

ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

ANNUARIO 1998

Principio di eguaglianza e principio di legalità
nella pluralità degli ordinamenti giuridici

*Atti del XIII Convegno Annuale
Trieste, 17-18 dicembre 1998*



Ing. 2676
Inv. 3365 DBP



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
1999

ALBERTO ROMANO

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NELLA COSTITUZIONE ITALIANA

SOMMARIO: 1. Il tema e i limiti della presente trattazione. - 2. L'amministrazione come soggetto dell'ordinamento generale. - 3. Il carattere unitario dell'ordinamento generale, 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 E I LIMITI DELLA PRESENTE TRATTAZIONE

Il tema del principio di legalità è immenso, anche se considerato isolatamente: ossia, a prescindere dal principio di uguaglianza, non meno imponente, e del resto intimamente connesso, parimenti evocato nell'intitolazione del presente convegno; anche se riferito alla sola pubblica amministrazione, E per di più, in questi anni è stato messo in discussione perfino nei suoi aspetti più fondamentali e essenziali.

Fortunatamente, proprio quella intitolazione aiuta moltissimo a circoscrivere i suoi profili che devono essere qui tenuti in conto.

Anzitutto, impone di considerare già sciolti alcuni problemi di fondo, di cui, perciò, rende qui superfluo l'esame. Perché, con la

sua formulazione assertiva, esclude che qui si possa dubitare della perdurante rilevanza di quel principio stesso nei confronti dell'amministrazione. E suggerisce imperativamente di adottare come prospettiva concettuale per inquadrare la materia, quella della pluralità degli ordinamenti giuridici; ossia, la prospettiva della teoria istituzionale (che qui viene accolta con i tratti con i quali la ha profilata il suo autore: Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 1^a ediz.: Pisa 1918; 2^a ediz., con note di aggiornamento: Firenze, 1946); di cui tale pluralità costituisce corollario necessario, se non addirittura componente essenziale.

Inoltre, va sottolineata la rilevanza, per la definizione dell'oggetto di queste considerazioni, dell'esplicito collegamento con la medesima pluralità, del principio di legalità che l'amministrazione deve osservare. Questo principio, viene qui inteso come vincolo di essa alla *regula juris*, e, anzi, alle *regulae juris*, per il suo agire, ma, prima ancora, per il suo stesso essere. E quel collegamento 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 quelle *regulae* appartengono, di quali siano gli ordinamenti le cui norme (e pure i cui fattori istituzionali), impongano all'amministrazione doveri e obblighi, ma anche le attribuiscono diritti e soprattutto poteri, con i loro limiti intrinseci; il che vale quanto dire, di quali siano gli ordinamenti dei quali l'amministrazione si pone come soggetto, acquisendo la correlata capacità giuridica. E, conseguentemente, la precisazione dei diversi modi nei quali si atteggino quelle *regulae* medesime: proprio a causa della diversità degli ordinamenti cui devono essere ascritte; naturalmente, solo con quei sintetici cenni che l'occasione congressuale consente.

D'altra parte, vi è ancora una osservazione da accennare preliminarmente. Nell'intitolazione della relazione che mi è stata assegnata, ma non nella intitolazione dell'intero convegno, è sottolineato il collegamento tra il principio di legalità che l'amministrazione deve osservare, e la Costituzione. Ciò nonostante, in queste relazioni non saranno molti i richiami espliciti a sue norme. Necessariamente, perché essa, del resto, è molto più ricca di disposizioni sul piano delle tutele giurisdizionali dell'individuo, che di riferimenti

ai vincoli, pur da queste presupposti, 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, che sono stati acquisiti fin dalla metà del secolo scorso dalla nostra legislazione, naturalmente ordinaria, e dalla nostra dottrina giuridica più liberale. Che certi principi siano stati recepiti 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.

2. L'AMMINISTRAZIONE COME SOGGETTO DELL'ORDINAMENTO GENERALE

Così impostato il discorso, il primo ordinamento che si deve prendere in considerazione, il primo ordinamento dal quale discendono per l'amministrazione i vincoli per il suo essere e agire, è quello che merita di essere definito come generale. In che senso, lo si cercherà di precisare tra poco; ma occorre premettere che dal punto di vista che si deve qui adottare, e non solo per le ragioni appena accennate, non pare troppo significativa la distinzione tra i due principali livelli delle norme che a tale ordinamento pertengono: quello della legislazione ordinaria, di gran lunga la più estesa; e quello delle disposizioni costituzionali.

Questa priorità sembra essere anzitutto storica: s'intende, in relazione alle origini e allo sviluppo solo di quel diritto amministrativo relativamente moderno, che ancor oggi noi descriviamo nelle nostre trattazioni. Perché il vincolo dell'amministrazione alle *regulae* dell'ordinamento generale, sembra aver trovato la sua prima compiuta, anche se sinteticissima formulazione, nella legge abolitrice del contenzioso amministrativo. E perché ci parrebbe che quel nostro diritto amministrativo moderno, non solo nel versante delle tutele giurisdizionali, ma anche in quello dei suoi assetti sostanziali, si fondi su questa legge medesima. Vorremmo accennare questa

affermazione, senza che il rilievo valga a sminuire l'importanza della cultura che la precedette, se non altro perché la preparò; ne significhi ignorare quanti e quali orientamenti di questi anni se ne distacchino, e in quali direzioni e misure.

Questo ordinamento generale, è ovvio, si è formato in primo luogo per regolare i comportamenti delle persone fisiche, per dare assetto ai loro rapporti reciproci, imponendo loro doveri e obblighi, attribuendo loro poteri e diritti, e delineando 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.

Il problema storico che fu affrontato e risolto nel secolo scorso, è l'inquadramento e la subordinazione degli stessi soggetti pubblici al medesimo ordinamento: che solo con questa ulteriore sua estensione ha meritato di doversi qualificare come generale. E sembra, appunto, che sia la legge abolitrice del contenzioso amministrativo la base sulla quale si è innestato, e si è potuto così sviluppare il processo evolutivo che ha portato a questo esito.

Si comincerà con l'osservare che è tale legge la normazione nella quale emerge in modo più netto e completo, almeno per quel che riguarda l'amministrazione, quella evoluzione storica la quale, in generale, costituisce ed è denominata la formazione dello Stato di diritto.

È banale il rilievo che è in tale legge, e solo in tale legge, che noi possiamo trovare una formulazione del principio di legalità nei confronti dell'amministrazione stessa: in termini generali, anche se 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. L'art. 5 sancisce che parametro di valutazione fondamentale di questi atti, 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 quelli che oggi chiameremmo soprattutto provvedimenti, ma anche i regolamenti. Così che questa disposizione scolpisce la subordinazione alla legge di tutte quelle che una volta si sarebbero dette le manifestazioni di volontà dell'amministrazione.

Va da sé, tuttavia, che questa sua impostazione ne segna pure certi limiti: solo parzialmente è ricavabile da essa, infatti, la nozione di illegittimità dei provvedimenti, che largamente, e specie oggi, come si vedrà, deriva pure dalla violazione di regolamenti; di quei regolamenti che d'altro canto sono parimenti soggetti alle disposizioni primarie. E si sorvola, per il momento, sulle altre illegittimità conseguenti a scelte discrezionali, inquadrabili in una delle tante figure di eccesso di potere.

Comunque, deve essere sottolineata una implicazione fondamentale della medesima legge, anche se è scontata ed è quindi banale ricordarla. Essa, devolvendo al giudice civile, sul piano delle tutele giurisdizionali, la giurisdizione a tutela dei diritti individuali, anche nei confronti di provvedimenti, ha un enorme valore anche sul piano degli assetti sostanziali. Più precisamente, essa, con questa devoluzione di giurisdizione, presuppone, e quindi conferma nel modo più pregnante, che interessi che soggetti, generalmente privati, possano vantare nei confronti dell'amministrazione, talvolta possono essere protetti sostanzialmente dall'ordinamento come veri e propri diritti soggettivi perfetti. Perfino nei confronti dell'amministrazione come soggetto di diritto pubblico, come soggetto dotato di poteri autoritativi: «...ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o della autorità amministrativa» (art. 2 l.a.c.). E quanto sia importante questa acquisizione nella nostra cultura e nelle nostre istituzioni già poco dopo la metà del secolo scorso, può essere colto, anzitutto, col confronto non solo col nostro precedente passato, ma anche con le situazioni allora esistenti in altre nazioni continentali.

Sicuramente, si deve insistere nel sottolineare il legame che nel sistema della legge del 1865 esisteva, tra la nozione di diritto soggettivo e la legge, e che nella citata formulazione dell'art. 5 affiora. Va ricordato, infatti, che, allora, nella cultura dell'epoca, era ben marcato l'orientamento secondo il quale quella che doveva considerarsi diritto soggettivo, era la posizione che sul piano sostanziale era protetta dalla legge, e non da diverse disposizioni e norme di altro e inferiore livello: solo quella posizione che era la legge, adottata da un legislatore almeno parzialmente (in relazione alla struttura bicamerale del Parlamento), e solo limitatamente elettivo

(a causa dei limiti del suffragio), a garantire nei confronti della istituzione regia, e dell'esecutivo, e quindi dell'amministrazione allora preponderatamente statale e accentrata che ne dipendeva.

Allora era percepito nettamente, anche se non altrettanto esplicitamente espresso, che se il diritto soggettivo è tale nei confronti dell'amministrazione, esso deve trovare protezione in una fonte che non poteva provenire dal Monarca o 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 definiremo primaria, ossia come diritto soggettivo pieno, solo quella protetta sostanzialmente dalla normazione altrettanto primaria.

Indicazione che poi si è persa. Da un alto, per lo sviluppo dell'ordinamento, che ha portato sempre più addirittura il legislatore a dettare anche regole per l'agire dell'amministrazione; le quali sono solo funzionali rispetto ai fini collettivi che questa deve perseguire: regole, quindi, dalle quali non scaturisce una protezione in termini di diritto soggettivo, di contrapposti interessi individuali. E, dall'altro, per la tendenza dottrinale a cercare, viceversa, e, quindi, assai più debolmente, in chiave di diversità strutturali, e sul piano delle distinzioni meramente concettuali, la differenziazione di tale situazione dall'interesse legittimo: dalla nuova figura emersa, ma emersa prepotentemente solo decenni dopo.

3. IL CARATTERE UNITARIO DELL'ORDINAMENTO GENERALE, NEI CONFRONTI TANTO DEI SUOI SOGGETTI PUBBLICI COME DI QUELLI PRIVATI

Ma, soprattutto, per valutare in che senso le prime *regulae juris* che l'amministrazione deve osservare, sono quelle poste dall'ordinamento che deve dirsi generale, vanno ora sviluppate le implicazioni che, dal punto di vista ora considerato, discendono dal dato ora acquisito: derivano dal riconoscimento della possibilità che nei confronti dell'amministrazione medesima, anche quando

si presenta nella sua veste autoritativa, soggetti privati (ma anche pubblici), possano vantare diritti soggettivi veri e propri.

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.

E di qui, la costruzione, altrettanto ineludibile, dell'ordinamento che possa e debba dirsi generale. 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 distinti? Pare evidente che non esiste un ordinamento di diritto pubblico distaccato 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 loro esposizioni puramente descrittive. 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, perfino tra soggetti pubblici.

E questa ricostruzione, che sembra imposta per il nostro ordinamento almeno fin dalla legge del 1865, si deve 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 caratteri di autorità e di 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'altra 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; limiti, da doversi definire, perciò, 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, siano 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 delinearci 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 cod. civ., ha una capacità negoziale privatistica sempre più tendenzialmente 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. In questa prospettiva, si può e si deve ben dire che è l'ordinamento generale così inteso che vincola l'amministrazione non solo nel suo agire, ma anche, prima, addirittura nel suo stesso essere giuridico.

4. L'AMMINISTRAZIONE E LE NORME DELL'ORDINAMENTO GENERALE

È necessario accennare qui, seppur con la sinteticità qui imposta, ad alcune conseguenze dei fattori così acquisiti al ragionamento, per il disegno del vincolo dell'amministrazione alle *regulae juris* appartenenti e costituenti l'ordinamento generale.

Anzitutto, pare opportuno ribadire un rilievo già proposto, per la sua importanza centrale. Sicuramente, in tale ordinamento 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 essere sempre considerato come unitario.

Così che a molti principi 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 da privatisti, va attribuita una valenza viceversa generale: quindi, anche nei confronti dell'amministrazione. E una estensione analoga va data anche a principi, seppur meno numerosi, per contro disposti nel diritto pubblico, o studiati 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, anche per quelli suoi pubblicistici, non possono non valere doveri elementari e genera-

lissimi: 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 principi pure dell'amministrazione come soggetto 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 cod. civ. E pure 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.legisl. 80/98 (con norma lasciata inalterata dal d.legisl. 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, la nozione di «danno ingiusto», così che, ormai, anche *per tabula* l'art. 2043 cod. civ. 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 pure 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, che le pertengono, o comunque la riguardano. 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 cod. civ.). 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: per quel che riguarda i rapporti di diritto privato, ma, poi, anche per quelli di diritto amministrativo. 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, sostanziali o anche solo formali, la cui sussistenza, per contro, esiga a tal fine.

È ovvio che non è qui che è possibile e opportuno affrontare questo problema. Qui, perciò, ci si imiterà 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 (Zanobini), 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 il medesimo 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 il 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 (oltre che al suo stesso essere), per quel che riguarda specificamente i suoi provvedimenti, va riferito soprattutto ai suoi poteri, di cui questi 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; quantomeno per quel che riguarda il loro fondamento, anche se non l'ulteriore loro disciplina, del resto indispensabile per la possibilità di loro concrete esplicazioni.

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 di una potestà, la quale trova *aliunde* il suo fondamento; o, meglio, come la disciplina delle conseguenze dell'esercizio di essa.

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 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 molto maggiore di quello accordato 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 essa 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, cioè, non può attribuire un potere, senza precisare a quale ente lo attribuisca; o a quali persone o cose si riferisca; o quali effetti riconosca del 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'or-

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, necessariamente definiti dall'ordinamento generale, consustanzialmente alla attribuzione di esso all'amministrazione emanante. Quando questa corrispondenza manchi, e manchi anche solo parzialmente, il provvedimento è comunque «in carenza di potere»: nel senso predicato della Cassazione: la cui giurisprudenza al riguardo appare una esatta ricostruzione del sistema, imposta 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 qui 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 alle amministrazioni da parte dell'ordinamento generale, 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, pure 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.

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, e pur dovendo prendere atto della opposta direzione che in questi anni è adottata dalla legislazione, dispiace che la loro comprensione attualmente venga smarrita.

6. LEGITTIMITÀ E ILLEGITTIMITÀ DEI PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI

Ma l'alternativa liceità-illicieità dell'essere e dell'agire dell'amministrazione, la quale deriva da norme da ascriversi sicuramente all'ordinamento generale, non costituisce il solo parametro di valutazione della loro legalità. Ve ne è un altro. Se e in quali termini vada riportato a norme di un ordinamento diverso da quello generale, si potrà cercare di valutarlo solo in seguito: solo successivamente alla considerazione dei suoi caratteri.

Si è già fin troppo insistito sul carattere unitario dell'ordinamento generale, in quanto unitariamente comprensivo anche dell'amministrazione come suo soggetto dotato di capacità pubblicistica. E, di qui, sull'essenziale profilo di analogia da questo punto di vista, dell'autonomia di essa con quella dei soggetti priva-

ti. Ma, ora, va sottolineata una fondamentale differenziazione tra l'una e l'altra; oltre, ben s'intende, quella diversità già rilevata, concernente l'autorietà, 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 tutto 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; il quale, 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 come 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, occor-

re 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 non superano i limiti posti dall'ordinamento generale ai poteri di cui sono espressione, non per questo possono dirsi sicuramente «delegati». Perché è necessario valutare ulteriormente se essi siano correttamente finalizzati, rispetto ai fini pubblici che sono causa dell'attribuzione all'amministrazione dei poteri suddetti. 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 ci sarebbe neppure bisogno di citare l'opera di Nigro, peraltro importantissima. E 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 vi debbano essere acquisiti, accertati, valutati; 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 nonostante che non siano formulati esplicitamente in disposizioni, la cui violazione darebbe luogo a una delle tante figure di eccesso di potere elaborate dalla giurisprudenza; 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 soggetti.

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, in una certa misura 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 disposizioni del genere. Nel senso che è delimitata non solo dalle disposizioni che, definendo i poteri dell'amministrazione, fissano i confini fino ai quali l'interesse pubblico prevale su quelli privati, e oltre i quali sono questi ad essere non condizionati da quello; ma anche da disposizioni esclusivamente funzionali, le quali, sempre e solo dal punto di vista funzionale, fissano i limiti entro i quali è opportuno con il contenuto del provvedimento sia stabilito con valutazioni caso per caso. Per esempio, i poteri dell'amministrazione di infliggere sanzioni pecuniarie, circoscriveranno questa discrezionalmente l'ammontare, circoscriveranno questa discrezionalità tra un minimo e un massimo; con la conseguenza che se concreterà un vizio di eccesso di potere la cattiva scelta pur mantenuta entro questi limiti, sarà affetta addirittura da violazione di legge quella che li supererà.

Già emerge così che disposizioni normative sul contenuto del provvedimento sono sempre alternative alla discrezionalità nella determinazione di esso. 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, elidono totalmente la discrezionalità in scelte caso per caso. Nel senso che la consumano *ex ante*, sostituendovi prescrizioni rigide e generali, frutto di valutazioni preventive e altrettanto generali.

Dalle considerazioni accennate, riceve piena conferma quella caratterizzazione funzionale dell'attività amministrativa, che, del

resto è già da lungo tempo 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 disposizioni normative; e, ulteriormente, negli spazi residui, 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 funzionali agli interessi pubblici che deve istituzionalmente perseguire, 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 della 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 dei poteri di adottare provvedimenti, che l'ordinamento generale le ha attribuito; solo il loro esercizio: e non anche l'attribuzione di essi, e la loro delimitazione, che, lo si ripete, sono e devono rimanere riservate a norme dell'ordinamento generale medesimo.

Per maggiore chiarezza dell'enunciazione degli esiti ai quali si vorrebbe pervenire, si precisa e si ribadisce 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, appunto, le norme attributive e di delimitazione dei 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 altro 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 distinzione che è veramente 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, devono appartenere esclusivamente all'ordinamento generale. E le norme che, pur riguardano ugualmente l'amministrazione, hanno per contenuto solo la disciplina dell'esercizio di quei poteri medesimi, le quali, per contro, appaiono ad esso estranee: perché, 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 esserle stati derivati, sempre dall'ordinamento generale. Per un principio di legalità, di cui la necessità di un fondamento normativo (o istituzionale), specificamente riferita ai poteri regolamentari è solo una applicazione.

8. LE NORME DELL'ORDINAMENTO PARTICOLARE DELL'AMMINISTRAZIONE. I REGOLAMENTI

Nel tentativo di raggiungere gli esiti enunciati, si comincerà con l'osservare che le disposizioni normative che disciplinano l'esplicazione, e solo l'esplicazione dell'autonomia attribuita all'amministrazione dall'ordinamento generale, non stabiliscono equilibri tra interessi pubblici in essa soggettivizzati e interessi individuali, imponendo assetti 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, poteri e diritti, doveri e obblighi, e in ogni caso misurano capacità di tutti i suoi soggetti. Ma tali disposizioni, come si è prima accennato, sono piuttosto l'esito di valutazioni preventive e generali, delle modalità con le quali l'amministrazione deve esercitare i suoi poteri, così come l'ordinamento generale glieli ha attribuiti e intrinsecamente limitati; e ciò, affinché 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 dovrebbe essere essenziale dell'ipotizzato ordinamento particolare dell'amministrazione: se e in quanto si riveli delineabile. Ossia: il suo carattere funzionale, cui del resto si è già accennato. Che, in primo luogo, inerisce alle sue regole: esse, in quanto disciplinano l'esercizio di poteri attribuibile dall'ordinamento generale per il perseguimento di specifici interessi pubblici nell'amministrazione stessa così soggettivizzati, devono essere funzionali rispetto a questi medesimi specifici interessi. E, di qui, non può improntare di sé l'intero 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): più adatti, perché più consoni agli appena accennati caratteri di queste.

Non pare dubbio che tali atti vadano individuato nei regola-

menti: nei regolamenti ministeriali, quando disciplinino l'esercizio di poteri provvedimentali di ciascun ministero; nei regolamenti di ciascun ente pubblico, quando disciplinino l'esercizio di poteri provvedimentali di esso; nei regolamenti governativi, quando siano espressione di indirizzo amministrativo: e, quindi, perciò, possano interferire nell'autonomia di tutte queste autorità amministrative, concorrendo con esse nella disciplina dell'esercizio dei suddetti loro poteri di provvedere caso per caso.

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, la quale è riservata all'ordinamento generale, e, quindi, alla normazione primaria. Tale disciplina dell'esercizio dei poteri incide su interessi che, perciò, con tale definizione di tale autonomia, sono già stati acquisiti a questa; presuppone necessariamente che quei poteri siano attribuiti da tale ordinamento all'amministrazione, e delimitati da esso; può estendersi solo fino ai limiti che la normazione primaria pone loro, senza potere né oltrepassarli né ridefinirli. E tutti questi elementi di quella disciplina medesima, si trasformano in fattori per i quali essa va tracciata su un livello normativo inferiore. Va da sé 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 protetto da disposizioni sostanzialmente regolamentari; in quanto situazione in un certo senso secondaria, è protetto da norme altrettanto secondarie.

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 me-

dianche delegificazione, della disciplina che prima era parsa solo e prettamente funzionale rispetto agli interessi pubblici suddetti; nella disciplina, appunto, dell'organizzazione amministrativa, e dei procedimenti mediante i quali essa può formare i propri provvedimenti. Soprattutto a partire dalla l. 537/93, ma già sulla base dell'art. 17, specialmente comma 2, della l. 400/88.

L'amministrazione, dunque, nelle varie figure soggettive prima evocate, adottando i propri regolamenti (ma si potrebbe aggiungere: pure i suoi statuti, a proposito dei quali, per brevità, non ripetiamo queste considerazioni, che per essi valgono *a fortiori*), esplica la sua autonomia. 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 riespandersi.

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, a questo riguardo, una considerazione si impone: quando il legislatore detta una disciplina avente questo oggetto così circoscritto, pur parlando 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, 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, si vorrebbe specificare 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 reso necessario 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, ma solo quella di vincolare funzionalmente l'amministrazione, 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 veste legislativa. Ma, senza risalire fino alle celebri dispute della seconda metà del secolo scorso, si può notare che di distinzione del genere ha fatto uso più di una volta anche la nostra Corte costituzionale. Così, per esempio, da ultimo, Corte cost., 16 ottobre 1997, n. 309, scrutinando la costituzionalità dell'art. 45, comma 9, del d.lgs. 29/93, che impone alle amministrazioni pubbliche di osservare i contratti collettivi stipulati dall'ARAN, ha potuto respingere la censura proposta negando che la disposizione abbia attribuito un valore cogente a tali contratti in sé considerati, ed affermando che essa ha solo stabilito un vincolo 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 alla Corte costituzionale. Perché la delineazione della figura dell'eccesso di potere legislativo, così problematica in generale, potrebbe risultare meno difficile per disposizioni che, pur formalmente primarie, sono assoggettate al medesimo principio di funzionalità proprio della normazione secondaria, sostanzialmente non imprimono assetti a conflitti di interessi e a rapporti intersoggettivi, in modo politicamente più libero.

Rimangono da considerare 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 esplicare tale sua discrezionalità, inerisce loro per definizione. E, quindi, è intuitivo che esse potrebbero essere ascritte pienamente all'ipotizzato ordinamento amministrativo.

Un'ultima considerazione. Se si potesse considerare riuscito il tentativo di delineare l'insieme delle norme che vincolano funzionalmente l'amministrazione, come un suo ordinamento particolare, derivato ma distinto da quello generale, potrebbero porsi in più chiara luce alcune svolte e caratteristiche del nostro sistema di giustizia amministrativa, e delle sue attuali alternative di sviluppo.

Risulterebbe sottolineato, cioè, che la duplicità delle giurisdizioni nei confronti dell'amministrazione anche come soggetto di

diritto pubblico, avrebbe un solito fondamento di diritto sostanziale: la diversità, e addirittura l'eterogeneità delle norme le cui violazioni sono sindacate rispettivamente dal giudice civile e da quello amministrativo. Inoltre, si comprenderebbe meglio perché, quando nel 1889 si pose il problema di sottoporre le illegittimità che esulavano dalla giurisdizione civile, ad un sindacato che potesse offrire maggiori garanzia ed effettività di quello proprio dei ricorsi meramente amministrativi, esso fu affidato ad una nuova sezione del Consiglio di Stato; e perché l'orientamento a favore della natura amministrativa delle sue decisioni, fu sostenuta tanto vivacemente da parte della nostra dottrina, almeno fino alla riforma legislativa del 1907.

Infine, da questi cenni si possono trarre alcune valutazioni sulla attuale tendenza al superamento del carattere dualistico del nostro sistema di giustizia amministrativa.

Da un lato, una eventuale estensione della giurisdizione del giudice civile oltre la tutela dei diritti soggettivi, del resto ancora assai limitata, lo porterebbe ad assicurare il rispetto di norme eterogenee rispetto al suo ruolo di garante del rispetto degli assetti normativamente tracciati di rapporti intersoggettivi: di quegli assetti che possono essere imposti solo dall'ordinamento generale.

Dall'altro, l'ampliamento della giurisdizione del giudice amministrativo anche nei confronti di questi assetti, questo si già largamente avvenuto, avrebbe certamente grandi giustificazioni pratiche; soprattutto, quella di evitare al ricorrente vittorioso davanti a tale giudice, la necessità di esperire un secondo giudizio civile, per ottenere soddisfazione della conseguente sua pretesa risarcitoria. Ma, forse, il vantaggio che con tale ampliamento si vorrebbe conseguire, potrebbe essere mantenuto pure con innovazioni legislative più duttili; di esse, del resto, vi è qualche traccia pure in recenti testi legislativi che d'altra parte quell'ampliamento realizzano; e, con qualche adattamento, potrebbero non compromettere valori che si vorrebbero conservare.

Ossia, si potrebbe pensare ad una norma che attribuisca sì al giudice amministrativo la potestà di ordinare all'amministrazione il pagamento di una somma di denaro a favore del ricorrente vittorioso. Ma tale giudice la dovrebbe poter determinare mediante

parametri prefissati, la cui applicazione non richieda istruttorie non proprie del giudizio amministrativo; o comunque in base a dati della propria esperienza di valutazione di vicende amministrative, che di sicuro è più che sufficiente a tal fine. Non sarebbe necessario chiarire fino in fondo se tale somma avrebbe carattere risarcitorio o indennitario. Quel che appare necessario, è che il giudice amministrativo dovrebbe determinarla in un ammontare corrispondente presumibilmente alla misura nella quale la pretesa del ricorrente appaia giustificata: così da rendergli superfluo, almeno in generale, e tendenzialmente non utile un secondo giudizio civile. Ma la norma dovrebbe essere formulata in modo che non lo precluda, né al ricorrente stesso, e neppure all'amministrazione: in vista di una determinazione di un vero risarcimento, a seguito di una adeguata istruttoria.

Questa soluzione non costringerebbe il giudice amministrativo a trascendere il suo ruolo di sindacare come l'amministrazione eserciti la funzione pubblica; l'unico, del resto, per il quale è strutturalmente attrezzato. E d'altra parte, parrebbe attagliarsi meglio all'ipotesi nella quale il soggetto individuale chieda tutela di suoi diritti perfetti nei confronti della amministrazione. In questa ipotesi, tale soggetto si rivolge al giudice per avere protezione di situazioni del tutto analoghe a quelle che può vantare nei confronti di altri soggetti parimenti individuali. E, allora, quella soluzione non gli impedirebbe di adire, almeno in ultima istanza, il giudice civile: il giudice che ordinariamente ha giurisdizione di queste situazioni; come parrebbe più in armonia col principio di uguaglianza.

10. L'AMMINISTRAZIONE E L'ORDINAMENTO COMUNITARIO

Fin qui, i vincoli dell'amministrazione a norme dell'ordinamento generale, di determinazione di assetti di rapporti intersoggettivi, la cui violazione da parte di provvedimenti, in quanto si riferiscano ad essi, comporta la loro illiceità; e a norme che dovrebbero essere ascritte viceversa a quel che problematicamente potrebbe essere definito come un suo ordinamento particolare,

la cui violazione da parte di provvedimenti, comunque comporta la loro illegittimità.

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.

Almeno dell'ordinamento comunitario, tuttavia, 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 della 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 da C.G.C.E. 23 maggio 1996, in causa C-5/94, *Hedley Lomas Ltd.* E con particolare incisività: perché la sentenza ne ha tratta 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 con *Franco-vich*, 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 il vincolo per il comportamento dell'amministrazione consegua, almeno tendenzialmente, 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 in questa sede che può cimentarsi nei numerosi e difficili problemi che sorgono in ogni pur minimo approfondimento al 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 validità, 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 specifiche, come la definizione della immediata efficacia delle direttive appena evocata (tra le sentenze più recenti, v., per la giurisprudenza nazionale, per una motivazione particolarmente accurata, Cass., 20 novembre 1997, n. 11571, *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, seppur 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 par 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 la hanno istituita avevano loro attribuita; e che, perciò, l'ordinamento comunitario fosse meramente derivati 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 originari 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 gliela è stata concessa da quei trattati, da quegli Stati.

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, anche più prettamente politiche, di omogeneizzazione di regimi giuridici anche ulteriori a quelli più immediatamente necessari per la creazione di un mercato unico, 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 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 percepita, 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 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 debba essere accettata una pluralità di qualificazioni di medesimi fatti, situazioni e atti, da parte di ordinamenti giuridici distinti, deriva necessariamente dalla pluralità di essi, la quale a sua volta è postulata dalla stessa intitolazione del presente convegno; 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, che si pretenda esserle state derivate dall'ordinamento nazionale medesimo. *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, da parte di due diversi ordinamenti, secondo le proprie norme e ad opera 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, allora, 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 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 visto, 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'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (*Archivio giuridico*, LXVIII, Modena, 1901, ripubblicati in *Scritti minori*, 1ª ediz., Milano, 1950, 107; 2ª ediz., Milano, 1990, 1, 131; v. anche *Rivoluzione e diritto*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 220). E, ora, avrebbe considerato con interesse il fenomeno: perché vi 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.