

ALBERTO ROMANO

AMMINISTRAZIONE,
PRINCIPIO DI LEGALITÀ
E ORDINAMENTI GIURIDICI

SOMMARIO: 1. Il tema. — 2. L'amministrazione, la giurisdizione e la legislazione nella legge abolitrice del contenzioso amministrativo. — 3. L'amministrazione come soggetto dell'ordinamento generale, unitario nei confronti tanto dei suoi soggetti pubblici come di quelli privati. — 4. L'amministrazione e le norme dell'ordinamento generale. — 5. Il provvedimento illecito, ossia in carenza di potere. — 6. Legittimità e illegittimità dei provvedimenti amministrativi. — 7. L'amministrazione e il suo ordinamento particolare. — 8. Le norme dell'ordinamento particolare dell'amministrazione. I regolamenti. — 9. *Segue*. Le disposizioni formalmente legislative. — 10. L'amministrazione e l'ordinamento comunitario.

1. *Il tema*. — Il tema qui considerato è quello del principio di legalità nell'amministrazione. Ed è immenso; anche se considerato isolatamente: ossia, a prescindere dal principio di uguaglianza, non meno imponente, che vi è intrinsecamente connesso. E, per di più, quel principio in questi anni è stato messo in discussione perfino nei suoi aspetti più fondamentali e essenziali.

Qui, tuttavia, si parte dal presupposto della sua perdurante rilevanza nei confronti dell'amministrazione. E lo si inquadra in una precisa prospettiva concettuale: quella della pluralità degli ordinamenti giuridici; ossia, la prospettiva della teoria istituzionale (che qui viene accolta con i tratti con i quali l'ha profilata il suo autore: SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1^a ed.: Pisa, 1918; 2^a ed.: Firenze, 1946); di cui tale pluralità costituisce corollario necessario, se non addirittura componente essenziale.

L'esplicito collegamento con questa pluralità, del principio di legalità che si ritiene che l'amministrazione debba osservare, da

un lato preclude che si possa seguitare a intenderlo come soggezione ad una semplice *regula juris*: è subito evidente, infatti, che lo si debba riferire ad una corrispondente pluralità di *regulae*, diversificate per la diversificazione dei loro ordinamenti di appartenenza. E, dall'altro, indica con chiarezza quali siano gli esiti che qui si vorrebbero raggiungere. Ossia, in primo luogo, l'individuazione di quali siano gli ordinamenti ai quali, appunto quelle *regulae* appartengono; di quali siano gli ordinamenti le cui norme (e anche i cui fattori istituzionali), impongano all'amministrazione doveri e obblighi, ma anche le attribuiscano diritti e soprattutto poteri, con i loro limiti intrinseci; il che vale quanto dire, dei quali l'amministrazione si pone come soggetto, acquisendo la correlata capacità giuridica. E, conseguentemente, la considerazione, naturalmente qui consentita in termini molto sintetici, dei diversi modi nei quali si atteggiano quelle *regulae* medesime: proprio a causa delle particolarità dei vari ordinamenti cui devono essere ascritte.

2. *L'amministrazione, la giurisdizione e la legislazione nella legge abolitrice del contenzioso amministrativo.* — Così impostato il discorso, il primo ordinamento che si deve prendere in considerazione, è quello che merita di essere definito come generale.

In che senso, lo si cercherà di precisare tra poco. Ma una precisazione preliminare si impone subito. Tale ordinamento generale, comunque lo si voglia poi definire, è sicuramente quello che trova oggi nella Costituzione entrata in vigore il 1° gennaio 1948 il suo più elevato fondamento normativo; se non il suo primo fondamento istituzionale, che è più risalente nel tempo, e dal quale essa stessa deriva. Quindi, è in riferimento anzitutto a tale ordinamento, che deve essere delineato il principio di legalità cui l'amministrazione è assoggettata. E, allora, è sulla base soprattutto di quella Costituzione, che sembrerebbe dover conseguire la prima definizione di quel principio medesimo. Ciò nonostante, non saranno molti i richiami espliciti a sue norme: perché non sono molte quelle qui direttamente pertinenti.

Come ben si sa, infatti, la nostra vigente Costituzione è ricca

di disposizioni di garanzia di singoli diritti individuali, e delle loro tutele giurisdizionali, specie nei confronti dell'amministrazione; ma è povera di riferimenti espressi, specie in termini generali, agli ulteriori vincoli che l'amministrazione deve rispettare sul piano del diritto sostanziale. Tanto che non vi è canonizzato esplicitamente neppure il dato fondamentale: il vincolo dell'amministrazione alla legalità.

Non che esso non valga nel modo più stringente. Solo, che va ricavato dal sistema. Da un sistema che, al riguardo, consta per certi aspetti, e presuppone per altri, fattori costitutivi dello Stato di diritto, nei vari sensi nei quali questa espressione può essere intesa. Fattori che, perciò, sono stati acquisiti al nostro ordinamento, e alla nostra cultura delle istituzioni, in quella ben più precedente epoca nella quale il nostro Stato di diritto si è venuto formando: fin dalla metà del secolo scorso. Quei fattori, dalla nostra Costituzione, poi, sono stati più postulati che enunciati. Ma, ciò non di meno, sono stati integralmente recepiti. E che lo siano stati quasi sempre solo tacitamente, d'altra parte, nulla toglie alla loro pregnanza; semmai, l'accentua: perché, come si sa, molto spesso sono proprio le cose più importanti quelle che non vengono dette.

È nella legislazione ordinaria della seconda metà dell'800, che trova storicamente le sue basi normative, quel principio di legalità nell'amministrazione, che pure vige nel quadro nella nostra attuale Costituzione; e che, anzi, la impronta di sé. Più precisamente, nelle legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Che pur in questi anni che segnano forse il tramonto del ruolo che assegnò al giudice civile nei confronti dei soggetti pubblici, si rivela sempre di più essere la base necessaria per ogni ricerca su quel principio: s'intende, in relazione alle origini e allo sviluppo solo di quel diritto amministrativo relativamente moderno, che ancor oggi noi descriviamo nelle nostre trattazioni.

Comunemente, a tale legge si attribuisce il significato di aver dettato l'assetto fondamentale del rapporto tra amministrazione e giurisdizione. L'affermazione, certo, non è inesatta. Ma scolpisce la sua rilevanza in misura insufficiente e riduttiva. Perché lascia in

ombra che essa, *in primis et ante omnia*, conforma l'assetto fondamentale del rapporto tra amministrazione e legislazione; in correlazione, come si vedrà, alla evoluzione che stava maturando, degli assetti tra Parlamento, Monarchia ed Esecutivo. In parte postulandolo. Ma, in parte, regolandolo esplicitamente. Perché è in essa che il vincolo dell'amministrazione alle *regulae juris* ha trovato la sua formulazione, poi non più ripresa.

Ci si riferisce, ovviamente, al suo art. 5, che sancisce che parametro della valutazione giuridica fondamentale degli atti amministrativi, ai fini del riconoscimento ad essi di una compiuta rilevanza giuridica, è la loro conformità alla legge; e che a questa conformità sono tenuti non solo tali atti in genere, ma anche i provvedimenti (questo termine, che pure ci suona così moderno, è già richiamato dall'art. 2 della medesima legge); e anche i regolamenti: tanto quelli generali che locali.

Questa disposizione, con queste parole, scolpisce quindi la subordinazione alla legge di tutte quelle che una volta si sarebbero dette la manifestazioni di volontà dell'amministrazione.

Certo, questa sua impostazione, e in ogni caso questa sua formulazione, ne segna pure i limiti: solo parzialmente è rilevabile da essa la nozione di legalità cui sono assoggettati i provvedimenti, e gli atti in genere dell'amministrazione. Perché questi sono sempre più vincolati, come ben si sa, e come si vedrà meglio, al rispetto della normazione secondaria; in particolare, di quei regolamenti, che nella lettera della disposizione in esame, rilevano solo perché vengono assoggettati alla normazione primaria, non meno che quei provvedimenti. E si sorvola, per il momento, sulle ulteriori loro illegittimità conseguenti a scelte discrezionali viziate, e inquadrabili in una delle tante figure di eccesso di potere.

Certo, nella legge abolitrice del contenzioso amministrativo, il principio di legalità dell'amministrazione è espresso in modo per così dire obliquo: a proposito di un istituto particolare, per di più appartenente al piano delle tutele giurisdizionali, quali la disapplicabilità dei suoi atti da parte del giudice ordinario.

Ma sta di fatto che nel nostro ordinamento non troviamo più

altre formulazioni esplicite del principio di legalità dell'amministrazione. E se si tiene conto quanto largamente ancor oggi il diritto amministrativo si risolva in questo principio, già per questo primo fattore (poi se ne vedranno altri), appare difficilmente contestabile il rilievo già anticipato circa la rilevanza della legge del 1865: questo nostro diritto amministrativo moderno, non solo nel versante delle tutele giurisdizionali, ma anche in quello dei suoi assetti sostanziali, si fonda su questa legge medesima. Vorremmo ribadire questa affermazione, senza che il rilievo valga a sminuire l'importanza della cultura che la precedette, se non altro perché la preparò; né significhi ignorare quanti e quali orientamenti di questi anni se ne distacchino, e in quali direzioni e misure.

In ogni caso, in questa prospettiva si devono aggiungere ulteriori osservazioni. La legge abolitrice del contenzioso amministrativo è celebrata (ma, oggi, si dovrebbe dire criticata?), perché ha devoluto alla giurisdizione civile la tutela dei diritti soggettivi. Ma questa scelta, operata sul piano delle tutele giurisdizionali, presuppone, e quindi conferma, su quello degli assetti sostanziali, una acquisizione di enorme rilievo: che, nei confronti dell'amministrazione, l'ordinamento possa proteggere interessi individuali, come veri e propri diritti perfetti. E quale sia il valore di questa acquisizione nella nostra cultura e nelle nostre istituzioni già poco dopo la metà del secolo scorso, può essere colta, anzitutto, col confronto non solo col nostro precedente passato, ma anche con le situazioni allora (e in seguito), esistenti in altre nazioni continentali.

Abbiamo introdotto nel ragionamento due elementi di grande importanza. La riforma del 1865 si basa su un principio di legalità nell'amministrazione, che è inteso anzitutto come subordinazione di questa alla legge; subordinazione che il giudice civile deve garantire, per quanto di sua giurisdizione. E, proprio ampliando questa sua giurisdizione, lo deputa a tutelare anche i diritti soggettivi nei confronti dell'amministrazione: che da quella subordinazione evidentemente derivano. È facile, allora, combinando tali due elementi, trovare conferma di una idea che ha tanti altri fondamenti. Ossia, che nel sistema di tale riforma, la nozione di tali diritti era intrinsecamente legata a quella della legge. Nel

senso che dovevano e potevano considerarsi diritti soggettivi tutelabili giurisdizionalmente in sede civile, solo quegli interessi individuali che era la legge a proteggere sul piano sostanziale.

Vanno ripresi e sviluppati, a questo proposito, rilievi che si sono già accennati; in particolare, l'osservazione che tale riforma aveva di mira la subordinazione alla legge di tutte le manifestazioni di volontà, anche normative, dell'Esecutivo e dell'amministrazione. È da questo punto di vista che emerge più nettamente l'idea accennata: poteva essere configurato come diritto soggettivo pieno, solo l'interesse individuale che era garantito dalla legge nei confronti della istituzione regia, e dell'esecutivo, e quindi dell'amministrazione allora preponderatamente statale che ne dipendeva; solo dalla legge, perché adottata, per contro, da un legislatore almeno parzialmente (in relazione alla struttura bicamerale del Parlamento), e pur solo limitatamente elettivo (a causa dei limiti del suffragio). Allora era percepito nettamente, anche se non altrettanto esplicitamente espresso, che se il diritto soggettivo è nei confronti dell'amministrazione, esso deve trovare protezione in una fonte che non poteva provenire dal monarca e dal suo esecutivo: doveva essere disposta dal legislatore, ossia, all'epoca molto più di oggi, dal Parlamento. Allora era chiara l'indicazione di una intrinseca connessione tra quella che oggi chiameremmo l'articolazione delle situazioni giuridiche soggettive nei confronti delle amministrazioni, e il sistema delle fonti: deve considerarsi situazione giuridica che definiremmo primaria, ossia come diritto soggettivo pieno, solo quella protetta sostanzialmente dalla norma primaria. Indicazione che poi si è persa. Da un lato, per lo sviluppo dell'ordinamento, che ha portato sempre più il legislatore a dettare regole per l'agire dell'amministrazione, solo funzionali rispetto ai fini collettivi che questa deve perseguire. E, dall'altro, per la tendenza dottrinale a cercare in chiave di differenze strutturali, e sul piano delle distinzioni meramente concettuali, la differenziazione di tale situazione dalla nuova figura emersa, ma emersa prepotentemente, solo decenni dopo: ossia dall'interesse legittimo.

3. *L'amministrazione come soggetto dell'ordinamento gene-*

rale, unitario nei confronti tanto dei suoi soggetti pubblici come di quelli privati. — Ma la legge abolitrice del contenzioso amministrativo è anche il fondamento normativo sul quale delineare insieme l'amministrazione come soggetto dell'ordinamento generale, e il carattere, appunto, generale di questo.

Esso si è formato in primo luogo per regolare i comportamenti delle persone fisiche: per dare assetto ai loro rapporti reciproci, imponendo e attribuendo loro doveri e obblighi, diritti e poteri; definendo quindi la loro capacità, e perciò, misurando con questa la loro soggettività. Ed è indubbio, infatti, che di tale ordinamento le persone fisiche medesime siano imprescindibilmente i primi soggetti. Di esso, poi, ma solo poi, sono soggetti le persone giuridiche privatistiche.

Rimaneva il problema della collocazione, in questa prospettiva, dei soggetti pubblici. Ed è stata la legge abolitrice del contenzioso amministrativo la base sulla quale si è innestato, ed è potuto così maturare il processo del loro assoggettamento al medesimo ordinamento: che solo con questa ulteriore sua estensione ha meritato di doversi qualificare come generale.

Per chiarire le ragioni di questa evoluzione, vanno ora sviluppate le implicazioni che derivano dal presupposto prima accennato di quella legge medesima: dal riconoscimento della possibilità che nei confronti dell'amministrazione soggetti privati (ma anche altri soggetti pubblici), possano vantare diritti soggettivi veri e propri. Pure nei confronti dell'amministrazione come soggetto pubblico, dotato di poteri autoritativi: « ... ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o della autorità amministrativa » (art. 2 l.a.c.).

La definizione di una situazione soggettiva in termini giuridici, presuppone sempre che possano e debbano essere configurate situazioni soggettive contrapposte, o almeno correlate; e, per di più, che queste possano e debbano essere definite in termini parimenti giuridici. Se un soggetto ha nei confronti dell'amministrazione un diritto di obbligazione, sulla medesima amministrazione non può non incombere correlativamente un obbligo giuridico di adempiervi; e, d'altra parte, se un soggetto è gravato da

una obbligazione nei confronti dell'amministrazione, questa non può non essere titolare al riguardo di un corrispondente diritto. Se un soggetto ha un diritto assoluto, e per ciò in quanto tale rilevante anche per l'amministrazione, per esempio la proprietà su un bene, l'amministrazione stessa non può non avere il dovere di rispettarlo: anche come limite di suoi poteri pubblicistici; e, correlativamente, se su un soggetto grava un dovere generale di rispettare un bene dell'amministrazione, questa non può non avere nei suoi confronti un diritto assoluto.

L'affermazione del legislatore che soggetti generalmente privati hanno veri e propri diritti soggettivi, e più generalmente situazioni giuridiche soggettive nei confronti dell'amministrazione, non può rimanere isolata: implica necessariamente che anche l'amministrazione si atteggi come titolare di altrettante situazioni giuridiche parimenti soggettive. È la necessità di delineare tutto un mondo di situazioni e di rapporti che inevitabilmente ne deriva.

Ancora, L'amministrazione, in quanto si presenti come titolare di situazioni giuridiche attribuitele dall'ordinamento, attive o passive, statiche o dinamiche, di diritto comune oppure no che siano, per questa ragione viene a emergere per quell'ordinamento nell'unico modo che le nostre concettualizzazioni giuridiche consentono di delineare: come suo soggetto. Come suo soggetto, nel senso nel quale possiamo dire lo siano pure i suoi soggetti privati.

E di qui la costruzione, altrettanto ineludibile, del carattere generale, e quindi necessariamente unitario, di quell'ordinamento stesso. Se si volesse scegliere un testo normativo esemplare della disciplina dei rapporti tra soggetti privati, la scelta non potrebbe essere dubbia: dovrebbe essere il codice civile. Se si volesse scegliere un testo esemplare della disciplina dei rapporti tra soggetti privati e amministrazione, probabilmente ci orienteremmo verso la legge sulle espropriazioni per pubblica utilità. Ora, anche il primo, non meno che la seconda, nel sistema delle fonti occupano un livello e presentano caratteri del tutto analoghi: sono leggi, appunto, o atti equiparati, comunque da adottarsi in ogni caso oggi secondo gli artt. 70 e ss. Cost.

Ora, come può una identica fonte produrre ordinamenti che viceversa siano diversi? Pare evidente che non esiste un ordinamento di diritto pubblico distinto da un ordinamento di diritto privato; o, per meglio dire, la distinzione dell'un diritto (non dell'un ordinamento!), rispetto all'altro, può essere utilizzata solo come criterio di delimitazione di esposizioni meramente descrittive di essi. Perché, nella sostanza, esiste un unico ordinamento, che, perciò, deve qualificarsi come generale: che dà unitariamente assetto a situazioni giuridiche, e a rapporti tra soggetti privati, tra soggetti privati e soggetti pubblici, e perfino tra soggetti pubblici. E questa ricostruzione, che sembra imposta per il nostro ordinamento almeno fin dalla legge del 1865, sembra da doversi considerare preziosa, perché contiene un messaggio di libertà e di uguaglianza. Certo, i poteri delle amministrazioni, a differenza di quelli dei soggetti privati, presentano contenuti più ampi di quelli di diritto comune, e carattere di autorietà e imperatività da questi alieni: ma sono pur sempre anch'essi giuridicamente limitati. Certo, tali poteri dell'amministrazione sono ben diversi e ben più incisivi della capacità negoziale di diritto privato. Ma gli uni e l'altri si basano e sono regolati da una identica legge: si fondano (soprattutto i primi), o sono almeno riconosciuti (soprattutto la seconda), parimenti dalla legge; la quale, attribuendoli o riconoscendoli, li misura: ponendo limiti alla loro attribuzione e al loro riconoscimento, da doversi definire a questa attribuzione e a questo riconoscimento addirittura intrinseci.

E questa unitarietà dell'ordinamento generale trova riscontro speculare nella unitarietà della soggettività dei suoi soggetti. Noi persone fisiche, siamo titolari di rapporti regolati non solo dal diritto privato, ma anche da quello pubblico: possiamo essere beneficiari di autorizzazioni o anche di concessioni, proprietari di beni soggetti a provvedimenti ablativi, parti di rapporti di impiego totalmente o residualmente pubblico, ecc. Ma non per questo la nostra soggettività può delinarsi come corrispondentemente scissa. E, d'altra parte, anche l'amministrazione non è titolare solo di poteri e diritti pubblicistici: può essere proprietaria *ex art. 832 c.c.*, ha una capacità negoziale privatistica sempre più tendenzial-

mente generale, può trovarsi gravata da obbligazioni di diritto privato, se non altro derivanti da suoi illeciti; ma è da un bel pezzo che è stata abbandonata la teoria della sua doppia personalità.

4. *L'amministrazione e le norme dell'ordinamento generale.*
— È necessario accennare qui, seppure con la sinteticità qui imposta, ad alcune conseguenze dei fattori così acquisiti al ragionamento.

Anzitutto, pare opportuno ribadire un rilievo già proposto, per la sua importanza centrale. Sicuramente, nell'ordinamento generale sono individuabili componenti più nettamente pubblicistiche, e componenti più nettamente privatistiche. Ma questa distinzione può servire solo a facilitare la descrizione di quell'ordinamento stesso. Sarebbe pericoloso attribuirle una rilevanza maggiore. E, soprattutto, sarebbe del tutto fuorviante accentuarla fino a renderla ragione di scissione di esso: che è e deve rimanere unitario.

Così che a molti princìpi che, per ragioni storiche a tutti note, sono formulati in leggi di diritto privato, a cominciare da quelli canonizzati dal codice civile, e comunque elaborati prevalentemente da privatisti, va attribuita una valenza viceversa generale; e una estensione analoga va data anche a princìpi, seppur meno numerosi, per contro disposti nel diritto pubblico, o studiati prevalentemente da pubblicisti in genere e da amministrativisti in particolare. Tanto che l'ordinamento generale appare consistere, in primo luogo, in una robusta componente comune a quelle più specificamente pubblica o privata; le quali, conseguentemente, sembrano atteggiarsi in larga parte piuttosto come suoi svolgimenti e adattamenti.

In primo luogo, perciò, si vorrebbe affermare che per gli atti e comportamenti anche dell'amministrazione, e anche per quelli suoi pubblicistici, non possono non valere per essa doveri elementari e generalissimi: quelli di buona fede, correttezza, rispetto dell'affidamento, e così via; lo si vorrebbe sostenere subito, per la problematicità della materia, che contrasta con l'urgenza che la soggezione a tali princìpi pure dell'amministrazione come sog-

getto pubblicistico sia ribadita. E, inoltre, ma qui il terreno è sicuramente del tutto consolidato, pare indiscutibile che anche l'amministrazione debba adempiere alle obbligazioni dalle quali per contratto, per illecito o per altra causa, si trovasse ad essere gravata: anche ad obbligazioni da definirsi pubbliche, in qualsiasi modo questa aggettivazione voglia poi essere intesa. E neanche l'amministrazione, neppure con suoi atti o comportamenti pubblicistici, può arrecare ad altri un « danno ingiusto », ai sensi dell'art. 2043 c.c. E anche a carico dell'amministrazione che si renda inadempiente a tali sue obbligazioni, o che arrechi in tal modo un simile danno ad altri, non può non sorgere una obbligazione risarcitoria. Anzi, a questo ultimo proposito, sembra assai significativo un recente, ma già notissimo intervento legislativo. L'art. 35, comma 1, del d.lgs. 80/98 (con norma lasciata inalterata dal d.lgs. correttivo 387/98), attribuendo al giudice amministrativo, nelle controversie oggetto della sua giurisdizione esclusiva, anche il potere di condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti a suoi illeciti, li definisce richiamando la formulazione privatistica: appunto il « danno ingiusto »; così che, ormai, anche per *tabulas* l'art. 2043 c.c. ha acquisito quella valenza generale, che, comunque, doveva essergli riconosciuta sistematicamente già prima.

Di particolare rilevanza, poi, sono le conseguenze della ascrizione ad un unitario ordinamento generale, dell'amministrazione come soggetto altrettanto unitario pur nei suoi profili più prettamente pubblicistici, per quel che concerne la disciplina della costituzione, modificazione e estinzione dei rapporti giuridici, e per la dinamica in genere delle situazioni giuridiche. Sicuramente, obbligazioni a carico dell'amministrazione, ma anche diritti soggettivi a suo vantaggio, nascono « ... da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico » (art. 1173 c.c.). Anche se questo fatto o atto consista in atti e comportamenti dell'amministrazione, riconducibili alla sua capacità pubblicistica.

5. *Il provvedimento illecito, ossia in carenza di potere.* — Si

noterà che, della disposizione ora citata, è stata omessa una parola importante: « contratto ». Non a caso. Ma per la cautela che il richiamo impone, a causa dei maggiori approfondimenti che richiede il rapporto tra questo istituto, e gli effetti che vi si ricollegano. È a tutti noto il dibattito che si è sviluppato al riguardo, soprattutto nella dottrina privatistica: tra chi definisce questi effetti come *ex lege*, assimilando così sotto questo profilo la stipulazione di tale negozio all'accadimento di un qualsiasi fatto giuridicamente rilevante, o all'adozione di un atto non negoziale; e chi, viceversa, delinea il contratto stesso come un precetto stabilito dalle parti, produttivo di per sé di effetti nell'ordinamento dei privati, cui l'ordinamento generale dello Stato accorda un riconoscimento, in una prospettiva di relazioni tra ordinamenti; o, ben s'intende, lo nega ove il negozio sia privo di quei presupposti, requisiti o elementi, la cui sussistenza, per contro, esiga a tal fine (per il più spinto sviluppo di questa impostazione, cfr. l'opera di SALV. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati, Autonomia privata, ecc.*, ora in *Scritti minori*, Milano 1980, vol. I, 449; II, 541; ecc.).

È ovvio che non è qui che è opportuno e possibile affrontare questo problema. Qui, perciò, ci si limiterà a manifestare la propria preferenza per questa seconda linea ricostruttiva. E, di seguito, si accenneranno, sia pure in modo necessariamente apodittico, altri elementi sulla base dei quali vorremmo sviluppare il ragionamento.

Ossia. Anche il provvedimento dell'amministrazione opera i suoi effetti, secondo un modulo analogo a quello che è parso preferibile adottare a proposito del contratto: in questo senso, vi era già una opinione risalente nel tempo, di ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano 1955, 391, del resto espressione della corrente di pensiero cui questo autore apparteneva. Quale che sia il rapporto che si vuole delineare tra l'attività amministrativa e la legge, ora intesa come la manifestazione più appariscente dell'ordinamento generale, si deve confermare che, nella prospettiva concettuale prescelta, la legge non è la fonte degli effetti del provvedimento: è solo il filtro del loro riconoscimento da parte dell'ordinamento generale.

Da questo punto di vista, emerge una distinzione netta tra lo Stato inteso come fattore di riferimento dell'ordinamento che qui si dice generale, e lo Stato cui si ricollegano le amministrazioni, in particolare quelle dette statali: le quali amministrazioni, di questo ordinamento vengono a porsi come soggetti. Secondo questa linea di ragionamento, come il contratto acquista rilevanza per questo ordinamento secondo uno schema radicalmente diverso, se non addirittura opposto, rispetto ai fatti giuridici che si diranno di diritto comune, e ai meri atti privati non negoziali, così il provvedimento acquista rilevanza per questo medesimo ordinamento secondo uno schema radicalmente diverso, se non addirittura opposto, rispetto ai fatti giuridici che si diranno di diritto pubblico, e ai meri atti amministrativi.

E ancora. Se il contratto è visto come espressione della capacità negoziale che i privati originariamente hanno, e che entro certi limiti l'ordinamento generale riconosce loro, il provvedimento va delineato in parallelo come estrinsecazione di un potere che l'ordinamento generale attribuisce alla amministrazione emanante. E se, in genere, il principio di legalità cui l'amministrazione è vincolata è visto in relazione al suo agire, per quel che riguarda i provvedimenti va riferito soprattutto ai poteri di cui sono espressione.

Certamente, il principio di legalità, a questo proposito, può essere agevolmente tradotto nel principio per il quale le amministrazioni hanno i poteri e solo i poteri che la legge attribuisce loro; così che condizione di legalità di quei provvedimenti stessi, è che si possano fondare su poteri così attribuiti: condizione della loro legalità, *sub specie*, si vorrebbe qui precisare, di loro liceità.

Ma il rilievo, del resto banale, per un verso è inesatto, e per un altro è insufficiente.

È inesatto, perché non esprime l'idea che l'ordinamento generale attribuisce poteri all'amministrazione non solo con le sue leggi, ma anche con la sua Costituzione, e perfino con i suoi fattori istituzionali. Così, non pare dubbio che al Governo spettino poteri, che gli derivano direttamente dal ruolo che nel sistema la Costituzione gli assegna. Se queste riflessioni non riguardassero

esclusivamente l'amministrazione, saremmo spinti a evocare il potere di decretazione d'urgenza, e le ragioni e i modi per le quali e nei quali si è inserito di forza, in un primo tempo solo fattualmente, nel nostro sistema delle fonti: tanto che il vigente art. 77 Cost. (come, del resto, i corrispondenti articoli della l. 100/26), fin dalla sua stessa formulazione, appare solo come la disciplina dell'esercizio, o, meglio, delle conseguenze dell'esercizio di una potestà che trova *aliunde* il suo fondamento. Ma qui appare perfettamente pertinente, per contro, il richiamo al potere governativo regolamentare: difficilmente si può supporre che al Governo, in quanto organo di vertice dell'intera amministrazione, cui la Costituzione stessa assegna esplicitamente la funzione di indirizzo amministrativo, oltre che politico, possa non spettare un potere di dirigere con norme generali l'azione di tutti i soggetti nei quali essa si scompone; e sia pure entro margini la cui ampiezza è inversamente proporzionale al grado col quale la loro autonomia è costituzionalmente garantita, o legislativamente accordata; così che, di nuovo, al vigente art. 17 della l. 400/88 (come, del resto, ai corrispondenti articoli della l. 100/26), pare che si debba attribuire un ruolo non maggiore di quello considerato all'art. 77 Cost., a proposito dei decreti-legge. E, ancora: è difficilmente immaginabile, almeno nei sistemi continentali, un'amministrazione cui difetti il potere di espropriazione; proprio per il ruolo che in questi sistemi ha istituzionalmente; così che sembra che la legislazione in materia si limiti a dettare una disciplina di un istituto che, però, ha quel ben più profondo fondamento istituzionale; anche se poi tale disciplina, proprio in quanto più precisamente e dettagliatamente formulata, sia pure indispensabile per la sua praticabilità.

E il medesimo rilievo è insufficiente, perché non illustra in modo più esauriente che l'attribuzione legislativa di un potere, necessariamente implica la definizione di tutti i suoi elementi essenziali. Per una esigenza logica, prima ancora che giuridica. Il legislatore non può attribuire un potere, cioè, senza precisare a quale ente lo attribuisce; o a quali persone o cose si riferisca; o quali effetti riconosca al suo esercizio. Senza specificare, quindi,

il suo elemento soggettivo, o quello oggettivo, o quello contenutistico, e, di qui, quello causale. La proposizione prima accennata genericamente, per la quale le amministrazioni, nel quadro dell'ordinamento generale, hanno i poteri e solo i poteri che questo attribuisce loro, deve essere estesa nel senso che esse hanno questi poteri, solo con gli elementi che tale ordinamento definisce attribuendoli: ossia, positivamente, con una ampiezza corrispondente; ma anche, negativamente, con i limiti che a quei poteri stessi pone, all'atto stesso della loro attribuzione; e che, perciò, sono ad essi addirittura intrinseci.

Prima, si era qualificato genericamente come illecito, un provvedimento privo di fondamento legislativo. Adesso si può e si deve precisare, che deve considerarsi illecito un provvedimento i cui elementi non corrispondano a quelli del potere di cui è espressione, definiti dall'ordinamento attribuendolo all'amministrazione emanante. Quando questa corrispondenza manchi, anche solo parzialmente, il provvedimento è comunque « in carenza di potere »: nel senso predicato dalla Cassazione; la cui giurisprudenza al riguardo appare una esatta ricostruzione del sistema imposto da esigenze logiche, prima ancora che dettato da specifiche regole giuridiche.

È in questa prospettiva che va inquadrato il provvedimento lesivo del diritto, nei sensi degli artt. 2 e 4 della l.a.c. Quando questa lesione debba essere rilevata, non è questione che possa essere trattata; perché non è qui che si possa esaminare, tra l'altro, la notissima teoria c.d. della degradazione; che, del resto, già altra volta era parsa da doversi valutare criticamente. Qui è sufficiente osservare che tale lesione è la conseguenza della indisponibilità del diritto leso da parte del potere di cui il provvedimento che lo lede costituisce esercizio. Ossia, che tale diritto costituisce oggetto non possibile, « non lecito » di tale potere. E, quindi, tale provvedimento costituisce una delle varie ipotesi nelle quali va delineata la figura del provvedimento in carenza di potere.

Per queste ragioni, l'attribuzione da parte dell'ordinamento generale alle amministrazioni dei loro poteri, è componente essenziale della definizione dell'intera loro capacità. Della loro capacità

di soggetti di tale ordinamento, tra i soggetti di questo. L'ordinamento generale, da questo punto di vista, si atteggia come il quadro degli assetti delle situazioni giuridiche e dei rapporti tra tutti questi soggetti. Assetti che definisce, che riconosce o che impone, in base a ponderazioni, evidentemente politiche, dei loro interessi, e secondo gli equilibri che sono raggiunti, evidentemente dietro spinte e per ragioni più politiche che mai. In questa prospettiva, il principio di uguaglianza investe l'amministrazione, nel senso che anche la sua autonomia, come quella dei soggetti privati, è misurata dall'ordinamento generale. Che poi questa « misurazione » sia a sua volta rispettosa del medesimo principio, è questione che l'amministrativista deve tendere a devolvere al costituzionalista; e dalla quale qui si deve comunque prescindere.

Ci sia consentito di concludere questi rilievi sul ruolo che le amministrazioni hanno nell'ordinamento generale, con l'osservazione che pare naturale che il giudice del rispetto anche da parte loro nell'esplicazione della loro capacità pubblicistica, delle norme che regolano i rapporti giuridici tra i soggetti di tale ordinamento, sia il giudice istituzionale di questo: il giudice ordinario. La scelta del legislatore del 1865 sembra che avesse delle profonde ragioni ideologiche, politiche e culturali; e, al di là dei fattori che paiono rendere la tutela giurisdizionale amministrativa più efficiente, dispiace che la loro comprensione attualmente venga smarrita.

6. *Legittimità e illegittimità dei provvedimenti amministrativi.* — Ma l'alternativa liceità-illiceità dell'agire dell'amministrazione non costituisce il solo parametro di valutazione della legalità di esso. Ve ne è un altro: se in quali termini vada riportato ad un ordinamento diverso da quello generale, lo si cercherà di valutare dopo averne considerato i caratteri.

Dopo aver insistito sul carattere unitario dell'ordinamento generale, comprensivo anche dell'amministrazione pure come suo soggetto dotato di capacità pubblicistica, e sull'essenziale profilo di analogia dell'autonomia di essa anche per questi aspetti, con l'autonomia dei soggetti privati, va ora sottolineata una fonda-

mentale diversità tra l'una e l'altra; oltre, ben s'intende, quella già rilevata concernente l'autoritarietà, l'imperatività, e, in genere l'unilateralità dei poteri di diritto pubblico.

Come ben si sa, infatti, l'autonomia dei soggetti privati è libera: nel senso che, entro i limiti nei quali l'ordinamento generale la riconosce o la attribuisce loro, essi possono esercitarla per motivi e fini i quali, almeno in linea di massima, rimangono giuridicamente irrilevanti per la valutazione di legalità dei loro comportamenti. Mentre è a tutti notissimo che per l'azione dell'amministrazione vale il principio opposto: ogni provvedimento che è esercizio di un potere, deve essere finalizzato all'interesse pubblico specifico intrinseco a questo potere stesso; che, poi, altro non è che la causa della sua attribuzione all'amministrazione medesima, da parte dell'ordinamento generale. Così che le sue scelte, pure quando non siano rigidamente vincolate da disposizioni normative, mai possono dirsi libere come quelle dei privati: ma, al massimo, devono qualificarsi come discrezionali. Il rilievo pare pacificamente accettato per i suoi poteri pubblicistici; ma crediamo di poter affermare che esso vale anche per la sua capacità di diritto privato, pure se si debbano qui omettere per brevità le precisazioni dei modi e dei limiti, e, in genere, gli adattamenti con i quali questa estensione sembra sostenibile. Anzi: è la stessa soggettività delle amministrazioni che deve essere considerata funzionale: esse sono istituite secondo il sistema delle fonti dell'ordinamento generale, per il perseguimento di determinate finalità pubbliche; o così riconosciute per le medesime ragioni (è ovvio che il riferimento è ai comuni, o a organizzazioni spontanee nella società, di solito a carattere associativo, che ad un certo momento da tale ordinamento vengono « pubblicizzate »). E questa osservazione suona conferma che all'accennata finalizzazione della capacità generale delle amministrazioni stesse, non può sfuggire quella sua componente così essenziale che è costituita dalla loro capacità privatistica.

Le conseguenze da trarsi da queste premesse sono evidenti. Sempre per brevità, è opportuno proseguire il ragionamento solo in riferimento ai provvedimenti. A questo proposito, allora, oc-

corre confermare che la prima valutazione che deve essere operata, della loro legalità riguarda la loro liceità: va considerato, anzitutto, se essi siano o no in « carenza di potere ». Ma una volta che si sia accertato che essi non superano i limiti con i quali l'ordinamento generale attribuisce all'amministrazione i poteri di cui sono espressione, non per questo possono dirsi sicuramente « legali ». Perché è necessario valutare ulteriormente se essi siano correttamente finalizzati, rispetto ai fini pubblici che sono causa dell'attribuzione all'amministrazione dei poteri rientranti in tale sua autonomia, di cui costituiscono esplicazione. Cioè, se siano legali, anche perché sono « legittimi » in senso stretto.

La « legittimità » così rigorosamente intesa dei provvedimenti, deriva anzitutto dal rispetto da parte dell'amministrazione, di disposizioni normative, le quali la vincolano, perché tendono a orientare l'esercizio da parte sua della sua discrezionalità. Si pensa anzitutto alle norme sulla organizzazione amministrativa, in particolare sulla composizione degli organi amministrativi e sui riparti delle rispettive loro competenze; e, invero, per confermare che « organizzare » in questo senso, è già « amministrare », non vi sarebbe neppure bisogno di citare l'opera di Nigro, peraltro importantissima. E si pensa poi alle norme sul procedimento; e, invero, è lapalissiano che la discrezionalità è indirizzata in un senso piuttosto che in un altro, dalla disciplina che stabilisce quali soggetti e organi privati o pubblici vi abbiano l'iniziativa, e vi possano intervenire; o quali dati debbano essere acquisiti, accertati, valutati e da soli, e in quale modo; e così via.

Se le disposizioni normative ora in esame si limitassero a regolare l'organizzazione dell'amministrazione e i procedimenti mediante i quali può e deve operare; se tali disposizioni, cioè, si limitassero ad orientare solo le sue scelte discrezionali nella determinazione del contenuto del provvedimento, per queste, ovviamente, rimarrebbero sempre dei margini. Ma margini che davvero non costituiscono zone franche dal diritto: perché regolate da quei criteri obiettivi, non meno giuridici perché non formulati esplicitamente in disposizioni, la cui violazione darebbe luogo a una delle tante figure di eccesso di potere elaborate dalla giurispru-

denza; criteri che il giudice amministrativo enuclea in un certo senso *ex post*, perché le coglie attraverso la loro violazione, e che nella loro molteplicità e varietà sono riconducibili al principio di razionalità, o ragionevolezza: *sub specie* della congruità delle scelte operate dall'amministrazione, rispetto agli interessi pubblici specifici in questa di volta in volta soggettivati.

Ma possono esservi disposizioni normative che non si limitano ad orientare le scelte dell'amministrazione nella determinazione del contenuto del provvedimento, le quali rimangono di per sé discrezionali; ma che investono questo contenuto stesso. Anzi, devono esservi: perché è evidente che la discrezionalità, oltre che regolata intrinsecamente dai suddetti criteri oggettivi comunque giuridici, è in ogni caso circoscritta *ab externo*; e circoscritta da proposizioni normative di carattere analogo a quello delle disposizioni sull'organizzazione e sul procedimento prima considerate. Per esempio: i poteri dell'amministrazione di infliggere sanzioni pecuniarie, riguarderanno misure pur sempre delimitate tra un minimo e un massimo; e così delimitate da disposizioni del genere.

Già emerge così che disposizioni normative sul contenuto del provvedimento sono sempre alternative alla discrezionalità nella determinazione di esso: in un primo senso, perché la circoscrivono. Ma questa alternativa assume i caratteri più evidenti, nelle ipotesi che possono dirsi limite, anche se tutt'altro che infrequenti: quelle, cioè, nelle quali disposizioni del genere impongono indefettibilmente all'amministrazione di adottare un contenuto predeterminato a suoi provvedimenti, in presenza o in assenza di determinati presupposti o requisiti. Tali disposizioni, allora, addirittura elidono totalmente la discrezionalità in scelte caso per caso. Nel senso che la consumano *ex ante*, sostituendovi prescrizioni rigide, valutazioni preventive e generali.

Dalle considerazioni accennate, riceve piena conferma una caratterizzazione dell'attività amministrativa, del resto già acquisita dalla nostra cultura giuridica. L'amministrazione, pur quando esplica l'autonomia che le è attribuita dall'ordinamento generale, pur quando in tal modo rispetta i limiti con i quali gliela ha attribuita, ciò non di meno è vincolata da una ulteriore serie di dispo-

sizioni normative; e, ulteriormente, negli spazi residui di discrezionalità, da regole oggettive non meno giuridiche.

Dal carattere tendenzialmente totalizzante di questi suoi vincoli, già si può trarre una conclusione circa il rispetto da parte sua del principio di uguaglianza: questo, per essa, dal punto di vista ora adottato, si risolve in modo almeno tendenzialmente compiuto, nel principio di legalità, *sub specie* del principio di legittimità in senso stretto. L'amministrazione rispetta il principio di uguaglianza, in quanto applichi oggettivamente disposizioni e regole la cui violazione comporta la illegittimità del suo agire.

7. *L'amministrazione e il suo ordinamento particolare.* — Per valutare, poi, come queste disposizioni e regole vadano collocate nel quadro della pluralità degli ordinamenti giuridici, occorre qualche ulteriore approfondimento dei loro caratteri. E il risultato cui si cercherà di pervenire è che queste disposizioni e regole vanno a costituire un ordinamento distinto da quello generale: l'ordinamento particolare dell'amministrazione. L'ordinamento che può dirsi tale, in parte perché è posto con norme che è l'amministrazione stessa ad adottare. E, soprattutto, e nella sua totalità, perché regola esclusivamente comportamenti dell'amministrazione medesima: più precisamente, l'esercizio, e solo l'esercizio dei poteri di adottare provvedimenti, che l'ordinamento generale le ha attribuito.

Per maggiore chiarezza dell'enunciazione degli esiti ai quali si vorrebbe pervenire, si precisa subito che cosa l'ordinamento particolare dell'amministrazione non può comprendere, che cosa a tale ordinamento non può essere pertinente. Sono estranee a tale ordinamento, le norme attributive di poteri all'amministrazione; le norme, cioè, che definiscono la sua autonomia. Il termine « autonomia », riferito ad un soggetto, ad un ordinamento, predica sempre una relazione con un altro soggetto, con un altro ordinamento. Nel senso che l'aggettivo « autonomo » segnala sempre una derivazione da questo soggetto o ordinamento. Un soggetto dotato di autonomia, esplicandola, non può mai definirla: altrimenti, si porrebbe non solo come autonomo, ma addirittura come sovrano. Le

norme attributive di poteri all'amministrazione, perciò, devono indefettibilmente fare parte dell'ordinamento derivante: dell'ordinamento generale. Che vi debbano appartenere, sia pure come sua componente pubblicistica, accanto a quella privatistica, è l'altra faccia della sua intrinseca unitarietà sulla quale tanto si è insistito; tanto sottolineando che la distinzione tra tali due componenti ha un valore puramente descrittivo: perché ambedue gli appartengono. Mentre la vera distinzione del tutto essenziale è un'altra. Quella tra le norme che riguardano l'amministrazione, nel senso che le derivano i suoi poteri, le quali, come si è ripetuto, appartengono necessariamente in modo esclusivo all'ordinamento generale. E le norme che, pur riguardando ugualmente l'amministrazione, hanno per contenuto solo la disciplina dell'esercizio di quei poteri medesimi, le quali, per contro, appaiono a tale ordinamento estranee: e che, problematicamente, le si vorrebbero delineare come costituenti il suo ordinamento particolare.

L'amministrazione, esplicando la sua autonomia, può regolare solo ... l'esplicazione della sua autonomia. L'amministrazione, esplicando la sua autonomia, può regolare solo l'esercizio di poteri di adozione di provvedimenti che l'ordinamento generale le ha derivato, limitandoglieli: nei limiti, appunto, nei quali ne è diventata così titolare. L'amministrazione può regolare l'esercizio di tali suoi poteri, solo esercitando altri suoi poteri, evidentemente a carattere normativo. Che, però, anch'essi devono esserli stati derivati, sempre dall'ordinamento generale. Per un principio di cui la necessità di fondamento normativo (o istituzionale), del potere regolamentare è solo una applicazione.

8. *Le norme dell'ordinamento particolare dell'amministrazione. I regolamenti.* — Quanto alla possibilità che le disposizioni normative che disciplinano l'esplicazione, e solo l'esplicazione dell'autonomia attribuita all'amministrazione dall'ordinamento generale, possano costituire un ordinamento distinto da questo, e per l'amministrazione medesima particolare, si comincerà con l'osservare che esse non dettano equilibri tra interessi pubblici in enti pubblici soggettivizzati, e interessi individuali, imponendo

assetto ai relativi rapporti: questi, come si è visto, sono e possono essere realizzati solo dall'ordinamento generale medesimo, appunto con le sue norme, che sono norme che attribuiscono o impongono, e in ogni caso misurano capacità, poteri e diritti, doveri e obblighi, di tutti i suoi soggetti; con sue norme, che necessariamente hanno livello almeno legislativo; con leggi, la protezione da parte delle quali di interessi individuali, era considerata non a caso condizione indispensabile perché venisse loro riconosciuta la dignità di diritti perfetti. Ma tali diverse disposizioni, come si è prima accennato, sono piuttosto l'esito di valutazioni preventive e generali, di come l'amministrazione deve esercitare i suoi poteri così come l'ordinamento generale glieli ha attribuiti e intrinsecamente limitati, perché il loro esercizio possa risultare ottimale rispetto ai fini pubblici che sono causa di tale loro attribuzione e delimitazione. Quindi, sono ugualmente funzionali a questi fini, e solo a questi fini.

Comincia ad affiorare un carattere che, per l'ipotizzato ordinamento particolare dell'amministrazione, se e in quanto si riveli delineabile, dovrebbe essergli considerato essenziale. Ossia: il suo carattere funzionale. Che, in primo luogo, inerisce alle sue regole: esse, in quanto disciplinano l'esercizio di poteri attribuiti dall'ordinamento generale all'amministrazione stessa, per il perseguimento di specifici interessi pubblici in essa così soggettivizzati, devono essere funzionali rispetto a questi medesimi specifici interessi. E, di qui, non possono non imprimere questo loro tratto così essenziale, all'intero ordinamento che costituiscono: appunto a tale ordinamento particolare.

Sulla base di queste osservazioni, è facile l'individuazione di quali siano, nel nostro sistema delle fonti, gli atti più adatti a costituire la sede di formulazione della suddetta disciplina di esercizio, quando assumano veste di disposizioni (delle altre regole giuridiche si dirà in seguito), perché più consona ai loro caratteri appena accennati.

Non pare dubbio, infatti, che questi atti vadano individuati nei regolamenti: nei regolamenti ministeriali, quando disciplinino l'esercizio di poteri provvedimenti di ciascun ministero; nei regolamenti di ciascun ente pubblico, quando disciplinino l'eserci-

zio di poteri provvedimentali di esso; nei regolamenti governativi, quando siano espressione di indirizzo amministrativo: e, quindi, per ciò, possano interferire nell'autonomia di tutte queste autorità amministrative, concorrendo con esse nella disciplina dell'esercizio dei suddetti loro poteri parimenti provvedimentali.

Questa affermazione può essere argomentata già sulla base del carattere secondario della normazione regolamentare. Si è già visto che alla disciplina dell'esercizio dei poteri dell'amministrazione, non spetta la determinazione dell'autonomia di questa, che è riservata all'ordinamento generale e, quindi, alla normazione primaria. Tale disciplina dell'esercizio dei poteri incide su interessi che, perciò, sono già in tal modo acquisiti a questa autonomia; presuppone che questi siano attribuiti da tale ordinamento all'amministrazione, e delimitati da esso; può estendersi solo fino ai limiti che la normazione primaria pone loro; quindi, da questa normazione primaria è così condizionata; e, perciò, va posta su un livello normativo che le è inferiore. Di qui, è lineare l'individuazione di quale avrebbe dovuto essere la collocazione dell'interesse legittimo in relazione al nostro sistema delle fonti: se fosse stata mantenuta quella correlazione tra questo sistema e l'articolazione delle situazioni giuridiche soggettive che, come si è visto, era ben presente al legislatore del 1865. L'interesse legittimo è sì protetto da disposizioni sostanziali; ma in quanto situazione in un certo senso secondaria, è protetto da norme altrettanto secondarie. Meglio: in quanto situazione protetta da norme secondarie, è essa stessa altrettanto secondaria.

Ma l'affermazione avanzata, soprattutto, deriva dalla funzionalizzazione delle disposizioni normative in parola a interessi pubblici che sono già stati soggettivizzati nell'amministrazione. E, quindi, appare intuitivo che essa debba trovare la sua sede naturale in norme che sia l'amministrazione stessa ad adottare. E questo rilievo trova un preciso riscontro nella evoluzione del nostro sistema delle fonti negli ultimi anni: nella recente, larghissima riappropriazione da parte della fonte regolamentare, larghissimamente mediante delegificazione, della disciplina che prima era parsa solo e prettamente funzionale rispetto agli interessi pub-

blici suddetti; della disciplina, appunto, dell'organizzazione della disciplina, e dei procedimenti mediante i quali essa può formare i propri provvedimenti. Soprattutto a partire della l. n. 537/93; ma sulla base dell'art. 17, specialmente comma 2, della l. 400/88, e, poi, da successive norme che hanno attribuito poteri regolamentare parimenti delegificanti.

L'amministrazione, dunque, nelle varie figure soggettive prima evocate, adottando i propri regolamenti, esplica la sua autonomia (ma si potrebbe aggiungere: la esplica adottando pure i suoi statuti, a proposito dei quali, per brevità, non ripetiamo queste considerazioni, che chiaramente valgono anche per essi). Ora, la più semplice definizione di autonomia, sottolinea che il soggetto che ne è dotato, mediante il suo esercizio, costituisce un proprio ordinamento. Pare chiaro, perciò, che le disposizioni normative che regolano l'esercizio dei poteri attribuiti all'amministrazione dall'ordinamento generale, le quali vengano da essa adottate mediante regolamenti, vanno a costituire, per questa ragione, il suo ordinamento particolare.

9. *Segue. Le disposizioni formalmente legislative.* — Sicuramente tuttavia, non tutte le disposizioni del genere trovano espressione in questo tipo di fonte. Soprattutto fino al 1993, erano numerosissime quelle, che viceversa, erano formulate in disposizioni primarie: come provocato dal carattere largamente compromissorio della legislazione, che richiedeva la preferenza del Parlamento come luogo di compensazione tra i vari interessi politici; e come reso possibile dalla particolarità del nostro sistema delle fonti, per la quale le commissioni parlamentari possono operare in sede deliberante. Ma, tuttora, nella attuale stagione della delegificazione, molte di tali disposizioni rimangono formulate a tale livello; e si può prevedere che anche quando questa stagione sarà pervenuta ai suoi ultimi esiti, molte di esse così sopravviveranno. Senza contare che, in difetto di una garanzia costituzionale di una riserva di regolamento, nulla impedirà alla fonte primaria di riexpandersi.

Occorre interrogarsi, quindi, sulla possibilità di stabilire un

nesso con l'ordinamento amministrativo che si cerca di delineare, delle disposizioni che da un lato siano legislative, ma che dall'altro si limitino a regolare l'esercizio dei poteri dell'amministrazione, e presupponendone l'attribuzione e la definizione da parte di una legislazione almeno logicamente antecedente. E, a questo riguardo, va richiamata una considerazione già accennata: quando il legislatore detta una disciplina avente questo oggetto così circoscritto, pur parlando sempre attraverso leggi, non imprime assetti a conflitti intersoggettivi di interessi, delineando situazioni e rapporti giuridici dei e tra i loro titolari; anch'esso, in questa ipotesi, allora, norma all'interno di una sfera di interessi già acquisiti ad uno dei soggetti, o ad una cerchia di soggetti dell'ordinamento generale: l'amministrazione, o le amministrazioni. Non viene a svolgere, cioè, il suo ruolo istituzionale di costruzione di questo ordinamento generale medesimo. E, collocandosi all'interno dei suoi soli soggetti pubblici, se si vuole dell'amministrazione come istituzione, viene a porsi, per così dire, solo come il massimo organo deliberante di essa. Tanto che se l'utilizzazione da parte sua dello strumento legislativo è resa necessaria anche qui dai limiti della articolazione del nostro sistema delle fonti, d'altra parte l'impiego al riguardo di norme che hanno la forza addirittura di regolare conflitti e rapporti intersoggettivi, qui appare sovradimensionato. Se, ipotizzando forse il non ipotizzabile, quel nostro sistema delle fonti consentisse al legislatore di adottare una sorta di regolamenti che, come quelli amministrativi, non avessero di per sé una simile forza, essi sarebbero sufficienti a normare il suddetto più limitato oggetto.

È evidente che, con queste considerazioni, ci si avvicina pericolosamente al terreno minato delle distinzioni tra possibili contenuti sostanzialmente diversi di disposizioni che pure, formalmente, hanno comunque tutte uguale veste legislativa. Ma, senza risalire fino alle celebri dispute della seconda metà del secolo scorso, si può notare che di una distinzione del genere talvolta ha fatto uso anche la nostra Corte costituzionale. Così, per esempio, Corte cost., 16 ottobre 1997, n. 309, scrutinando la costituzionalità dell'art. 45, comma 9, d.lgs. 29/93, che impone alle ammini-

strazioni pubbliche di osservare i contratti collettivi stipulati dall'ARAN, ha potuto respingere la censura proposta negando che la disposizione abbia attribuito un generale valore cogente a tali contratti in sé considerati, ed affermando che essa ha stabilito un vincolo di osservarli solo a carico delle amministrazioni medesime. Ossia, assegnando a tale disposizione, benché di livello legislativo, un contenuto prescrittivo che avrebbe potuto assumere una qualsiasi direttiva della presidenza del consiglio dei ministri; anche se, ovviamente, con una ben più circoscritta rilevanza giuridica.

Qui, tuttavia, è sufficiente notare che il legislatore, quando sia esso ad adottare disposizioni normative del genere in esame, emana atti formalmente legislativi, il cui contenuto, tuttavia, non trascende di per sé i limiti della potestà regolamentare del Governo e delle amministrazioni. E che, per di più, devono avere la stessa intrinseca finalizzazione che inerisce alle norme secondarie, rispetto al fine pubblico che è causa dell'attribuzione all'amministrazione del singolo potere di cui vanno a disciplinare l'esercizio. Ciò che è tutt'altro che irrilevante sul piano della valutazione della loro legittimità, ovviamente comunque riservata dalla Corte costituzionale. Perché la delineazione della figura dell'eccesso di potere legislativo, così problematica in generale, potrebbe risultare meno difficile per disposizioni come quelle considerate da ultimo: le quali, pur presentandosi come formalmente primarie, ma non imprimendo assetti, in modo politicamente più libero, a conflitti di interessi e a rapporti intersoggettivi, sono assoggettate al medesimo principio di funzionalità proprio della normazione secondaria.

Rimangono da ricordare le norme giuridiche che oggettivamente disciplinano l'esercizio della discrezionalità amministrativa, la cui violazione da parte del provvedimento comporterebbe la sua illegittimità per il vizio di eccesso di potere. Ma il carattere funzionale rispetto al fine pubblico in vista del quale l'amministrazione deve esplicitare tale sua discrezionalità, inerisce loro per definizione. E, quindi, è intuitivo che esse potrebbero essere ascritte pianamente all'ipotizzato ordinamento amministrativo.

10. *L'amministrazione e l'ordinamento comunitario.* — Ma l'amministrativista che voglia collocare l'amministrazione di oggi nel quadro dei vari ordinamenti di cui deve rispettare la legalità, non può davvero limitare le sue prospettive all'orizzonte nazionale. Deve considerare l'ordinamento della una volta Comunità, ed ora, almeno parzialmente, Unione europea. Al minimo: perché non dovrebbe tralasciare neppure il sistema europeo dei diritti dell'uomo, e la sua rinnovata e rafforzata Corte; la disciplina mondiale degli scambi, vero ordinamento in via di evoluzione, che sempre più pesantemente condiziona quello stesso comunitario; ed altro.

Ma almeno di quest'ultimo è necessario tenere qui conto. Se non altro, perché è quello che pare atteggiarsi sempre più come sovrastante i diversi ordinamenti dei singoli Stati membri; per una predominanza che le garantisce, se non altro, la giurisprudenza della Corte del Lussemburgo, sempre molto attenta ad avallare le ragioni dell'Unione. E perché diventa sempre più pervasivo del diritto amministrativo, che solo per convenzione linguistica può seguitarsi a dire interno: in quanto, ormai, tende ad investire tutti o quasi gli aspetti, dal procedimento alla giustizia amministrativa, ben oltre quelli più immediatamente attinenti alla formazione di un mercato comune. E l'attuazione del trattato di Amsterdam, la stipulazione di altri in futuro, e lo sviluppo che dovrebbe avere il c.d. terzo pilastro, non faranno che accentuare questa evoluzione.

Che il diritto comunitario vincoli immediatamente il comportamento dell'amministrazione, è stato affermato fin dal C.G.C.E. 22 giugno 1989, in causa C-103/88, *Fratelli Costanzo* (punto 30 della motivazione: « Sarebbe peraltro contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva avente i requisiti... » perché essa possa essere considerata direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale, « ... allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi »). E, più recentemente, da C.G.C.E. 23 maggio 1996, in causa C-5/94, *Hedley Lomas Ltd.*

Con particolare incisività: perché la sentenza ne ha tratto esplicitamente la conseguenza almeno potenziale, della nascita a suo carico di una obbligazione risarcitoria, nell'ipotesi nella quale abbia violato quel diritto stesso. Questa pronuncia, così, sembra concludere dal punto di vista della costituzione di una siffatta obbligazione, e anche se solo provvisoriamente, ossia fino a nuovi, più che probabili ulteriori sviluppi, una evoluzione giurisprudenziale in un certo senso iniziata oltre che con la *Fratelli Costanzo*, con *Francovich*, e proseguita con varie altre notissime sentenze.

In *Hedley Lomas* la norma che l'amministrazione inglese aveva violato era addirittura un articolo del Trattato. Ma che l'obbligazione risarcitoria a carico dell'amministrazione consegua dalla violazione da parte sua di un vincolo derivante anche dal diritto comunitario derivato, lo conferma la motivazione della pronuncia, dove si possono leggere espressioni generiche, come norme comunitarie e diritto comunitario. E, soprattutto, è per lo meno presupposto dalla giurisprudenza che sostiene la diretta applicabilità nel diritto interno non solo dei regolamenti comunitari, ma anche delle direttive: almeno di quelle sufficientemente dettagliate, e indipendentemente dalla loro ricezione, infedele o addirittura mancata, da parte del legislatore nazionale; e almeno per quel che riguarda la loro efficacia c.d. verticale.

L'amministrativista deve rilevare questa irruzione del diritto comunitario nel diritto nazionale, anche nella materia di più diretta sua pertinenza; e come potrebbe non farlo? Ma egli deve limitarsi soprattutto a ricostruire la disciplina che ne deriva in proposito. E solo molto parzialmente gli compete analizzarne gli strumenti giuridici che la delineano: addossandosi, così, un compito che appare piuttosto spettante in primo luogo, e quasi riservato, ai comunitaristi in senso stretto. In ogni caso, non è nel corso di considerazioni generali sul principio di legalità nell'amministrazione, che egli può cimentarsi nei numerosi e difficili problemi che sorgono in ogni pur minimo approfondimento a tale specifico riguardo. In particolare, non può precisare in dettaglio quando, e in quali limiti, e verso quali soggetti, possa sorgere una responsabilità dell'amministrazione, anche in quanto tale, e non

solo genericamente dello Stato, per violazione delle norme comunitarie. E quando siano da considerarsi invalidi, e per quale specie di invalidità, e sindacabili, e con quali modalità ed effetti, gli atti, i provvedimenti e i regolamenti che l'amministrazione stessa emetta, parimenti violandole. Troppe e troppo forti sono le difficoltà che lo ostacolerebbero: dalle incertezze di soluzione di questioni che, per quanto importanti, potrebbero essere considerate tutto sommato almeno relativamente particolari, come la definizione della immediata efficacia delle direttive appena evocate (tra le sentenze più recenti, v., per la giurisprudenza nazionale, per una motivazione particolarmente accurata, Cass., 20 novembre 1997, n. 11571, in *Foro it.*, 1998, I, 444, con nota di G. RICCI; e, per quella comunitaria, C.G.C.E. 4 dicembre 1997, in cause riunite C-253/96, *Kampelmann*, *ibid.*, IV, 262, con nota di richiami, che, seppure molto sinteticamente, dà una definizione ampia dei soggetti pubblici, o con questi variamente connessi, investiti dalla loro efficacia anche solo verticale); ai dubbi che derivano dal carattere ancora relativamente magmatico del sistema delle fonti comunitarie; e a quelli, su un piano generalissimo, sugli assetti dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni (su di questi, trattati in infinite bibliografie e giurisprudenze comunitarie e nazionali, appare particolarmente significativa per la segnalazione di probabili loro future evoluzioni, la risoluzione A4-0278/97 del Parlamento europeo, sui rapporti fra il diritto internazionale, il diritto comunitario e il diritto costituzionale degli Stati membri, *Le leggi*, 1998, V, 237).

Però una osservazione pare che possa e debba essere fatta. Ed è una osservazione che riguarda proprio l'essenza, la natura dell'ordinamento comunitario; e che, perciò, allora dovrebbe segnalare la prospettiva nella quale andrebbero inquadrati i suoi rapporti con i vari ordinamenti interni.

Inizialmente, non pare dubbio che gli organi della Comunità avessero le attribuzioni che i trattati che l'hanno istituita avevano loro attribuita; e che, perciò, l'ordinamento comunitario fosse meramente derivato da questi trattati, e, quindi, in definitiva, dagli ordinamenti degli Stati-membri che li hanno pattuiti. Certamente,

non era possibile negare all'ordinamento comunitario, fin dal suo stadio primigenio, particolarità del tutto originarie e salienti. In primo luogo, l'immediata rilevanza non solo per, ma addirittura negli ordinamenti nazionali, del suo diritto anche derivato (il termine, ovviamente, è ora inteso in senso diverso da quello cui si è accennato poche parole fa). Ma ancora poteva risultare persuasiva la spiegazione per la quale in tanto al diritto comunitario è possibile attribuire questa incidenza così immediata, in quanto è da quei trattati, da quei Stati, che gliela è stata concessa.

Però ora sembra che sia radicalmente cambiata la natura dell'ordinamento comunitario. Il dato storico da cui occorre partire è il suo stesso successo: la sua capacità, rivelatasi assai ampia, di dare risposta ad esigenze delle popolazioni di un continente, dapprima quasi esclusivamente di sviluppo economico, ma, poi, pure prettamente politiche, di omogeneizzazione di regimi giuridici anche ulteriori a quelli più immediatamente necessari per la creazione di un mercato unico, e, quindi, di un sistema autonomo di relazioni internazionali e di sicurezza, e così via. È ormai da questo ruolo storico dell'ordinamento comunitario, o, per meglio dire, dal fatto che lo ha storicamente assunto, e che lo sta storicamente svolgendo, che esso ormai trae altrettanto storicamente la sua vera ragion d'essere. Ed è da questo suo radicamento fattuale, che trae la propria legittimazione in quanto tale: in quanto ordinamento giuridico, cioè. Il che vale quanto dire che da ordinamento derivato, e quindi solo autonomo, tende a trasformarsi in un ordinamento originario, e quindi sovrano.

E l'angolo visuale dal quale più facilmente questa evoluzione può essere percipita, è quello della diversità delle qualificazioni da parte sua, e da parte degli ordinamenti nazionali, di medesimi soggetti, situazioni, atti e fatti. Per esempio, la definizione di quali siano le funzioni che gli Stati nazionali possono riservare a propri cittadini, escludendo perfino gli altri pur comunitari. È uno dei tantissimi che si potrebbero addurre; ma che lo si sceglie perché particolarmente significativo per l'amministrativista: in quanto tale definizione potrebbe rimodellare la nozione stessa di amministrazione, in senso soggettivo come in senso oggettivo (Cassese).

Se un ordinamento nazionale definisce le funzioni suddette in modo più ampio di quello stabilito dall'ordinamento comunitario, quale è la qualificazione che prevale? Quella comunitaria, si direbbe spontaneamente. Ma appare sempre più artificioso e capzioso giustificare questa sua prevalenza con l'affermazione che sono stati gli ordinamenti nazionali a concederla con i trattati che avevano originariamente pattuito. D'altra parte, che una pluralità di qualificazioni da parte di ordinamenti giuridici distinti, debba essere accettata, deriva necessariamente dalla pluralità di essi, che a sua volta è postulata dalla stessa intitolazione delle presenti riflessioni; e che lo è addirittura come tendenzialmente infinita. Ma qui si vorrebbe accennare ad una notazione che scenda più in profondità nell'essenza del fenomeno. Rilevando che oggetto della valutazione da parte dell'ordinamento nazionale, eventualmente divergente da quella dell'ordinamento comunitario, potrebbe riguardare proprio un atto comunitario: sotto il profilo della sua legittimità e validità, specie dal punto di vista dell'eventuale superamento da parte sua, delle attribuzioni della Comunità, o Unione. *Quid juris*, se dal punto di vista di uno Stato nazionale, e secondo la sua visione dei trattati che hanno istituito e sviluppato la Comunità, ed ora l'Unione, un atto di questa, pur eventualmente avallato dalla Corte di giustizia, appaia tuttavia illegittimo, e comunque esorbitante dalle attribuzioni che questi trattati gli hanno devoluto? Si potrebbe ammettere che allo Stato nazionale sia ormai preclusa anche una valutazione del genere, magari proprio in forza di questi trattati stessi. Ma, così, si fornirebbe la prova più incisiva, che ormai anche per gli Stati-membri l'ordinamento comunitario può auto-definire le proprie attribuzioni; il che vale quanto dire che ormai anche per gli Stati-membri esso è sovrano. Oppure, più persuasivamente, si potrebbe sostenere che residua per gli Stati-membri la possibilità giuridica di una valutazione del genere. E, allora, avremmo un conflitto tra due valutazioni antitetiche, derivanti da due diversi ordinamenti, secondo le proprie norme e da parte dei propri organi. Un conflitto che, allora, non potrebbe avere una composizione giuridica. La avrà solo fattuale. Teoricamente, potrebbe darsi che prevalga fattualmente

la qualificazione data dall'ordinamento nazionale: che si rivelerebbe, allora, essere fattualmente rimasto ancora il più forte. Più realisticamente, si dovrebbe prevedere che a prevalere fattualmente sia la qualificazione dell'ordinamento comunitario: che si rivelerebbe esso, allora, ad essere divenuto fattualmente il più forte.

Ma, in ogni caso, il ruolo di questo, dominante o meno, si giocherebbe sul terreno del principio di effettività: così che, appunto, si atteggierebbe come originario, e, quindi, tendenzialmente come sovrano.

Queste osservazioni potrebbero essere utili per l'inquadramento dell'ampliamento delle materie di competenza della comunità, e, quindi, dei condizionamenti da parte sua della legittimità dell'azione delle amministrazioni degli Stati-membri: per quello già realizzato, per quello prevedibile in futuro. Da questo punto di vista, la successione dei trattati che le estendono, appare solo una delle strade e degli strumenti attraverso i quali tale ampliamento si sviluppa. Perché appare rilevante, e in futuro potrebbe esserlo ancora di più, la auto-attribuzione fattuale di competenze da parte della ormai (almeno parzialmente) Unione.

Santi Romano, l'autore dell'*Ordinamento giuridico*, aveva esplorato la formazione di ordinamenti sovrani, in uno scritto precedente l'opera maggiore, che è stato uno dei momenti più significativi nella maturazione di questa: *L'istaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (*Archivio giuridico*, LXVIII, Modena 1901, ripubblicato in *Scritti minori*, 1^a ed., Milano 1950, 107; 2^a ed., Milano 1990, I, 131; v, anche *Rivoluzione e diritto*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, 220). E, ora, avrebbe considerato con interesse il fenomeno: perché avrebbe potuto trovare conferma della sua teoria, cogliendo l'instaurazione di fatto di un ordinamento originario, nella trasformazione appunto fattuale in esso, di un ordinamento inizialmente derivato.