

# INTRODUZIONE

**SOMMARIO:** 1. Il ruolo e le funzioni dell'Amministrazione. - 2. L'Amministrazione e l'ordinamento generale. - 3. L'autonomia dell'Amministrazione (e il suo ordinamento particolare).

## **1. Il ruolo e le funzioni dell'Amministrazione.**

Per comprendere la specifica rilevanza delle Amministrazioni come soggetti, e lo specifico ruolo delle loro funzioni, nel quadro generale dei soggetti e delle funzioni pubbliche, si può partire da questa notazione.

Le manifestazioni del diritto pubblico che più immediatamente vengono percepite, sicuramente sono la legge e la sentenza.

La legge: come norma oggettivamente vincolante tutti i soggetti dell'ordinamento. Come norma che disciplina i loro rapporti civili, che può regolare o direttamente, oppure attribuendo a quei medesimi soggetti poteri che genericamente vengono detti negoziali; ossia, poteri col cui esercizio siano essi stessi a regolarli, mediante loro atti cui l'ordinamento generale riconosce efficacia. O come norma che definisce dei comportamenti individuali, configurandoli, per la loro spiccata antisocialità, come illeciti di carattere addirittura penale. E, inoltre, come norme che disciplinano le attività giudiziarie, e processuali in genere, mediante le quali dovrebbe essere garantita applicazione ed effettività a tali norme civili e penali.

E poi, la sentenza: come pronuncia per mezzo della quale vengono risolte le liti tra i soggetti dell'ordinamento concernenti l'assetto dei loro rapporti civili; o vengono inflitte le sanzioni penali.

Ma una osservazione superficiale del diritto pubblico, nelle sue espressioni che più comunemente interferiscono con la vita di tutti, porta subito a rilevarne delle altre, oltre a queste due prime, aventi ugualmente una propria specificità ed autonomia: quindi non riconducibili ad esse.

Lo Stato, infatti, persegue tutta una gamma di interessi, tende a conseguire tutta una gamma di correlati fini di cui si fa carico, e che, perciò,

possono, e anzi debbono qualificarsi come pubblici; ma che, per i loro tratti quantitativi e qualitativi, non possono essere perseguiti e conseguiti, solo mediante leggi e sentenze aventi i caratteri accennati. Perciò, per il loro raggiungimento sono indispensabili queste altre manifestazioni del diritto pubblico, la maggior parte delle quali, appunto, sono espressione di Amministrazione: di Amministrazione in senso oggettivo; e sono regolate quel diritto che, correlativamente, è detto amministrativo.

Anzitutto, si devono ricordare i provvedimenti: atti che costituiscono effetti giuridici in casi particolari, e in riferimento a singoli individui. E che sono di carattere pubblico, perché non trovano riscontro con i negozi detti di diritto privato, che l'ordinamento consente a tutti i suoi soggetti di porre in essere. Anzi, che concettualmente vi si contrappongono, almeno per un profilo essenziale: perché appaiono connotati dalla unilateralità ed imperatività, invece che dalla bilateralità e consensualità proprie di essi. E anche perché gli effetti giuridici che producono, consistono nella costituzione, modificazione o estinzione di situazioni giuridiche, in particolare di solito soggettive, che quasi sempre ugualmente non trovano riscontro in quelle che l'ordinamento configura, nei rapporti civili tra i suoi soggetti.

Come esempi di provvedimenti, si possono citare quelli con i quali viene sottratta al proprietario di un bene la proprietà su di questo, come un decreto di espropriazione; o, almeno, la disponibilità di esso, come il decreto di occupazione d'urgenza, o di requisizione. Oppure: gli atti che appartengono alla famiglia delle autorizzazioni, con i quali si consente ad un soggetto di compiere determinate attività il cui esercizio, pur rientrando astrattamente nella sua sfera giuridica, in concreto è condizionato a tale consenso: apertura e gestione di un esercizio commerciale, o l'edificazione di una costruzione. E ancora: i provvedimenti che, almeno tradizionalmente, vengono distinti concettualmente dalle autorizzazioni, e denominati concessioni, con i quali si consente ad un soggetto la possibilità di compiere attività che altrimenti non gli perterrebbero: l'esercizio di un servizio pubblico, o l'uso particolare di un bene demaniale, poniamo per la installazione di una edicola di giornali su una pubblica piazza; ecc.

Questi provvedimenti, operano concretamente le suddette modificazioni giuridiche in relazione a casi ed individui singolari; perciò, si distinguono dalle norme, che sono almeno tendenzialmente generali e astratte. E, soprattutto, sono finalizzati al raggiungimento di quei specifici interessi pubblici, in vista dei quali le Amministrazioni operano, e sono addirittura istituite; perciò, si distinguono dalle sentenze: che costituiscono, piuttosto, applicazioni per definizione neutrali, di norme civili e penali.

Inoltre, la legislazione e la prassi amministrativa degli anni più recenti, hanno portato allo sviluppo di atti i quali, come i provvedimenti, sono ugualmente pubblici, ed ugualmente danno assetto a singole situazioni o

rapporti giuridici, o, almeno, vi preludono. Ma che hanno natura consensuale; e, quindi, se ne distinguono sotto altri profili, perché sono privi dell'unilateralità e dell'imperatività che si è visto essere loro propri. Sono accordi, cioè, che possono essere conclusi tra Amministrazioni tra di loro, o con soggetti privati; ma la cui natura bilaterale non implica affatto che siano veri e propri contratti ai sensi e per gli effetti degli artt. 1321 e ss. c.c.

Infine, devono essere ascritti al diritto amministrativo almeno altre due categorie di atti di carattere pubblico, tra di loro assai eterogenei, ma che, tutti, sono accomunati da una caratteristica saliente: non producono effetti costitutivi, modificativi o estintivi di situazioni giuridiche; non li producono, almeno direttamente. Anzitutto, atti di varia natura, che fanno parte dei procedimenti attraverso i quali vengono adottati di regola, come si vedrà, i provvedimenti e gli accordi prima accennati; e, si deve aggiungere, gli stessi contratti di diritto privato, di cui si dirà tra poche righe. E, poi, gli atti che si limitano a rilevare la sussistenza, o talvolta l'assenza, di presupposti, di requisiti soggettivi, di situazioni e rapporti giuridici, così come risultano in fatto, o derivano direttamente dalla legge, o sono prodotti da negozi privatistici, o da provvedimenti, o da accordi: accertamenti, attestazioni, certificazioni in genere; che manifestano la loro pubblicità, per il loro vigore, efficacia ed eventuale incontestabilità, le quali, per quanto non assolute, sono pur sempre maggiori di quelle proprie degli atti espressione di autonomia privata, aventi natura e funzione corrispondenti.

Tutti gli atti giuridici finora ricordati, le Amministrazioni sono in grado di compierli, esplicando la loro capacità di diritto pubblico. Questa, però, non si traduce solo nella possibilità di emanare atti: anche, e prima, in quella di essere titolare di rapporti, di diritti e di obblighi altrettanto suoi specifici. Un esempio per tutti: la disponibilità che ha di beni appartenenti a determinate categorie, che vengono detti demaniali; disponibilità che si distingue dal contenuto della proprietà privatistica, di cui agli artt. 832 e ss. c.c., della quale, peraltro, anche le Amministrazioni stesse possono essere titolari.

Fin qui, la capacità di diritto pubblico delle pubbliche Amministrazioni; che è loro specifica, perché non è attribuita ai soggetti privati. Ma oggi si ritiene sempre più largamente, che le Amministrazioni pubbliche siano dotate pure di una capacità di diritto privato tendenzialmente generale, sia pure tutt'altro che illimitata.

Le Amministrazioni, per questa loro capacità, quindi, possono essere titolari di rapporti e di diritti privatistici; per esempio, come si è già accennato, della proprietà regolata dal codice civile. E, soprattutto, hanno una specifica capacità negoziale: di porre in essere i negozi regolati dal diritto privato, e, in particolare, i contratti. Questo è un tema importante, oggi di

grande attualità: esse, infatti, per tutta una serie di ragioni, si presentano sempre più sul mercato, come grandi acquirenti di opere, di forniture e di servizi. Si è già accennato che esse operano per procedimenti, non solo nell'adozione di provvedimenti, ma anche nella stipulazione di contratti: ebbene, di grande interesse sono i procedimenti detti ad evidenza pubblica, la cui osservanza è imposta loro ormai soprattutto da direttive comunitarie, al fine di impedire che essi agiscano sul mercato violando le regole della concorrenza.

Infine, in queste osservazioni introduttive, si devono ricordare quelle azioni delle amministrazioni, che consistono nel compimento non degli atti giuridici fin qui considerati, di diritto pubblico o di diritto privato, provvedimentali e negoziali o no, ma di comportamenti di mero fatto: talvolta esecuzione di provvedimenti, talaltra sostitutivi di essi, talaltra ancora in rapporti ulteriormente diversi nei loro confronti; comportamenti di fatto, soprattutto, che talvolta sono leciti o addirittura doverosi, e talaltra illeciti.

Tra questi comportamenti di fatto, particolare rilievo deve essere riconosciuto a quelli che si presentano come vantaggiosi per i soggetti cui sono rivolti: fino a presentarsi come prestazioni a favore di loro, che allora si atteggiavano come beneficiari. E che, quando con continuità e secondo un programma, sono offerti a tutti, almeno in linea di principio, e a vantaggio di tutti appaiono finalizzati, devono essere definiti come servizi pubblici. Per esempio, diagnosi e cura di pazienti in strutture del servizio sanitario nazionale, insegnamento negli istituti pubblici di istruzione, trasporti collettivi soprattutto di persone, servizi di posta e di telecomunicazioni, forniture di energia, ecc. Al riguardo, occorre precisare, tuttavia, che sempre più largamente l'erogazione di tali servizi è operata da soggetti di diritto privato, almeno formalmente; mentre le Amministrazioni, nei loro confronti, tendono ad atteggiarsi solo come autorità concedenti, di regolazione, ed altro.

Tutto questo, sul piano del diritto sostanziale. Ma si fanno rientrare nel diritto amministrativo, anche gli istituti attraverso i quali si compongono le controversie tra Amministrazioni e privati, e, in particolare, si dà tutela ai diritti e agli interessi di questi: gli istituti di *Giustizia amministrativa*.

Essa consta di più componenti alquanto eterogenee. Qui ci si limiterà ad indicarne le tre più importanti ed evidenti. Anzitutto, i ricorsi amministrativi: i ricorsi con i quali il ricorrente, il cui interesse sia stato pregiudicato dall'azione dell'Amministrazione, chieda all'Amministrazione stessa di rivedere il proprio operato, perché affermato illegittimo, e talvolta anche solo inopportuno. Inoltre, le regole particolari dalle quali è disciplinato il processo davanti ai giudici civili, quando il diritto di cui l'attore chieda tutela, sia stato leso dall'Amministrazione e non da un qualsiasi soggetto di

diritto comune; e, in particolare, dall'Amministrazione in quanto soggetto autoritario di diritto pubblico.

Infine, ma forse sarebbe più giusto dire soprattutto: un'intera giurisdizione, quella amministrativa, costituita da giudici amministrativi, di un ordine distinto da quello dei giudici ordinari, la quale riguarda esclusivamente controversie delle quali sia parte una pubblica Amministrazione (ma oggi, sempre più spesso, anche soggetti privati che ne siano concessionari, o che comunque svolgano una attività oggettivamente assimilabile alla sua). È una giurisdizione alla quale ricorrono soggetti normalmente privati, per chiedere tutela di propri interessi, che l'ordinamento protegge non come diritti soggettivi pieni, ma solo in modo indiretto: secondo la figura dell'interesse legittimo, cioè, peraltro assai discussa. Tuttavia, specie con le riforme del 1998 e del 2000, anche se ridimensionate dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204/04 (che sarà analizzata soprattutto nelle pertinenti parti di questo *Manuale* dedicate alla *Giustizia amministrativa*), quella medesima giurisdizione ha sempre più largamente oggetto anche veri e propri diritti soggettivi.

## **2. L'Amministrazione e l'ordinamento generale.**

Il concetto di Amministrazione può essere inteso in vario modo.

Dal precedente paragrafo si può rilevare che il profilo che più lo caratterizza è quello oggettivo, che, poi, si traduce in quello funzionale: un complesso di attività distinte dalla legislazione e dalla giurisdizione, finalizzate al perseguimento di concreti interessi pubblici; meglio: collettivi.

Ma è intuitivo che a questa nozione oggettiva e funzionale non può non corrispondere una soggettiva: a tale complesso di attività, non possono non corrispondere dei soggetti deputati ad esplicitarla. In realtà, un complesso di soggetti, come è risultato almeno per implicito, dall'andamento delle considerazioni prima svolte: iniziate in riferimento allo Stato, una volta esclusivo detentore della potestà legislativa, e tuttora di quella giurisdizionale, ma mai di quella amministrativa, poi si sono allargate inevitabilmente allargate alle Amministrazioni pubbliche in genere. Le quali possono essere così indicate, in una rapida ed essenziale sintesi, che anticipa successive esposizioni ben più ampie e analitiche: l'insieme degli organi amministrativi che fanno capo allo Stato inteso come soggetto dell'ordinamento generale (ivi compresi, almeno in una certa misura, anche soggetti e organi variamente strutturati, che, ciò nonostante, sono raggruppati nella categoria dai malcerti contorni, delle c.d. Amministrazioni indipendenti, di relativamente recente istituzione); gli enti territoriali enumerati dall'art. 114 Cost.: comuni, province, regioni, ecc.; e, ancora: enti comun-

que pubblici definiti in relazione ai fini collettivi specifici per i quali sono stati istituiti. Questo quadro di soggetti ed enti pubblici fino agli ultimi decenni del secolo scorso esauriva pressoché completamente il profilo soggettivo dell'Amministrazione; ma, in questi anni, come si è già accennato, si è rafforzata la tendenza ad affidare attività e funzioni oggettivamente amministrative anche a soggetti privati: con quale ampiezza, e con quali modo, sarà descritto successivamente, nelle pertinenti parti di questo *Manuale*.

Infine, è possibile individuare anche una nozione di Amministrazione in senso formale: quella costituita da attività consistenti nell'adozione di atti aventi un proprio particolare regime di validità, efficacia e sindacabilità giurisdizionale; e che, perciò, sono distinti da quelli, parimenti pubblici, che sono espressione della funzione legislativa e di quella giurisdizionale; e, soprattutto, distinti da quelli previsti e regolati dal diritto privato. Anzitutto, come si è prima accennato, i provvedimenti, e gli atti consensuali di diritto pubblico, aventi l'effetto di costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche, di solito soggettive; ma anche gli atti di tipo certificativo; e, soprattutto, quelli che fanno parte di procedimenti finalizzati all'adozione di tali provvedimenti e di tali atti consensuali. Inoltre, gli atti dei procedimenti che devono precedere la stipulazione da parte dell'Amministrazione dei contratti di diritto privato, e di altri negozi privatistici. Perché, d'altra parte, vi è uno scarto, tra l'Amministrazione in senso oggettivo e funzionale, e l'Amministrazione in senso formale: quello costituito dai negozi e contratti di diritto privato, da considerarsi anch'essi Amministrazione in senso oggettivo, almeno quando l'Amministrazione in senso soggettivo che li pone in essere, persegue ugualmente per loro mezzo i suoi fini istituzionali; scarto largamente colmato, tuttavia, con la considerazione che anche l'adozione di questi ultimi è quasi sempre procedimentalizzata, attraverso l'adozione di serie di atti generalmente considerati amministrativi.

Quel che occorre mettere in maggiore risalto in questa *Introduzione*, è che l'amministrazione così variamente intesa, è tutta inquadrata in un ordinamento: che ne istituisce, o almeno ne riconosce i soggetti; che ne definisce la capacità di diritto pubblico, in particolare attribuendo loro i poteri unilaterali e autoritativi che vi sono compresi; che ne regola l'attività, finalizzandola; che detta il particolare regime di validità, di efficacia e di sindacabilità giurisdizionale dei suoi atti. Ma questo ordinamento è anche quello medesimo che riconosce i soggetti privati, persone fisiche o giuridiche che siano; che definisce i loro diritti e obblighi derivanti direttamente dalla legge, o dalla norma in genere; che attribuisce loro la capacità negoziale mediante la quale quei stessi soggetti possono costituire altre situazioni soggettive del genere. Perciò, un ordinamento siffatto merita di essere definito generale: perché riconosce e istituisce tutti i soggetti di diritto, pubblici e privati

che siano, misurando le loro differenziate capacità giuridiche; e ne regola i rapporti, direttamente, o, indirettamente, attraverso l'attribuzione delle loro capacità negoziale o provvedimentale di diritto comune o di diritto pubblico: tra i soggetti privati, tra quelli pubblici, e, quel che per il diritto amministrativo è ancora più importante, tra soggetti pubblici e soggetti privati.

Va sottolineato subito una conseguenza di grande importanza, dell'inquadramento delle amministrazioni, nei loro profili soggettivo, oggettivo e funzionale, e formale, nell'ordinamento generale così descritto: esso consente di sottoporle a principi che pur essendo formulati prevalentemente in testi legislativi di diritto privato, ed elaborati dalla grande cultura privatistica, viceversa, a ben guardare, sembrano avere un valenza generale. Per esempio, le fonti delle obbligazioni; i principi di buona fede, di correttezza, di affidamento; i regimi delle responsabilità, a cominciare da quella, fondamentale, che deriva dalla violazione del principio del *neminem laedere*, secondo la previsione dell'art. 2043 c.c.; e vari altri. Tendenzialmente, almeno, le amministrazioni sono assoggettate a tutti quei principi dell'ordinamento, che più ancora che essere per esso generali, lo rendono coeso, e ne fanno un sistema.

Per quel che riguarda il nostro regime delle fonti, la parte di gran lunga quantitativamente più cospicua delle norme che costituiscono tale ordinamento generale, consiste in leggi in senso formale, e negli atti equiparati: soprattutto, decreti legislativi delegati, e decreti-legge, nel breve periodo nel quale possono vigere prima della loro conversione in legge o della loro decadenza. Dall'enorme complesso normativo costituito dalla legislazione ordinaria globalmente intesa, è possibile enucleare le disposizioni che regolano specificamente soggetti e attività amministrative. Ma al risultato così raggiunto, è possibile riconoscere solo un valore puramente descrittivo; e sarebbe assai fuorviante attribuirne anche un valore addirittura sistematico: deve comunque riconoscersi il massimo risalto al dato per il quale i testi fondamentali per il diritto privato e per il diritto amministrativo – esemplificativamente: il codice civile e la legislazione sulla espropriazione per pubblica utilità – si presentano formalmente omogenei, sono adottati con le medesime procedure previste dagli artt. 70 e ss. Cost., sono espressione di una identica potestà legislativa, hanno la medesima efficacia giuridica; appartengono, quindi, ad un medesimo ordinamento.

Naturalmente, questo è costituito anche da norme di livello superiore alla legislazione ordinaria: incomparabilmente più scarse quantitativamente, ma assai più pregnanti ed incisive giuridicamente. Anzitutto, le disposizioni contenute nella Costituzione formale. Ma anche i principi costituzionali che da esse sono estrapolabili. E pure quelli che ne sono sottesi. Quindi, i fattori istituzionali che ne hanno resa possibile la formulazione, ma che

anche la hanno condizionata: per i quali, per esempio, i principi democratico, di uguaglianza e di salvaguardia dei diritti umani fondamentali, più che essere sanciti nei primi articoli della Costituzione, sembrano esservi recepiti, in quanto già vigenti oggettivamente nella nostra società.

Nella Costituzione medesima, si rinvengono poche e frammentarie disposizioni che si riferiscono all'Amministrazione in generale; tra di queste, quella più rilevante è costituita dall'art. 97, comma 1°, dal quale si deduce che l'Amministrazione deve operare in modo imparziale ed efficiente. Più specifiche sono le norme sulla *Giustizia amministrativa* – particolarmente gli artt. 103 commi 1° e 2°, e 113 –, anche se largamente superate dalla legislazione del 1998 e del 2000 (peraltro in parte ridimensionata dalla già citata sentenza n. 204/04 della Corte costituzionale), come sarà descritto più analiticamente nelle pertinenti parti di questo *Manuale*. Colpisce, per contro, il contrasto della ben più dettagliata disciplina delle autonomie territoriali, dettata dal Titolo V, del resto recentemente riformato.

Un discorso istituzionale sulle fonti del diritto amministrativo, non molti decenni fa, si sarebbe potuto arrestare qui. Ma oggi non è più possibile: non si può non tenere conto delle normative che hanno una origine sopranazionale. Certamente, di quella derivante dalla attuale Unione Europea; ma non si può trascurare neppure il ruolo assai rilevante di altre istituzioni internazionali, peraltro assai eterogenee per competenze e natura giuridica, a cominciare dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e della relativa Corte (= C.E.D.U.), e dall'Organizzazione Mondiale del Commercio (O.M.C.). Comunque, è la normazione comunitaria quella alla quale si pensa subito, anche perché filtra molte delle norme e degli atti di queste altre organizzazioni, come gli accordi dell'O.M.C. Si tratta di componenti del sistema delle fonti nel quale va inquadrata l'amministrazione in tutti i significati di questo termine, così importanti, ma anche così complesse, alle quali, perciò, è dedicata una intera parte di questo *Manuale* (v. il successivo Capitolo 5): alla quale, quindi, si rinvia.

D'altra parte, secondo il filo della precedente esposizione, si deve riprendere una notazione già accennata: il ruolo fondamentale che si è delineato dell'ordinamento generale, è di definizione delle soggettività e delle capacità giuridiche di tutti i suoi soggetti, e di determinazione dei loro rapporti reciproci, diretta (*ex lege*), o indiretta (derivante da negozi e provvedimenti espressioni di tali capacità). E non si vede come questi assetti possano essere dettati da disposizioni aventi rango inferiore alle leggi formali ed agli atti equiparati. L'unica eccezione che si potrebbe fare, è per quelle disposizioni regolamentari che sono specificamente richiamate da norme primarie, come fattori di completamento dei loro precetti.

Ma ben altra è l'imponenza della normazione secondaria, che è prodotta da soggetti di Amministrazione: i regolamenti in generale, in primo

luogo; ma anche gli statuti degli enti pubblici. Da fonti, cioè, che, nella loro miriade, hanno una funzione diversa da quella di dare gli assetti di base dei soggetti dell'ordinamento generale, e dei loro rapporti reciproci: come sarà precisato meglio nel paragrafo che segue.

### **3. L'autonomia dell'Amministrazione (e il suo ordinamento particolare).**

L'ordinamento generale, dunque, istituisce o riconosce le Amministrazioni come soggetti di diritto, determina le loro capacità, tanto quella privatistica che quella pubblicistica, e, in particolare, attribuisce loro i poteri che fanno parte di quest'ultima; si ripete: ad un livello normativo che di solito è quello legislativo, e che comunque non può essergli inferiore.

Perciò, le Amministrazioni risultano essere soggetti di autonomia: nel senso che possono dare assetto a situazioni giuridiche e a rapporti oggetto di tali loro poteri, con provvedimenti unilaterali e anche con accordi parimenti di diritto pubblico; e possono operare analogamente esplicando la loro capacità di diritto comune.

In ambedue le ipotesi, e con particolare evidenza nella prima, l'autonomia delle Amministrazioni, attribuita loro (soprattutto per i poteri pubblicistici), o riconosciuta loro (soprattutto per la capacità negoziale di diritto comune), dall'ordinamento generale, è da questo intrinsecamente delimitata; come, del resto, per tutti suoi soggetti, anche di diritto privato. Di nuovo, questo è evidente soprattutto per la loro capacità di diritto pubblico. Non è possibile, infatti, già sul piano logico, che l'ordinamento possa attribuire un potere senza definirlo in tutti i suoi elementi essenziali: soggettivo, oggettivo, contenutistico, formale, e, almeno secondo certe opinioni, anche causale. Perché non può attribuirlo, senza indicare a quale soggetto lo attribuisce, a quali beni o cose si riferisce, quali possibilità acquista il suo titolare esercitandolo, quali siano i presupposti oggettivi e i requisiti soggettivi in presenza o in assenza dei quali è configurabile la sua esistenza, quale forma minima deve avere l'atto col quale lo esercita, e quale sia la giustificazione giuridica degli effetti che così produce. Però, queste definizioni in positivo degli elementi essenziali di ogni potere, inevitabilmente si traducono, *a contrario* e in negativo, in altrettante delimitazioni dei medesimi elementi: il decreto di esproprio, per esempio, non può essere adottato da organi ed enti pur pubblici diversi da quelli, specificamente competenti, cui il relativo potere sia stato attribuito; e, inoltre, senza la forma prescritta, in difetto dei presupposti cui è collegato, per beni che in astratto o in concreto non siano espropriabili, per ragioni diverse a quelle tipizzate dalla norma attributiva. Il che vale quanto dire che l'ordi-

namento generale non può attribuire un potere, senza che in questa attribuzione risulti insita la sua delimitazione

Così, se le Amministrazioni hanno i poteri e solo i poteri unilaterali e autoritativi che sono loro attribuiti dall'ordinamento generale almeno a livello legislativo, è ovvio che non possano adottare provvedimenti che ne superino i limiti. Se lo fanno, eccedono i limiti dei loro poteri, e, quindi della loro autonomia: già su questo piano così generale, allora, emerge la nozione di provvedimento in carenza di potere. Questa sarà ripresa più dettagliatamente in altre parti di questo *Manuale*; ma fin da ora occorre precisare che la principale ipotesi di provvedimento in carenza di potere è quello che lede diritti soggettivi di privati, o anche di altri soggetti pubblici: che dispone illecitamente di loro beni, i quali, viceversa, risultano per esso intangibili, perché protetti dall'ordinamento generale in modo assoluto rispetto al potere di cui il provvedimento medesimo sia espressione; intangibili, quindi, perfino rispetto agli interessi collettivi che sono soggettivati nell'Amministrazione titolare di tale potere, e che col suo esercizio deve perseguire. E la legge che deve tuttora riconoscersi come il fondamento del nostro sistema di giustizia amministrativa, quella abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865, riservava la tutela dei diritti soggettivi così lesi, all'Autorità Giudiziaria Ordinario (oggi, con più specificazione, diremmo alla giurisdizione civile).

Da queste considerazioni, risulta chiaro che, per i provvedimenti e i comportamenti in genere di diritto pubblico delle Amministrazioni, vi è un primo parametro di valutazione della loro giuridicità: il rispetto da parte di quei provvedimenti e comportamenti stessi, dei limiti dei poteri e dell'autonomia di cui sono espressione; quindi, la loro liceità. Lo stesso può dirsi anche per i contratti e i negozi di diritto privato di tali soggetti pubblici; ma, al riguardo, è sufficiente richiamare le regole di diritto privato e la loro elaborazione. Piuttosto, vi è una notazione assai importante da sottolineare: questo primo parametro di valutazione giuridica dell'azione delle Amministrazioni, è analogo da quello che vale per i comportamenti di ogni altro soggetto di diritto, a cominciare da quelli privati; anche se, per esse, viene applicato pure alla loro capacità e ai loro poteri di diritto pubblico.

Però, l'autonomia delle Amministrazioni, se è attribuita dall'ordinamento generale, e, quindi, intrinsecamente delimitata da esso come quella di ogni altro suo soggetto, presenta un suo ulteriore carattere specifico ed essenziale: è altrettanto intrinsecamente finalizzata; più precisamente, è finalizzata al perseguimento di quegli interessi collettivi per il cui raggiungimento è stata attribuita: che ne costituiscono la giustificazione giuridica. Per questo, anche quando non è vincolata dalle altre disposizioni di cui si dirà, non è mai libera come quella dei privati, ma si dice discrezionale; ossia, quantomeno vincolata nel fine.

Questa finalizzazione intrinseca dell'autonomia delle Amministrazioni, è assai facilmente intuibile per la loro capacità pubblicistica: in tanto l'ordinamento generale arriva ad attribuire loro poteri così fortemente autoritari, come quelli di tipo ablativo, autorizzatorio, concessorio o altro, in quanto col loro esercizio possano, e quindi debbano perseguire un interesse collettivo specifico per ciascuno di essi. Per esempio, l'acquisizione di aree per la costruzione di opere pubbliche, o la regolazione del commercio o dello sviluppo urbanistico dei centri abitati, o la predisposizione di servizi pubblici, e così via. Ed è ovvio che i provvedimenti che di quei poteri siano espressione, debbano essere funzionalizzati rispetto a quell'interesse: dovrebbero risultare i più congrui e opportuni per esso. Ma discorsi analoghi devono essere compiuti per l'esercizio da parte delle Amministrazioni della loro capacità di diritto comune: anch'esso deve essere parimenti finalizzato; così, per esempio, nell'ipotesi più frequente già accennata, nella quale le Amministrazioni si presentano sul mercato come acquirenti di opere, forniture o servizi, le loro scelte contrattuali devono mirare ad ottenere i beni più adatti alle loro esigenze, ai prezzi più convenienti, e, spesso, dai contraenti più affidabili: è per questo che è loro imposto di osservare i procedimenti c.d. di evidenza pubblica.

Quel che si deve porre in risalto, è che questa finalizzazione è caratteristica dell'autonomie delle Amministrazioni, e non la si ritrova in quella dei soggetti di diritto privato. Con questa conseguenza: i loro comportamenti non solo sono soggetti anzitutto a quel primo parametro di valutazione della loro liceità, il quale è comune anche per quelli di questi ultimi; ma, inoltre lo sono anche ad un ulteriore parametro di valutazione che è particolare per quei loro comportamenti medesimi: la loro corretta funzionalizzazione. I loro provvedimenti, così, e, in fondo, anche i loro contratti, devono essere, oltre che *leciti*, anche *legittimi*.

Questa finalizzazione intrinseca dei poteri che l'ordinamento generale attribuisce all'Amministrazione, è assicurata da una serie di norme che essa deve rispettare; da norme che sono ulteriori, e, quindi, disomogenee, rispetto a quelle che delimitano quei poteri medesimi, e, in genere, la sua autonomia, nei confronti dei diritti e delle autonomie degli altri soggetti dello stesso ordinamento. Sono norme anzitutto, sull'organizzazione delle varie Amministrazioni, sulla composizione dei loro organi, e sui relativi riparti di competenza (non di quelle sulla pertinenza soggettiva dei loro poteri, cui si è prima accennato, che, viceversa, ne delimitano l'esistenza); e, inoltre, e sempre più largamente, sono norme sui procedimenti mediante i quali i poteri suddetti devono essere esercitati. La violazione di queste disposizioni da parte dei provvedimenti, comporta la loro illegittimità per due dei tre vizi sindacabili dalla giurisdizione amministrativa, già secondo la formulazione della legge del 1889, istitutiva di quella Quarta Sezione del

Consiglio di Stato che ne è stato il nucleo originario: l'incompetenza, e la violazione di legge in senso stretto.

Norme del genere tendono ad orientare l'esercizio della discrezionalità delle Amministrazioni: è evidente quanto influiscano sulle scelte finali, concretate nei provvedimenti espressione dei loro poteri, per esempio, il modo di composizione degli organi che li adottino, e, prima ancora, che partecipino ai previ procedimenti, la selezione degli altri soggetti che vi possano intervenire, e degli interessi e dei dati che vi debbano essere acquisiti. Ma tali norme, se orientano così la discrezionalità delle scelte finali delle Amministrazioni, almeno in linea di principio non arrivano ad eliderla totalmente.

D'altra parte, esse, neppure nell'esercizio di questa loro discrezionalità residua, possono auto-determinarsi con quella libertà che è tipica dei soggetti privati nell'esplicazione delle loro autonomie. Anche in questo residuo, infatti, è immanente il vincolo funzionale dei loro poteri, che si traduce nel loro dovere di osservare una serie di criteri che lo garantiscono: razionalità, congruità, proporzionalità, e altri. Sono criteri, elaborati storicamente soprattutto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, la cui violazione da parte delle Amministrazioni, comporta l'illegittimità dei relativi provvedimenti, per il terzo dei vizi già indicati nella legge del 1889: l'eccesso di potere. È nella successiva esposizione di questo vizio, che tali criteri saranno descritti più analiticamente; ma fin da ora si deve porre in risalto questo loro tratto essenziale: essi, pur non essendo formulati in precise disposizioni, ciò non di meno hanno una intrinseca natura giuridica, di norma giuridica. È per questo loro profilo, quindi, che la loro inosservanza si traduce in un vizio dei provvedimenti che li violino, il quale è addirittura di legittimità (per una migliore comprensione di questo rilievo, si deve rinviare alle trattazioni in successive parti di questo *Manuale*, dei vizi di legittimità e di quelli merito, della distinzione tra gli uni e gli altri).

Talvolta, però, il rispetto delle norme che regolano l'esercizio dei poteri dell'Amministrazione, comporta l'elisione totale della sua discrezionalità nell'adozione dei provvedimenti che ne sono espressione.

La prima ipotesi nella quale ciò si può verificare, è quella in cui sono le risultanze del procedimento che escludano ulteriori margini di scelta; si pensi al caso, che sarà spiegato meglio in seguito, in altra più pertinente parte, in cui le norme sul procedimento prevedano anche l'audizione di un parere c.d. vincolante: è evidente che quando il procedimento stesso abbia superato questa fase, l'Amministrazione emanante il provvedimento finale, null'altro può fare che formularlo con un contenuto corrispondente.

Questa prima ipotesi, in fondo, non contraddice radicalmente la logica del procedimento come modo di orientare la discrezionalità amministrativa: qui, si deve registrare solo una accentuazione di questa influenza, arri-

vando essa fino ad un vero e proprio condizionamento. Ma accanto a questa, si deve ricordare un'altra ipotesi: quella nella quale sono già le disposizioni sull'esercizio dei poteri dell'Amministrazione, che vincolano rigidamente il contenuto dei provvedimenti che ne sono espressione, positivo o negativo che sia, alla sussistenza o alla insussistenza di determinati presupposti oggettivi o requisiti soggettivi. Qui la discrezionalità delle sue scelte è esclusa *a priori*, per una diversa logica, che contraddice radicalmente la precedente: qui, infatti, le risultanze procedimentali, nei limiti nei quali siano ancora necessarie, sono di mero accertamento dell'esistenza o dell'assenza di quei presupposti e di quei requisiti, e non di elementi che le amministrazioni emananti i provvedimenti potranno valutare discrezionalmente nella loro adozione.

Come per le norme che attribuiscono, e, quindi, delimitano i poteri delle Amministrazioni, anche per quelle che solo ne regolano l'esercizio deve essere accennato un collegamento col sistema delle fonti. Per le prime, si era rilevato un nesso con il livello della legislazione primaria. Per queste altre, il discorso deve essere diverso. Anch'esse possono essere formulate dal medesimo legislatore: che, quindi, così va oltre il suo ruolo essenziale di definizione delle soggettività e le capacità dei suoi soggetti, e di determinazione diretta o indiretta (ossia attraverso l'attribuzione di loro capacità negoziali e procedimentali), degli assetti dei loro rapporti. Il fenomeno era particolarmente rilevante fino ai primi anni '90: quando ha cominciato a svilupparsi la c.d. "delegificazione" (v., *infra*); e ad emergere, corrispondentemente, la correlazione tra la predeterminazione in termini generali ed *ex ante*, delle disposizioni finalizzate all'esercizio ottimale dei poteri dell'Amministrazione – in particolare sull'organizzazione e sui procedimenti –, e la fonte regolamentare, che appartiene ugualmente alla sua autonomia. Oltretutto, per tale predeterminazione, i regolamenti (e gli statuti) degli enti pubblici, costituiscono il livello normativo perfettamente adeguato; mentre la legislazione primaria, che deve svolgere il ruolo essenziale che si è accennato, appare nettamente sovradimensionata.

Questi fattori fanno intravedere che, se tali norme funzionali di disciplina dell'esercizio dei poteri dell'Amministrazione venissero inquadrare nella prospettiva della teoria istituzionale, e della pluralità degli ordinamenti giuridici, esse verrebbero a costituire un ordinamento particolare delle Amministrazioni medesime, distinto, anche se derivato da quello generale: perché regolano il comportamento solo di esse, e non di altri soggetti di quest'ultimo; perché sono largamente espressione di loro autonomie normative; e perché, anche quando sono poste dal legislatore, questo pare operare come il massimo organo di indirizzo dell'Amministrazione come istituzione, e non come il regolatore dei suoi rapporti con quegli altri soggetti.

D'altra parte, alla duplicazione prima delineata, dei piani di valutazione

della giuridicità degli atti e dei comportamenti delle Amministrazioni (e, quindi, se si volesse, alla distinzione di un loro ordinamento particolare e derivato rispetto a quello generale e derivante), corrispondeva pure una duplicazione delle giurisdizioni davanti alle quali esse anche attualmente possono essere parti; almeno alle origini del nostro sistema di giustizia amministrativa, quello costruito dalle due leggi del 1865 e del 1889. Rispettivamente, il giudice civile, il giudice di tutti, per la tutela dei diritti soggettivi dei privati; e, in genere, per i limiti dell'autonomia delle Amministrazioni, che sono in un certo senso analoghi a quelli dei soggetti di diritto privato, anche se relativi pure ai poteri pubblicistici di esse, e ai provvedimenti che ne sono espressione. E il giudice amministrativo, il giudice degli interessi legittimi, il giudice che per le Amministrazioni è loro particolare, per i vincoli funzionali intrinseci alla loro autonomia, che sono per loro specifici. Ma, come si è anticipato, gradatamente, e più incisivamente con la legislazione del 1998 e del 2000, malgrado Corte cost. n. 204/04, questo giudice ha assorbito molto della tutela anche dei diritti soggettivi, una volta riservata alla giurisdizione civile.