

JOSÉ BERMEJO VERA (dir.) et al., *Derecho Administrativo. Parte especial*, Thomson Civitas, Madrid, 2009, 1281

1. Il *Derecho Administrativo. Parte especial*, opera collettiva sotto la direzione e il coordinamento generale di José Bermejo Vera, è giunto ormai alla settima edizione, mentre risale a quindici anni fa la prima edizione. Il volume costituisce l'ideale prosecuzione del *Derecho Administrativo Basico. Parte general*, quest'ultimo integralmente scritto dal medesimo Autore, del quale è stata pubblicata ora la nona edizione. L'insieme dei due manuali aspira ad offrire una completa e attuale trattazione dell'intero diritto amministrativo spagnolo, generale e speciale. L'opera si apre con una citazione di García de Enterría, maestro di Bermejo Vera, relativa all'impossibilità di contrapporre il principio democratico al principio di legalità, dal momento che la prima applicazione del principio democratico è di essere governati dalle leggi, frutto della volontà generale, e non dagli uomini. La frase aspira a costituire il principio ispiratore in grado di tenere insieme un'opera inevitabilmente multiforme ed eterogenea come può essere quella dedicata alla parte speciale del diritto amministrativo.

Nel prologo del libro si dà subito atto dell'estrema difficoltà di affrontare uno studio sistematico e globale del regime giuridico dei singoli settori di intervento dell'amministrazione. La crescita abnorme della legislazione speciale rende impossibile concepire un'opera caratterizzata da esaustività, orientando piuttosto a fornire una guida per il "mondo inestricabile degli ordinamenti amministrativi" (pag. 33). Del resto, si ribadisce più volte che lo "scandaloso" aumento delle norme, non sempre opportune, né adeguate, né utili, porta con sé il rischio di un'obsolescenza o "disattualizzazione" di buona parte dei contenuti della parte speciale del diritto amministrativo (pag. 35). Sempre nel prologo Bermejo Vera mostra preoccupazione per l'accelerato e incontrollato processo di inflazione normativa, il quale conduce ad una perdita di qualità delle leggi e urta con il principio costituzionale di sicurezza e di certezza del diritto. Alla base del fenomeno vi è sicuramente un sistema di "policentrismo ordinamentale", derivante sia dal carattere autonomistico dello Stato spagnolo, sia dall'inserimento di quest'ultimo all'interno dell'Unione europea. Ma l'attuale inflazione normativa non dipende solo e tanto dalla moltiplicazione dei centri di creazione del diritto, ma è strettamente legato alla situazione reale delle organizzazioni politiche e dei suoi responsabili ("*no es fácil ... poner ordenanza jurídica donde no hay orden social, pero tampoco está justificado el acomodo, sin más, de la regla a las apetencias individuales o colectivas*"). L'ordinamento giuridico-amministrativo non può essere la mera somma di interessi settoriali e contingenti, cioè una "*babelización*", pena la sua scomparsa come sistema valido ed efficace (pagg. 36-37). E' questo un tema particolarmente caro al curatore del volume, che di recente ha pubblicato una monografia dedicata appunto a "*El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*" (Civitas Ediciones, 2005), sostenendo che la sicurezza giuridica costituisce nell'attuale contesto sociale uno dei principi o valori essenziali del diritto (art. 9.3 della Costituzione), messo in pericolo dall'ordinamento pluralista.

A fianco dei problemi legati al processo di iperproduzione normativa si evidenziano poi i problemi connessi al procedimento di applicazione della legge, dovuti ai pericoli di arbitrio giudiziario. Il suggerimento che formula a tal proposito Bermejo Vera è di creare le condizioni per una giurisprudenza costante, ottenibile, ad esempio, con la tecnica del precedente giurisprudenziale (pag. 38). Emerge così la chiave di volta dell'intera opera, che consentirebbe di conciliare il

principio costituzionale della certezza del diritto con l'esistenza di ordinamenti giuridici pluralistici e composti: al fine di porre le istituzioni giuridiche al di sopra delle cangianti regole di diritto positivo si esalta il compito interpretativo del giudice, vincolato al precedente giudiziale e ad un ordine giuridico comune, con un conseguente aumento del livello di prevedibilità delle decisioni (pagg. 37-39).

2. La vera e propria prima parte del volume, dedicata all'attività amministrativa e alle potestà ("*Acción administrativa y potestades*"), si distingue al suo interno in tre blocchi ideali: il primo relativo alle tradizionali modalità di azione dell'amministrazione, il secondo alle potestà amministrative specifiche e il terzo, assai breve, all'azione amministrativa svolta in collaborazione con privati. Osservato che i principi di legalità, eguaglianza, proporzionalità e partecipazione attraversano trasversalmente l'agire amministrativo, si sottolinea l'esistenza di diverse prospettive per inquadrare le tradizionali modalità di azione dell'amministrazione. Nel volume la preferenza va all'adozione della prospettiva della natura o del carattere dell'attività: si avranno così attività di polizia o limitative, attività di promozione o ampliative, attività di prestazione altrimenti definibili come di servizio pubblico o di gestione economica diretta. Al contempo, però, si precisa che i vari settori in cui si esplica l'agire amministrativo non sono caratterizzati da una singola e particolare modalità di attuazione ad esclusione delle altre, dal momento che spesso in un medesimo settore si combinano differenti modi di azione (pagg. 51-52).

Come accennato, a questa classificazione di ordine generale è fatta seguire una classificazione relativa alle potestà amministrative specifiche di volta in volta conferite alle amministrazioni, strumentali alla realizzazione delle loro missioni. Questa potestà danno luogo a posizioni di autentico privilegio e di supremazia, rese necessarie per il raggiungimento dei fini attribuiti, ma che parimenti devono fare i conti con l' "*omnipresente principio de legalidad*" (pag. 73). Le potestà amministrative specifiche vengono identificate nella potestà sanzionatoria, nella potestà tributaria e finanziaria, nella potestà di programmazione e di pianificazione, nella potestà espropriativa –qui analiticamente esaminata-, nella potestà arbitrale e in quella ispettiva e di investigazione (pagg. 75 ss.). Esistono, invero, altri privilegi di cui gode l'amministrazione - esecuzione forzata, potestà normativa e di autorganizzazione -, ma essi sono oggetto di trattazione all'interno non della parte speciale, bensì di quella generale del diritto amministrativo (pag. 75); siffatta distribuzione avrebbe richiesto una spiegazione motivata, non essendo immediatamente percepibile il criterio che presiede alla distinzione. In ogni caso è sicuramente interessante che il punto d'attacco per una trattazione di diritto amministrativo speciale sia rinvenuto non dal lato del cittadino e delle situazioni giuridiche soggettive dallo stesso vantate, bensì dal lato dell'amministrazione e delle sue prerogative. Nella parte prima del volume il modello di rapporto tra amministrazione e privato risulta ancora essere quello tradizionale, in cui domina la superiorità funzionalizzata dell'amministrazione, anche se poi l'analisi puntuale dei vari settori di intervento amministrativo (pagg. 145-1191 ss.) pare smentire siffatto assunto.

Con la parte seconda del volume (*La Administración de las prestaciones públicas*) si entra nel vivo del diritto amministrativo speciale. Oggetto di analisi è l'amministrazione di prestazione e in particolare sono presi in considerazione i settori della scuola e dell'università, della sanità, dello sport, della cultura e dello spettacolo, nonché la tutela dei consumatori e degli utenti (pagg. 143-349). Si ritiene che il principio base che caratterizza tutta l'amministrazione di prestazione nei vari

settori sia la “*centralización en la planificación*” e la “*descentralización en la gestión*”, con un passaggio da una visione bidimensionale del diritto amministrativo, incentrata sulla relazione tra amministrazione e cittadino, ad una prospettiva tridimensionale, dovendo porre accanto ai questi due soggetti tradizionali anche alcune entità private che svolgono funzioni di interesse generale. Siffatto fenomeno impone una nuova configurazione dell’attività di prestazione e una ridefinizione delle modalità di azione amministrativa (pag. 159).

Nella parte terza (*Patrimonio y propiedades públicas*) si affronta la disamina del diritto pubblico dei beni, che si articola in una trattazione generale, comprendente le regole giuridiche comuni a tutti i beni pubblici (pagg. 353-407), e in diverse trattazioni specifiche, relative a singole grandi categorie di beni pubblici: acque, spiagge, miniere, strade, foreste (pagg. 409-588). Segue poi la parte quarta (*Ordenación del territorio, urbanismo, vivienda y medio ambiente*), dedicata sia al diritto urbanistico, sia al diritto ambientale, in cui si tenta di porre ordine all’interno del complesso riparto di competenze tra Stato e autonomie (pagg. 591-824).

La corposa parte quinta (*Administración y economía*) analizza il diritto pubblico dell’economia (pagg. 825-1197). Per completezza ed esaustività essa costituisce quasi un libro nel libro ed è la parte che più ha subito ampliamenti e rimaneggiamenti sostanziali nel corso delle varie edizioni (cfr. la ben diversa scansione degli argomenti nella prima edizione del 1994, pp. 637-906). Nelle pagine introduttive della sezione viene invocata l’autorità di M.S. Giannini per sottolineare l’importanza di conoscere sia il regime giuridico dei poteri amministrativi sia le garanzie apprestate per i soggetti privati in campo economico. Le coordinate di fondo del sistema sono date dai fenomeni di liberalizzazione, privatizzazione, deregolamentazione e conseguente ri-regolazione del settore economico, tutti stimolati dal diritto comunitario. Si osserva che tali fenomeni portano con sé profondi mutamenti, non comprensibili se si seguono gli schemi concettuali del diritto amministrativo classico. Non si tratta semplicemente dell’utilizzazione del regime giuridico privato da parte delle imprese pubbliche, ma di un più generale processo di privatizzazione della gestione dei servizi pubblici tradizionali e dell’esercizio delle funzioni pubbliche – del quale la creazione dell’*Agencia Estatal de la Administración Tributaria* costituisce l’esempio più paradigmatico- (pag. 833). Si forma così un *derecho singular*, distinto dal diritto comune delle pubbliche amministrazioni, che consente una maggiore libertà nello svolgimento delle finalità pubbliche senza che ne risulti trasferita la titolarità, come già sostenuto da F.J. Villar Rojas (*Privatización de servicios públicos*, Madrid, 1993). Di converso, si segnala il paradosso dell’*administrativización del derecho mercantil*, nel quale vengono introdotti forti controlli (tutela dei consumatori, regole di contabilità, regole di trasparenza), avvicinandolo così al diritto amministrativo (pag. 836 ss.).

Alla sezione introduttiva della parte relativa al diritto pubblico dell’economia segue una sezione dedicata alla cd. Costituzione economica e finanziaria spagnola e poi si passa a considerare la pianificazione economica, la riserva al settore pubblico di attività economiche, l’impresa pubblica, le sovvenzioni, la regolazione amministrativa dei settori economici (agricolo, industriale, commerciale, turistico, delle scommesse), l’intervento pubblico nei mercati finanziari, nonché le grandi reti di prestazione e di distribuzione dei servizi economici (mercati energetici, radiotelevisivo, postale, dei trasporti e delle telecomunicazioni).

A conclusione del volume, nella parte sesta (*La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*), si affronta il tema della responsabilità dell’amministrazione, con particolare attenzione

alla materia urbanistica, anche in considerazione del fatto che il regime attuale sorge sostanzialmente con la *Ley de Expropiación Forzosa* del 1954, che ha consacrato in forma generale la responsabilità oggettiva dell'amministrazione (pagg. 1199-1281). Si sottolineano le peculiarità della responsabilità patrimoniale dell'amministrazione, anche se essa rimane pur sempre nell'alveo della responsabilità civile, e l'evoluzione che ha subito nel corso del tempo il significato di questo regime speciale: se originariamente la mancata applicazione delle disposizioni codicistiche aveva lo scopo di limitare la responsabilità dell'amministrazione, ora invece il sistema della responsabilità dei pubblici poteri è più garantista di quello risultante dal codice civile, per lo meno nelle sue formulazioni normative. Si analizzano poi i requisiti della responsabilità: lesione, azione o omissione imputabile ad un'amministrazione, con la clausola generale del *funcionamiento de los servicios públicos*, e nesso di causalità. Infine sono illustrate le conseguenze della responsabilità patrimoniale, tenendo presente che a partire dalla *Ley Orgánica 6/1998* le controversie in tema di responsabilità patrimoniale dell'amministrazione sono state attribuite ai soli giudici amministrativi, quale che sia la natura dell'attività e il tipo di relazione da essa derivante. Per quanto riguarda poi la problematica della cd. pregiudizialità amministrativa, in Spagna è sempre necessario proporre l'azione di annullamento, previamente o contestualmente a quella risarcitoria. Si richiama però quella dottrina (A. Blasco Esteve, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Cividas, Madrid, 1985) che ha criticato il fatto che in questa maniera il termine di prescrizione del diritto al risarcimento fissato in un anno dal legislatore viene sostituito con un termine molto breve di decadenza dell'azione di annullamento e di conseguenza sostiene la possibilità di proporre la sola azione risarcitoria, la quale si baserà sull'antigiuridicità non dell'atto amministrativo, bensì del risultato lesivo.

3. Il volume curato da Bermejo Vera presenta l'indubbio pregio di offrire in un unico contesto una trattazione organica, ampia e articolata di temi tradizionalmente ricondotti al diritto amministrativo speciale. Di consueto, in Spagna come in Italia, il diritto ambientale, il diritto urbanistico, il diritto scolastico, il diritto pubblico dell'economia, il diritto dei beni culturali, il diritto delle telecomunicazioni sono studiati gli uni separatamente dagli altri.

La qualità che presenta la trattazione congiunta di discipline settoriali e specifiche è di consentire di cogliere più agevolmente tendenze complessive e fattori di trasformazione di carattere trasversale. Dal volume a cura di Bermejo Vera emergono con nettezza questi tratti: l'europeizzazione del diritto, l'inflazione normativa, la moltiplicazione e la differenziazione dei centri di potere amministrativo, il crescente peso delle autonomie territoriali, la riduzione della tradizionale sfera pubblica e l'emergere di forme nuove dell'agire amministrativo, la sempre maggior porosità del confine tra diritto pubblico e diritto privato, la diluizione della specialità del diritto amministrativo, il passaggio dall'immunità del potere amministrativo alla piena sottoposizione dell'amministrazione alle regole della responsabilità. La lettura del volume permette così di afferrare al meglio le affinità tra il nostro ordinamento e quello spagnolo, che si trovano ad affrontare gli stessi problemi, ad attraversare gli stessi fenomeni e a predisporre le stesse soluzioni, se si prescinde da alcune inevitabili variabili, specie relative al diverso peso occupato in Spagna dalle Comunità autonome. La dinamicità e la problematicità appaiono dunque costanti di tutto l'odierno diritto amministrativo.

Invero, altre opere obbediscono, pur nella loro specialità, ad un'impostazione unitaria, volta a trattare in un'unica sede i diversi settori di intervento amministrativo. Basti pensare, in Spagna, al *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general* di S. Muñoz Machado (Thomson Civitas, 2004), dove si spazia dal diritto urbanistico al diritto pubblico dell'economia, oppure alla *Parte especial del Derecho Administrativo*, a cura di E. Linde Paniagua (Colex, 2007), che affronta congiuntamente lo studio del diritto urbanistico, del diritto sportivo, del diritto dello spettacolo, del diritto del turismo, del diritto sanitario, del diritto ambientale, del diritto dell'energia, del diritto dei trasporti, del diritto delle telecomunicazioni.

Se si volge lo sguardo all'Italia, l'esposizione in un'unica sede della parte speciale del diritto amministrativo segue due diverse impostazioni, indipendentemente dalla circostanza che uno o più Autori abbiamo partecipato alla redazione dell'opera. Vi è l'impostazione inaugurata da G. Zanobini, che ai primi tre volumi di parte generale (principi generali, giustizia amministrativa e organizzazione amministrativa) del suo *Corso di diritto amministrativo* (Milano, prima ed. 1936-38; ottava e ult.ed. 1958-59) fa seguire un volume sul regime amministrativo dei beni e un altro sulle principali manifestazioni dell'azione amministrativa. Impostazione poi ripresa da A. M. Sandulli, il quale, dopo avere trattato dei soggetti e dell'azione dell'amministrazione nel primo volume del suo *Manuale di diritto amministrativo* (Napoli, prima ed. 1952, quindicesima e ult. ed. 1989), si dedica nel volume secondo ai mezzi (o beni), ai compiti -di organizzazione, di conservazione e di benessere- dell'amministrazione e ai suoi obblighi, oltre che alla giustizia amministrativa. Schema da ultimo utilizzato dai vari Autori che hanno partecipato alla stesura del *Manuale di Diritto amministrativo* edito da Monduzzi (Bologna, prima ed. 1993, quarta e ult. ed. 2005), nel cui secondo volume è contenuta, insieme all'analisi della giustizia amministrativa, la trattazione di alcuni settori del diritto amministrativo (scuola, università, ambiente, beni culturali, servizi pubblici e attività consensuale dell'amministrazione).

Esiste poi una diversa impostazione, originariamente fatta propria da V.E. Orlando con il *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* di cui fu il curatore (Milano, 1897-1932), e poi recentemente ripresa da S. Cassese, sotto la cui direzione è stato pubblicato il *Trattato di diritto amministrativo* (Milano, prima ed. 2000, seconda e ult.ed. 2003). Per sua natura, il Trattato ha un respiro più ampio del Manuale; visto che "per la ricchezza dei temi esaminati, mira a presentare tutti i capitoli della vasta materia con il duplice scopo di fornire alla pratica una trattazione completa e di offrire alla teoria una base sulla quale erigere una rinnovata riflessione sistematica" (S. CASSESE, *Prefazione al Trattato*, VII-VIII). L'impostazione è solitamente problematica e talvolta storico-problematica, dà conto di dubbi e di difformità di opinioni e cerca anche di innescare successivi sviluppi evolutivi.

Il volume curato da Bermejo Vera va ricondotto al primo filone menzionato, presentando un indubbio carattere di manuale, scisso in due parti, una di carattere generale, l'altra, qui oggetto di recensione, di parte speciale. Il curatore si prefigge in via espressa un obiettivo essenzialmente didattico a vantaggio degli studenti universitari, e, al tempo stesso, mira a fornire una fonte di informazioni sia per i professionisti, sia per gli aspiranti ai concorsi pubblici (*Prólogo*, pag. 34). Ciò spiega le ben sette edizioni dell'opera, dal momento che essa deve sempre essere tenuta aggiornata. Proprio per la sua natura di sussidio didattico, il volume risulta di agevole lettura, utilizzando un linguaggio piano, pur nella ricchezza di riferimenti normativi e giurisprudenziali, mentre, non a

caso, più scarsi sono i richiami dottrinali. Si osservi poi che del tutto originale è la scelta di affidare non ad un singolo Autore la redazione delle diverse parti in cui si articola il volume, come solitamente avviene in questi casi, bensì di frazionare ulteriormente la paternità degli scritti, assegnando capitoli o addirittura paragrafi di capitoli ad Autori distinti. Questo elemento formale rende più accentuato l'intento didattico rispetto all'intento sistematico, privilegiando la funzione di trasmissione di dati, normativi e non, piuttosto che di ricostruzione di un sistema giuridico e dei suoi principi.

Anche se il volume ha uno scopo didattico, il suo valore sta nel non volere separare rigidamente questo scopo da quello scientifico, in quanto l'opera aspira a dare all'eterogenea materia una qualche sistemazione, nonostante il continuo mutamento imposto dal diritto positivo. Questo tratto è particolarmente visibile nella dichiarazione di intenti fatta nell'introduzione sopra riportata, ove si afferma a chiare lettere che lo spettro di una "babelizzazione" del diritto amministrativo può essere allontanato con la tecnica del vincolo al precedente giurisprudenziale. Invero, nel corso della trattazione non sempre emerge questo filo rosso e lo scollamento tra principi ispiratori per l'architettura del sistema e trattazione dei temi specifici è spia di una difficoltà di fondo. Infatti, cimentarsi con la cd. parte speciale del diritto amministrativo pone almeno due problemi, tra loro connessi: il primo relativo alla perimetrazione dei confini della stessa parte speciale e quindi relativo alla scelta di temi da trattare, il secondo, ben più radicale, concernente l'esistenza o meno di una parte speciale come contrapposta ad una parte generale del diritto amministrativo.

Il curatore dell'opera afferma esplicitamente di seguire una distribuzione convenzionale delle materie (pag. 34), ma il rischio che presenta qualsiasi trattazione di parte speciale è di risultare arbitraria nelle sue partizioni. Ad esempio, in Italia la giustizia amministrativa è ancora inserita in alcune trattazioni all'interno del diritto amministrativo speciale, mentre in Spagna (fortunatamente) il diritto processuale amministrativo non viene mai considerato accessorio al diritto sostanziale amministrativo in un rapporto di generalità-specialità. Si pensi poi al fatto che lo stesso Bermejo Vera affronta il tema della responsabilità della pubblica amministrazione sia nel volume *Derecho administrativo básico. Parte general* (pagg. 375-470) sia nel volume relativo alla parte speciale del medesimo (pagg. 1201-1278), a testimonianza della difficoltà di inquadramento della specifica materia. Inoltre, è percepibile uno iato tra la prima e la seconda parte del volume sul diritto amministrativo speciale, l'una, come visto, dedicata all'azione e alle potestà amministrative e l'altra agli specifici settori di intervento amministrativo; non è chiaro se il volume, nel tracciare i lineamenti del diritto amministrativo speciale, obbedisca alla logica delle funzioni o dei compiti amministrativi oppure consideri i vari ambiti materiali in cui si esplica l'azione amministrativa, o, ancora, intenda combinare insieme le due logiche.

Ma a questo punto non è possibile sottrarsi alla domanda fondamentale in materia: esiste una parte speciale del diritto amministrativo da contrapporre ad una parte generale? Il pensiero sistematico poggia sull'idea della separazione tra parte generale e parte speciale, ma al tempo stesso intende racchiudere entrambe in una cornice concettuale unitaria, in modo da sottolineare le reciproche interazioni e interrelazioni tra le due sfere. La chiave di volta di un'idea ordinatrice del diritto amministrativo sta nell'induzione di una teoria generale a partire dalle particolarità che presenta ciascuno dei settori del diritto amministrativo speciale e nella riconduzione di siffatte

particolarità all'interno di principi generali. Allora occorre chiarire quali siano i principi ordinatori che valgono per ogni segmento del diritto amministrativo, per facilitare un processo dialettico di induzione e di deduzione. Il tema è tutt'altro che nuovo e in Italia è stato affrontato in passato, tra i tanti, da O. Ranelletti e da M.S. Giannini. Forse però adesso è giunto il momento di tornare a riflettere seriamente sul modo in cui il diritto amministrativo generale sia la chiave per ordinare quello speciale, perché attualmente non è affatto scontato quale sia il punto di vista ordinante di un'ipotetica parte generale del diritto amministrativo (MARGHERITA RAMAJOLI).