*, salvo eccezioni. Dai motivi politici come causa di esclusione del sindacato sull'azione pubblica, si arriva alla definizione di una categoria di atti di governo come insindacabili, che la III Repubblica prende dalla precedente esclusione per gli atti di guerra (1834-35) o di alta polizia o sovranità (1836-67) o perché riguardano la sicurezza dello Stato, o nei confronti di dinastie cadute (gli eredi di Napoleone nel 1839). Erosione costante della categoria degli atti politici che prosegue sino agli anni venti del ventesimo secolo.

Per individuare l'atto amministrativo non è sufficiente la forma, la qualità pubblica dell'ente emanante e che lo stesso persegua un interesse pubblico; è invece necessario che ciò risulti dalla natura pubblica dell'atto o del potere da cui promana.

²⁹ Al riguardo, un efficace approfondimento è fornito da L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Bari 2001, 275 e ss.

³⁰ Z. ROGEZ, *L'acte administratif de puissance publique*, Rousset, Paris 1906, 64.

Deve trattarsi di *poteri speciali* dell'amministrazione pubblica, cioè di poteri che sono espressivi di una frazione di sovranità (*puissance publique*)³¹ che la legge ad essa attribuisce, che possono essere esercitati solo con l'emanazione di atti formali³². L'atto amministrativo è prima di ogni altra cosa un atto giuridico, che è esercizio di un potere amministrativo che si fonda sulla legge e che si esprime secondo le forme, le modalità ed i fini previsti da essa³³, poiché è sempre la legge a creare e perciò a limitare la *puissance publique*³⁴.

Solamente gli atti e le operazioni che si ricollegano all'esercizio della *puissance publique* sono considerati atti d'autorità, quindi sottratti al sindacato del giudice ordinario.

L'atto amministrativo d'autorità e le sue forme sono la condizione imprescindibile per consentire all'amministrazione di operare come un soggetto speciale nell'ordinamento, in qualità di titolare di uno dei tre poteri dello Stato. La definizione dell'atto d'autorità richiama il suo opposto, dunque l'atto di gestione che segna nell'amministrazione pubblica gli atti che sono sprovvisti di *puissance publique*, ove un interesse pubblico può esserne al più considerato come lo scopo ulteriore³⁵.

³¹ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* cit., 478. È da escludere la natura amministrativa di un atto posto in essere dall'amministrazione *lorsque celle-ci fait, en vue d'intérêts généraux, ce qu'un simple citoyen pourrait faire en vue d'intérêts particuliers*. Quando il principio di eguaglianza lascia il posto al principio d'autorità, allora siamo a fronte di un atto amministrativo, poiché in esso è ravvisabile il potere di comandare e di sottomettere il privato. *Les actes que l'administration accomplit en vertu de cette délégation, les règles qu'elle édicte, les droits quelle confère, les injonctions ou les interdits qu'elle prononce, portent l'empreinte d'un pouvoir propre : ce sont des actes de puissance publique, des actes administratifs dans le sens qu'on doit donner aux lois de 1790 e de l'an III.*

³² Singolare è a distanza di più di un secolo ritrovare formulato il principio dalla CEDU 29 marzo 2006, in causa *Scordino c. Italia*, in materia di espropriazione, che dovrebbe fare riflettere i teorici del silenzio e della semplificazione che concludono agevolmente per un rapporto d'autorità senz'atto amministrativo.

³³ «L'acte juridique étant par définition une manifestation de volonté qui produit un effet de droit à la condition qu'elle soit conforme au droit objectif et, dans un régime d'état de droit et une période législative comme ceux des nations modernes, le droit objectif se confondant approximativement avec la loi» (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. I, Fontemoing & C. Éditeurs, Paris 1911).

³⁴ Sulla relazione tra legalità ed esercizio di poteri pubblici, cfr. B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Diritto Amministrativo*, 2008, 1, 9-10.

³⁵ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* cit., 485.

Si è detto che gli atti di *puissance publique* sono sindacabili avanti al *Conseil d'État* perché si può affermare che quest'organo – oltre a meglio garantire il cittadino – è parte del potere esecutivo e perciò non viola la separazione dei poteri³⁶, sicché nella cultura dell'epoca è la non appartenenza al diritto comune dell'atto d'autorità a negare la giurisdizione ordinaria. Reciprocamente si può affermare che è la soggezione al diritto obiettivo degli atti dell'amministrazione pubblica che sfuggono al diritto comune che porta alla definizione in positivo di una disciplina autonoma che prende il nome di *diritto amministrativo*.

L'atto d'autorità e la soggezione al *Conseil d'État* sono a ben vedere un'identità. Si parte dalla soggezione al *Conseil d'État* per affermare un sindacato sugli atti d'autorità precluso avanti al giudice ordinario, cui è fatto divieto di invadere le competenze degli altri poteri dello Stato: ci sono alcuni atti che sono soggetti al sindacato del giudice ordinario, mentre avverso altri è possibile solamente il ricorso gerarchico e, successivamente, al *Conseil d'État*. Si arriva così all'idea rovescia: l'atto che non è di diritto comune porta al sindacato del *Conseil d'État*.

Se in una prima fase si richiede l'atto scritto per un sindacato di controllo – della gerarchia amministrativa e del centro sulla periferia – nell'evoluzione successiva la sottoposizione al giudice amministrativo diventa generale per tutti gli atti che non sono di diritto comune, mutando il criterio di identificazione da speciale – gli atti di *puissance publique* – a quelli *non* di diritto privato.

Sono così atti di *puissance publique* i poteri d'impulso, di direzione, organizzazione dell'amministrazione, ove l'attribuzione del potere all'amministrazione è giustificato dal perseguimento di interessi pubblici, secondo diverse intensità: massima per gli atti di polizia amministrativa, nulla nella gestione privata, passando per la via mediana nei *contrats administratifs*, in cui vi è coesistenza di autorità e cooperazione³⁷.

³⁶ «La juridiction est la garantie des citoyens ; elle doit leur procurer non seulement le respect de leurs droits par l'administration active, ma en outre l'accomplissement par cette dernière des services qu'elle doit à tous» (H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, V ed., Librairies nouvelles de droit et de jurisprudence, Paris 1908, 879).

³⁷ M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique en droit administratif* cit., 51-52. quando lo Stato necessita di beni e servizi ed intrattiene un rapporto contrattuale con i privati potrà essere adito a fronte dei tribunali ordinari per "essere dichiarato debitore": ancora – peraltro incoerentemente alle statuizioni circa la responsabilità extracontrattuale dell'Amministrazione – viene individuato come giudice competente quello ordinario, poiché

6. IL *SERVICE PUBLIC*: L'EMERGERE DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E L'APERTURA ALLA PARTECIPAZIONE

Due nozioni di *puissance publique* si sono susseguite nel XIX secolo. La più antica affonda le radici ideologiche nell'*imperium* romano, secondo un'aspirazione monarchica realizzata solo dall'assolutismo bonapartista. La *puissance publique* è l'espressione della volontà di uno Stato che è la persona giuridica della Nazione. La collettività degli individui, espressa nella forma non giuridica della Nazione, a sua volta espressa nella forma giuridica dello Stato, si è trasformata in misura tale che quest'ultimo risulta differente rispetto alla somma dei cittadini che lo compongono, i quali altro non sono che un *minus* rispetto allo Stato. Lo Stato persona giuridica ha il potere di imporre la propria volontà, perché gestore della Sovranità per conto della Nazione.

Questa nozione di *puissance publique* è stata sostituita da una versione più *humanisée*: non più una risultante del potere detenuto da qualcuno, ma la creazione di un prodotto giurisprudenziale e razionale, sicché all'amministrazione di *puissance publique* si sostituisce gradualmente l'idea di un'amministrazione funzionalizzata (*service public*)³⁸.

La nuova concezione del *service public* riprende l'idea che con tale denominazione si indica un'attività dell'amministrazione che non è assoggettata alle normali regole del *code civil* ma segue disposizioni proprie³⁹. L'atto amministrativo sul piano logico mantiene una forza propria d'autorità e non per disposizione di legge sin tanto che si ritenga lo Stato una persona la cui volontà è per sua natura superiore⁴⁰. La Stato non è la forma giuridica della Nazione che si esprime pel tramite della legge, ma unicamente la «volontà di alcuni individui che tale legge votano»⁴¹, la maggioranza che obbliga la legge e gli atti d'autorità applicativi della

appare indubbio che, in questi casi, l'amministrazione agisca come un *particulier*. La sua condotta non esprime la frazione di sovranità normalmente espressa con gli atti di *puissance publique*. Sul punto si veda inoltre B. SORDI, *Pubblica Amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Diritto Amministrativo*, 1995, 4.

³⁸ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* cit., 215-219.

³⁹ La partenza di diritto positivo non è delle migliori per il *service public*, enunciato nel famoso *arrêt Blanco* emesso dal *Tribunal des Conflits* 8 febbraio 1873, che nega la tutela del risarcimento del danno secondo la disciplina del *Code Napoléon* (art. 1382) al padre di una bambina travolta da un carro movimentato dai dipendenti di una raffineria.

⁴⁰ L. DUGUIT, *Le droit social* cit., 92.

⁴¹ L. DUGUIT, *Le droit social* cit., 74.

stessa ad avere uno scopo sociale che appare indispensabile per evitare l'arbitrio (*lex iniusta non est lex*).

I governanti debbono organizzare e controllare il funzionamento dei *services publics*, momento culmine della concezione dello Stato stesso, che non è più *puissance qui commande, une souveraineté; il est une coopération des services publics organisés et contrôlés par des gouvernantes*⁴². Secondo tale concezione lo Stato non può essere sovrano, poiché ciò gli consentirebbe di violare le regole che egli stesso pone, ma deve avere un ruolo servente per curare esigenze sociali.

In altra prospettiva meno radicale la *puissance publique* non è un residuo del passato assolutista ma è ancora necessaria a fornire all'organizzazione statale quelle irrinunciabili forze (poteri) per il raggiungimento di uno scopo comune⁴³.

Nondimeno quando l'amministrazione è gerente di *services publics*, la *puissance publique* sarà ancora chiamata a comporre interessi contrapposti, consentendo così al potere esecutivo di essere effettivamente tale, cioè il *braccio esecutivo* di quello legislativo, ed in tale contesto anche i contratti per la gestione di un *service public* divengono atti amministrativi, in virtù del loro obiettivo e malgrado la forma di diritto civile⁴⁴.

Lo Stato deve perseguire il bene comune e a tal fine è dotato della *puissance publique*, autorità posta al pubblico servizio della collettività: è la facoltà di emanare atti unilaterali aventi effetti nella sfera giuridica altrui, esercitando un potere finalizzato a perseguire un fine d'interesse pubblico, potere che è dato verso gli amministrati sopra un determinato territorio, senza implicazioni di tipo religioso e che ben si distingue dall'autorità militare⁴⁵.

La teoria del *service public* offre nuovo fondamento al potere pubblico: la legittimazione giuridica dell'amministrazione pubblica è posta negli obblighi istituzionali dello Stato verso i suoi cittadini, Stato che è organo al servizio della Nazione, sicché i suoi poteri sono null'altro che strumenti preposti al miglior perseguimento dell'interesse pubblico della Nazione.

A parte l'*incipit* del *Tribunal des Conflits*, la teoria del *service public* a ben vedere segna in Francia quell'evoluzione teorica che nel diritto

⁴² L. DUGUIT, *Théorie générale de l'État*, in L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Fontemoing & C. Éditeurs, Paris 1911, 99.

⁴³ M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique en Droit Administratif* cit., 61.

⁴⁴ Z. ROGEZ, *L'acte administratif de puissance publique* cit., 49-57.

⁴⁵ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, II ed., Sirey, Paris 1929, 103-108.

amministrativo italiano è stato delineato dal passaggio dalla nozione di potere a quella di *funzione pubblica*, avviato con la rilettura dell'originario eccesso di potere – inizialmente posto come limite della giurisdizione – che si afferma come oggetto del sindacato della IV sezione del Consiglio di Stato, anzitutto come limite della discrezionalità amministrativa tra i vizi dell'atto amministrativo, più precisamente come limite dell'esercizio di un pubblico potere che è essenzialmente finalizzato all'interesse pubblico (funzione)⁴⁶.

La nozione di *funzione* è la naturale conclusione dell'affermazione dell'interesse pubblico come fine essenziale dei pubblici poteri, poiché la parola *funzione* nega che gli stessi possano essere utilizzati per la cura di interessi propri della persona giuridica pubblica amministrazione. L'interesse pubblico non è l'interesse soggettivo della pubblica amministrazione, ma la qualificazione oggettiva con la quale l'ordinamento offre la cura della pubblica amministrazione (protezione amministrativa) ad interessi che sono presenti nella società, beni di individui o di organizzazioni che sono perciò ritenuti prevalenti, secondo un costrutto che è oggettivamente finalizzato al sacrificio di alcuni per il vantaggio d'altri.

Se appare conseguente alla *puissance publique* e alla cultura europea liberale dell'ottocento consentire ai futuri destinatari dell'atto – e in genere a coloro cui possa derivare un pregiudizio dall'emanazione dell'atto – di rappresentare le proprie ragioni (cfr. per l'Italia l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, art. 3), occorre riconoscere che la partecipazione al procedimento degli altri interessati (es. cointeressati) impone un salto culturale di rilievo.

Occorre infatti superare l'idea paternalistica che solo la pubblica amministrazione sia capace di disporre dell'interesse (pubblico) che è configurato come un interesse proprio, cioè quell'idea che proprio la nozione di *service public* in Francia e di *funzione* in Italia ha inteso porre in discussione.

Il procedimento e la partecipazione si possono configurare come l'ultimo stadio dell'evoluzione con cui dall'atto scritto e dal controllo centralizzato dell'assolutismo si è passati ad un sindacato sull'operato dell'amministrazione – aggiunto a quello svolto dai giudici – che è poi as-

⁴⁶ Cfr. per tutti: A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Giur. it.*, 1892, III, 128 e s., poi in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello 1901; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, 1 e s.

surta con caratteri propri a giurisdizione essa stessa, assecondando i limiti costituzionali del bilanciamento tra poteri dello stato imposto con la teoria della tripartizione, ma avendo in via crescente l'idea di una tutela dei cittadini che si è affermata prima con la teoria della *puissance publique* e poi con quella del *service public*.

Elaborazioni quest'ultime che si sono poste come la naturale evoluzione di diritto positivo delle teorie sugli atti e sui poteri dell'amministrazione pubblica, di quello strumento giuridico che continuiamo a denominare atto d'autorità, prima visto come soggezione ad un sindacato accentrato, poi come soggezione alla legge, poi ad una giurisdizione amministrativa e perciò alla giurisdizione ordinaria degli atti che tale qualità giuridica d'autorità non hanno, infine come legittimazione di poteri speciali a limitazione delle libertà individuali solo ove tali poteri siano previsti dalla legge perché finalizzati a soddisfare bisogni sociali.

Certo, si è detto, la teoria del *service public* è costruita che apre nel suo fondamento di soddisfazione di bisogni sociali alle più recenti teorie sul procedimento amministrativo e alla necessità di riconoscere la partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri dei suoi diretti destinatari e controinteressati, ma ancor più dei portatori d'interessi collettivi e diffusi.

7. L'ATTO D'AUTORITÀ COME DENOMINAZIONE DI UNA DISCIPLINA ESSENZIALE DELL'ATTO AMMINISTRATIVO

Comunemente si vede rappresentata un'antinomia tra ciò che nel passato si è radicato come il concetto di atto d'autorità e ciò che più di recente invece si è venuto proponendo della pubblica amministrazione e dell'esercizio dei suoi poteri grazie al procedimento, alla partecipazione e al conseguente rispetto dei "diritti" degli amministrati.

Non si vuole qui porre in dubbio la periodizzazione storica delle teorie intorno al modo di rappresentare la pubblica amministrazione e i suoi poteri, ma unicamente sottolineare dell'evoluzione l'elemento di continuità, più precisamente che trattasi di un percorso teorico intorno ai poteri dell'amministrazione pubblica in Francia, da cui sono scaturiti principi di diritto positivo comuni a molti ordinamenti continentali d'Europa e che ora si possono riconoscere come principi costituzionali degli ordinamenti e per l'effetto della stessa Unione Europea⁴⁷.

⁴⁷ Cfr. R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servi-*

È divenuto nel tempo *jus receptum* il principio secondo il quale l'atto d'autorità è sottoposto a regole speciali di diritto pubblico.

Ove per atto d'autorità si è selezionato nel tempo quell'agire dell'amministrazione a soddisfazione di un interesse collettivo definito pubblico, che la legge consente di perseguire mediante un atto giuridico unilaterale, d'attuazione della mediazione d'interessi offerta da una norma preesistente oppure ove è contenuta una scelta politico amministrativa che offra la composizione degli interessi coinvolti.

Ove per disciplina speciale si è selezionata nel tempo: 1. L'esercizio del potere per atto formale unilaterale con effetti verso i terzi; 2. la sindacabilità dell'atto per cattiva amministrazione avanti ad autorità centrali e poi ad una giurisdizione amministrativa cui possono rivolgersi i destinatari ma anche i terzi coinvolti dagli effetti dell'atto unilaterale; 3. il principio di legalità sostanziale a fondamento prima del perseguimento dell'interesse pubblico e poi tutela degli amministrati; 4. la proceduralizzazione come forma essenziale della composizione degli interessi coinvolti; 5. la partecipazione al procedimento come legittimazione degli interessati a rappresentare in via esclusiva il proprio interesse, ma anche a contribuire alla composizione di tutti gli interessi coinvolti, offrendo a tal fine elementi istruttori o presentando proposte finalizzate a conseguire l'interesse pubblico.

L'atto d'autorità segna dunque il punto di rilevanza di una disciplina speciale di diritto amministrativo cui è sottoposta l'amministrazione pubblica che voglia esercitare i poteri speciali che la legge ad essa attribuisce.

Poteri speciali per una legittimazione di organi o enti di comunità sovranazionali, nazionali o locali, a scegliere per tutti come soddisfare l'interesse collettivo nell'osservanza del diritto amministrativo.

Certo più di recente l'enfasi la vuole come soluzione ultima, residuale, d'eccezione – perché l'amministrazione non deve aver “privilegi” perché vi è stato un tempo si dice anche in Italia in cui l'amministrazione agiva sostanzialmente con atti di diritto privato (Meucci) – forse dimenticando che all'epoca la maggiore parte dei poteri era esercitata in fatto dall'amministrazione in forza della sua posizione istituzionale d'autorità, senza atto formale, senza principio di legalità.

Principio di legalità che – sin dalla rivoluzionaria soggezione del-

l'amministrazione alla legge – relega per definizione i poteri d'autorità dell'amministrazione alle sole ipotesi d'eccezione previste dalla legge, con la conseguente nominatività e tipicità degli atti amministrativi d'autorità ed ancor prima dei poteri.

L'atto d'autorità, divenuto atto giuridico, è sottoposto al diritto, limitando così la potenza della persona giuridica autorità, trasformando in via generale le vie di fatto in atti giuridici che possono perciò divenire oggetto di un sindacato che nel tempo è stato attribuito ad un giudice amministrativo.

Ma l'atto d'autorità, non si può dimenticarlo, è la forza della *Révolution*, della democrazia rappresentativa, della possibilità per una maggioranza d'imporre idee nuove, in astratto con legge, ma anche in concreto con l'atto amministrativo d'autorità, atto amministrativo che vale ad imporre di volta in volta l'opinione che si è certificata dominante, che solo perciò in un primo tempo non tollera alcun sindacato sulle scelte politiche (tripartizione dei poteri), né dei giudici, né di altri.

Atto d'autorità che – avendo i governanti riconosciuto gli abusi dei propri uffici – accoglie su di sé un sindacato effettivo, inizialmente di giustizia ritenuta, poi di giurisdizione amministrativa su ciò che noi chiamiamo legittimo esercizio del potere pubblico, non importa ora se come giudice esclusivo o ripartito dell'esercizio di tale potere.

Atto d'autorità che è dunque giuridico esercizio della democrazia e la cui disciplina perciò assume correttamente rilevanza costituzionale nei diversi ordinamenti del continente europeo, come monito alle autorità che ancora oggi intendano in via unilaterale disporre degli interessi degli amministrati, con effetto verso i destinatari stessi o gli altri interessati.

È noto che in Italia quanto è stata la storia del diritto amministrativo è stato recepito nella nostra Costituzione (art. 97, 103, 113) con un insieme di principi istituzionali elaborati con espresso riferimento agli atti d'autorità, che talvolta sono stati estesi dal legislatore ordinario agli atti paritetici, o agli accordi e convenzioni, o ancora a quelle proposte o offerte dell'amministrazione che portano alla conclusione di un contratto di diritto comune.

La rilevanza costituzionale della disciplina degli atti d'autorità è conclusione che assume a principio di diritto positivo che prescinde dalla questione ulteriore della preferenza per gli atti di diritto comune nell'agire dell'amministrazione pubblica negli ordinamenti continentali europei, purché sia chiaro che l'atto di diritto comune ed in particolare il

contratto non possa che seguire la disciplina che gli è propria, che per esso è stata altrettanto creata nel tempo della storia europea del pari continentale: è un accordo tra le parti, su vicende a carattere patrimoniale, che produce effetti normalmente solo in capo alle medesime, verso il quale i terzi non hanno normalmente alcuna legittimazione a contraddire.