

ALBERTO ROMANO

INTERESSE LEGITTIMO E ORDINAMENTO AMMINISTRATIVO

1. Individuazione del tema: i concetti di ordinamento amministrativo e di interesse legittimo; affermazione di una loro connessione. — 2. Indicazione del quadro concettuale sulla base del quale sviluppare l'analisi: la distinzione tra le norme di relazione, o di esistenza dei poteri dell'amministrazione, e le norme di azione, di disciplina dell'esercizio di tali poteri; precisazione dei caratteri delle une e delle altre. — 3. Richiamo della tesi altrove sostenuta, secondo la quale tale distinzione è il riflesso della distinzione tra norme legislative primarie e norme regolamentari secondarie; constatazione della attuale moltiplicazione della normativa di azione in forma legislativa primaria; l'esigenza di una analisi, avente lo scopo di saggiare l'individuabilità dei caratteri della normativa di azione e regolamentare, in norme ormai formalmente legislative primarie. — 4. Richiamo di giurisprudenza della Corte costituzionale; argomenti a favore della tesi della individuabilità con i caratteri sostanziali che sono loro propri, delle norme di azione, quindi regolamentari, anche quando esse rivestano forma legislativa primaria. — 5. L'analisi dei caratteri sostanziali delle norme di azione in forma di legge: il legislatore che le emana agisce funzionalmente come organo amministrativo che adotta un regolamento, incontra nelle norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione gli stessi limiti che vincolano questo, e dunque opera solo in forza dell'autonomia dell'amministrazione. — 6. Indicazione di problemi attinenti al sistema delle fonti la cui impostazione e la cui soluzione potrebbe essere facilitata dalla individuazione dei caratteri sostanziali delle norme di azione in forma di legge: il rapporto tra amministrazione e legge; le riserve di legge; i limiti intrinseci della legislazione regionale; i problemi delle c.d. leggi-provvedimento, del c.d. eccesso di potere legislativo, della responsabilità dello Stato per legge incostituzionale, dei limiti della abrogabilità della legge; le possibilità di recupero della tradizionale distinzione tra leggi in senso sostanziale e leggi in senso formale. — 7. I caratteri dell'ordinamento amministrativo; la ricomprensione in esso di tutta la normativa di azione, anche di quella in forma legislativa; la sua definizione come l'ordinamento che l'amministrazione costruisce in forza della sua autonomia, per regolare l'esercizio dei poteri dei quali è titolare, in funzione esclusiva dei suoi interessi; l'articolazione e la complessità del suo sistema delle fonti; i suoi tratti unificanti. — 8. La fertilità delle utilizzazioni del concetto di ordinamento amministrativo,

in quanto applicazione della teoria istituzionale e del principio della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano. La definizione del diritto amministrativo, in simmetria con la ricostruzione dei caratteri del diritto privato operata da Salvatore Romano: il diritto amministrativo come il diritto dell'ordinamento generale relativo all'autonomia dell'amministrazione e il diritto che nell'esercizio di questa autonomia l'amministrazione pone costruendo il proprio ordinamento particolare; la conseguente insuperabile eterogeneità delle fonti del diritto amministrativo. Prime applicazioni: il potere del giudice ordinario di disapplicare il provvedimento amministrativo lesivo del diritto soggettivo dedotto in giudizio; l'impostazione del problema della risarcibilità dei danni derivanti da atto amministrativo illegittimo. — 9. Spunti per la determinazione dell'oggetto del giudizio amministrativo. La ricostruzione di un concetto unitario di ordinamento generale comprendente non solo le norme concernenti il diritto privato, ma anche le norme che attribuiscono e delimitano i poteri dell'amministrazione nei confronti dei soggetti privati e degli altri soggetti pubblici. La pertinenza all'ordinamento generale dei provvedimenti della cui legittimità il giudice amministrativo giudica. La valutazione di tale legittimità alla stregua delle norme di azione, considerate pertinenti all'ordinamento amministrativo. L'annullabilità del provvedimento impugnato per violazione di norme di azione non connesse con interessi individuali, come le norme sulla competenza, e organizzatorie in genere. — 10. L'interesse individuale emergente nel processo amministrativo non può derivare dalla norma di azione violata dal provvedimento impugnato. L'inutilizzabilità del concetto di interesse legittimo per la determinazione dell'oggetto del giudizio amministrativo. L'interesse individuale emergente nel giudizio amministrativo deve concretare una situazione giuridica soggettiva, che però è rilevante già nell'ordinamento generale. Considerazione di casi particolari: i provvedimenti negativi; gli interessi c.d. diffusi. — 11. La situazione giuridica soggettiva rileva nel giudizio amministrativo solo come fattore di legittimazione al ricorso; la scissione tra questo fattore e l'oggetto del giudizio. Ripresa dei temi dei provvedimenti negativi e degli interessi c.d. diffusi. Possibilità di una riduzione del ruolo svolto dalla Cassazione come giudice delle giurisdizioni. Il giudice amministrativo come il giudice dei provvedimenti amministrativi, pertinenti all'ordinamento generale, alla stregua delle norme di azione, pertinenti all'ordinamento amministrativo. Considerazioni conclusive sull'oggetto del giudizio amministrativo come di un giudizio su atti; le possibilità di una sua evoluzione; la preclusione ad una sua trasformazione in un processo su rapporti. — 12. Il problema della definizione dell'interesse legittimo. L'interesse legittimo come il diritto soggettivo dell'ordinamento amministrativo. L'identità strutturale dell'interesse legittimo e del diritto soggettivo. L'eterogeneità delle varie figure di interesse legittimo che sono state identificate dalla dottrina è simmetrica con la eterogeneità delle varie figure del diritto soggettivo. Il diritto soggettivo come interesse individuale protetto dall'ordinamento generale perché coincidente con i propri fini; quindi, il diritto soggettivo come l'interesse legittimo dell'ordinamento generale.

Considerazioni conclusive sulla distinzione dell'ordinamento amministrativo, dei suoi interessi e degli interessi legittimi, dall'ordinamento generale, dai suoi interessi e dai diritti soggettivi. — 13. Il ruolo tradizionale del giudice amministrativo come del giudice dell'ordinamento amministrativo. La reale situazione attuale del riparto delle giurisdizioni tra giudice amministrativo e giudice ordinario. Il giudice amministrativo si sta trasformando nel giudice anche delle norme dell'ordinamento generale sull'attribuzione e sulla delimitazione dei poteri dell'amministrazione. Le prospettive di sviluppo del nostro sistema di giustizia amministrativa.

1. Nella letteratura di diritto amministrativo sono richiamati, tra i tanti, due concetti di primaria importanza, che paiono particolarmente ricorrenti, sia pure in diversa misura e in diverso senso, e che pure, ciò nonostante, paiono particolarmente indefiniti.

Anzitutto, il concetto di ordinamento amministrativo: che esso sia configurabile, sembra generalmente intuito, e anzi recisamente suggerito dalla frequenza stessa con la quale questa locuzione è impiegata correntemente; ma non si può certo dire che con pari precisione ne siano stati delineati i caratteri, a cominciare proprio da quelli che un ordinamento individuano: il suo fondamento, la sua fonte ordinante, le norme che lo costituiscono, le entità che ne sono considerati i soggetti, gli interessi che vi trovano tutela, e quindi, dato che si rivelerà di rilievo centrale, le situazioni che, in tal modo, a quei soggetti vengono attribuite.

E, certo non secondariamente, il concetto di interesse legittimo: nozione cardine del diritto amministrativo, alla quale più o meno correttamente si ricorre per risolvere tanti e importantissimi problemi della materia, dalla configurazione del rapporto sostanziale tra privato e amministrazione, alla determinazione delle situazioni dell'uno la cui violazione da parte dell'altra sia risarcibile, dalla definizione dell'oggetto del processo che si celebra davanti al giudice amministrativo, al riparto di giurisdizione tra questo e il giudice ordinario, e così via; ma che ciò nonostante appare insoddisfacentemente definita: una letteratura ormai sterminata, agli interrogativi che ogni sua analisi non può eludere, risponde con troppe voci diverse, e quindi non offre certezze, là dove di certezze ci sarebbe maggior bisogno, quando addirittura non arriva a negare la configurabilità

del concetto, o quanto meno la sua rilevanza, per la soluzione dei problemi sopra ricordati.

Queste riflessioni sono un tentativo di portare un contributo per una migliore definizione di questi due concetti, che vengono qui considerati unitariamente, perché parrà che l'uno si possa spiegare con soddisfacente chiarezza solo sulla base dell'altro; e che vengono qui esaminati, perché qui si celebra il centocinquantesimo anniversario della istituzione del Consiglio di Stato: e una delle definizioni possibili del suo ruolo, tra le più significative per l'essenziale, tra le meno imperfette e parziali, anche se per certi aspetti ormai in via di superamento, potrebbe essere questa: la garanzia del rispetto da parte dell'amministrazione delle norme specifiche del suo ordinamento, e non di quello generale, in funzione della tutela dell'interesse individuale a carattere sostanziale del ricorrente.

2. Anzitutto, occorre delineare il quadro concettuale sulla base del quale sviluppare l'analisi. Che è quello offerto dalla letteratura e dalla giurisprudenza concernente il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: l'indicazione in questo senso è suggerita, e addirittura imposta, se non altro, dal dato per il quale una delle due nozioni da considerare è l'interesse legittimo. In particolare, la distinzione tra norme di relazione, o di esistenza del potere dell'amministrazione, e norme di azione, o di disciplina dell'esercizio di questo potere stesso: la distinzione, cioè, nella quale si risolve la contrapposizione del diritto soggettivo all'interesse legittimo, secondo l'impostazione sostenuta da larga parte della dottrina, e adottata generalmente dalla giurisprudenza, a cominciare da quella della Cassazione, per dare soluzione teorica e pratica alla questione di giurisdizione. Già presente nella letteratura della fine del secolo scorso, essa è soprattutto nota per l'organica sua formulazione che ci ha dato il Guicciardi. In altra sede, abbiamo cercato di affermare la sua fondatezza, specialmente nei confronti di altri orientamenti tendenti a dare rilievo decisivo, al fine di negare o affermare la giurisdizione del giudice ordinario, alla esistenza o meno di un provvedimento imperativo, anche invalido, e comunque invalido.

Secondo gli ulteriori approfondimenti dei caratteri della distinzione che allora abbiamo cercato di delineare pur entro i

limiti della sua impostazione tradizionale, le norme di relazione, o di esistenza del potere dell'amministrazione, dal punto di vista del soggetto a questa contrapposto, proteggono in modo assoluto certi suoi interessi, configurandoli così come diritti soggettivi, ossia rendendoli indisponibili per l'amministrazione stessa, perché pongono in relazione a questi diritti corrispondenti limiti di esistenza ai suoi poteri; naturalmente, gli interessi individuali non coperti da questa protezione assoluta, vengono perciò stesso abbandonati alla disponibilità dell'amministrazione, e dunque ricompresi entro i limiti di esistenza dei suoi poteri. Proprio per questa ragione, queste medesime norme non sembrano giuocare un ruolo dissimile quando vengono considerate dal punto di vista dell'amministrazione: entro i limiti di esistenza che pongono ai suoi poteri, esse tutelano in modo altrettanto assoluto i suoi interessi, perché in funzione di questi le rendono disponibili gli interessi degli altri soggetti. La definizione delle norme di relazione, o di esistenza dei poteri dell'amministrazione, presuppone l'antitesi, l'incomparabilità tra diritto soggettivo del privato e potere dell'amministrazione: esse risolvono conflitti intersoggettivi di interessi tra l'uno e l'altra, ponendo il limite reciproco tra tale diritto e tale potere, i quali vengono così ad escludersi a vicenda. La definizione delle norme di relazione, o di esistenza del potere dell'amministrazione, è anzitutto profilabile, perciò, per la funzione che esse svolgono, nella configurazione del rapporto tra amministrazione e soggetti contrapposti; ma essa rimarrebbe monca, se non venisse accompagnata da altre precisazioni, che paiono costituirne l'indispensabile completamento, concernenti gli interessi implicati in tale configurazione. Se è chiara la rilevanza che assume l'interesse individuale protetto come diritto soggettivo mediante l'apposizione di corrispondenti limiti a poteri dell'amministrazione, meno chiari appaiono i caratteri dell'interesse pubblico connesso a questi limiti stessi, perché esso sembra svolgere un doppio ruolo: con maggiore evidenza, quello di interesse dell'amministrazione, contrapposto a quell'interesse individuale, e protetto entro i limiti posti ai poteri dell'amministrazione medesima; ma non solo: questo interesse dell'amministrazione, in tanto può essere limitato nei confronti di tale interesse individuale, in tanto può essere piegato alle esigenze della sua

tutela, in quanto questa sua conformazione sia in funzione di un altro interesse: di un interesse che non può che essere di livello più elevato di quello che è pubblico, nel senso che è dell'amministrazione pubblica, e che dunque, per questo solo dato, è anch'esso pubblico, e anzi a maggior ragione pubblico. Se si considera che l'assetto che le norme di relazione o di esistenza dei poteri dell'amministrazione danno ai rapporti tra soggetti pubblici e soggetti privati, costituisce la trama nella quale si risolve, per questa parte, l'ordinamento generale, si intuisce con evidenza che questo interesse pubblico di livello superiore in funzione del quale tali rapporti vengono conformati, non possa essere che l'interesse pertinente all'ordinamento generale e che quindi deve dirsi pubblico, perché è proprio di questo ordinamento stesso; e l'interesse delle amministrazioni, come soggetti del medesimo ordinamento generale, e che più modestamente deve dirsi pubblico, perché come pubblici, in un senso peraltro ancora tutto da definire, sono tradizionalmente qualificati i soggetti ai quali pertiene.

Le precisazioni che si sono delineate della definizione delle norme di relazione, o di esistenza dei poteri dell'amministrazione, permettono di rendere più rapidi i cenni sui caratteri delle norme di azione. Queste, infatti, per contro, regolano l'esercizio dei poteri dell'amministrazione, senza incidere sui limiti che le norme di relazione, e solo le norme di relazione, a questi poteri pongono: esse non concorrono a determinare l'assetto dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e altri soggetti. Le norme di azione, anzi, da tali limiti risultano vincolate, perché è solo entro tali limiti che possono disciplinare l'esercizio di quei poteri; e lo disciplinano in funzione esclusiva del perseguimento degli interessi dell'amministrazione che ne è titolare: di interessi, perciò, che non riguardano l'ordinamento generale in quanto tale, ma solo dei soggetti di questo; e che sono pubblici, solo perché sono pubblici questi soggetti stessi. Può darsi che tali norme finiscano per tutelare anche interessi di altri soggetti: ma ciò, solo quando la tutela di questi interessi, lungi da costituire un limite per il perseguimento degli interessi dell'amministrazione, di questo perseguimento è addirittura strumento, o quanto meno con le esigenze di questo perseguimento viene a coincidere.

3. In altro scritto, si è cercato di chiarire meglio la distinzione tra norme di esistenza e norme di esercizio dei poteri dell'amministrazione, e di porre in risalto il significato e la rilevanza di essa, e la sua connessione con l'assetto costituzionale generale, tentando di delineare un collegamento di tale distinzione, fuori dal tradizionale filone della sua elaborazione, col sistema delle fonti.

Si era osservato, cioè, che una volta che si sia arrivati a definire così le norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione, risulta evidente che esse debbano avere necessariamente fonte primaria e legislativa: legislativa perché primaria; e non possano avere forma secondaria e regolamentare: secondaria perché regolamentare. Queste norme, infatti, attribuiscono e delimitano i poteri dell'amministrazione, definiscono la sua autonomia; e dunque non possono che costituire parte integrante dell'ordinamento generale del quale l'amministrazione è soggetto, unica fonte originaria unitaria che può derivare i poteri e l'autonomia di tutti suoi soggetti, pubblici non meno che privati; d'altra parte, l'insieme dei poteri dell'amministrazione, come del resto di ogni altro di questi soggetti, non può essere definito, al massimo, che in termini di autonomia, nel cui concetto è tratto essenzialissimo il carattere derivato: il carattere derivato e non originario di quei poteri, il carattere derivato e non originario dell'autonomia medesima che li sintetizza; perciò, in tutta evidenza, resta escluso che le norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione, le norme che questi poteri attribuiscono e delimitano, possano trovare espressione in una fonte, come quella regolamentare, la provenienza della quale dall'amministrazione è elemento costitutivo della sua definizione: già sotto questo primo profilo, la tesi del collegamento tra norme di esistenza e fonte legislativa primaria, e della incompatibilità tra tali norme di esistenza e fonte regolamentare secondaria, appare avere un solido fondamento: tutto lo spessore e la consistenza della distinzione tra sovranità ed autonomia, tra fonte originaria e fonte derivata.

Ma vi è di più: la fonte regolamentare, in quanto espressione dell'autonomia dell'amministrazione, non può che essere posta in funzione esclusiva degli interessi dell'amministrazione stessa: gli interessi di altri soggetti possono essere tutelati da tale fonte, solo in quanto coincidenti con essi, e non in contrap-

posizione ad essi; dunque, la fonte regolamentare è intrinsecamente inidonea ad attuare quel temperamento tra gli interessi dell'amministrazione come soggetto dell'ordinamento generale, e i contrapposti interessi degli altri soggetti di questo medesimo ordinamento, in vista di un superiore interesse che non può che essere pertinente all'ordinamento generale stesso, che abbiamo visto essere funzione specifica delle norme di esistenza: e anche per questa via si arriva alla conclusione che queste norme non possono avere altra fonte che quella legislativa primaria, la sola che possa perseguire gli interessi dell'ordinamento generale, e non quello di singoli suoi soggetti, anche pubblici, conformando in modo corrispondente le situazioni giuridiche di tutti i suoi soggetti, pubblici non meno che privati.

Questa necessità che le norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione abbiano forma legislativa e primaria, questa impossibilità che esse abbiano forma regolamentare e secondaria, che si intravedono per queste ragioni di principio, trovano un riscontro intuitivo sul piano della casistica: i casi più noti sui quali si discute, e in ordine ai quali vi sono oscillazioni giurisprudenziali sulla individuazione del giudice avente giurisdizione in proposito, paiono concernere dubbi di interpretazione esclusivamente di norme legislative primarie; una riflessione, se non una analisi in questa sede impossibile, sull'immenso materiale giurisprudenziale generalmente noto, di applicazione della regola di giurisdizione, sembra portare ad una corrispondente conclusione: la forma regolamentare dalla quale sia rivestita una norma, pare escludere di per sé che sulla violazione di essa possa avere giurisdizione il giudice ordinario, pare implicare di per sé che essa abbia carattere di norma di azione.

Affiora così un altro collegamento, complementare al primo: quello tra norma di azione e fonte regolamentare. L'aspetto del concetto di norma di azione che appare qui di maggiore significato è quello concernente l'oggetto, e dunque il contenuto di essa: la norma di azione, per definizione, disciplina l'esercizio dei poteri dell'amministrazione; ma allora essa ha per oggetto il comportamento di questa amministrazione, solo il comportamento di questa amministrazione: non sembra che essa possa contenere prescrizioni direttamente incidenti sui rapporti tra questa amministrazione e soggetti terzi, e, più generalmente, su situazioni giuridiche di tali soggetti terzi: saranno i provvedi-

menti nei quali l'esercizio così disciplinato dei poteri dell'amministrazione si risolve, che comporteranno effetti giuridici a carico di quei rapporti e di quelle situazioni giuridiche; e solo tali provvedimenti: e ciò, anche se la disciplina disposta dalle norme di azione ha una rilevanza che di per sé ha portata generale: nel senso che la violazione di essa da parte di quei provvedimenti, oggettivamente implica la loro illegittimità, che soggettivamente può essere fatta valere da chi vi abbia interesse. Ora una siffatta definizione delle norme di azione pare attagliarsi a pennello alla definizione dell'oggetto e del contenuto delle norme aventi carattere regolamentare, o, quanto meno, di alcune di esse: di quelle che, appunto, non implicano incidenze dirette sull'assetto dei rapporti tra amministrazione e soggetti terzi, sulle situazioni giuridiche di questi soggetti terzi, ma si limitano a porre la disciplina alla quale l'amministrazione dovrà attenersi nell'emanazione dei singoli provvedimenti concreti aventi effetti su quei rapporti e su quelle situazioni giuridiche, a pena della illegittimità di essi. Rispetto alle esigenze di prosecuzione del ragionamento, questi rilievi possono essere considerati sufficienti: si può rinunciare, così, in questa sede, al tentativo di dimostrare che le norme regolamentari aventi quell'oggetto e quel contenuto, non sono solo uno dei possibili tipi di norme regolamentari: sono il solo tipo che si vorrebbe definire puro di norma regolamentare; è vero che l'esperienza mostra casi di disposizioni in vario modo incidenti direttamente su rapporti tra amministrazione e soggetti terzi, su situazioni giuridiche di questi soggetti terzi, che ciò nonostante rivestono forma regolamentare; ma queste disposizioni, rispetto quel tipo puro di norma regolamentare, paiono presentare un carattere spurio.

Inoltre, sempre per definizione, le norme di azione disciplinano l'esercizio dei poteri dell'amministrazione esclusivamente in vista del miglior perseguimento degli interessi dell'amministrazione stessa: come si è già ricordato, le norme di azione possono tutelare anche interessi di soggetti terzi solo in quanto coincidenti con essi. E anche qui, allora, emerge la corrispondenza tra i caratteri delle norme di azione e i caratteri delle norme regolamentari: anche queste, in quanto provenienti dall'amministrazione, in quanto espressione dell'autonomia di questa, non possono che perseguire esclusivamente i suoi interessi,

e possono tutelare interessi di soggetti terzi solo in quanto con essi coincidenti; insomma, anche le norme regolamentari, come le norme di azione, possono tutelare gli interessi di soggetti terzi solo come interessi legittimi, secondo la più tradizionale definizione che di questi è stata data.

Si apre così la strada all'intuizione che la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, tra norma di esistenza e norma di esercizio dei poteri dell'amministrazione, che tanti fiumi di inchiostro ha fatto scorrere a studiosi e ad estensori di sentenze, possa risolversi, con semplicità addirittura ironica, in quella tra legge e regolamento: i diritti soggettivi, in quanto interessi tutelati da norme di esistenza, sono gli interessi protetti da norme primarie provenienti dal legislatore, l'unica forma che quelle norme di esistenza possono assumere; mentre gli interessi legittimi, in quanto interessi tutelati da norme di azione, sono gli interessi protetti da norme secondarie aventi natura regolamentare, provenienti dall'amministrazione, e cioè aventi i caratteri di forma, oggetto e contenuto più adeguati a quelli sostanziali propri alle norme di azione stesse. Questo collegamento con la teoria delle fonti della distinzione dell'interesse legittimo dal diritto soggettivo, pare dare ad essa maggiore consistenza ed evidenza di quelle che risultano dalle più tradizionali classificazioni di queste figure, e che tante volte sono parse troppo sbiadite; d'altra parte, la contrapposizione accennata delle norme di azione alle norme di relazione, sembra acquistare caratteri sostanziali e contenutistici estremamente marcati, tanto da rafforzare l'intero orientamento dottrinale che comunque la distinzione tra quei due tipi di norme sostiene, nei confronti delle critiche talvolta rivoltegli; come si potrebbe negare validità a tale distinzione, quando si arrivasse a dimostrare che le norme di relazione di tanto differiscono da quelle di azione, che esse non possono assumere quella forma regolamentare e secondaria, che viceversa è la più adeguata per queste ultime? E una volta accolte queste premesse, come si potrebbe contestare che è tale distinzione la chiave per decifrare il problema del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, e non l'esistenza di un provvedimento amministrativo, anche se invalido, e comunque invalido, e cioè indipendentemente dal tipo di norma che esso viola?

Che un consistente ostacolo all'accoglimento dei termini proposti della distinzione suddetta ci sia, e quale esso sia, è però evidente: oggi sempre più spesso, e si direbbe ormai nel maggior numero dei casi, le norme di azione acquistano forma legislativa primaria. Ma non vorremmo considerare irrimediabilmente preclusa una prospettiva ricostruttiva che ci è parsa promettente: vorremmo cercare di salvare l'intravisto collegamento tra la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo da un lato, e sistema delle fonti dall'altro, con un tentativo che deve affrontare un passaggio obbligato: l'analisi dei possibili contenuti, che si intuiscono eterogenei, della legislazione primaria, da condursi con uno scopo molto preciso: l'individuazione, tra tutte le norme alle quali indistintamente viene oggi attribuita la forma legislativa primaria, di una categoria di norme alle quali, ciò nonostante, si possa seguitare a riconoscere i caratteri sostanziali di norme di azione, e non di norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione, e quindi, nello stesso tempo, i caratteri sostanziali di norme regolamentari, e non di norme legislative primarie.

4. Il ragionamento che si viene svolgendo potrebbe parere solo estremamente teorico, e tutto proiettato verso una ricostruzione esclusivamente astratta e dogmatica. Viceversa, esso presenta anche risvolti pratici, ed agganci quali più concreti non si potrebbero immaginare: vi si ricollegano addirittura delle *rationes decidendi* in base alle quali, e solo in base alle quali, la Corte costituzionale ha potuto dichiarare legittime norme di cui, altrimenti, presumibilmente avrebbe dovuto affermare la incostituzionalità.

Anzitutto, si vorrebbe ricordare la sentenza 26 gennaio 1960, n. 1, relativa all'art. 3 della legge 22 dicembre 1956, n. 1589, istitutiva del ministero delle partecipazioni statali, che ha previsto che entro un anno dall'entrata in vigore della legge stessa « ...cesseranno i rapporti associativi delle aziende a prevalente partecipazione statale con le organizzazioni sindacali degli altri datori di lavoro »: sentenza notissima, che ha risolto una questione di grande rilevanza politica e finanziaria, e che ha dato luogo a tanti dibattiti, si direbbe soprattutto per l'entità degli interessi economici coinvolti. La norma fu attaccata, in quanto limitativa della libertà di associazione sindacale di tali aziende,

nonché delle organizzazioni delle quali esse facevano parte. Ma, come si sa, la censura fu respinta dalla Corte, la quale, interpretando la disposizione, e ricostruendo in modo diverso il suo oggetto e il suo contenuto, osservò testualmente che essa aveva « ... per oggetto un'attività che il Governo dovrà svolgere in futuro in conformità del precetto della legge, la quale in sostanza vuole che il Governo curi che gli organi delle società, nelle quali lo Stato ha prevalente partecipazione, adottino le deliberazioni occorrenti per il recesso delle società dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro privati »; e che la medesima è una disposizione « ... per lo svolgimento di una attività amministrativa che, nel caso, gli organi dello Stato avrebbero potuto svolgere anche senza il precetto della legge... ». Si dirà, allora, con un adattamento di questa motivazione al linguaggio e ai concetti impiegati nel nostro ragionamento, che davvero non pare forzarne il significato, che la norma è stata dichiarata non incostituzionale perché non incideva direttamente sulle situazioni giuridiche delineate nel quadro dell'ordinamento generale, delle società a prevalente partecipazione statale, e degli organi amministrativi aventi competenza a gestirle: né stabiliva una limitazione nella capacità di quelle società ad associarsi sindacalmente, né attribuiva a tali organi amministrativi poteri ulteriori rispetto a quelli dei quali erano già titolari in base alla preesistente legislazione e in forza della partecipazione azionaria: altrimenti, parrebbe, la violazione dell'art. 39 Cost. difficilmente avrebbe potuto essere negata. Diverso, nella ricostruzione della norma operata dalla Corte, deve essere considerato il rapporto tra di essa e i poteri di gestione spettanti agli organi amministrativi: tale norma presupponeva solo questi poteri, li accettava nella loro preesistente delimitazione, e si è limitata a regolarne l'esercizio: trasformando in comportamento vincolato, un comportamento che comunque, quegli organi avrebbero potuto benissimo adottare, eventualmente, nell'esercizio della loro discrezionalità. Ritroviamo in una disposizione avente forma di legislazione primaria, così, tutti i caratteri sostanziali che abbiamo visto propri ad un tempo e della normativa di azione, e della normativa regolamentare: la limitazione dell'oggetto della norma all'esercizio di poteri comunque già spettanti all'amministrazione, la mancanza di incidenza diretta sui rapporti tra l'amministrazione stessa e soggetti terzi, e, più gene-

ralmente, sulle situazioni giuridiche di questi soggetti terzi; e, si può aggiungere, la predisposizione di una siffatta regola che l'amministrazione ha dovuto osservare nell'esercizio dei suoi poteri, nell'esclusivo interesse dell'amministrazione stessa, s'intende per il raggiungimento di quegli scopi che il legislatore ha inteso assegnarle: se si potesse ipotizzare un giudizio avente per oggetto la conformità o meno a quella regola di questo comportamento, ignorando per un momento i problemi di impugnabilità del provvedimento e di tutelabilità dell'interesse che una simile ipotesi implicherebbe, almeno in ordine alla individuazione del giudice che avrebbe avuto giurisdizione in proposito si potrebbe avere una certezza: esso sarebbe il giudice amministrativo, e non quello ordinario. In contrapposizione con questi caratteri sostanziali della disposizione in esame, resta il dato della forma della quale essa è rivestita; che appunto, viceversa, è quella legislativa primaria; ma, a ben guardare, questo dato non è nient'altro che una conseguenza obbligata della circostanza per la quale quella norma di comportamento per l'amministrazione è dettata non da un organo che strutturalmente fa parte dell'organizzazione amministrativa, eventualmente dall'organo di vertice dell'esecutivo, ma dal Parlamento; e, all'attuale stadio di sviluppo del sistema delle fonti, il Parlamento che voglia rivolgersi solo all'amministrazione, ma voglia dettarle in modo vincolante una qualsiasi linea di condotta che essa avrebbe potuto comunque adottare nell'esercizio della sua discrezionalità, non può farlo altro che parlando in forma di legge; altrimenti, il Parlamento dovrebbe ridursi ad utilizzare strumenti molto meno sicuri, che si basano solo sul rapporto di fiducia con l'esecutivo, del tipo dell'ordine del giorno e simili. Questi, i risultati qui più significativi, dell'analisi della motivazione della richiamata sentenza della Corte costituzionale; prima di utilizzarli ai fini del nostro ragionamento, si vorrebbe aggiungere che un quadro concettuale analogo emerge anche dalla sentenza della stessa Corte 9 giugno 1977, n. 109 che ha respinto le eccezioni di incostituzionalità, per violazione degli artt. 41 e 43 Cost., dell'art. 12 della legge 4 novembre 1965, n. 1213, Nuovo ordinamento dei provvedimenti a favore della cinematografia, che dispone che le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici e le società a prevalente partecipazione statale debbano affidare all'Istituto Luce la produzione e la di-

stribuzione in pubblico in Italia dei film da essi comunque finanziati.

Sembra che gli esempi addotti possano illustrare con sufficiente chiarezza questo passaggio del ragionamento che si cerca di sviluppare: malgrado che una identica forma legislativa primaria oggi rivesta un numero sempre maggiore di norme di azione, è ancora pur sempre possibile individuare tali norme, al di là della loro forma, per i loro caratteri sostanziali, che poi sono gli stessi delle norme regolamentari, del tipo che si vorrebbe definire come puro: ossia, i caratteri di norme che si limitano a disciplinare comportamenti della sola amministrazione, a dettare le regole alle quali essa si deve attenere nell'esercizio dei suoi poteri. E questa duplicità dei contenuti che le norme in forma legislativa primaria possono avere, corrisponde ad una duplicità di ruoli che ormai il legislatore ha assunto. Sicuramente, esso seguita a svolgere la sua funzione specifica ed essenziale: la definizione dell'assetto dei rapporti tra i soggetti dell'ordinamento giuridico generale, l'attribuzione ad essi delle loro situazioni giuridiche e le delimitazioni di queste situazioni giuridiche stesse, e quindi, in definitiva, la conformazione della capacità, della misura della soggettività di tali soggetti; in questo suo primo e fondamentale ruolo, il legislatore si atteggia come il costruttore dell'ordinamento giuridico generale, e il costruttore insostituibile, e il costruttore esclusivo, perché solo questa sua esclusività può garantire che l'ordinamento che così esso costruisce sia unitario, come unitario deve essere: è evidente che è nello svolgimento di questo suo primo e fondamentale ruolo, che il legislatore formula le norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione: ma questo suo compito non assume caratteri specifici, per il carattere specificamente pubblico di tali amministrazioni: il legislatore formula le norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione, allo stesso titolo e allo stesso modo nel quale definisce i rapporti, le situazioni giuridiche e le capacità di tutti i soggetti dell'ordinamento generale a cominciare da quelli privati; e il legislatore svolge questo suo primo e fondamentale ruolo, in una posizione che si vorrebbe dire di terzietà rispetto a tutti tali soggetti, i rapporti, le situazioni giuridiche e le capacità dei quali vengono tutte indistintamente conformate in funzione diretta non dei loro specifici interessi, ma del solo interesse dell'ordinamento generale;

e questa posizione di terzietà vale nei confronti dei soggetti pubblici dell'ordinamento generale non meno che nei confronti dei soggetti privati di esso: la distinzione tra la funzione del legislatore in questo suo primo e fondamentale ruolo, gli interessi generali che in tal modo esso persegue, e la configurazione delle pubbliche amministrazioni come soggetti dell'ordinamento generale, e gli interessi particolari che esse curano come tali, sembra avere per spessore e consistenza tutto lo spessore e consistenza che in uno Stato di diritto ha la distinzione tra funzione legislativa e funzione amministrativa. Ma, svolto questo primo suo ruolo, il legislatore che non si limita a porre le sole norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione, quando passa a formulare anche le norme del loro esercizio, viene ad assumere un secondo ruolo, che pur svolto dal medesimo soggetto, si rivela come radicalmente diverso, e radicalmente diverso per i suoi caratteri sostanziali intrinseci, da quello fin qui descritto: ora il legislatore non opera più per il contemperamento degli interessi dell'amministrazione come soggetto dell'ordinamento generale con i contrapposti interessi degli altri soggetti del medesimo ordinamento, non definisce più i relativi rapporti, i relativi poteri, le relative capacità, che anzi vengono da esso presupposte, e solo presupposte; ora il legislatore si pone dall'esclusivo punto di vista di alcuni di tali soggetti, le pubbliche amministrazioni, appunto; e, da questo angolo visuale ormai esclusivo, definisce quali siano le linee di condotta ottimali per le pubbliche amministrazioni stesse, che esse possono adottare, tenuto conto dei limiti che le norme di esistenza dei poteri hanno posto alla loro libertà di azione: in questo secondo suo ruolo, anche per il legislatore i poteri dell'amministrazione si manifestano come etero-attribuiti ed etero-delimitati; insomma, in breve: in questo secondo suo ruolo, il legislatore si atteggia come organo deliberativo delle amministrazioni, se si vuole il massimo organo deliberativo di esse.

Una più precisa definizione di questo secondo ruolo che il legislatore è venuto ad assumere, così sbozzato solo a larghissimi tratti, in tutta evidenza implicherebbe la soluzione di problemi semplicemente enormi. Anzitutto, occorrerebbe delineare meno genericamente l'entità strutturale all'interno della quale esso verrebbe così a collocarsi: in prima approssimazione, verrebbe in mente il concetto di Stato-persona, e si sarebbe tentati

di spingere a fondo l'analogia, per poter sfruttare in pieno i risultati dell'analisi concernente la classica contrapposizione di tale concetto a quello di Stato-ordinamento: il legislatore, che anzitutto costruisce l'ordinamento generale, poi viene a collocarsi all'interno dello Stato-persona che di questo ordinamento generale è un soggetto, o un complesso di soggetti, dotato di quei poteri che l'ordinamento generale stesso gli attribuisce.

Ma si tratterebbe, comunque, di una semplice direzione di ricerca: di una ricerca il cui sviluppo non potrebbe in ogni caso eludere numerosi e gravi problemi. Per esempio, se il legislatore, anzitutto statale, ma anche regionale, in questo secondo suo ruolo possa disciplinare solo l'esercizio dei poteri attribuiti rispettivamente alle amministrazioni dello Stato e delle regioni, oppure anche l'esercizio dei poteri attribuiti a tutti gli altri enti pubblici. Questa seconda soluzione più estensiva parrebbe imporsi da sé, anche perché confortata dal dato effettuale, per il quale è normale che sia il legislatore, anzitutto statale, a regolare l'esercizio dei poteri che esso ha previamente attribuito, poniamo, ai comuni, e addirittura alle regioni stesse. E, del resto, che cosa è, che cosa è stato mai il testo unico della legge comunale e provinciale, a cominciare dalla prima legge comunale e provinciale del Regno d'Italia, per non risalire ancora più indietro, specialmente nelle sue norme sugli organi di tali enti, e sui conseguenti riparti di competenze, se non un grande regolamento organico: una normativa di azione posta in funzione degli interessi dei comuni e delle province, ma dal legislatore, e quindi in forma di legge? Dunque, è anche tenendo conto della impossibilità di limitare la normativa di azione adottata dal legislatore statale, alla sola amministrazione dello Stato, che si intravede la possibilità, e prima di tutto l'esigenza, di una costruzione per certi aspetti unitaria dell'intera organizzazione delle pubbliche amministrazioni, che trascenda le autonomie variamente modulate e variamente garantite attribuite a tutte le strutture dotate di personalità giuridica propria.

Ma questa soluzione che così viene data a questo primo problema, immediatamente pone un secondo problema: se il legislatore, anzitutto quello statale, e anche nei confronti delle amministrazioni regionali, e inoltre quello regionale, possa disporre normative di esercizio con pari incidenza nei confronti delle amministrazioni, se così si può dire, di rispettiva pertinenza,

nonché in ordine all'autonomia di tutti gli enti pubblici di ogni tipo. Si tocca così un tema che oggi appare centrale per il diritto amministrativo, anche se la sua considerazione sembra ancora insufficiente: il valore sostanziale della personalità giuridica attribuita formalmente a tutti tali enti pubblici, appunto in quanto enti; valore che, evidentemente, sarà assai diversificato: sarà massimo per le regioni, e almeno consistente per gli altri enti territoriali previsti dalla Costituzione, e per gli enti da loro rappresentativamente derivati; ma che non potrà essere considerato del tutto irrilevante per gli altri enti pubblici, anche strumentali. Il comune non è il prefetto: e se si è ammesso che il legislatore possa dettare una disciplina di esercizio anche per i poteri attribuiti al primo, non si dubita che esso non possa farlo con la medesima incidenza con la quale può regolare l'esercizio dei poteri di competenza del secondo. Ci rendiamo conto che con queste parole diamo una risposta solo tendenziale, estremamente generica e definita in puri termini quantitativi, ad un problema che richiederebbe ben altri approfondimenti di impostazione e ben altra precisione di soluzione; ma si comprenderanno le ragioni per le quali in questa sede non si può neppure tentare di dire qualcosa di più.

5. Comunque, i problemi centrali, quelli che in ogni caso il ragionamento che si cerca di sviluppare non può eludere, riguardano i caratteri che mantengono le norme di azione anche quando assumono forma legislativa primaria, e che delineano il ruolo che il legislatore svolge quando le formula: in particolare, la loro funzione, i loro limiti, e quindi il loro fondamento.

Si è già osservato che le norme di azione, anche quelle in forma legislativa, perseguono esclusivamente l'interesse della amministrazione, s'intende entro i limiti che le norme di esistenza dei poteri consentano loro. Converrà chiarire meglio questo punto: ogni valutazione degli interessi dell'amministrazione che venga operata per così dire dall'esterno, e cioè in funzione degli interessi dell'ordinamento generale, eventualmente in contrapposizione con quelli degli altri soggetti di questo ordinamento stesso, non può che concretarsi nella normativa di relazione, di esistenza dei poteri di essa. Quando è il legislatore medesimo, e non l'amministrazione di questi poteri titolare, che passa ad adottare la normativa di azione, la normativa di eser-

cizio di questi poteri stessi, anch'esso deve abbandonare il piano della costruzione dell'ordinamento generale; ma allora non gli rimane che calarsi all'interno della prospettiva del soggetto al quale aveva attribuito i poteri il cui esercizio ora intende regolare, ossia all'interno della prospettiva dell'amministrazione stessa, che poi è l'unica che questa può adottare nell'esplicazione della sua autonomia regolamentare; ma da questo angolo visuale, solo certi interessi sono apprezzabili: appunto, gli interessi di tale soggetto, di tale amministrazione.

È per questo che si è già rilevato che il legislatore, quando passa ad emanare le norme di azione, pare atteggiarsi come organo deliberativo, se si vuole il massimo organo deliberativo, dell'amministrazione stessa. Appare ora necessario trarre da questa impostazione le ultime conseguenze: si dirà allora che il legislatore, quando formula norme di azione, *funzionalmente* opera come organo amministrativo, come il massimo organo amministrativo: tutta la complessità dei problemi che si aggravigliano nella materia, nasce dalla circostanza che, in questa ipotesi, *strutturalmente* l'organo che emana le norme di azione, è lo stesso che costruisce l'ordinamento generale unitario.

Questa duplicazione del ruolo del legislatore, che fondamentale è il Parlamento, ossia l'organo direttamente rappresentativo, che così è portato a intervenire direttamente nell'esercizio della funzione amministrativa, pare avere, anzitutto, una spiegazione di primo livello: pare ricollegarsi alla tendenza che, specie in questi ultimi decenni, sembra essere stata quella dominante nella articolazione delle strutture amministrative, incidendo pesantemente sul loro precedente carattere burocratico pressoché esclusivo: la politicizzazione, ed anzi addirittura la partitizzazione di tali strutture, ottenuta con una sostituzione sempre più larga di personale legittimato direttamente o indirettamente per elezioni, a personale legittimato per concorso e per carriera, nello svolgimento di attività di solito anche formalmente, ma talvolta solo sostanzialmente amministrative: è la tendenza che è emersa con chiarezza per la prima volta, forse, con la legge ospedaliera del 1968, e che comunque si è imposta con forza soprattutto con l'istituzione delle regioni. Questa duplicazione del ruolo del legislatore, che fondamentale è il Parlamento, però, pare derivare in primo luogo da cause

più profonde: come si è cercato di dire altrove, dal radicale mutamento che si è avuto nell'assetto dei rapporti tra Parlamento ed esecutivo, che si è verificato in seguito alla trasformazione del nostro sistema istituzionale: in seguito al passaggio da una monarchia nella quale il secondo poteva trovare un fondamento in qualche misura autonomo rispetto al primo, ad una repubblica, basata sul principio democratico, connotata da quel carattere parlamentare, che è l'inevitabile conseguenza del monopolio della rappresentanza diretta che è stato attribuito al Parlamento stesso. Con questo passaggio da un sistema dualistico ad un sistema tendenzialmente monistico, il Parlamento ha aggiunto alla sua funzione fondamentale, un ruolo di co-gestione dell'amministrazione con l'esecutivo, che il fondamento relativamente autonomo che questo aveva una volta gli precludeva, o quanto meno gli rendeva più difficile; ruolo di co-gestione, che il Parlamento svolge, naturalmente, tendenzialmente solo a livello di direzione politica dell'esercizio dei poteri attribuiti all'amministrazione, o, quanto meno, con attività di alta amministrazione; e lo svolge principalmente con norme di carattere generale di disciplina dell'esercizio di quei poteri, mediante la formulazione di norme di azione, quindi di norme sostanzialmente regolamentari; principalmente, ma non solo: sono svariate le forme di interferenza del legislatore nello svolgimento delle funzioni amministrative; per esempio, l'emanazione in forma di legge di provvedimenti amministrativi spesso non generali; o il condizionamento di provvedimenti amministrativi a deliberazioni di varia natura del Parlamento, o, di solito, di qualche sua articolazione interna: l'ingerenza del Parlamento nelle nomine una volta di esclusiva competenza governativa di amministratori di enti pubblici per esempio, che leggi relativamente recenti hanno disposto, giuridicamente si presenta certo con caratteri del tutto diversi da quelli della emanazione di norme di azione in forma legislativa, che qui è specificamente considerata, ma politicamente sembra avere le sue stesse radici.

La tesi secondo la quale il legislatore, quando emana sia pure in forma legislativa una normazione che sostanzialmente è di azione, quindi regolamentare, opera funzionalmente come organo dell'esecutivo, pare trovare un preciso riscontro nel rilievo secondo il quale, in tale suo ruolo, anche esso è vincolato agli stessi limiti che incontrerebbe l'amministrazione: in particola-

re, i limiti che ai poteri di essa pone la relativa normativa di esistenza.

Certo, nella prosa del legislatore, anche di un legislatore che non fosse così poco controllato come il nostro, norme di esistenza dei poteri dell'amministrazione, e norme di esercizio di quei poteri stessi si presentano intimamente, spesso inestricabilmente connessi, non solo in una stessa legge, o in uno stesso suo articolo, ma addirittura in uno stesso comma, in una stessa proposizione, in una stessa locuzione. Quando, poniamo, l'art. 1 della legge 28 gennaio 1977, n. 10, norme per la edificabilità dei suoli, dispone che « Ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comunale... è subordinata a concessione da parte del sindaco... », abbiamo insieme la riduzione della sfera giuridica di autonomia garantita ai soggetti privati, mediante la sottoposizione a previa concessione amministrativa dell'attività costruttiva precedentemente di loro pertinenza; la conseguente attribuzione all'amministrazione del corrispondente potere di concedere la possibilità di esercitare tale attività; la limitazione sotto i profili dell'oggetto e del contenuto di tale potere, mediante la definizione, per quanto sintetica e di opinabile interpretazione, di quale sia l'attività del privato ora sottoposta a concessione, rispetto a quella rimasta libera; l'indicazione, dell'ente, il comune, al quale il potere di concessione è stato attribuito; e, infine, l'indicazione dell'organo di questo ente al quale è stata attribuita la competenza ad esercitare tale potere: come esempio di commistione in un unico testo legislativo, per di più breve, di una serie di prescrizioni normative, alcune attinenti alla normativa di esistenza, ed altre, almeno una, attinenti alla normativa di azione, questo addotto pare sufficientemente significativo. Ma quale che sia la indistinzione del testo legislativo, la distinzione dei diversi caratteri delle innumerevoli prescrizioni che da esso siano estrapolabili è sempre possibile: è sempre possibile individuare se ciascuna di esse attiene alla delimitazione dei poteri dell'amministrazione, quindi alla disciplina dei rapporti tra questi e le contrapposte situazioni giuridiche, le capacità degli altri soggetti dell'ordinamento generale, oppure è circoscritta alla sola disciplina dell'esercizio di quei poteri così definiti.

Certo, se una norma di azione in forma legislativa regola l'esercizio di un potere attribuito all'amministrazione superan-

do i limiti che le norme di esistenza di questo gli hanno posto, essa non sarà illegittima, come non potrebbe non esserlo se viceversa rivestisse forma solo regolamentare: tale norma, per il solo fatto che è formulata da quel legislatore che, con prescrizioni aventi medesima forma, può anche dettare l'assetto dei rapporti tra i soggetti dell'ordinamento generale, può anche definire i poteri, le situazioni giuridiche, le capacità di essi, varrà quanto meno per implicito, come corrispondente modificazione anche solo tacita, di quell'assetto, di quei limiti di tali poteri, di quelle situazioni giuridiche, di quelle capacità. Ma, anche qui, al di là del dato formale, e della forza degli effetti che da esso conseguono, sul piano logico non ci devono essere incertezze: è sempre possibile ricostruire con esattezza, e senza ambiguità, quale sia la portata sostanziale della prescrizione volta a volta analizzata: essa può essere considerata norma di azione, solo in quanto rispetti i limiti di esistenza del potere il cui esercizio disciplina, in quanto tali limiti semplicemente presupponga; perché se tali limiti viceversa superasse, essa, pur non diventando per questo solo illegittima, per questo solo non potrebbe non perdere la sua natura di norma di azione: essa attuerebbe una ridefinizione dei limiti dei poteri dell'amministrazione, dell'assetto dei suoi rapporti con gli altri soggetti dell'ordinamento generale; e la attuerebbe, sulla base di una rivalutazione politica degli interessi globali di questo, e non solo del miglior modo di perseguimento dell'interesse specifico dell'amministrazione; si trasformerebbe, cioè, in norma di esistenza del potere.

È in questo senso e per queste ragioni che si era prima osservato che anche il legislatore, quando opera nella formulazione di norme di azione, e finché opera nella formulazione di norme di azione, incontra, come l'amministrazione in sede regolamentare, i limiti posti dalle norme di esistenza dei poteri, malgrado la forma legislativa che esso dà a tali norme di azione, stesse. Rilievo, questo, che par risultare decisivo per la soluzione dell'ulteriore problema che si era sopra indicato: quello del fondamento del ruolo che così il legislatore svolge. Apparentemente, tale fondamento si ricollega alla forma di legge che il legislatore attribuisce alle norme di azione, quando è lui, e non l'amministrazione in forma regolamentare, che le formula; e quindi, tale fondamento viene ad identificarsi nella conseguente:

forza di legge che assumono i precetti così adottati. Ma si tratterebbe, allora, di un fondamento chiaramente sovradimensionato: la forza di legge è indispensabile per la attribuzione e la delimitazione dei poteri, delle situazioni giuridiche, delle capacità dei soggetti dell'ordinamento generale, per dare assetto ai loro rapporti reciproci, e quindi, in sintesi, per costruire l'ordinamento generale stesso; ma essa è del tutto sproporzionata per eccesso rispetto al più ridotto ruolo che il legislatore assume, quando si limita a dettare le regole che, ponendosi dal punto di vista dell'amministrazione, considera ottimali nell'esercizio dei poteri ad essa attribuiti, collocandosi almeno funzionalmente, perciò, all'interno dell'organizzazione dell'amministrazione stessa: sarebbe sufficiente quella più limitata forza, che potrebbero avere le prescrizioni che il legislatore rivolgesse per il loro contenuto sostanziale intrinseco solo all'amministrazione, e non a tutti i soggetti dell'ordinamento generale; e che il legislatore, che non sarebbe più tale, le rivolgesse, in base al ruolo che esso verrebbe ad assumere, perché funzionalmente si collocerebbe all'interno dell'organizzazione amministrativa, ruolo che non potrebbe essere che di supremazia e di direzione: per dirla in breve, sarebbe sufficiente quella forza che è propria dei normali regolamenti, contenenti la sola disciplina di esercizio dei poteri attribuiti all'amministrazione, che perciò regolano il comportamento della sola amministrazione, che quindi hanno per destinatario diretto solo questa, e che sono posti da organi i quali anche strutturalmente appartengono all'organizzazione amministrativa. Ma, come si è già notato, e come comunque è evidente, per il legislatore che voglia rivolgersi solo all'amministrazione, dettandole prescrizioni di comportamento nell'esercizio dei suoi poteri, ma che voglia farlo con una deliberazione giuridicamente vincolante, l'adozione della forma legislativa è una scelta oggi obbligata: il legislatore, in questo caso più precisamente il Parlamento, se rinunciasse ad essa, si troverebbe a disposizione solo deliberazioni del tipo degli ordini del giorno, le quali, se hanno per destinatario solo l'esecutivo, non hanno una forza giuridicamente vincolante, ma si esauriscono nel rapporto di fiducia. Da questo punto di vista, il sistema delle fonti delineato dalla Costituzione, pur così articolato perché attraverso di esso viene regolato, tra l'altro, un rapporto così centrale per l'assetto costituzionale come quello tra Parlamento

ed esecutivo, pare sotto un certo profilo lacunoso: tra l'ordine del giorno e la legge, non vi è nulla che abbia per solo destinatario il destinatario del primo, ma per forza vincolante nei confronti di questo, la forza della seconda: in altre parole, tra l'ordine del giorno e la legge, non vi è una deliberazione avente oggetto e contenuto sostanziale di carattere regolamentare, una forza a questo oggetto e contenuto corrispondente, e proveniente dal Parlamento, e non da un organo che anche strutturalmente faccia parte dell'organizzazione amministrativa; è mancato, cioè, uno sviluppo del sistema delle fonti, che accompagnasse e corrispondesse a quella profonda evoluzione dei rapporti tra Parlamento ed esecutivo che si era prima rilevata, per la quale, in base al passaggio da un assetto dualistico ad un assetto monistico, il primo è venuto ad assumere in misura sempre più larga un rapporto di co-gestione dell'amministrazione col secondo; in particolare, è venuto ad emanare in misura sempre più larga la normativa di azione, di disciplina dell'esercizio dei poteri dell'amministrazione, cioè la normativa sostanzialmente regolamentare.

Le conclusioni alle quali si vuole arrivare sono ormai evidenti: se il legislatore, quando emana norme di azione, malgrado la forma legislativa che per tale ragione è obbligato a dare ad esse, si atteggia almeno funzionalmente come organo dell'amministrazione, se esso in tale suo ruolo incontra delle norme di esistenza che ha prescritto per i poteri dell'amministrazione, gli stessi limiti che vincolano le norme di azione in forma regolamentare, nella sostanza opera in base allo stesso fondamento per il quale l'amministrazione può adottare le regole dal suo punto di vista ottimali per l'esercizio di tali suoi poteri, ossia può emanare regolamenti: non il potere legislativo generale, ma la titolarità di quei poteri, il cui esercizio viene così disciplinato, che il legislatore, almeno funzionalmente, viene in un certo senso in questo modo ad assumere, perché il legislatore, almeno funzionalmente, viene in un certo senso a porsi come parte integrante di quella organizzazione amministrativa alla quale quei poteri stessi sono stati attribuiti: in sintesi, il legislatore, anche il legislatore, quando emana norme di azione, quindi sostanzialmente regolamentari, non fa che esercitare un potere che è espressione dell'autonomia dell'amministrazione,

Questa sorta di sostituzione del legislatore all'amministrazione nell'adozione della normativa di azione, dal punto di vista del privato non è molto rilevante: dal suo punto di vista, tutta la normativa di azione è per lui vantaggiosa, in quanto regola scelte di comportamento già acquisite all'amministrazione, che altrimenti sarebbero rimesse alla sua discrezionalità; e che tale normativa sia stata posta direttamente dal legislatore, è relativamente indifferente. Però questa sorta di sostituzione manifesta tutta la sua rilevanza nella ricostruzione dei rapporti tra Parlamento ed esecutivo. La riserva al solo esecutivo della disciplina dell'esercizio dei poteri che il legislatore ha attribuito all'amministrazione, può valere come regola descrittiva del riparto di competenze di esso rispetto al Parlamento, in una situazione storica nella quale l'esecutivo abbia una valenza politica tale da confinare il Parlamento nella emanazione delle sole norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, ossia in quella funzione di costruzione dell'ordinamento generale anche nei confronti di questa amministrazione che non gli può essere comunque sconosciuta in uno Stato di diritto, nel quale l'amministrazione può essere dotata solo di autonomia, quindi di poteri solo derivati. E quella riserva può valere come regola addirittura prescrittiva di quel riparto di competenze, in un corrispondente sistema costituzionale, che quella valenza politica abbia voluto recepire. In un sistema costituzionale quale è quello attuale, nel quale viceversa il principio dominante è quello della sottoposizione a controllo da parte del Parlamento dell'attività dell'esecutivo, al quale non pare essere riservata una competenza in questo senso esclusiva che possa essere considerata sua propria, quella riserva non può valere certo come regola prescrittiva; e la realtà effettuale mostra quanto largamente essa non abbia nessun fondamento neppure come regola descrittiva. Solo, la sostanza dei fenomeni giuridici ha una forza che tende a prevalere sulla loro stessa forma; e non è davvero la sostituzione del legislatore all'amministrazione, nell'emanazione di norme aventi contenuto di norme di azione, e quindi natura regolamentare, che può modificare questo contenuto e questa natura: contenuto e natura che perciò possono e debbono essere correttamente individuate, anche se rivestite da forma legislativa.

Quando si era proposta la tesi, secondo la quale la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, tra norme di esistenza e norme di esercizio dei poteri dell'amministrazione, tendeva a risolversi nella distinzione tra legge e regolamento, si era subito ammesso che l'accoglimento di essa pareva trovare un forte ostacolo: la forma di legge, che sempre più largamente assume la normativa di azione. È per le argomentazioni che si è tentato di sviluppare, che sembra che questo ostacolo possa essere superato; che sembra di poter ribadire che tale distinzione si risolve senza residui, ormai si può dire, nella distinzione tra legge in senso sostanziale, e regolamento parimenti in senso sostanziale.

6. L'individuazione del doppio ruolo che ormai il legislatore è venuto ad assumere nei confronti dell'amministrazione, sembra poter trovare larghissime utilizzazioni nel diritto pubblico: sono molti i problemi, tra i più importanti e i più dibattuti di esso, che paiono meritare di essere rivisitati, se così si può dire, alla luce della prospettiva che si cerca di delineare, con progressi nella loro soluzione, o, quanto meno, nella loro impostazione.

Così, anzitutto, il problema generale del rapporto tra attività amministrativa e legge: le concezioni dell'attività amministrativa come mera esecuzione della legge, e della legge, come limite meramente esterno all'attività amministrativa, di per sé inaccettabili nella loro absolutezza, perché presuppongono un contenuto indifferenziato della legge, potrebbero risultare volta a volta fondate oppure fuorvianti, secondo che si riferiscano a prescrizioni legislative aventi carattere di normativa di azione, oppure a prescrizioni legislative aventi carattere di normativa di esistenza dei poteri dell'amministrazione: la normativa di esistenza non può che porsi come un limite esterno di poteri il cui esercizio in nessun modo potrebbe essere considerato in funzione di una loro attuazione, giacché esso, viceversa, come l'attività di qualsiasi soggetto dell'ordinamento generale, è in funzione solo del perseguimento degli interessi dell'amministrazione stessa: giacché esso, viceversa, deve essere in esclusiva funzione del raggiungimento dei fini che incombono all'amministrazione per il ruolo istituzionale che deve assolvere; ma l'attività amministrativa può ben essere vista meno

inesattamente come in attuazione della normativa di azione, perché questa consiste nelle regole considerate ottimali per il raggiungimento di quei fini, che l'amministrazione deve osservare nell'esercizio dei poteri attribuiti; e considerate ottimali proprio dall'amministrazione medesima, anche quando tale normativa acquista forma legislativa. Insomma: l'attività dell'amministrazione come l'attività che l'amministrazione svolge, in attuazione delle norme di azione come regole ottimali di esercizio dei propri poteri formulate dall'amministrazione stessa, entro i limiti che la normativa di esistenza ha posto ai suoi poteri.

Una simile articolazione di impostazioni dovrebbe essere profilata anche per il problema della riserva di legge, ogni soluzione unitaria del quale, che non si voglia limitare a proporre indicazioni troppo generiche, sembra incontrare ostacoli difficilmente superabili. Tale problema, infatti, sembra porsi in termini ben diversi, secondo che sia riferito alla normativa di esistenza dei poteri dell'amministrazione, oppure alla normativa di azione: nell'uno e nell'altro caso, la riserva di legge sembra avere contenuti e quindi fondamento del tutto differenti. In ordine alla riserva di legge nei confronti della normativa di esistenza dei poteri dell'amministrazione, si deve osservare che, in uno Stato di diritto, tale riserva viene a porsi come un aspetto particolare di una riserva di legge più ampia, che riguarda la definizione delle situazioni giuridiche, delle capacità di tutti i soggetti dell'ordinamento generale: in un ordinamento generale che necessariamente deve essere unitario, che perciò necessariamente deve avere una unica fonte ordinante, il legislatore, tutti i soggetti di tale ordinamento non possono avere che i diritti e i poteri, e solo i diritti e solo i poteri, che tale legislazione attribuisce loro; ora, un tratto essenziale della costruzione dello Stato di diritto, è consistito nella riduzione della posizione dell'amministrazione, a quella di un semplice soggetto particolare di quell'ordinamento; e allora, in uno Stato di diritto, non è pensabile che l'amministrazione possa disporre di diritti e di poteri ulteriori e diversi, rispetto a quelli che l'unico costruttore di quell'ordinamento ha ritenuto di doverle attribuire. La Costituzione prevede esplicitamente numerose riserve di legge relative alla normativa di esistenza dei poteri dell'amministrazione, dall'art. 23 agli artt. 41, 42, e così via; ma, secondo l'impostazione che si propone, queste singole norme, quale

che sia la loro importanza politica e pratica, paiono avere una portata giuridica assai limitata: anche senza di esse, infatti, il principio della riserva di legge in ordine alla normativa di esistenza dei poteri dell'amministrazione, sembra doversi considerare implicitamente accolto, e totalmente e generalmente accolto nella nostra Costituzione, come in qualsiasi altra Costituzione che uno Stato di diritto voglia delineare; a meno che non si voglia ammettere che, se le richiamate norme della Costituzione nella Costituzione non fossero state scritte, all'amministrazione si potrebbero comunque riconoscere poteri di imporre e di riscuotere tributi, di espropriare, e così via, privi di una specifica base legislativa. Ogni esplicita formulazione settoriale della riserva di legge in ordine a tale normativa, anzi, non solo sembra giuridicamente irrilevante: pare poter presentare addirittura aspetti negativi; perché pare voler offrire ad essa un sostegno solo testuale, e quindi specifico, quasi venendo così a mascherare quanto tale riserva abbia portata generale, e quanto tale riserva sia intimamente connessa con i tratti più profondi ed essenziali del sistema delle fonti di uno Stato di diritto.

Diverso deve essere il discorso sulla riserva di legge in ordine alla normativa di azione, perché essa risponde ad esigenze radicalmente diverse da quelle concernenti la necessaria unità nella costruzione dell'ordinamento generale: tale riserva risolve solo dei problemi organizzativi e funzionali interni alla struttura pubblica, disponendo quella co-gestione dell'amministrazione, che il legislatore è venuto ad assumere con l'esecutivo; anche di questa riserva di legge troviamo nella Costituzione esplicite formulazioni relative ai vari casi nei quali è prevista, forse il più importante e considerato dei quali è quello concernente l'organizzazione amministrativa, secondo la previsione dell'art. 97 Cost.; ma qui queste esplicite formulazioni svolgono un ruolo essenziale: l'assetto dei rapporti tra legislazione ed esecutivo nella co-gestione dell'amministrazione è il risultato delle scelte politiche compiute al riguardo dal costituente; e quindi le norme che questo ha dettato in proposito, sono le indicazioni indispensabili sulla cui sola base è possibile ricostruire l'ampiezza e la misura nelle quali quella co-gestione è stata costituzionalmente disposta.

E, ancora, è sulla base del riconoscimento del doppio ruolo che ormai sembra avere assunto il legislatore, che parrebbe che

debba venire operata la ricostruzione di un limite sostanziale della legislazione regionale, che sembra si debba considerare come essenzialmente inerente ad essa: come si è cercato di sostenere in altro scritto, pare che l'art. 117 Cost. non incida sulla riserva al solo legislatore statale della normativa di esistenza dei poteri dell'amministrazione, ma attui il decentramento legislativo alle regioni solo per la relativa normativa di azione; in altre parole, la legislazione regionale, per un suo limite sostanziale intrinseco, sembra poter avere solo un ben preciso contenuto: essa parrebbe circoscritta alla disciplina del solo esercizio dei poteri dell'amministrazione, tendenzialmente regionale, e parzialmente anche di altri enti pubblici, territoriali e non; dei poteri, però, che solo la legislazione statale potrebbe attribuire all'amministrazione, e che solo la legislazione statale potrebbe delimitare.

Inoltre, la prospettiva che qui si cerca di delineare, sicuramente pone in maggior evidenza certi caratteri sostanzialmente amministrativistici del contenuto di norme, e anche di atti aventi natura non normativa, che ciò nonostante rivestono forma di legge; e dunque da essa, forse, si potrebbero trarre utili spunti in ordine a problemi relativi alla legislazione, ma la cui impostazione già presenta un sapore amministrativistico, e per la cui soluzione sembra che possa essere rilevante una più precisa analisi dell'oggetto di quella legislazione stessa.

Così, tra gli altri, il problema delle c.d. leggi-provvedimento, qualche anno fa al centro dell'attenzione, oggi un po' dimenticato, ma in realtà sempre attualissimo, nei confronti di una legislazione sempre più episodica e frammentaria, sempre più affannosamente legata al contingente: è chiaro che nelle leggi-provvedimento non vi è solo normazione: vi è anche, ed è quello essenziale, un elemento di azione, che di per sé non può essere che di natura amministrativa; ed è un elemento che tendenzialmente pare porsi come esercizio di un potere attribuito all'amministrazione, ma in deroga ai limiti che la normativa di esistenza a tale potere pone, oppure anche alle regole di esercizio che una normativa di azione tendenzialmente in forma legislativa per tale potere dispone; e allora si intuisce che il brodo di cultura, per così dire, nel quale le c.d. leggi-provvedimento possono meglio proliferare, è costituito da quei sistemi nei quali il legislatore sia venuto ad assumere quel doppio ruolo che

qui si tenta di rilevare: quei sistemi, cioè, nei quali funzioni sostanzialmente amministrativistiche, normative e non, sono svolte sempre più largamente da quel legislatore, che pure ha sempre come propria funzione primaria e insostituibile la definizione dei poteri, delle situazioni giuridiche, delle capacità dei soggetti dell'ordinamento generale, ossia la costruzione di questo ordinamento stesso. In altri sistemi, infatti, quella misura sostanzialmente amministrativa che è l'elemento essenziale delle c.d. leggi provvedimento, normalmente in deroga alla normativa di esistenza, eventualmente della normativa di azione, ma di solito comunque in forma legislativa, relativa al corrispondente potere dell'amministrazione, viene ad essere adottata dall'unico organo che può farlo: da quel legislatore, che all'atto stesso nel quale tale misura adotta, può anche consentire, anche solo per implicito, a quella deroga a tale normativa, perché questa normativa è la normativa che esso stesso aveva precedentemente posto in via generale.

E il problema del c.d. eccesso di potere legislativo. Certo, sono più che comprensibili le esitazioni ad ammettere quella funzionalizzazione del potere legislativo, che una simile figura necessariamente implica, a proposito della normativa di esistenza dei poteri dell'amministrazione, a proposito di un'attività così originaria e politicamente più libera come la costruzione dell'ordinamento generale. Ma diventa molto meno arbitrario procedere ad un giudizio di congruità di scelte che di legislativo hanno solo la forma: di scelte sostanzialmente amministrative, e alle quali, dunque, viene necessariamente ad inerire quella finalizzazione, che proprio dell'attività amministrativa pare carattere essenziale.

E il problema della responsabilità dello Stato per atto legislativo incostituzionale. Anche qui, appare ben più difficile arrivare ad ammettere tale responsabilità, per la incostituzionalità di norme con le quali il legislatore definisca il ruolo che i vari soggetti dell'ordinamento generale devono avere nel quadro di quell'ordinamento stesso; ma se l'attività che il legislatore svolge ha sostanzialmente natura amministrativa, a carattere normativo oppure no, allora l'angolazione del ragionamento deve corrispondentemente mutare: appare assai meno peregrina l'idea che, quando quella attività che di legislativo ha solo la forma, venga a ledere situazioni giuridiche protette dalla nor-

mativa di esistenza dei poteri dell'amministrazione, il titolare di esse possa chiederne il risarcimento, così come se la loro violazione fosse avvenuta ad opera di un'attività anche formalmente amministrativa. Del resto, non si può considerare non significativo, che il problema della risarcibilità dei danni provocati da una legge incostituzionale, si è venuto a porre anzitutto proprio in relazione a leggi formali, anzi a leggi delegate, aventi per contenuto sostanziale un provvedimento amministrativo.

E il problema dei limiti di abrogabilità di determinate categorie di leggi, parimenti aventi contenuto sostanzialmente amministrativo, consistente in impegni di comportamento dello Stato nei confronti di singoli, come per esempio le leggi di sovvenzione, secondo una indicazione già data in dottrina: non è evidente per quale ragione la forma addirittura legislativa attribuita ad un impegno pubblico, che in ultima analisi incombe all'amministrazione, lo renderebbe più modificabile, di quanto sarebbe stato revocabile il corrispondente provvedimento amministrativo.

Soprattutto, le argomentazioni che si è tentato di sviluppare vengono ad intersecare, in tutta evidenza, una notissima problematica generale, una volta al centro della analisi dogmatica dei costituzionalisti, che vanta perciò una tradizionale elaborazione, la quale oggi sembra piuttosto dimenticata, pare ingiustamente: quella relativa alla distinzione tra legge in senso formale e legge in senso sostanziale; meriterebbe di essere verificato in quale misura questa distinzione possa venire a risolversi in quella tra i due ruoli che qui è parso che il legislatore abbia oggi largamente assunto nei confronti dell'esecutivo; e, in ogni caso, sembrerebbe opportuno cercare una strada attraverso la quale recuperare una elaborazione concettuale nella quale tanti studiosi di tanto valore hanno profuso tanta cultura e tanta intelligenza, la cui ignoranza sembra costituire una rinuncia ed uno spreco davvero ingiustificati e incomprensibili.

Un approfondimento del tema è chiaramente impossibile in questa sede. Comunque, nel limitarci ad accennare quei pochi spunti che, soli, sono qui profilabili, si cercherà di dire così. Le classiche leggi definite come solo formali, la legge di bilancio, le leggi in genere di autorizzazione e di approvazione di una attività istituzionalmente di competenza dell'esecutivo, si presentano come leggi speciali; anzi, è proprio questa loro spe-

cialità, che la letteratura tradizionale dominante ha considerato come il tratto che le caratterizza come leggi solo formali, in contrapposizione ad un concetto di legge sostanziale, della quale parimenti tradizionalmente si affermava la necessità della generalità e della astrattezza; ed è questa specialità di quelle classiche leggi formali, che pare precludere ogni possibilità di collegamento tra di esse e la normativa di azione in forma di legge, qui analizzata specificamente, e qui definita come sostanzialmente amministrativa, come sostanzialmente non legislativa: perché questa normativa, per contro, si presenta come generale e astratta; e, atteso il suo carattere sostanzialmente regolamentare, si presenta come generale e astratta non solo tendenzialmente. Però, quelle classiche leggi formali, presentano anche un altro tratto per loro essenziale: quello di avere rilevanza solo nei rapporti tra Parlamento ed esecutivo, quello di costituire atti che il Parlamento adotta per incidere su comportamenti che sono solo di competenza dell'esecutivo, quello, quindi, di provenire da un Parlamento che pare atteggiarsi, almeno funzionalmente, come organo interno all'organizzazione pubblica, e non come costruttore dell'ordinamento generale; e questo, di quelle classiche leggi formali, è un tratto che viceversa le accomuna alla normativa di azione in forma di legge qui specificamente analizzata.

Allora, dal punto di vista della prospettiva che qui si cerca di delineare, al problema della definizione delle leggi solo formali pare aprirsi una alternativa di soluzione, secondo la quale in tale categoria potrebbero rientrare a pieno titolo anche le norme di azione che acquistino forma legislativa; risultato, questo, che appare il più coerente con tutto quanto qui sostenuto: che appare suggerito dalla insistenza con la quale si sottolinea che le norme di azione non incidono sulla determinazione dei diritti, dei poteri, delle situazioni giuridiche, delle capacità dei soggetti dell'ordinamento generale; e con la quale si fa intendere, dunque, che solo le norme che questo ordinamento generale compongono, possono costituire il contenuto delle vere leggi sostanziali: almeno in un certo senso, almeno nel senso che si preciserà tra poche parole. Da questo punto di vista, dunque, la distinzione tra specialità, da un lato, e generalità e astrattezza dall'altro, si rivela essere un elemento discretivo superficiale e fuorviante: non solo sono ge-

nerali e astratte quelle norme di azione, che, ove fossero adottate in forma legislativa, per altro verso leggi solo formali potrebbero essere considerate; ma, e soprattutto, non è affatto detto che la specialità debba caratterizzare unicamente tali leggi solo formali: può darsi benissimo che il legislatore adotti misure specifiche, incidendo sulla normativa di esistenza dei poteri dell'amministrazione, e comunque su norme pertinenti all'ordinamento generale, magari derogandovi o sospendendole; e, nell'ordine di idee qui proposte, a quelle misure, per questo loro effetto, non potrebbe essere negato carattere di norme anche in senso sostanziale. Viceversa, sembra acquistare consistenza e validità l'altro elemento discretivo che è venuto emergendo dal ragionamento: secondo il quale devono considerarsi solo formali quelle leggi che il legislatore formula, non costruendo l'ordinamento generale, ma collocandosi all'interno di uno dei soggetti di questo: l'amministrazione, o l'organizzazione pubblica, o lo Stato-persona, stesso. Si intravede, così, che un inizio di chiarimento di una figura concettuale così ambigua come quella di interesse pubblico, può essere raggiunto distinguendo due sue manifestazioni: l'interesse in funzione del quale vengono conformate le situazioni giuridiche di tutti i soggetti, pubblici non meno che privati, dell'ordinamento generale, o come si voglia chiamare quell'entità strutturale i cui lineamenti, lo si è già ammesso, devono essere meglio determinati; e come si voglia chiamare quell'entità strutturale i cui lineamenti, lo si è già ammesso, devono essere meglio determinati; e, secondo questa diversa definizione delle leggi solo formali, anche la normativa di azione in forma legislativa, malgrado la indubbia sua generalità e astrattezza, tale dovrebbe essere in un certo senso considerata: una norma legislativa che determina, poniamo, il riparto di competenza tra consiglio e giunta comunale, tutto sommato pare essere meno lontana dalle classiche leggi solo formali, che dalle norme che attribuiscono e definiscono i poteri del comune, configurando la capacità giuridica di questo soggetto dell'ordinamento generale. Del resto, come si sa, vi è un altro fondamentale filone dogmatico tradizionale, che vede il *proprium* delle leggi solo in senso formale nel loro effetto, o, meglio, nella mancanza di un loro effetto: esse non porrebbero « nuovo » diritto. Che la normativa di azione, anche quella in forma legislativa, proprio perché per defini-

zione non incide, non può incidere nella formazione dell'ordinamento generale, non produca « nuovo » diritto, può senz'altro essere qui accettato, e anzi anche sostenuto; ma con una precisazione di fondamentale importanza: tale normativa, come anche, eventualmente, anche le classiche leggi solo formali aventi carattere di specialità, non produce « nuovo » diritto, solo nel senso che essa non produce « nuovo » diritto pertinente a quell'ordinamento generale stesso, non nel senso che essa non produca in assoluto « nuovo » diritto; perché che essa, che costituisce la disciplina generale dell'esercizio dei poteri dell'amministrazione, non produca in assoluto « nuovo » diritto, non è neppure pensabile.

Viene a porsi l'esigenza, così, di indicare in che senso e con quale rilevanza anche tale normativa di azione, eventualmente anche tali leggi solo formali, pongano « nuovo » diritto; ed a tale domanda si può dare risposta, solo sulla base di una data concezione di che cosa il diritto sia: di quella concezione di che cosa il diritto sia, che è qui accolta, e che, come risulta evidente da tutta l'impostazione data alle presenti riflessioni, come dalle precedenti analisi qui richiamate, dalle quali esse sono derivate, ha per matrice la teoria istituzionale e il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici, nella organica formulazione datane nell'opera di Santi Romano; e pare assai significativo che questa opera di chi per tanti anni fu presidente del Consiglio di Stato, si riveli insostituibile strumento per una indagine che si è voluto presentare al convegno che celebra il centocinquantesimo anniversario della istituzione di questo glorioso istituto, perché è dedicata, anzitutto, a quell'ordinamento amministrativo, solo nel quadro del quale la funzione di esso pare acquistare la sua massima specificità.

Se la domanda che ci siamo dovuti porre, allora, sul senso e sulla rilevanza del « nuovo » diritto che anche la normativa di azione in forma legislativa, come eventualmente anche le classiche leggi solo formali, pur non concorrendo nella formazione dell'ordinamento generale, indiscutibilmente pone, viene confrontata con la dottrina sulla base della quale queste riflessioni si sviluppano, essa pianamente viene a trasformarsi in un'altra: a quale ordinamento, diverso da quello generale, appartenga tale « nuovo » diritto che anche tali fonti pongono. E, se non altro per la considerazione che quella normativa di azione, even-

tualmente quelle leggi solo formali sono adottate da un legislatore che, quando così opera, viene ad atteggiarsi almeno funzionalmente come un organo dell'amministrazione, dell'organizzazione pubblica, la risposta si presenta obbligata: tale normativa di azione in forma legislativa, eventualmente anche tali leggi solo formali, concorrono viceversa alla formazione dell'ordinamento amministrativo.

La scelta del tema dell'ordinamento amministrativo poteva apparire aprioristica, e dovuta solo a predilezione per le costruzioni meramente dogmatiche, all'inizio di questa analisi, la quale, come si ricorderà, era partita dalla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, tra normativa di esistenza e normativa di esercizio dei poteri dell'amministrazione; ma arrivati a questo punto del ragionamento, quella scelta si manifesta come addirittura imposta da esigenze che sono ad esso intrinseche: in realtà, l'analisi dei caratteri dell'ordinamento amministrativo è un vero e proprio passaggio obbligato di ogni tentativo di ricerca che del significato del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo voglia dare una ricostruzione non meramente superficiale.

7. Si era notato subito quanto alla frequenza con la quale alla nozione di ordinamento amministrativo si fa abitualmente riferimento, alla diffusa consapevolezza, perciò, della profilabilità di esso, non corrisponda una determinazione con pari precisione dei suoi contorni, che con la stessa larghezza sia stata accettata. Dalla prospettiva che qui si tenta di sviluppare, a questo punto del ragionamento appare possibile percepire ad un tempo e l'ostacolo che pare essere stata la causa della rilevata insufficienza di definizione del concetto, e la strada percorrendo la quale esso potrà venire superato.

Questo ostacolo sembra essere costituito da una contraddizione.

Da un lato vi è la persuasione, che si intuisce diffusa, anche se non altrettanto largamente esplicitata, che qualsiasi concetto di ordinamento amministrativo, al quale si voglia attribuire un minimo di rilevanza e di significato, non può essere esteso fino al punto di ricomprendere in esso tutte le norme che in qualche modo riguardano l'amministrazione: non può scolorirsi fino al punto di identificarsi col diritto amministrativo, inteso come

l'insieme delle disposizioni che comunque regolano i poteri, le situazioni giuridiche, i comportamenti, i rapporti facenti capo all'amministrazione; non può risolversi, insomma, nell'intero diritto amministrativo, come mera partizione del diritto, distinta, poniamo, dal diritto civile, dal diritto penale, e così via. Qualsiasi concetto di ordinamento amministrativo al quale si voglia attribuire un minimo di rilevanza e di significato, non può essere delineato che sulla base di suoi caratteri sostanziali intrinseci: di quei suoi caratteri sostanziali intrinseci che devono essere considerati come rilevanti e significativi per individuarlo nella sua specificità rispetto a tutti gli altri ordinamenti, e, prima ancora, per poterlo considerare come un vero e proprio ordinamento, e non un semplice coacervo di norme: proprio nel quadro della teoria istituzionale, e del principio della pluralità degli ordinamenti giuridici, sulla base dei quali questo ragionamento si sviluppa, *in primis et ante omnia* la fonte sulla quale si fonda, la forza che lo ordina, che deve essere unitaria, e rispetto alla quale tutti gli altri caratteri dell'ordinamento stesso, dall'oggetto e dal contenuto delle sue norme, agli interessi che queste perseguono, devono porsi come coerenti. Ora, in questo ordine di idee, l'aggettivazione « amministrativo » apposta al sostantivo « ordinamento », non può fornire solo la indicazione quanto mai generica dell'oggetto e del contenuto delle norme che tale ordinamento compongono: essa non può non avere un significato più puntuale, che non può non riguardare la provenienza di quelle norme medesime: le norme che formano l'ordinamento amministrativo, come un ordinamento avente una propria specificità, in particolare, nei confronti dell'ordinamento generale, devono provenire, e devono provenire tutte, dalla amministrazione, e non da un altro soggetto ordinante: in particolare, non possono provenire dal legislatore, come costruttore dell'ordinamento generale. È questa provenienza esclusiva delle norme che compongono l'ordinamento amministrativo, che rivela quale sia la forza che di esso è la fonte ordinante: l'autonomia dell'amministrazione; l'autonomia dell'amministrazione che dell'ordinamento amministrativo deve essere la fonte ordinante esclusiva, escludente in particolare il potere legislativo generale. E rispetto a questa unica fonte ordinante l'ordinamento amministrativo, gli altri caratteri di questo ordinamento stesso devono porsi come coerenti. Anzitutto, l'oggetto e il contenuto del-

le sue norme: se è intuitivo che le norme che l'amministrazione può emanare in quanto soggetto all'ordinamento generale dotato di autonomia, non possono che riguardare i poteri dei quali essa sia titolare, la considerazione che l'amministrazione emana tali norme in quanto dotata, appunto, di autonomia, di semplice autonomia, circoscrive ulteriormente il loro oggetto e il loro contenuto: esse possono regolare il solo esercizio di quei poteri, non anche la loro attribuzione e la loro delimitazione, che rimane esclusivamente riservata alle norme dell'ordinamento generale. E, infine, gli interessi che le norme che l'ordinamento amministrativo compongono, devono perseguire: che devono essere esclusivamente gli interessi che il particolare soggetto dell'ordinamento generale che quelle norme adotta, deve curare: quelli, e nessun altro; soprattutto, non gli interessi globali dell'ordinamento generale medesimo.

Dall'altro lato, vi è l'altro elemento della contraddizione. Anzitutto, la considerazione che ai suddetti requisiti sembra corrispondere sì la normativa di azione, ma solo una parte di essa, e precisamente quella che riveste una precisa forma: la forma regolamentare. Poi, la constatazione che questa forma riveste ormai solo una parte relativamente modesta della normativa di azione, e che comunque oggi è meramente residuale, rispetto a dilaganti interventi legislativi in ordine alla disciplina dell'esercizio dei poteri dell'amministrazione: un ordinamento amministrativo che venga delineato come comprendente le sole prescrizioni aventi forma regolamentare, sotto un diverso profilo appare sprovvisto di rilevanza e di significato: perché l'insieme di tali prescrizioni appare un complesso di norme che, per la sua scarsità, non è in grado di offrire una rappresentazione della disciplina dell'esercizio dei poteri dell'amministrazione, che rilevanza e significato abbia; per di più, appare un complesso di norme che, nei confronti delle prescrizioni aventi forma legislativa, per la casualità e la frammentarietà dell'iniziativa del legislatore che le pone in essere, è ritagliato secondo linee totalmente a-sistematiche, quando non decisamente capricciose; insomma, il complesso della normativa di azione in forma regolamentare è oggi troppo povero di contenuto e troppo disorganico, perché esso possa essere valutato come un ordinamento avente una propria specificità. Allo stadio attuale della evoluzione del diritto amministrativo, in particolare della legislazio-

ne relativa all'amministrazione, una conclusione si impone: ogni definizione di ordinamento amministrativo non può non ricondurre ad esso, e con larghezza, anche norme di azione provenienti dal legislatore, e dunque in forma di legge. Ma è proprio questa provenienza, ma è proprio questa forma, che paiono contraddire ai caratteri che sopra si sono individuati come essenziali perché l'ordinamento amministrativo possa dirsi un ordinamento in senso proprio, perché l'ordinamento amministrativo possa porsi come un ordinamento specifico distinto da quello generale.

Se è dalla prospettiva che qui si tenta di sviluppare, che è possibile percepire tale contraddizione, e vederla anzi come l'ostacolo che pare aver bloccato la precisazione dei caratteri dell'ordinamento amministrativo, è anche da tale prospettiva che, come si è detto, sembra possibile individuare la strada percorrendo la quale quell'ostacolo può essere superato.

Tutte le argomentazioni che si è sopra cercato di proporre, in ordine ai possibili caratteri sostanziali che una norma in forma di legge può assumere, tendevano a questo unico scopo: dimostrare che tale forma non preclude di per sé che la norma che ne è rivestita, possa essere considerata come sostanzialmente proveniente dall'amministrazione, e non dal legislatore come costruttore dell'ordinamento generale; non preclude di per sé che tale norma abbia una rilevanza normativa concettualmente circoscritta alla disciplina dell'esercizio dei poteri dell'amministrazione, senza incidere sulla loro attribuzione e sulla loro delimitazione; non preclude di per sé che tale norma possa essere considerata come sostanzialmente posta nell'interesse specifico dell'amministrazione come soggetto particolare dell'ordinamento generale, e non nell'interesse di questo ordinamento generale medesimo.

Non solo: tutte quelle argomentazioni dovrebbero permettere di offrire anche una definizione di quali siano quelle norme in forma legislativa, alle quali è comunque possibile riconoscere questi caratteri sostanziali, pur se contrastanti col dato costituito dalla loro veste formale; sono le norme di azione, sono le norme che regolano l'esercizio dei poteri attribuiti all'amministrazione entro i limiti a questi poste dalle relative norme di esistenza, sono tutte tali norme; sono, insomma, tutte le norme che, per contenuto e per oggetto, sono in tutto e per tutto ana-

loghe a quelle che è parso che nella forma regolamentare trovino la loro veste formale più appropriata.

In questa prospettiva, pare possibile arrivare ad una vera e propria riappropriazione da parte dell'ordinamento amministrativo, di tutta una serie di norme che, malgrado la loro forma legislativa, per i loro caratteri sostanziali intrinseci sembra che ad esso possano a pieno titolo appartenere. Di una serie di norme, la cui ampiezza e consistenza merita una ulteriore valutazione: certo, neppure esse sono in grado di rappresentare con completezza la disciplina dell'esercizio dei poteri dell'amministrazione, perché il complesso delle norme di azione in forma regolamentare, per quanto poco frequente e residuale sia ormai tale forma, della normativa di azione costituisce ancora consistente parte; certo neppure esse paiono costituire un insieme organico, perché quella frammentarietà della delimitazione della normativa di azione in forma regolamentare che si era prima rilevata, *a contrario* si risolve nella frammentarietà della loro delimitazione. Ma se il complesso delle norme di azione in forma legislativa non viene considerato più solo in sé e per sé, ma viene accostato al complesso delle norme di azione in forma regolamentare, allora il panorama cambia radicalmente: quelli che erano apparsi come insiemi di norme poveri e disorganici, vengono ad atteggiarsi come componenti complementari, e, prestandosi reciprocamente contenuto e sistematicità, vengono a porsi ambedue come parti integranti un tutto unitario: perché pare emergere con sempre maggiore nettezza, con sempre maggiore forza, un concetto di ordinamento amministrativo finalmente definito in base ai suoi caratteri sostanziali intrinseci che permettono di considerarlo un ordinamento in senso proprio, e un ordinamento avente una propria specificità: l'ordinamento posto in essere dall'amministrazione in forza della sua autonomia, per disciplinare l'esercizio dei suoi poteri in funzione esclusiva dei suoi interessi, perciò del tutto unitario indipendentemente dalla forma regolamentare oppure dalla forma legislativa con la quale si presentino le norme che lo compongono.

Il quale ordinamento amministrativo si presenta così costituito da un sistema di fonti estremamente articolato e complesso, la cui articolazione, la cui complessità a loro volta possono essere viste come ulteriori ostacoli che hanno frenato ogni più

precisa definizione di esso. Si insiste nel voler riconoscere nei regolamenti la fonte storicamente più propria, e anche oggi, malgrado tutto, sistematicamente e logicamente più adeguata, delle norme costituenti l'ordinamento amministrativo. Ma da un lato, a queste norme in forma di regolamento, devono essere aggiunte tutte le norme di azione in forma legislativa, le quali oggi paiono essere diventate, e di gran lunga, le più numerose. E, dall'altro, i regolamenti si presentano a loro volta come un sistema normativo complesso, articolato secondo gli organi e gli enti che li emanano. Inoltre, ai regolamenti vanno aggiunte altre fonti, alcune delle quali proprie dell'esperienza più recente, ove ad esse non si volesse riconoscere natura regolamentare: tra le tante, per citare le ipotesi più particolari, e di maggiore rilevanza pratica, i decreti presidenziali che disciplinano i vari settori del pubblico impiego, in base alla contrattazione collettiva e ai suoi esiti; gli atti di determinazione delle tariffe dei pubblici servizi, e così via. Senza contare che non possono essere considerate sotto questo profilo irrilevanti le norme interne, anch'esse a loro volta assai articolate; la loro più precisa definizione pone ulteriori problemi ricostruttivi, dei quali qui non si può dire nulla; ma, forse, si può accennare, e solo accennare, alla possibilità che esse siano costitutive di ulteriori ordinamenti particolari di enti e di organi variamente derivati dall'ordinamento amministrativo, e variamente per esso rilevanti.

Soprattutto, c'è ancora il problema semplicemente enorme della ricostruzione della figura dell'eccesso di potere: il vizio più tipico dell'atto amministrativo non può che derivare dalla violazione delle norme più tipiche dell'ordinamento amministrativo. Quel che è abbastanza generalmente riconosciuto a proposito di tale figura, è che l'eccesso di potere consegue alla violazione di norme funzionali non scritte che presiedono all'esercizio discrezionale dei poteri dell'amministrazione, e che si connettono a quella finalizzazione, che dell'autonomia attribuita all'amministrazione sicuramente è tratto essenzialissimo; ora, si intuisce che questa finalizzazione non è pertinente al piano dell'ordinamento generale: sembrano entrare a far parte di questo solo le norme di attribuzione e di delimitazione di tale autonomia, ed esulare da questo, la prefissione degli scopi che questa autonomia deve perseguire; allora, questa finalizzazione deve

emergere solo sul piano dell'ordinamento amministrativo: il che implica che le norme funzionali nelle quali questa finalizzazione si risolve, devono essere considerate come parte integrante di questo ordinamento amministrativo stesso; conseguenza, questa, che è confermata dal dato secondo il quale tali norme sono pacificamente considerate come normativa di azione, come normativa di esercizio dei poteri dell'amministrazione. Però, vi è un carattere, ed un carattere che è sostanziale, che pare distinguere tali norme, che sono non scritte, dalle più frequenti norme di azione in forma scritta, legislativa o regolamentare che sia: quelle, a differenza di queste, non sono il frutto di scelte volontaristiche di organi che almeno funzionalmente, se non anche strutturalmente, si atteggiavano come amministrativi: quelle, a differenza di queste, paiono venire a porsi oggettivamente come regole funzionali vincolanti l'amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri; ed ogni più precisa ricostruzione delle norme la cui violazione pone in essere un vizio di eccesso di potere, come norme proprie dell'ordinamento amministrativo, dovrebbe riuscire a dar conto di questa loro particolarità, in modo tale da poter ricostituire l'unità di questo ordinamento amministrativo stesso: in questa sede, si deve segnalare la difficoltà, ma non siamo in grado di offrire elementi per il suo superamento.

Questa straordinaria complessità e articolazione del sistema delle fonti dell'ordinamento amministrativo non pare rompere, non pare frantumare, però, la sua unitarietà, la quale, a parte la riserva appena adesso accennata in ordine alle norme la cui violazione concreta un eccesso di potere, pare già chiaramente assicurata da precisi fattori unificanti: fattori unificanti, che, davvero non casualmente, sono in tutto e per tutto coincidenti, con quei requisiti di una definizione del concetto di ordinamento amministrativo che si erano sopra aprioristicamente posti come necessari, perché tale definizione presentasse rilevanza e significato. Anzitutto, l'oggetto e il contenuto delle norme che di questo ordinamento fanno parte: tutte disciplinano, e tutte disciplinano in quanto norme di azione, l'esercizio dei poteri dell'amministrazione che solo norme appartenenti all'ordinamento generale, come sono le rispettive norme di esistenza, possono attribuire e delimitare. Inoltre, l'interesse in funzione del quale esse sono state poste: che è quello specifico dell'amministra-

zione come soggetto particolare dell'ordinamento generale, e non quello globale di questo ordinamento generale stesso. Infine, e soprattutto, e a sintesi degli altri caratteri così precisati, il fondamento di tale ordinamento, la forza ordinante che pone tutte queste norme che tutto questo ordinamento compongono: in vario senso e in vario modo, ma in ogni caso, l'autonomia dell'amministrazione, della quale viene a porsi funzionalmente come parte integrante anche il legislatore, se e in quanto si limiti ad emanare norme di azione. Ritroviamo così il collegamento tra il concetto di autonomia e il concetto di ordinamento: l'autonomia come la potestà derivata dall'ordinamento generale ad un suo soggetto, di darsi un proprio ordinamento particolare; l'ordinamento come il risultato dell'esercizio di tale autonomia. Ed è un collegamento che con la teoria istituzionale e col principio della pluralità degli ordinamenti giuridici delineati da Santi Romano appare perfettamente coerente, sia pure tenendo conto delle precisazioni e delle correzioni che in proposito lo stesso Santi Romano apportò.

8. Sarebbe riduttivo considerare la definizione dell'ordinamento amministrativo, la distinzione di esso dall'ordinamento generale, che si è cercato qui di delineare, solo come un risultato puramente descrittivo della diversità della natura delle norme che in vario modo regolano l'azione dell'amministrazione: l'analisi fin qui svolta è stata intrapresa e sviluppata in vista di un obiettivo ben più ambizioso: la formulazione di concetti che possono, che anzi debbono essere utilizzati come strumenti di lavoro che si vorrebbe ritenere in una certa misura insostituibili, per la soluzione di alcuni tra i maggiori problemi ricostruttivi che la teoria del diritto amministrativo deve affrontare. E, sembra, quella definizione dell'ordinamento amministrativo, quella distinzione di esso dall'ordinamento generale tanto più potranno rivelarsi feconde di ulteriori applicazioni, quanto più si mantengano sviluppi fedeli della teoria istituzionale e del principio della pluralità degli ordinamenti giuridici già ricordati.

Perché, ed è ovvio, è soprattutto quella teoria e quel principio che presentano una straordinaria ricchezza di profili e di valenze: sicuramente essi sono mezzi concettuali per la comprensione sul piano della teoria generale di che cosa sia il di-

ritto, di quale sia la sua essenza; ma essi sono anche metodo che per i giuristi positivi si rivela indispensabile, per la soluzione dei concreti problemi ricostruttivi che il diritto vigente loro pone. In particolare, la teoria istituzionale, il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici, possono essere utilizzati addirittura per dare una sistemazione generale ad interi rami del diritto; non solo: inoltre, e sulla base di questa sistemazione, possono essere utilizzati per impostare e risolvere le innumerevoli questioni specifiche che in ognuno di quei rami del diritto sorgono.

Questa straordinaria ricchezza di potenzialità è stata ben compresa, anzitutto, da studiosi di rami del diritto, nei quali il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici si impone con maggiore evidenza: il diritto internazionale, il diritto canonico, più recentemente il diritto del lavoro, almeno secondo alcune sue ricostruzioni. Ma essa è stata colta anche in altri rami del diritto, nei quali quel principio, almeno nelle loro più tradizionali elaborazioni, era rimasto solo latente; in altri rami del diritto, per la cui ricostruzione, proprio l'affermazione della utilizzabilità di quel principio, l'intuizione della fecondità delle sue applicazioni costituisce già di per sé un risultato di primaria importanza: pensiamo anzitutto al diritto privato, e all'opera di Salvatore Romano, alla sua affermazione della esistenza di un diritto dei privati, che in nessun caso può essere ridotto a mera fattispecie che fondi l'applicazione delle norme dell'ordinamento generale, ma che i privati pongono in essere, proprio in quanto diritto in senso proprio, nell'esercizio dei poteri di autonomia che l'ordinamento generale deriva loro, e che quindi rimane sempre nella sua essenza ben distinto dal diritto di questo ordinamento su questa autonomia; di qui, le definizioni con queste premesse coerenti, dei concetti e degli istituti che nel diritto privato sono fondamentali, dagli atti, a cominciare dal negozio giuridico, ai diritti, a cominciare dal diritto di proprietà.

Dal punto di vista delle potenzialità di utilizzazione dei concetti qui richiamati e qui delineati, la dottrina del diritto amministrativo appare singolarmente insensibile. Il che fa stupire, se si pensa quanto Santi Romano sia stato anche amministrativista (non diciamo soprattutto amministrativista, perché pensiamo al rilievo che la sua opera ha per la teoria generale del

diritto, per il diritto costituzionale, e per altri rami del diritto): oltretutto, « L'ordinamento giuridico » compare quando già da anni i « Principi di diritto amministrativo » erano giunti alla loro terza edizione; e non è pensabile che le riflessioni e le esperienze delle quali l'opera maggiore è nutrita, non provenissero anche dallo studio del diritto dell'amministrazione; e quindi che questa opera maggiore per la comprensione di questo diritto non si possa rivelare feconda, anche se, lo si ammette, il suo autore, nei suoi scritti successivi, a cominciare dai vari corsi di diritto amministrativo, si mantenne al riguardo assai prudente.

Certo, nella letteratura del diritto amministrativo vi sono saggi che il concetto di ordinamento amministrativo tentano di precisare, e monografie che sulla individuazione di ordinamenti particolari si basano, e si tratta di scritti assai stimolanti. Ma essi, malgrado questo loro indiscutibile valore, non si può dire che abbiano avuto molta eco: perché, soprattutto, è mancata da parte degli amministrativisti la percezione generalizzata di che cosa la teoria istituzionale e il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici, col loro corollario costituito dalla definizione di un ordinamento amministrativo distinto da quello generale, possono significare per la soluzione, e, prima ancora, per la stessa impostazione dei problemi di fondo che da sempre essi, con esiti diversi, si trovano a dover affrontare. A cominciare dalla stessa precisazione di che cosa sia l'oggetto del loro studio, il diritto amministrativo: e si vorrebbe dire, proprio sentendo estremamente presente e vivo l'insegnamento di Salvatore Romano per il diritto privato, che il diritto amministrativo sempre più nettamente pare rivelarsi come il diritto dell'autonomia dell'amministrazione; e che solo nell'unità dell'oggetto che disciplina trova la sua propria unità, perché per la sua natura intrinseca d'altro canto si manifesta come profondamente eterogeneo: per una parte è costituito da quelle norme poste dall'ordinamento generale per il raggiungimento di propri fondamentali interessi pubblici, con le quali esso deriva e delimita l'autonomia dell'amministrazione come di un suo soggetto: deriva e delimita i poteri specifici di essa e la sua capacità di regolare in via normativa il loro esercizio; e per l'altra parte è costituito da quelle norme che l'amministrazione adotta realizzando questa sua capacità normativa, per il rag-

giungimento dei propri fini, che per la sua natura pubblica, in un certo senso, in un senso ben diverso da quello degli interessi dell'ordinamento generale, sono a loro volta pubblici.

Il diritto amministrativo, dunque, come un diritto consistente in parte, in una parte dell'ordinamento generale: in quella parte dell'ordinamento generale che si riferisce all'amministrazione come soggetto di diritto pubblico, distinta dalla disciplina che si vorrebbe dire di diritto comune, più che di diritto privato; e, nell'altra parte, nell'ordinamento amministrativo, e stavolta nella totalità di esso: nell'ordinamento che l'amministrazione stessa costruisce, talvolta in forma legislativa, ma sempre sul fondamento sostanziale della sua capacità normativa di regolare l'esercizio dei propri poteri, capacità che come questi poteri costituiscono l'insieme dell'autonomia che l'ordinamento generale le deriva. Il diritto amministrativo, dunque, sembra essere essenzialmente caratterizzato da una eterogeneità delle sue fonti, che pare marcare inesorabilmente ogni sua manifestazione; ed è la mancata percezione di questa sua intima e ineliminabile dicotomia, che sembra avere complicato, quando non addirittura impedito la soluzione dei suoi problemi fondamentali: anzi, averne anzitutto intorbidato l'impostazione.

Anche qui, come in precedenza, in applicazione dei risultati allora intravisti dell'analisi dei possibili contenuti sostanziali della legge formale, si apre la strada per una sorta di rivisitazione di tanti problemi, sempre nel diritto amministrativo dibattuti, che da sempre il diritto amministrativo, anzi, sono. E si tratta di problemi che sono insieme sostanziali e processuali: per il modo nel quale il diritto amministrativo per larga parte si è formato, in grande misura ad opera del Consiglio di Stato, quindi nel processo e per il processo, e perciò con quella concretezza che di questo ramo del diritto è non l'ultimo dei motivi di suggestione.

Ma è una strada che qui davvero non può essere percorsa: si accennerà solo, perciò, a quei temi che già dal suo imbocco appaiono con evidenza.

Anzitutto, un problema che riguarda la giurisdizione ordinaria: quello concernente i limiti entro i quali essa può disapplicare l'atto amministrativo. Come si è cercato di dire più distesamente in un altro scritto, le « leggi » la conformità alle quali condiziona l'applicabilità dell'atto amministrativo da par-

te del giudice ordinario secondo la formula che l'art. 5 della legge del 1865 ha adottato in un'epoca nella quale la normazione di azione era tutta, o quasi, in forma regolamentare, per l'essenziale, perciò, erano allora costituite da norme di relazione, da norme di esistenza dei poteri; dunque, da norme che, almeno potenzialmente, tutelano diritti soggettivi. Gli atti amministrativi che ad esse non fossero conformi, quindi, erano gli atti amministrativi che, almeno potenzialmente, erano lesivi di diritti soggettivi. Allora, gli atti amministrativi che il giudice ordinario poteva, può fin dal 1865 disapplicare, sono gli atti che incidono sull'oggetto stesso della tutela giurisdizionale ordinaria: i diritti soggettivi. Si viene a cogliere così un dato sistematico, che conferma il dato letterale della connessione dell'art. 5 col precedente art. 4, dato letterale che, per la verità, è di una chiarezza tale che di conferme sembrerebbe davvero non avere bisogno: il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo è stato dato dall'art. 5 al giudice ordinario, in primo luogo proprio nell'ipotesi prevista da tale art. 4: ossia nei confronti dell'atto che l'attore pretenda avere leso il proprio diritto soggettivo. Con questo rilievo, non si vuole certo criticare l'ulteriore sviluppo giurisprudenziale, che ha ammesso che il giudice ordinario possa disapplicare l'atto amministrativo semplicemente illegittimo, ossia in violazione di norme dell'ordinamento amministrativo. Ma si vuole sottolineare che l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il giudice ordinario si rifiuta di disapplicare l'atto amministrativo lesivo del diritto soggettivo del quale l'attore gli chiede tutela, costituisce una inammissibile rinuncia ad un potere che gli aveva riconosciuto già il legislatore del 1865; e che gli aveva riconosciuto proprio in funzione del perseguimento dei propri interessi fondamentali: perché tale atto, in quanto in violazione di norme dell'ordinamento generale, viola norme che tali interessi fondamentali proteggono; la disapplicazione dell'atto solo illegittimo è accettabile solo come estensione, come integrazione della disapplicazione dell'atto lesivo del diritto soggettivo del quale si chiede tutela; ed è ammissibile solo con la consapevolezza che essa, a differenza di questa, realizza interessi che per l'ordinamento generale sono essenzialmente secondari: perché essa, a differenza di questa, riguarda atti che violano solo norme di un ordinamento particolare, come è quello dell'amministrazione. L'orientamento giu-

risprudenziale così rinunciatario che qui si critica appare così consolidato, che in dottrina lo si è potuto qualificare come una consuetudine interpretativa. Ma, ciò nonostante, esso non pare irreversibile, proprio in questi anni nei quali il giudice ordinario per qualche verso mostra di voler rivitalizzare il proprio ruolo nei confronti dell'amministrazione: anzi, è proprio in vista di questo obiettivo, che egli potrebbe afferrare l'occasione per la rilettura del vecchio testo ormai più che secolare, per una rilettura che sia più corretta, insieme, tanto storicamente che sistematicamente, che sbocchi in un ampliamento dei suoi poteri nei confronti dei comportamenti dell'amministrazione, e che, conseguentemente, già in via interpretativa riduca entro limiti puramente formali il divieto di annullamento dell'atto amministrativo, secondo una proposta già avanzata nella dottrina classica. Una simile riduzione parrebbe assai apprezzabile anche da altro punto di vista: perché quel divieto di annullamento è sentito sempre più come anacronistico; e proprio se viene mantenuto in tutta l'ampiezza e in tutte le implicazioni che gli attribuisce l'attuale giurisprudenza, soprattutto della Cassazione, più nettamente pare stridere con le linee generali con la quale la Costituzione, al di là del conservatore dato testuale dell'ultimo comma dell'art. 113, profila la posizione dell'amministrazione nei confronti della giurisdizione: di tutta la giurisdizione, a cominciare dalla giurisdizione per eccellenza, ossia della giurisdizione ordinaria.

E, ancora, un altro problema che riguarda anzitutto il giudice ordinario, anche se non possono essere sottovalutati le conseguenze almeno indirette che riflette su certi orientamenti assunti dalla giurisprudenza amministrativa: quello che è comunemente indicato come il problema della risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo. È ovvio che il diritto al risarcimento del danno che eventualmente dovesse venire riconosciuto al privato sia una situazione tutelata dall'ordinamento generale. E non pare dubbio che non possa che essere parimenti pertinente all'ordinamento generale, la norma la cui violazione venga a porsi come il fattore costitutivo dell'obbligazione risarcitoria. Ma, dal punto di vista di queste riflessioni, è ormai chiaro che l'atto amministrativo che sia solo illegittimo, e non anche illecito, è un atto in violazione di norme che viceversa all'ordinamento generale non appartengono, perché fanno parte dell'or-

dinamento amministrativo. Allora, il modo più corretto di impostare il problema in esame parrebbe quello dei limiti entro i quali una norma dell'ordinamento generale sussuma la violazione di norme dell'ordinamento amministrativo come fatto generatore di una obbligazione risarcitoria. E questa diversa impostazione non pare affatto precludere la possibilità che a tale problema possa essere data una soluzione positiva ben al di là dei ristretti limiti oggi ammessi dalla giurisprudenza, specie da quella della Cassazione. Infatti, è ben nota, e assai diffusa, l'ipotesi nella quale l'ordinamento generale ricollega la nascita di una obbligazione risarcitoria alla violazione di norme giuridiche di altri ordinamenti, e addirittura di regole che giuridiche non sono, che però esso richiami, o anche che semplicemente presupponga: anzitutto, le regole di diligenza, perizia, buona fede, etc. E non parrebbe impossibile che fosse proprio la diretta applicazione di queste regole alla questione in esame, come del resto è già stato proposto, ad imprimere una diversa e più liberale direzione ai restrittivi orientamenti giurisprudenziali in proposito: perché l'amministrazione, *in primis et ante omnia*, è un soggetto dell'ordinamento generale, e quindi è tenuta ad osservare, come tutti gli altri soggetti di tale ordinamento, tutte le regole fondamentali che esso stabilisce o richiama, come quelle di diligenza, perizia, buona fede, etc.; né parrebbe accettabile circoscrivere al diritto comune l'ambito di applicazione di queste regole; né parrebbe ammissibile che la loro vigenza si dovesse arrestare là dove cominciano i poteri pubblicistici dell'amministrazione: perché non sembra convincente che questa amministrazione, proprio nell'esercizio dei suoi poteri pubblicistici, possa ignorare le esigenze di diligenza, perizia, buona fede, che già l'ordinamento generale pone al suo agire; perciò, è proprio già nell'ambito dell'ordinamento generale medesimo che pare perfettamente individuabile una norma che imponga all'amministrazione di esercitare i suoi poteri anche pubblicistici con l'osservanza di quelle regole stesse; e, *a fortiori*, una norma del genere sarebbe configurabile a carico del funzionario, nell'adempimento dei suoi doveri di servizio. È attraverso questo elemento intermedio, che la violazione della normativa di azione, come normativa tipica dell'ordinamento amministrativo, potrebbe tradursi in un fatto rilevante anche per l'ordi-

namiento generale, e quindi costitutivo di una obbligazione risarcitoria. Rimarrebbe da precisare, è vero, la situazione giuridica primaria, la lesione della quale, e sia pure con violazione di una norma dell'ordinamento amministrativo come è sempre la normativa di azione, dovrebbe essere risarcita. Qualunque sia la direzione nella quale si voglia cercare la risposta, un dato è già comunque certo: questa situazione non potrebbe mai essere individuata nell'interesse legittimo in quanto tale, nell'interesse legittimo come situazione sostanziale tutelata da norme dell'ordinamento amministrativo, perché tale situazione giuridica primaria non potrebbe essere rintracciata che nell'ambito dell'ordinamento generale: la domanda se la lesione di un interesse legittimo, come situazione protetta da una norma di azione, quindi da una norma dell'ordinamento amministrativo, sia di per sé risarcibile, in questo ordine di idee parrebbe avere una sensatezza non molto maggiore di quella della domanda della eventuale risarcibilità della lesione della situazione che si pretendesse tutelata, in quanto tale, da una norma di diligenza, di perizia, di buona fede, etc. Si intravede che la situazione giuridica primaria nell'ambito dell'ordinamento generale la cui lesione con violazione di una norma dell'ordinamento amministrativo sia da esso posta come fatto generativo di una obbligazione risarcitoria, possa essere definita mediante una migliore precisazione del modo di essere per l'ordinamento generale stesso, di situazioni giuridiche la cui rilevanza per la giustizia amministrativa in apparenza sembra emergere solo per la loro lesione da parte di un provvedimento illegittimo: si deve recuperare un concetto essenzialissimo, quale quello della unità dell'ordinamento generale; concetto importante anzitutto per la determinazione dell'oggetto della giurisdizione amministrativa, come si cercherà di dire nel paragrafo seguente: perché è a tale oggetto che occorre ora rivolgere l'attenzione, sulla base della percezione della insuperabile eterogeneità delle fonti del diritto amministrativo, dopo la considerazione in questa ottica di quelli che sono forse i maggiori problemi della giurisdizione ordinaria nei confronti dell'amministrazione, ordinaria nei confronti dell'amministrazione, i limiti del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario, e i limiti della risarcibilità dei danni provocati dal provvedimento illegittimo.

9. La giurisdizione amministrativa, dunque, dopo quella ordinaria, per una più precisa definizione del suo oggetto, per una più esatta definizione degli interessi da essa tutelabili. Questa giurisdizione concerne provvedimenti che l'amministrazione adotta, nell'esercizio dei poteri che l'ordinamento generale le attribuisce: e sono provvedimenti, questo è il punto centrale, che appartengono al piano dell'ordinamento generale, per i loro effetti non meno che per la loro tipizzazione, e, in genere, per i loro caratteri; ciò che costituisce una prima indicazione, che davvero non pare di poco conto, della direzione nella quale vanno cercati quegli interessi che quei provvedimenti ledono, la cui lesione fonda la legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo: direzione che anch'essa non può essere che quella dell'ordinamento generale.

L'analisi che in precedenza si è cercato di condurre, dei possibili contenuti sostanziali delle leggi formali, pare poter generare un doppio ordine di conseguenze: da un lato, il riconoscimento del perdurante carattere sostanzialmente regolamentare della normativa di azione, di tutta la normativa di azione, anche di quella che si presenta rivestita di forma legislativa, il che è sembrato consentire una corrispondente ricostruzione unitaria dell'ordinamento che l'amministrazione pone in funzione dei propri interessi. E, dall'altro lato, una sorta di sfronamento della normativa riguardante l'amministrazione, che sia adottata in forma legislativa: se da essa viene sottratta tutta quella normativa che della legge, della vera legge non ha la sostanza, ossia la normativa di azione, essa riduce alla sola normativa di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione: è solo questa la normativa riguardante l'amministrazione, adottata in forma legislativa, che della legge, della vera legge, ha anche la sostanza; e, perciò, è solo questa la normativa riguardante l'amministrazione, adottata in forma legislativa, che all'ordinamento generale possa essere considerata pertinente.

Ora, la valutazione della portata della dicotomia tra ordinamento generale e ordinamento amministrativo, in tutta l'ampiezza delle sue dimensioni, non può essere completa, senza una adeguata considerazione dei tratti che l'ordinamento generale viene ad assumere, sulla base di queste premesse: la riduzione nei ristretti termini suddetti della normazione in forma di legge concernente i poteri dell'amministrazione che all'ordinamen-

to generale può connettersi, facilita la comprensione della possibilità e delle ragioni per le quali anche la normativa che concerne quei poteri, anche la normativa, più precisamente, che li attribuisce e li delimita, può essere ascritta all'ordinamento generale: a quell'ordinamento generale che, malgrado questa sua aggettivazione, è viceversa pur sempre correntemente inteso come riguardante essenzialmente il solo diritto privato. È questa operazione concettuale che, sembra, dovrebbe permettere il recupero già auspicato, di quella nozione il cui rilievo si è già definito essenzialissimo: la nozione della unicità dell'ordinamento generale. Questo consiste nella normazione che determina chi siano i suoi soggetti, che definisce la loro capacità, che quindi attribuisce e delimita i poteri nei quali questa loro capacità si risolve, e dunque delinea le singole situazioni giuridiche di diritto, di obbligo, e così via, nelle quali quei soggetti possono venire a porsi, di per sé e nei loro reciproci rapporti. Questa normazione, nella quale l'ordinamento generale consiste, non può avere che livello primario, quando non la si rintracci addirittura a livello costituzionale; perciò tale ordinamento non può avere come forza ordinante che il potere legislativo ordinario. Ora, questa forza ordinante, questo potere legislativo ordinario, non può che investire allo stesso modo i soggetti pubblici non meno che i soggetti privati dell'ordinamento che ordina: non esiste, non può esistere sotto questo profilo una duplicità di fonti, e non solo perché buona parte della normazione descritta riguarda non i soggetti privati e i soggetti pubblici considerati a parte, ma proprio le relazioni che si vengono a instaurare tra soggetti pubblici e soggetti privati: soprattutto perché nella società organizzata a Stato non può che atteggiarsi come unitario quel potere legislativo primario che costruisce l'ordinamento generale, il quale perciò necessariamente deve venire a ricomprendere ad un tempo tanto il diritto pubblico, in particolare amministrativo, e sia pure inteso nel senso riduttivo prima precisato, della sola normativa di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, come il diritto privato. Per queste ragioni, la partizione del diritto pubblico dal diritto privato può intendersi solo come una descrizione di comodo, perché altrimenti frantumerebbe l'ordinamento generale nella sua inscindibile unità: sicuramente appartengono ad esso i poteri pubblici dell'amministrazione, non meno che l'autonomia privata

di tutti i suoi soggetti, quelli pubblici compresi; le autorizzazioni, le concessioni e le espropriazioni, non meno che i testamenti, le compravendite e le locazioni; il diritto dell'amministrazione su beni demaniali e quello del concessionario di beni e di servizi, non meno che il diritto del proprietario (che può essere benissimo l'amministrazione, nei confronti dei beni del patrimonio anche indisponibile), dell'usufruttuario e del locatario; la situazione del dipendente pubblico non meno di quella del dipendente privato. Si dirà che queste sono cose ovvie, ed è esat-tissimo. Ma è non meno esatto anche che esse troppo spesso e troppo largamente sono dimenticate, o messe tra parentesi, come accade nelle trattazioni di diritto amministrativo, che considerano i poteri, i diritti, i provvedimenti e i rapporti che esse specificamente analizzano, come pertinenti ad un mondo tutto particolare, sideralmente lontano dal diritto privato; e verso questo diritto privato, verso le sue istituzioni e verso i suoi concetti, viene lanciato un ponte solo quando viene descritta l'attività, appunto di diritto privato, dell'amministrazione; e quindi gettando ombra sul dato che qui e adesso pare fondamentale: che la parte del diritto amministrativo consistente in norme di relazione, di esistenza dei poteri dell'amministrazione, che la parte del diritto amministrativo si è detto che per questi suoi contenuti e rilevanza deve riconoscersi come pertinente all'ordinamento generale, costituisce appunto come il diritto privato, con il diritto privato, e allo stesso pieno titolo del diritto privato, l'ordinamento generale, nella sua unicità, nella unicità della sua determinazione di chi siano i suoi soggetti, della sua definizione delle loro capacità nelle quali le loro soggettività si risolvono, della sua delimitazione dei loro poteri e nei loro diritti, dell'assetto che esso dà ai loro rapporti: rapporti che possono essere sì, tra poteri, diritti e situazioni di diritto privato, ma anche, oltre che tra poteri, diritti e situazioni di diritto pubblico, tra poteri, diritti e situazioni di diritto pubblico e di diritto privato nelle loro reciproche relazioni.

Se si passa a considerare l'oggetto del giudizio amministrativo, vi è un dato che deve essere rilevato per primo. Questo. I poteri e i provvedimenti ai quali esso si riferisce, presentano un elemento essenziale, che è comune anche alle situazioni e i rapporti ai quali si riferisce l'oggetto del giudizio davanti al giudice ordinario: la loro pertinenza all'ordinamento genera-

le. Se appartengono a questo ordinamento i provvedimenti impugnati, non meno che le situazioni incise o costituite, poniamo, da un decreto di esproprio, dalla revoca di una concessione, da una ammissione ad un albo professionale o dalla nomina di un pubblico dipendente, allora non si può profilare *sic et simpliciter* l'oggetto del giudizio amministrativo, in contrapposizione con l'oggetto del giudizio ordinario, secondo la contrapposizione dell'ordinamento amministrativo all'ordinamento generale. Troppe componenti del primo appartengono all'ordinamento generale stesso; anzi, a questo punto del ragionamento, è solo una delle sue componenti quella della quale si può affermare con certezza la sua pertinenza all'ordinamento amministrativo: la norma alla stregua della quale il giudice amministrativo, almeno in sede di giurisdizione generale di legittimità, giudica del provvedimento impugnato, la quale, essendo per definizione una norma di azione, secondo quanto qui proposto a tale ordinamento particolare deve essere ascritta.

Tutte queste precisazioni permettono una progressiva migliore comprensione di che cosa siano le situazioni delle quali il giudice amministrativo decide, quali siano gli interessi individuali che il giudice amministrativo può oppure non può tutelare; e, anzitutto, l'individuazione con più chiarezza di quale sia il problema centrale che deve essere affrontato e superato per poter pervenire ad una più esatta definizione dell'oggetto del giudizio amministrativo; problema, la cui mancata percezione pare avere falsato la soluzione della questione se tale oggetto comprenda o meno una situazione giuridica soggettiva a carattere sostanziale, e addirittura aver deformato l'impostazione stessa dell'altra questione attualmente tanto dibattuta, relativa alla tutelabilità dei c.d. interessi diffusi: intendiamo dire il problema della individuazione dell'ordinamento, se quello generale o quello amministrativo, al quale quella ipotetica situazione giuridica soggettiva a carattere sostanziale eventualmente apparterebbe.

Come si sa, chi ritiene che il giudizio amministrativo sia a tutela di una situazione giuridica siffatta, la individua nel c.d. interesse legittimo. D'altra parte, anche dal punto di vista di queste riflessioni, non si nega che interessi individuali protetti da norme di azione poste dall'amministrazione per il perseguimento dei propri interessi, come strumento, o momento di que-

sto perseguimento, o quanto meno in quanto con questo perseguimento coincidenti, proprio in conseguenza di questa loro specifica protezione possono assurgere a situazioni giuridiche soggettive a carattere sostanziale. Anzi, è proprio dal punto di vista che si cerca qui di proporre, che si vorrebbe a tale impostazione tradizionale apportare qualche precisazione e arricchimento; e che parrebbe di poterlo fare, sulla base del rilievo che quelle norme che l'amministrazione pone in funzione dei propri interessi, costituiscono l'ordinamento amministrativo, come ordinamento distinto da quello generale: perché da questo rilievo discende una conseguenza piana, che pare tutt'altro che irrilevante per l'analisi del contenuto dell'oggetto del giudizio amministrativo; questa: l'interesse legittimo, in quanto protetto da norme dell'ordinamento amministrativo, anche se viene configurato come una situazione giuridica soggettiva a carattere sostanziale, ciò non di meno non può non appartenere a sua volta a questo ordinamento particolare. Allora, di primo acchito, si sarebbe tentati di riaffermare l'opinione dominante: quella che configura in tali termini sostanziali l'interesse legittimo, sia pure con la precisazione della sua pertinenza all'ordinamento amministrativo; e quella che definisce conseguentemente in riferimento ad esso l'oggetto della tutela che il giudice amministrativo accorda. Allora, si dovrebbe dire così, per esempio: il proprietario illegittimamente espropriato, impugnerebbe il decreto di esproprio per difendere il suo diritto di proprietà: e i due elementi fin qui emersi, il diritto di proprietà e il decreto di esproprio, pertengono sicuramente all'ordinamento generale; ma egli impugnerebbe tale decreto davanti al giudice amministrativo, in quanto esso viola una norma di azione: compare qui il primo fattore pertinente all'ordinamento amministrativo, appunto la norma di azione violata; ma se l'oggetto del giudizio amministrativo dovesse essere un interesse legittimo protetto come tale da una norma di azione, allora la ricostruzione dell'ipotesi non potrebbe che essere completata così: quel proprietario, accanto al suo diritto di proprietà tutelato dall'ordinamento generale, sarebbe titolare anche di un suo interesse individuale, protetto da una norma che l'amministrazione pone per il perseguimento dei propri interessi, come strumento o momento di questo perseguimento, o quanto meno perché con questo perseguimento coincidente; è di questo interesse indi-

viduale che quel proprietario chiederebbe tutela al giudice amministrativo, ed è per tutelare questo interesse individuale che il giudice amministrativo annullerebbe il provvedimento, che viola la norma dell'ordinamento amministrativo che lo protegge. E ancora: il pubblico dipendente illegittimamente licenziato impugnerebbe il provvedimento di licenziamento per difendere il suo rapporto di impiego: e i due elementi fin qui emersi, il rapporto di impiego e il provvedimento di licenziamento, pertengono sicuramente all'ordinamento generale; ma egli impugnerebbe tale decreto davanti al giudice amministrativo, in quanto esso viola una norma di azione: compare qui il primo fattore pertinente all'ordinamento amministrativo, appunto la norma di azione violata; ma se l'oggetto del giudizio amministrativo dovesse essere un interesse legittimo protetto come tale da una norma di azione, allora la ricostruzione dell'ipotesi non potrebbe che essere completata così: quel pubblico dipendente, accanto al suo rapporto di impiego tutelato dall'ordinamento generale, sarebbe titolare anche di un suo interesse individuale, protetto da una norma che l'amministrazione pone per il perseguimento dei suoi interessi, come strumento o momento di questo perseguimento, o quanto meno perché con questo perseguimento coincidente; è di questo interesse individuale che quel pubblico dipendente chiederebbe tutela al giudice amministrativo, ed è per tutelare questo interesse individuale che il giudice amministrativo annullerebbe il provvedimento, che viola la norma dell'ordinamento amministrativo che lo protegge.

Se la configurazione così delineata di queste due ipotesi esemplificative potesse essere accettata, allora si aprirebbe la strada ad una suggestiva simmetria: il giudice amministrativo tutelerebbe situazioni giuridiche soggettive a carattere sostanziale protette da norme dell'ordinamento amministrativo, appunto gli interessi legittimi, allo stesso modo nel quale il giudice ordinario tutela situazioni giuridiche soggettive a carattere sostanziale protette dall'ordinamento generale, ossia i diritti soggettivi. Ma si tratterebbe di una strada che, dopo il suo agevole e attraente imbocco, in realtà si rivelerebbe facilmente percorribile solo per un breve tratto: essa ben presto si presenta sbarata da un robusto ostacolo.

Quel giudice amministrativo, che in ipotesi tutelerebbe situazioni giuridiche soggettive a carattere sostanziale, secondo la

definizione che del suo ruolo danno la dottrina dominante ed esso stesso, situazioni giuridiche le quali sono parse qui appartenere all'ordinamento amministrativo, in moltissimi casi e in tutta normalità annulla il provvedimento impugnato per violazione di norme di azione che si appartengono anch'esse all'ordinamento amministrativo, ma che nulla hanno a che vedere con interessi individuali che a quel medesimo ordinamento particolare siano pertinenti; questo è ciò che accade, per esempio, in tutti i casi nei quali le norme che il ricorrente afferma essere state violate dal provvedimento impugnato siano norme sulla competenza, o più generalmente organizzatorie, e molte altre ancora: norme, cioè, alle quali non corrisponde, non può corrispondere un interesse individuale che l'amministrazione che le ha poste per il perseguimento dei propri interessi, protegga come strumento o momento di questo perseguimento, o quanto meno perché con questo perseguimento coincidente. Perché, è indubbio: quel proprietario espropriato, può ottenere l'annullamento del decreto di esproprio, se questo è illegittimo, indipendentemente dalla connessione con un suo interesse individuale della norma dell'ordinamento amministrativo violata: può ottenere l'annullamento del decreto di esproprio perché emanato da organi regionali, poniamo, invece che dal prefetto, o viceversa, non meno perché emanato in violazione di ipotetiche norme di azione che tutelassero un suo interesse individuale, magari ponendo scale di priorità che, se l'amministrazione le avesse osservate, avrebbero fatto cadere la sua scelta sul fondo del vicino; e, analogamente: quel pubblico dipendente licenziato illegittimamente, può ottenere l'annullamento del provvedimento di licenziamento perché disposto, poniamo, da un organo collegiale illegittimamente convocato, non meno che per la violazione di ipotetiche norme di azione che in qualche modo garantissero stabilità al suo rapporto di impiego.

Anche se si prescinde per un momento dai problemi di interpretazione di disposizioni di diritto positivo, sempre opinabile, e si concentra l'attenzione sulla realtà effettuale del nostro sistema di giustizia amministrativa, pare emergere una evidenza, che come tale non può non essere accettata: oggi come oggi, in concreto, il giudice amministrativo annulla i provvedimenti impugnati, per la violazione da parte loro di norme di azione le quali, di per sé non proteggono interessi individuali;

di qui, una conclusione si impone da sola: tale giudice annulla tali provvedimenti, a causa della sola e oggettiva violazione da parte loro di tali norme. È vero che talvolta sembra che il giudice amministrativo annulli provvedimenti perché lesivi di un interesse individuale del ricorrente, specificamente protetto dalla norma che esso viola: per esempio, quando annulla la concessione all'apertura di una farmacia a distanza inferiore da quella imposta dalla norma, rispetto ad altra farmacia preesistente, su ricorso del titolare di questa; per esempio, quando annulla la nomina ad un pubblico impiego, perché disposta in presenza di un titolo poziore di altro aspirante, su ricorso di questo; e, in generale, quando annulla il provvedimento impugnato, perché questo viola una norma di azione, posta dall'amministrazione per il perseguimento dei propri interessi, la quale protegga anche un interesse individuale, come strumento o momento di questo perseguimento, o quanto meno con questo proseguimento coincidente. Ma, appunto, sembra soltanto: si tratta di una apparenza che maschera una realtà ben diversa; perché le norme di azioni di questo genere, e cioè che proteggano anche specificamente interessi individuali, sono relativamente rare: rare non solo nei confronti della totalità delle norme di azione positivamente adottate, ma anche nei confronti di tutte le norme di azione a causa della violazione delle quali il giudice amministrativo, come abbiamo visto, nella realtà effettuale annulla il provvedimento impugnato; e se in tutti questi casi il giudice amministrativo annulla il provvedimento amministrativo per il solo fatto che esso viola una norma di azione, indipendentemente dal dato della lesione anche di un interesse individuale da essa specificamente protetto, per definizione qui mancante, allora quando, raramente, questo interesse viceversa sia rilevabile, è pur sempre la violazione della norma di azione che lo protegge che deve essere vista come il reale fondamento dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento che la viola; e ciò, a meno di non voler accettare la frantumazione della configurazione in modo unitario dell'oggetto del giudice amministrativo della giurisdizione generale di legittimità: a meno di voler ammettere che tale oggetto del giudizio debba essere ricostruito in termini radicalmente diversi, a seconda che la norma di azione violata protegga specificamente anche un interesse individuale, nella quale ipotesi la tutela giurisdizionale

amministrativa potrebbe anche riguardare questa situazione giuridica soggettiva a carattere sostanziale protetta dall'ordinamento posto dall'amministrazione; oppure a seconda che la norma di azione violata non sia specificamente connessa con un interesse individuale, nella quale ipotesi l'oggetto del giudizio amministrativo, dal punto di vista dell'ordinamento particolare dell'amministrazione, non trovando una situazione giuridica soggettiva protetta da questo ordinamento alla quale riferirsi, non può che essere definito in relazione alla obiettiva illegittimità del provvedimento impugnato. Una ricostruzione che voglia essere mantenuta come unitaria dell'oggetto del giudizio amministrativo, si presenta, dunque, con uno sbocco obbligato: anche quando la norma di azione violata protegga specificamente un interesse individuale, anche quando il provvedimento impugnato che la viola finisca perciò col ledere insieme anche questo interesse individuale stesso, questa lesione, nella vicenda, pare essere solo un elemento accidentale; e perciò fuorviante una corretta configurazione di essa.

10. Se si consentisse in questa rilevazione di quella che pare essere, lo si ripete, la realtà effettuale del nostro sistema di giustizia amministrativa, si dovrebbe considerare assai problematico l'accoglimento della tesi dominante, secondo la quale l'oggetto della tutela giurisdizionale amministrativa sarebbe una situazione giuridica soggettiva a carattere sostanziale; soprattutto se questa situazione soggettiva venisse individuata nell'interesse legittimo, che qui è parso essere una situazione soggettiva a carattere sostanziale pertinente all'ordinamento amministrativo. Infatti, la riaffermazione della validità di tale tesi dominante potrebbe basarsi, in astratto, solo su due linee ricostruttive, che vanno partitamente valutate. Si comincerà da quella che, per l'evidente assurdità delle conseguenze alle quali porterebbe il suo accoglimento, può essere più rapidamente scartata: quella, appunto, che vede nell'interesse legittimo l'oggetto della tutela giurisdizionale amministrativa; paradossalmente, proprio quella più generalmente accettata, quella più generalmente accolta fin nel parlare comune. Ora, come si è già accennato in altra sede, la qualificazione di un interesse come situazione giuridica soggettiva a carattere sostanziale, non può essere un mero *flatus vocis*, una etichetta puramente formale che

tesi
int. leg. off.
tutela più
amm.