

CAPITOLO 1

FONTI. LINEE GENERALI

SOMMARIO: 1. Le linee generali - 2. La funzione legislativa: considerazioni generali - 3. Le regioni e gli altri enti territoriali - 4. La disciplina costituzionale della funzione giurisdizionale, specie nei confronti dell'Amministrazione; la riserva di giurisdizione - 5. Il ruolo della legislazione nella costruzione dell'ordinamento generale, e l'Amministrazione; la problematicità della nozione di riserva di amministrazione.

1. Le linee generali

Un riferimento al nostro sistema delle fonti del diritto amministrativo non può mancare neppure nel più sintetico dei manuali di questa materia, anche se non può non estendersi all'intero nostro sistema costituzionale. Qui, naturalmente, sarà ridotto al minimo: non terrà conto di istituti particolari che meno interessano l'Amministrazione (per esempio: i *referendum* degli artt. 75 e 138 Cost.; per una analoga impostazione, cfr. la recentissima monografia di F. Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 2004, cui si rinvia per utili approfondimenti); e, quanto alle linee generali del nostro ordinamento, sarà limitato a semplici richiami dei suoi più elevati livelli; verranno descritti con maggiori dettagli solo quei profili che rilevano di più per l'oggetto di questo *Manuale*. È ovvio, quindi, che quanto qui esposto in alcun caso può sostituire la rilettura – che si auspica, perché la si ritiene necessaria comunque, per la migliore comprensione del diritto amministrativo –, di un manuale di diritto costituzionale: sicuramente più completo, più approfondito e più equilibrato nelle sue varie parti, rispetto ai cenni che qui, soli, è possibile sviluppare.

La nostra Costituzione, come si sa, è entrata in vigore il 1° gennaio 1948, e il suo impianto fondamentale è rimasto sostanzialmente immutato, malgrado le numerose modifiche parziali che ha subito, di cui la più importante, e di diretto interesse per il diritto amministrativo, è la riforma

dell'intero titolo V, dedicato alle autonomie territoriali (l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3). Ciò non toglie che certe sue parti non sono state applicate, e che altre sono state superate nei fatti; e, d'altronde, attualmente vi è un forte dibattito su profonde modificazioni della Parte II, dedicata all'*Ordinamento della Repubblica*.

Essa è stata concepita con una forte valenza garantistica dei suoi principi, dei diritti che assicura, e, in genere, delle sue disposizioni, anzitutto nei confronti del legislatore ordinario. Valenza garantistica che si concreta nella immodificabilità di certe sue parti da tale legislatore: la forma repubblicana, secondo il suo art. 139, ma anche, si ritiene, le norme di principio e i diritti fondamentali oggetto, in particolare, nei suoi primi dodici articoli. E che, soprattutto, si traduce, per la modifica di quello che è modificabile, nella previsione di un particolare procedimento rafforzato rispetto a quello legislativo ordinario; ciò che la rende «rigida», come suole dirsi. Da questo aggravamento del procedimento di revisione costituzionale, consegue uno sviluppo dei vizi delle leggi non conformi a Costituzione, adottate viceversa col procedimento ordinario, assai più ampio di quanto fosse profilabile nella vigenza del precedente Statuto Albertino: questo, per contro, anche se inesattamente, era considerato «flessibile», perché quanto meno derogabile da leggi ordinarie. E questa potenziale moltiplicazione di leggi ordinarie così viziate, ha creato l'esigenza dell'istituzione di una Corte costituzionale, la cui principale funzione (anche se non la sola), è, appunto, di dichiarare la incostituzionalità di esse.

Le norme costituzionali che riguardano più specificamente il diritto amministrativo, oltre al già citato art. 97, e ad altre disposizioni che riguardano direttamente l'Amministrazione, peraltro piuttosto scarse e disorganiche, sono quelle sui diritti individuali, sulla funzione giurisdizionale specie nei confronti delle Amministrazioni medesime, e sulle regioni e autonomie territoriali più in particolare. Tuttavia, come si è anticipato, non si può non abbozzare qualche accenno alle linee generali del sistema che la Costituzione definisce, e agli istituti nei quali si concreta.

Anzitutto, il Parlamento, la più immediata espressione del principio democratico enunciato dall'art. 1° Cost., eletto a suffragio universale e diretto, e articolato in due Camere, attualmente sostanzialmente paritarie quanto al modo di composizione e alle loro funzioni principali: il controllo politico sul Governo, che deve avere la fiducia parlamentare, e la legislazione. Su questi aspetti, tuttavia, non solo è stato ed è assai vivace il dibattito, ma è anche iniziato il complesso procedimento di revisione costituzionale. In particolare, dovrebbero essere oggetto di modificazione la composizione del Senato, anche per dare alle regioni una qualche diretta rappresentanza pure nel Parlamento nazionale; e le funzioni di entrambe, non più analoghe.

Secondo la sequenza degli articoli della Costituzione, si deve accennare ora, prima, al Presidente della Repubblica, e, poi, al Governo; ma con l'avvertenza che anche questi istituti dovrebbero uscire largamente modificati, sia strutturalmente che funzionalmente.

Il Presidente della Repubblica, Capo dello Stato e rappresentante della dell'unità nazionale, è attualmente eletto dal Parlamento in seduta comune, col concorso di alcuni delegati regionali. Gli spettano varie competenze, molte delle quali elencate nell'art. 87 Cost. (di cui numerose riguardanti l'Amministrazione); esse, tuttavia, in realtà sono esercitate sostanzialmente dal Governo: gli atti che ne sono espressione, infatti, devono avere la controfirma del Presidente del Consiglio o di un ministro proponente. Comunque, in tale articolo non sono enumerate le competenze presidenziali più importanti, e per le quali la controfirma può assumere altre e più deboli rilevanze: quelle che incidono sulla regolarità del processo democratico, come lo scioglimento delle Camere e l'indizione delle elezioni, la nomina del Governo e l'accettazione delle sue dimissioni, e altro; e quelle che comportano la sua partecipazione alla funzione legislativa, come la promulgazione delle leggi adottate da Parlamento, e l'emanazione dei decreti legislativi delegati e dei decreti-legge, viceversa deliberati dal Governo.

E, infine, il Governo, nominato dal Presidente della Repubblica, e la cui permanenza in carica è condizionata dall'ottenimento e dal mantenimento della fiducia di ambedue le Camere. Il Governo ha ampie funzioni costituzionali, che qui possono non essere neppure menzionate. Ma anche importanti funzioni amministrative. Tra l'altro, è composto da ministri, ciascuno dei quali, di regola, è preposto ad una delle maggiori unità organizzative dell'Amministrazione statale (i ministeri), con poteri di direzione, controllo e altro nei suoi confronti. Il Governo nel suo complesso, inoltre, svolge funzioni di vertice verso non solo tale Amministrazione, ma anche il complesso di tutte le Amministrazioni (almeno finché non siano limitate dalle loro autonomie costituzionalmente garantite, specie regionali): per esempio, ha un generale potere di direttiva, più specifici poteri di annullamento di ufficio degli atti illegittimi che pregiudichino gli interesse generali dell'ordinamento, poteri di risolvere contrasti che sorgano tra di loro, di scioglimento dei loro organi, ecc.; tutti questi profili saranno esposti più dettagliatamente in seguito, nelle pertinenti parti di questo *Manuale*.

2. La funzione legislativa: considerazioni generali

Dati l'oggetto di questo *Manuale*, e il suo carattere sintetico, si devono dare qui per presupposte quelle nozioni fondamentali sulla funzione legi-

slativa, la cui elaborazione è compito proprio, viceversa, del diritto costituzionale: dalla nozione di legge, e della possibile sua diversificazione concettuale in senso formale ed in senso sostanziale, a quelli della sua forza e del suo valore, e a tanti altri suoi aspetti. E, inoltre, deve essere ricordato di nuovo che ormai il diritto amministrativo solo in parte consiste in una normazione primaria derivante dal sistema di fonti interne delineato direttamente dalla Costituzione: perché in misura sempre più larga ha una derivazione extra-nazionale, in particolare comunitaria, come è descritto nel successivo capitolo 5 di questa Parte generale.

Quanto nel nostro sistema interno delle fonti, oggi la competenza legislativa è largamente decentrata alle regioni. La materia sarà trattata oltre che nel paragrafo seguente nei successivi capitoli 2 e 3 (dove verranno aggiunti altri rilievi generali sulla legislazione); qui si accenneranno alcuni dei profili più salienti della sola legislazione statale, e, anzitutto, si ricorderà l'incisiva formula dell'art. 70 Cost., per la quale «*La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere*», secondo procedimenti delineati dall'art. 72. Sulla perfezione della legge da loro al momento paritariamente deliberata, si sovrappone la sua successiva promulgazione da parte del Presidente della Repubblica, prevista dall'art. 73 (o l'eventuale suo rinvio: art. 74).

L'attribuzione al Parlamento della funzione legislativa statale, disposta dall'art. 70 Cost., però, non è assoluta: è accompagnata da deroghe che prevedono che anche il Governo possa adottare atti aventi pur essi forza di legge; deroghe che, per esserlo rispetto ad una generale competenza parlamentare costituzionalmente disposta, devono essere previste anch'esse al medesimo livello normativo. E, infatti, già la Costituzione le ammette o le riconosce: in particolare, all'art. 76, per la delega legislativa, e all'art. 77, per i decreti-legge.

Con tali previsioni costituzionali, viene a profilarsi una distinzione molto importante nel nostro sistema delle fonti: tra la riserva c.d. di Parlamento, che riguarda atti, generalmente non legislativi in senso materiale, sui quali esso ha una competenza esclusiva, perché solo esso li può adottare; e la riserva di legge (statale), che impone che la disciplina di una data materia, debba sì essere disposta da una norma primaria, o comunque si basi su di questa: la quale altra riserva consente che tale norma sia contenuta in un atto avente forza di legge diverso da quello parlamentare; in particolare, appunto, in un decreto legislativo delegato, o in un decreto-legge, deliberati dal Governo, e più precisamente dal Consiglio dei ministri, ed emanati dal Presidente della Repubblica.

La delegabilità al Governo della funzione legislativa statale (tranne gli atti sottoposti a riserva di Parlamento), trova il suo esplicito fondamento giuridico nella Costituzione: nel suo art. 76, peraltro formulato perfino

sintatticamente in modo da sottolinearne il carattere derogatorio della previsione, rispetto all'attribuzione al Parlamento di tale funzione. Il decreto legislativo delegato che ne deriva, comunque, si basa su una precedente legge parlamentare: la legge di delegazione, appunto, che, per di più, deve avere un contenuto minimo costituzionalmente imposto. Deve disciplinare tale decreto, cioè, sotto i profili costituzionalmente indicati: deve delimitarne l'oggetto, e il termine entro il quale può essere emanato, nonché stabilire i principi e i criteri direttivi cui si deve conformare.

Per contro, la possibilità che ha il Governo di emanare decreti-legge, non è nel testo costituzionale che trova un simile suo fondamento giuridico. Anzi, questo pare addirittura escluderla: l'art. 77 che regola la materia, si apre con un primo comma che dispone che *«Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria»*. E prosegue con un secondo e con un terzo comma, che prevedono solo cosa deve accadere, quando il Governo (quindi sembrerebbe ciò nonostante), *«...in casi straordinari di necessità e di urgenza...adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge...»*. Si sottolinea: si limita solo a prevedere che cosa deve accadere in tale ipotesi. Ossia, in sintesi: la necessità della presentazione immediata di tali provvedimenti alle Camere, e della conseguente sollecita loro riunione; e la perdita *ex tunc* della efficacia di quei provvedimenti medesimi, se esse non li convertano in legge entro il termine perentorio di sessanta giorni. In conclusione, l'art. 77 si limita a imporre la riconduzione sotto il controllo del Parlamento, e quindi la trasformazione in legge, di atti governativi aventi ciò nonostante pari forza, che, però, non trovano la loro base in sue precedenti delegazioni. Sembra, quindi, che il potere del Governo di decretazione di urgenza debba trovare fondamento costituzionale non in specifiche disposizioni relative alle fonti del diritto, ma nel ruolo istituzionale che comunque la Costituzione assegna sistematicamente al Governo stesso: quello di agire anche in concreto, e non solo di normare, per la tutela e il soddisfacimento degli interessi e dei bisogni essenziali dello Stato e della società così organizzata, e il suo dovere di assolverlo, eventualmente, anche superando la legislazione ordinaria.

Il funzionamento del sistema delle fonti, rispetto alle originarie previsioni costituzionali, si è fortemente trasformato, soprattutto dai primi anni '90 a oggi. E ciò, secondo due direttrici principali, a loro volta ciascuna scomponibile su due piani, per linee evolutive tutte rilevanti dal punto di vista del diritto amministrativo.

La prima direttrice si è manifestata relativamente alla distribuzione della produzione normativa all'interno delle competenze spettanti (ed ora si dovrebbe dire rimaste), allo Stato: nel senso di uno spostamento del baricentro di essa, dal Parlamento al Governo, con una conseguente note-

vole alterazione del disegno del rapporto tra tali due organi, che la Costituzione aveva delineato. Al riguardo, si deve distinguere secondo che questo spostamento abbia riguardato la produzione legislativa, oppure quella regolamentare e secondaria in genere.

Per quel che concerne la normazione primaria, in un primo tempo, di fronte alla debolezza del Parlamento, e la sua difficoltà di esprimere maggioranze, particolarmente accentuate nei primi anni '90, il Governo ha cominciato ad utilizzare sempre più largamente lo strumento dei decreti-legge; e in conseguenza delle relative incapacità parlamentari anche a deliberarne o la conversione in legge o lo stesso rifiuto di questa, il Governo è ricorso sempre più spesso alla loro reiterazione, dopo la scadenza del relativo termine. La Corte costituzionale, tuttavia, con la sentenza 24 ottobre 1996, n. 360, ha dichiarato la sua incostituzionalità. Quindi, il Governo è passato alla moltiplicazione delle delegazioni legislative, influenzando sul Parlamento attraverso la maggioranza che di volta in volta lo sosteneva, ormai più strutturata e compatta. Sulla medesima base politica, inoltre, ne ha anche ampliata la loro portata, spesso pure assottigliando i principi e i criteri direttivi che, per l'art. 76 Cost., il legislatore parlamentare dovrebbe imporre a quello delegato (un buon esempio di questa evoluzione è offerto dalla l. 15 marzo 1997, n. 59, che, incidendo su vari aspetti dell'organizzazione pubblica, in particolare attuando un ampio decentramento anche legislativo a favore delle regioni, nonché disponendo varie innovazioni sul modo di esercizio delle loro competenze, sarà richiamata più volte in pertinenti parti di questo *Manuale*).

Per quel che riguarda, inoltre, la normazione secondaria (sempre di competenza statale), lo spostamento del baricentro della produzione normativa dal Parlamento al Governo, si è realizzato con un ampio suo sviluppo; il che ha comportato la tendenza a disciplinare con molta larghezza solo a questo livello, e non più a quello primario, mediante regolamenti governativi e ministeriali, molti aspetti delle attività delle pubbliche amministrazioni, in primo luogo statali, ma non solo. Soprattutto, la loro organizzazione, e i procedimenti attraverso i quali esse esplicano i poteri che l'ordinamento generale ha attribuito loro: ossia, le modalità di esercizio di quei poteri medesimi. In tal modo, è emersa maggiormente la specificità della normazione al riguardo: la profonda diversità della sua natura, rispetto a quella, necessariamente primaria, di attribuzione e di delimitazione dei poteri suddetti. La normazione al riguardo, così, è stata collocata a quel livello formalmente secondario, che è coerente con la natura sostanzialmente secondaria dell'oggetto normato: altro è addirittura attribuire e delimitare poteri, altro è disciplinarne solo l'esercizio. Di più: il *proprium* di una simile normazione secondaria sta non solo nella sua subordinazione a quella primaria, ma anche, e soprattutto, nella sua provenienza dalle Am-

ministrazioni medesime e non dal legislatore; quindi, averle devoluto la disciplina dei suddetti aspetti organizzativi e procedimentali, implica pure avere resa questa funzionale agli interessi di tali amministrazioni: così, elidendone anche formalmente la correlazione con la determinazione degli assetti dei rapporti tra i soggetti dell'ordinamento generale, che è riservata alla normazione primaria. Con la conclusione che quella normazione secondaria, e la disciplina in genere dell'esercizio dei poteri delle Amministrazioni, è diventata ormai espressione della loro autonomia: più precisamente, e largamente, dell'autonomia di ciascuna di esse, in quanto loro titolare.

Occorre aggiungere un altro riferimento a questo sviluppo della normazione secondaria statale il cui ampliamento si è basato soprattutto sulla nuova formulazione dei poteri regolamentari governativi e ministeriali dettata dall'art. 17 della l. 400/88. Tale normazione secondaria è venuta a incidere su materie che avevano già una propria disciplina: naturalmente, viceversa, di livello primario. Quindi, tale sviluppo ha comportato una larga sostituzione dell'una all'altra: una «*delegificazione*». Per favorire la quale, è stata introdotta nel nostro ordinamento la figura dei «*regolamenti delegificanti*». In questi, la norma necessariamente primaria attributiva del relativo potere regolamentare, dispone anche l'abrogazione delle disposizioni legislative cui le conseguenti disposizioni secondarie si sostituiranno, peraltro rinviandola e condizionandola alla loro effettiva entrata in vigore.

Anche questo istituto sarà più ampiamente illustrato nei capitoli seguenti. Però qui si anticipa che questo sviluppo della normazione statale secondaria, accompagnato da larghe delegificazioni della disciplina soprattutto dell'esercizio dei poteri delle amministrazioni, ha mirato anche ad un altro scopo: è stato accentuato in funzione pure di una semplificazione di tale disciplina, in particolare per quel che riguarda i procedimenti attraverso i quali si formano i provvedimenti che di quei poteri sono espressione. Questo fine era presente già nella disposizione che, dopo la configurazione del modello dei regolamenti delegificanti delineata nel comma 2° del già citato art. 17 della l. 400/88, ha costituito il fondamento legislativo del primo, assai consistente gruppo di essi: l'art. 2 della l. 537/93; e ha portato ad una cadenza addirittura annuale di leggi di semplificazione (l. 8 marzo 1999, n. 50; l. 24 novembre 2000, n. 340; fino alla recente l. 29 luglio 2003, n. 229).

La seconda direttrice di profonda alterazione del sistema delle fonti interne delineato dalla Costituzione del 1948, si è concretata in un grande sviluppo della normazione non statale, correlata all'ampliamento delle autonomie territoriali. E, anche qui, occorre distinguere quel che attiene alla legislazione, e quel che concerne, viceversa, la normazione secondaria.

La prima è stata largamente decentrata alle regioni. La Costituzione, nell'originario testo dell'art. 117, aveva previsto la competenza legislativa regionale, in varie materie, definite con una elencazione. Così che essa veniva a configurarsi come una deroga alla competenza legislativa statale delineata come generale, alla quale, per di più, era riservata la normazione di principio pure nelle materie suddette. Questa impostazione del riparto delle competenze legislative statali e regionali, ormai adottata, come si è detto, già a livello costituzionale era stata capovolta in un primo tempo con disposizioni statali di legislazione soltanto ordinaria (in particolare, con la già citata legge n. 59/97, e col d.lgs. 112/98), e, quindi, con forti dubbi sulla loro costituzionalità. E, poi, e ancora più radicalmente, con la riforma dell'intero Titolo V della Costituzione dedicato a «*Le Regioni, le Province e i Comuni*», che è stata attuata con la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3: questa ha riservato solo materie elencate alla legislazioni statale esclusiva, e solo altre a quella concorrente (ossia limitata ai principi fondamentali), prevedendo per il resto unicamente la legislazione regionale; è attualmente assai dibattuta, peraltro, la sua ulteriore riforma, che dovrebbe essere attuata col procedimento di revisione costituzionale che si è detto già iniziato. Nei successivi capitoli 2 e 3 (oltre che nel paragrafo seguente), saranno meglio illustrati i numerosi e delicati problemi che pone la ricostruzione del testo costituzionale comunque adesso vigente, sui quali solo ora, del resto, comincia a svilupparsi la giurisprudenza della Corte costituzionale.

Per quel che riguarda il decentramento della normazione secondaria, vari rilievi in proposito sono stati già accennati a proposito del suo sviluppo, quando sia di competenza tuttora statale; soprattutto, per quel che riguarda i suoi caratteri generali, e il significato della sua sostituzione a quella primaria. Qui si osserverà solo che il decentramento della funzione regolamentare alle regioni, è stato perfino più ampio di quello della funzione legislativa: l'art. 117 Cost., comma 6°, nel testo attualmente vigente, attribuisce loro una generale competenza in proposito, riservandola allo Stato solo per le materie di sua legislazione esclusiva.

Peraltro, la medesima legge di riforma costituzionale ha garantito ampi spazi all'autonomia normativa, ovviamente solo secondaria, anche degli enti territoriali minori. In particolare, l'art. 114, comma 2°, prevede che i comuni, le province e le città metropolitane (oltre che le regioni), abbiano una potestà statutaria; e il successivo art. 117, comma 6°, dispone che tali enti territoriali abbiano «...*potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite*». È anche in coerenza con la formulazione di questo comma costituzionale, che devono essere intesi vari rilievi prima accennati: quello relativo alla necessità che l'attribuzione dei poteri alle Amministrazioni e, quindi, la delimitazione di essi, avvenga mediante norma primaria; ma anche quello

concernente la possibilità che la disciplina del loro esercizio, a cominciare, appunto, dei profili organizzativi e procedimentali, viceversa, sia adottata con norme secondarie, che, per di più, sono espressione dell'autonomia di quelle Amministrazioni medesime.

3. Le regioni e gli altri enti territoriali

Questi enti, la loro organizzazione e la loro attività, saranno descritti più analiticamente nelle successive, pertinenti parti di questo *Manuale*. Qui si accennerà solo alla loro collocazione nel quadro costituzionale, nel quale hanno grande rilievo; lo avevano già secondo la formulazione originaria del Titolo V della Costituzione, dedicato a *Le regioni, le province e i comuni*, e ne hanno acquistato un altro ben maggiore, dopo la riforma di esso, disposta dalla già citata l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3; la quale, peraltro, come si è già accennato, pare destinata in breve ad ulteriore, profonda revisione.

Tale Titolo V si apre con l'art. 114, il cui testo originario, composto da un solo comma, disponeva lapidariamente che «*La Repubblica si riparte in regioni, province e comuni*». Per contro, il testo vigente del medesimo articolo è composto da tre commi, di cui il primo suona: «*La Repubblica è costituita dai comuni, dalle province, dalle città metropolitane, dalle regioni e dallo Stato*».

La prima, e relativamente marginale differenza tra i due testi, è costituita dall'arricchimento degli enti elencati mediante l'inserzione delle città metropolitane: già previste a livello di legislazione ordinaria, dalla l. 8 giugno 1990, n. 142, *Ordinamento delle autonomie locali*, artt. 17 ss. (poi trasfusi negli artt. 22 ss. del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. *t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*), mai effettivamente istituite, ed ora addirittura costituzionalizzate. Per completare il più ricco quadro di tali enti, si deve tenere conto anche del comma 3° del medesimo art. 114, il quale dispone che «*Roma è la capitale della Repubblica. La legge dello Stato disciplina il suo ordinamento*».

La più incisiva differenza tra i due testi è costituita dall'inversione dell'ordine nel quale tali enti sono enumerati.

Secondo il primo, è decrescente: lo Stato non è neppure nominato, ed è quindi presupposto, con l'ovvia conseguenza che veniva tacitamente configurato come l'ordinamento originario (quindi, sovrano), dal quale derivano gli enti territoriali elencati; i quali, perciò, venivano ad atteggiarsi come (solo) autonomi: secondo la definizione di autonomia, per la quale il termine contrassegna capacità e poteri etero-attribuiti da un ordinamento maggiore ad un ente minore, e non auto-attribuiti sovranamente da questo a se stesso.

Secondo il testo vigente, il medesimo ordine è crescente, a partire dagli enti più piccoli, considerati la base di quelli via via maggiori, fino allo Stato, stavolta esplicitamente nominato: quasi che tali enti maggiori, e, in particolare, quest'ultimo, possano essere considerati, antistoricamente e utopisticamente, come costituiti mediante progressive aggregazioni. Ma che la realtà del nostro ordinamento fosse meglio colta dalla vecchia formula, da ritenersi perciò tuttora attuale, è rivelato senza equivoci dal comma 2° del medesimo ora vigente art. 114: «*I comuni, le province, le città metropolitane e le regioni, sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione*». La norma chiarisce che questi enti, e solo questi enti sono (solo) autonomi, per una autonomia che è loro derivata, e derivata da una entità definita come Costituzione. Dello Stato, qui, non vi è più menzione: quasi a sottolineare che è ben di più di autonomo e derivato; che è sovrano e, semmai, derivante.

Il che, tuttavia, non è accettabile: anche lo Stato, inteso come soggetto di diritto, come titolare di funzioni a cominciare da quella stessa legislativa, ha solo quelle che gli deriva la Costituzione (e l'ordinamento generale). Che esso non venga esplicitamente annoverato tra gli enti cui si riferisce questo secondo comma, può significare solo una cosa: il riconoscimento che la Costituzione (e l'ordinamento generale), che pure lo riconosce come soggetto, e gli attribuisce, delimitandoli, i poteri, non è definibile altro che col riferimento soggettivo allo Stato medesimo: a quello che si è storicamente formato in Italia nella seconda metà del diciannovesimo secolo.

Gli enti pubblici enumerati dall'art. 114, presentano una caratteristica comune: appartengono tutti alla categoria degli enti pubblici c.d. territoriali, intesi come quegli enti per i quali il territorio svolge il ruolo non solo di limite appunto territoriale delle loro competenze, ma addirittura di elemento costitutivo. Questa notazione può essere compresa solo attraverso un rilievo intermedio: essi presentano un preminente carattere associativo. Giacché solo questo loro carattere può spiegare perché sia peculiare la rilevanza che per essi acquista il territorio: è il loro territorio, infatti, il fattore essenziale che, solo, può selezionare e individuare chi siano gli associati; ossia: fanno parte dell'ente territoriale medesimo quei soggetti che col suo territorio hanno un identico e particolare collegamento, normalmente definito come residenza.

Da questo carattere degli enti pubblici territoriali, deriva tutta una serie di precise conseguenze.

Anzitutto: sarebbe incongruo che l'ordinamento generale riducesse le loro funzioni a singoli fini specifici. Giacché gli enti pubblici territoriali, comprendendo i residenti in un medesimo territorio, e unicamente in quanto e perché residenti in un medesimo territorio, associano persone tra di loro legate non solo da singoli scopi particolari, anche se identici: ma

addirittura da quell'intera comunanza di interessi che deriva dalla loro comune residenza. Ed è naturale, perciò, che tali enti estendano il loro ruolo, fin dove è richiesto da questo insieme dei bisogni dei loro associati: bisogni che, per un verso, sono oggettivamente disparati, potendo spaziare, per esempio, dalla viabilità e all'ambiente locale, alla assistenza sanitaria e alla istruzione di base, e a molto altro ancora; ma che, per un altro, soggettivamente sono pur sempre tutti riconducibili e gli associati stessi, in quanto persone con una simile pluralità di bisogni. Va da sé, inoltre, che, per queste ragioni, in un ordinamento che pone come uno dei suoi principi fondamentali quello democratico (art. 1 Cost.), il modo più coerente per la composizione degli organi degli enti territoriali è costituito dalla loro elezione da parte degli associati; sta di fatto, comunque, che, per disposizioni largamente di legislazione ordinaria, peraltro probabilmente in ampia misura costituzionalmente vincolate, fin dall'entrata in vigore della Costituzione è così che sono selezionati i consigli non solo delle regioni (per le quali v. l'art. 122 Cost., vecchio e nuovo testo), ma anche quelli dei comuni e delle province.

Più recentemente, si è sviluppata la tendenza verso l'elezione diretta anche dei loro organi di vertice: del Presidente della Regione (art. 2, l. cost. 22 novembre 1999, n. 1, che ha riscritto l'art. 122 Cost., con formula non toccata dalla l. cost. n. 3/01, prevedendo questo modo di elezione al comma 5°), del Presidente della Provincia e del Sindaco (l. 25 marzo 1993, n. 81, artt. 5, 6 e 8, trasfusi negli artt. 72, 73 e 74 del t.u. approvato col d.lgs. 267/00).

D'altra parte, la rilevata connessione tra le funzioni degli enti territoriali e i bisogni comuni ai loro associati, porta a questa conseguenza: tali funzioni non possono non variare, in correlazione della diversità delle dimensioni degli enti stessi. È del tutto intuitivo, per esempio, che le esigenze di un efficace assetto della viabilità locale, siano comuni solo ai residenti nella circoscrizione, o, al massimo in quelle finitime. Mentre quelle ad una ottimale pianificazione urbanistica in ambiti più ampi, sono condivise dai componenti di comunità correlativamente più vaste; quindi, la loro cura deve essere devoluta ad enti territoriali corrispondenti: comune, provincia, regione. Senza contare che la determinazione dei grandi assi di comunicazione stradale e ferroviaria, è di interesse condiviso da tutti i cittadini della Repubblica, e, quindi, richiede (o richiederebbe), una competenza statale (in realtà, ormai, vi sono interventi anche a livello continentale, addirittura comunitari). Va ancora considerato qui un profilo di grande rilevanza prima già accennato: in un sistema di enti territoriali i cui organi siano selezionati elettivamente, ciascuno di essi è legittimato democraticamente a curare solo gli interessi che sono propri della sola comunità di cui è esponente, e da cui è specificamente eletto, e non anche quelli che

sono condivisi dai componenti di comunità più ampie, e la cui cura è devoluta a corrispondenti enti gestiti da organi parimenti democraticamente eletti a questo maggiore livello.

Nel nostro ordinamento, il criterio prevalente di determinazione delle competenze degli enti territoriali, almeno apparentemente consiste nella enumerazione delle materie. L'art. 117 Cost., infatti, come si è già accennato, nel testo originario elencava quelle di competenza legislativa concorrente delle regioni; e, nel testo vigente, enumera quelle di competenza esclusiva e concorrente dello Stato; e da qui, secondo varie correlazioni che saranno chiarire in seguito, in varie parti di questo *Manuale*, venivano e vengono a delinarsi anche le competenze amministrative delle regioni stesse, nonché quelle degli enti territoriali minori. Ma questo criterio è appropriato solo per le materie nelle quali gli interessi coinvolti siano condivisi da comunità di un solo livello, e, quindi, possono essere affidati senza residui al correlato ente; così, per esempio, le materie enumerate dall'art. 117, comma 2° (testo vigente), dalla politica estera alla difesa, dalla moneta alla giurisdizione, implicano il soddisfacimento di bisogni che sono condivisi dall'intera comunità nazionale, e che, quindi, non possono non essere affidate allo Stato. Viceversa, il medesimo criterio è meno appropriato per materie nelle quali coesistono più livelli di interesse: gli esempi prima accennati, relativi al governo del territorio (oggi di competenza legislativa ripartita tra Stato e regioni), paiono sufficientemente significativi. Allora, il buon funzionamento del sistema è condizionato da clausole che lo rendano flessibile: che permettano il contemperamento del criterio della enumerazione delle materie con quello del livello di interesse. Che consentano, cioè, di attribuire ad enti territoriali minori di operare in determinate e correlate fasce di materie di per sé di competenza di enti territoriali maggiori, o dello Stato, ma anche che ammettano a questo e a tali enti territoriali maggiori di intervenire in materia di per sé di competenza dei minori. Soprattutto nel rapporto Stato-regioni, ciò è attualmente problematico, perché il testo costituzionale al momento vigente, non precisa al riguardo adeguati riferimenti espliciti; ma è la Corte costituzionale che tenta di supplirvi, con un apprezzabile indirizzo giurisprudenziale coordinante e unificante, inaugurato soprattutto dalla sentenza n. 303/03.

Il problema era già percepito quando vigeva il testo originario del titolo V della Costituzione. Ed era risolto, appunto, col ricorso al criterio del livello di interesse: per il riparto delle competenze legislative, e conseguentemente di quelle amministrative, tra Stato e regione; e per la determinazione delle competenze, ovviamente solo amministrative, dei comuni e delle province, in relazione ai soli interessi locali (vecchio art. 118, comma 1°).

Va ricordato, infatti, che, nella formulazione originaria dell'art. 117 Cost., la determinazione delle competenze legislative regionali mediante elencazione di materie, in vari casi era temperato dalla ulteriore loro specificazione mediante la locuzione «*di interesse regionale*» (per esempio: «*lavori pubblici di interesse regionale*»). E che, sulla base di questo dato, ma anche di altri, la Corte costituzionale, con una giurisprudenza assai consolidata, aveva affermato allora che tale interesse dovesse essere inteso come un limite generale, anche se implicito, ad ogni competenza legislativa o amministrativa delle regioni. Con questo principio, la Corte legittimava nelle stesse materie di competenza regionale, interventi statali giustificati dall'interesse nazionale: sia legislativi che amministrativi, se non altro, appunto, in funzione di indirizzo e coordinamento, per esigenze unitarie oggi non più altrettanto generalmente condivise.

Attualmente, la soluzione di questi problemi è cercata mediante l'applicazione del c.d. principio di sussidiarietà.

Una delle sue prime formulazioni in testi normativi moderni, la si trova nell'art. 4, comma 3°, della «*Carta europea dell'autonomia locale*» (la relativa convenzione, firmata a Strasburgo il 15 ottobre del 1985, è stata ratificata con la l. 30 dicembre 1989, n. 439): «*L'esercizio delle responsabilità pubbliche deve, in linea di massima, incombere di preferenza sulle autorità più vicine ai cittadini. L'assegnazione di una responsabilità ad un'altra autorità deve tenere conto dell'ampiezza e della natura del compito e delle esigenze di efficacia e di autonomia*».

La disposizione più nota che recepisce questo principio, è formulata nel *Trattato che istituisce la Comunità [Economica] Europea* (testo vigente), che la applica per definirne le competenze nei confronti degli Stati nazionali: l'art. 5 (ex 3B), comma 2°, le consente di intervenire in settori non di sua competenza esclusiva «*...soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri, e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario*».

Questa disposizione intende il principio stesso in senso verticale: come criterio di riparto di competenze tra autorità, o enti, o ordinamenti, *lato sensu* maggiori e minori (tra poche righe si accennerà anche al possibile suo significato su un piano c.d. orizzontale). E lo intende in un senso per così dire ascendente: come fattore legittimante un intervento dei primi in materie di competenza dei secondi, sia pure entro i limiti e sui presupposti ivi precisati.

Nel testo vigente del Titolo V della nostra Costituzione, non c'è un richiamo esplicito al principio suddetto, per quel che riguarda il riparto di competenze legislative tra Stato e regioni. Il che può apparire una asimmetria, dal momento che esso, da un lato, nell'ordinamento comunitario regola il riparto di funzioni tra la Comunità Europea e Stati membri,

e, dall'altro, nel nostro ordinamento, domina il riparto di competenze amministrative tra tutti gli enti elencati nel (nuovo) art. 114, comma 1°. Comunque, scomparso dal testo costituzionale vigente ogni riferimento all'interesse nazionale come fattore di coordinamento e limite delle scelte autonomistiche, solo la futura esperienza sulla applicazione delle nuove norme potrà mostrare se e in quale misura queste saranno in grado di tutelare le esigenze unitarie del sistema secondo l'orientamento assunto dalla Corte costituzionale, con la giurisprudenza sopra richiamata; salve, ben s'intende, le ulteriori riforme attualmente dibattute, di cui, peraltro, è difficile presagire una seria influenza nel senso di una maggiore loro protezione.

Al momento, si può osservare che, per il perseguimento del fine suddetto, possono prestarsi le formulazioni di alcune delle materie di competenza legislativa esclusiva statale, per la loro ampiezza e «trasversalità» rispetto alle competenze regionali (per esempio: tutela della concorrenza e dell'ambiente, ordinamento civile e penale, determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, ecc.). E la stessa possibilità può ravvisarsi anche per alcune materie di competenza legislativa ripartita, nelle quali alla legislazione statale è comunque riservata la determinazione dei principi fondamentali: questa potrebbe salvaguardare il rispetto del principio di sussidiarietà a favore del suo superiore ruolo (per esempio, tutela della salute, protezione civile, governo del territorio, ecc.).

D'altra parte, al medesimo fine, potrebbero essere utilizzate clausole esplicitate solo in disposizioni specifiche, se considerate espressione di principi tacitamente presupposti, e, quindi, corrispondentemente generalizzabili. Particolarmente interessanti, da questo punto di vista, appaiono le formule della «*unità giuridica*» e della «*unità economica*» (il revisore costituzionale non ha sentito il bisogno di specificare di che cosa, ma, si deve supporre, dell'ordinamento generale), indicate nell'art. 120, comma 2° (testo vigente), come esigenze che, se compromesse, il Governo deve intervenire per salvaguardarle, mediante l'esercizio del controllo sostitutivo degli organi degli enti di cui all'art. 114. Si può supporre, infatti, che queste unità siano state poste nel novellato Titolo V della Costituzione, come degli *a priori*, considerate sussistenti e da doversi mantenere: evidentemente, allora, non solo con quel rimedio in un certo senso di ultima istanza costituito dal controllo sostitutivo da parte dello Stato inteso come il fattore unificante dell'ordinamento, ma anche con ogni altra sua funzione; a cominciare da quella legislativa, la cui eventuale estensione a tali fine dovrebbe essere valutata come comunque legittimata. Queste considerazioni hanno una particolare rilevanza per il diritto amministrativo: si noterà, infatti, che il vigente testo dell'art. 117, comma 2°, Cost., se riserva alla legislativa statale esclusiva, oltre che la «*giurisdizione*» e le «*norme processuali*», anche «*l'ordinamento civile e penale*», (sostanziale), per tale diritto richiama solo la «*giustizia amministrativa*»; è solo con una interpretazione sistematica dell'intero dettato costituzionale, allora, che si può arrivare alla conclusione che deve essere mantenuta unitaria la disciplina del diritto amministrativo generale (dei soggetti di Amministrazione, del procedimento, del regime di perfezione, validità ed efficacia dei provvedimenti, del regime della respon-

sabilità delle e verso le Amministrazioni, ecc.); e che, quindi, la si deve intendere comunque devoluta alla competenza legislativa statale esclusiva: è questo, infatti, l'unico fattore che le potrebbe garantire tale sua auspicata unitarietà.

Viceversa, il vigente testo del Titolo V richiama esplicitamente il principio di sussidiarietà, per altri problemi, peraltro qui di maggiore interesse: quelli che riguardano l'attività degli enti territoriali, che anche formalmente è amministrativa. L'art. 118, comma 1°, Cost., infatti, ora recita: «*Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni, salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza*».

Questa norma costituzionale ha avuto un precedente a livello di legislazione ordinaria: l'art. 4, comma 3°, lett. a), della già citata l. n. 59/97, richiamava già in proposito «...*il principio di sussidiarietà, con l'attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai comuni, alle province e alle comunità montane, secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con l'esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime...attribuendo le funzioni pubbliche alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati*».

La norma sembrerebbe simile a quella comunitaria sopra riportata. Ma, in realtà, l'analogia è effettiva solo per un profilo: ambedue si riferiscono al principio di sussidiarietà inteso in senso verticale. Mentre è del tutto apparente per l'altro aspetto, secondo il quale dovrebbe essere applicato in senso ascendente. La disposizione comunitaria, infatti, legittima effettivamente, nei limiti che delinea, un accentramento della gestione di interessi attualmente curati in modo decentrato dagli Stati nazionali. Mentre la nostra norma costituzionale incide su un riparto di competenze amministrative tra gli enti elencati dell'art. 114, che, al contrario, attualmente il diritto positivo configura come accentrato: comunque, come più accentrato di quello che essa vorrebbe che fosse raggiunto; perciò è una norma di decentramento dell'esistente, e non di suo accentramento. Né, d'altra parte, essa può essere interpretata radicalmente come se fosse immediatamente precettiva: come se, *uno actu*, avesse azzerato al momento della sua entrata in vigore, le competenze amministrative dello Stato e degli enti territoriali di dimensioni maggiori dei comuni; cui potrebbero essere restituite solo in un secondo tempo, e solo eventualmente, ossia in base a successive valutazioni politiche circa la sussistenza delle indicate ragioni di esercizio unitario. Realisticamente, quindi, la norma medesima non potrà che avere una applicazione discendente.

Rimane da fare un breve cenno del principio di sussidiarietà, inteso in

sensu orizzontale. Tale principio, in questa prospettiva, acquista un diverso significato: come criterio di limite delle funzioni pubbliche, a salvaguardia del ruolo che si vuole attribuire ai privati, e non di riparto di competenze amministrative tra enti territoriali di differenti livelli. Del resto, una versione radicale di questo principio (ben più spinta da quella che consentirebbe le norme appresso citate), potrebbe essere vista in tesi relative all'intervento dello Stato dell'economia oggi ben più diffuse che nell'epoca nella quale la nostra Costituzione fu pensata, e nei primi decenni della sua attuazione: secondo le quali, tale intervento sarebbe legittimato solo nei casi di c.d. *«fallimento del mercato»*.

La prima formulazione nel nostro ordinamento del principio di sussidiarietà così inteso, la si trova, del resto solo a livello di legislazione ordinaria, nel già citato art. 4, comma 3°, lett. a), della l. n. 59/97: la norma, come si è detto, anzitutto distribuisce le competenze tra gli enti elencati nell'art. 114 secondo il medesimo principio, inteso in senso verticale; ma, inoltre, orienta questo riparto *«...anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità...»*.

Attualmente, l'art. 118, comma 4°, Cost., lo richiama con questo significato, disponendo che gli enti elencati nell'art. 114 *«...favoriscono l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»*. Il riferimento ai cittadini non solo singoli ma anche associati, evidentemente richiama la formula dell'art. 2 Cost., secondo la quale *«La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità...»*.

4. La disciplina costituzionale della funzione giurisdizionale, specie nei confronti dell'Amministrazione; la riserva di giurisdizione

Gli organi giurisdizionali hanno una grande rilevanza nel sistema delineato dalla Costituzione, la quale dedica loro varie disposizioni; di queste, si considereranno soprattutto quelle di maggiore importanza dal punto di vista del diritto amministrativo.

La Costituzione, anzitutto, attribuisce l'esercizio della funzione giurisdizionale a *«...magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario»* (art. 102, primo comma): al giudice ordinario, cioè; al quale, inoltre, sono riservati i provvedimenti, in materia di libertà personale, del domicilio e di stampa (artt. 13, 14 e 21).

La Costituzione, quindi, delinea una preferenza per l'esercizio della

funzione giurisdizionale da parte del giudice ordinario; e ciò, anzitutto, per le maggiori garanzie di indipendenza che gli assicura, con gli artt. 104 ss. Ma non la traduce in una vera e propria riserva, se non solo in linea di principio: perché prevede essa stessa esplicitamente altri organi aventi la medesima funzione. D'altra parte, essa vieta al legislatore l'istituzione non solo di giudici straordinari, ma anche di nuovi giudici speciali, consentendogliene solo quella di sezioni specializzate (art. 102, comma 2°): così, con i riferimenti al giudice ordinario stesso, e a questi altri giudici espressamente nominati, può chiudere il cerchio degli organi ai quali riserva la funzione giurisdizionale (a parte il dibattuto problema della sopravvivenza di preesistenti giurisdizioni speciali, che qui non può essere trattato).

La materia, dal punto di vista della *Giustizia amministrativa*, sarà ampiamente trattata nelle parti di questo *Manuale* che le sono dedicate. Qui si anticipa solo che, anzitutto, è di particolare importanza per il diritto amministrativo l'art. 103, comma 1°, Cost., che delinea il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa (i tribunali amministrativi regionali di cui al successivo art. 125 secondo comma, istituiti effettivamente con la l. 6 dicembre 1971, n. 1034), come organi diversi dai giudici ordinari, ma parimenti aventi funzioni giurisdizionali; in tal modo, ha recepito una componente essenziale del nostro sistema delle tutele giurisdizionali nei confronti dell'Amministrazione, fondata sulla legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, del 1889, e poi sviluppata da essa con ampiezza allora imprevedibile.

Tale norma devolve alla giurisdizione di questi giudici la tutela degli interessi legittimi; perciò, almeno per il suo tenore letterale, pare addirittura riservarglieli (anche se orientamenti dottrinali e legislativi più recenti la interpretano in modo meno rigoroso, ossia nel senso che essa può essere trasferita anche al giudice ordinario). Si deve tenere conto, d'altra parte, che la legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865, precedentemente, aveva attribuito a questo una misura di giurisdizione anche nei confronti dell'Amministrazione. Ma gliela aveva limitata ai soli diritti soggettivi; e neppure in seguito questo giudice aveva acquisito giurisdizione su tali interessi: almeno sino a tempi assai recente, e comunque, assai limitatamente. Da questo punto di vista, allora, si può notare che la funzione dei giudici amministrativi può apparire derogatoria rispetto alla preferenza che la Costituzione mostra a favore del giudice ordinario, solo perché, appunto, è giurisdizionale: giacché, sotto altro aspetto, non si può tenere conto che la giurisdizione amministrativa accorda una tutela la quale, storicamente, si è presentata sempre come aggiuntiva e non sostitutiva, rispetto a quella impartita dalla giurisdizione ordinaria.

Il medesimo primo comma dell'art. 103 Cost., tuttavia, consente al legislatore ordinario di attribuire ai giudici amministrativi, la tutela pure dei

diritti soggettivi verso l'amministrazione, anche se solo su materie particolari, configurando così al riguardo una loro giurisdizione esclusiva. Questa previsione, per contro, appare fortemente derogatoria. Anzitutto, rispetto al criterio storico della distinzione degli interessi legittimi dai diritti soggettivi, che nel nostro ordinamento ha tradizionalmente discriminato la giurisdizione amministrativa da quella ordinaria civile. Ma anche, e ancor più, rispetto al principio generale per il quale è questa quella istituzionale su tali diritti, in relazione al quale anche quel criterio più particolare dell'attribuzione al giudice amministrativo della tutela dei (soli) interessi legittimi, appare meramente consequenziale ed applicativo.

Per questo carattere doppiamente derogatorio dell'estensione della giurisdizione amministrativa alla tutela dei diritti soggettivi, il primo comma dell'art. 103 Cost., letteralmente consente restrittivamente al legislatore ordinario di disporla solo «...*in particolari materie indicate dalla legge...*». Però, come si è già anticipato, la legislazione ordinaria, in questi anni, ha ampliando a dismisura tale giurisdizione amministrativa esclusiva, tanto per l'estensione delle materie che vi sono sottoposte, che per i poteri decisori che ormai spettano a tale giudice, allargati fino a ricomprendere i c.d. diritti patrimoniali consequenziali, inclusi quelli di natura risarcitoria (d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, artt. 33, 34 e 35, «ratificati» dall'art. 7 della l. 21 luglio 2000, n. 205, dopo che la Corte costituzionale, con sentenza n. 292/00, ne aveva dichiarato l'illegittimità per eccesso di delega); così che la giurisdizione ordinaria sui diritti soggettivi nei confronti dell'amministrazione, in particolare di quelli avente natura risarcitoria, tende a divenire addirittura residuale. Il nostro sistema di giustizia amministrativa, all'epoca della adozione della vigente Costituzione, si presentava come di tipo dualistico: era basato su un equilibrato concorso di giurisdizioni ordinaria a tutela dei diritti soggettivi, e di giurisdizione amministrativa a tutela degli interessi legittimi; e la Costituzione medesima, soprattutto con l'art. 103 comma 2° (ma anche con l'art. 113, comma 1°, cui si accennerà in seguito), aveva recepito questo modello, così costituzionalizzandolo sostanzialmente. Ma ora tale sistema, con indubbio superamento del testo costituzionale, e malgrado gli ovvi, conseguenti dubbi sulla sua costituzionalità, sembrerebbe evolversi verso il diverso modello di tipo monistico: a sola giurisdizione amministrativa, o, comunque, con la sua netta predominanza.

Tuttavia, questa evoluzione ha ricevuto almeno una battuta di arresto dalla importantissima sentenza della Corte cost. n. 204/04, che ha dichiarato la parziale incostituzionalità degli artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80/98, nel testo sostituito dall'art. 7 della l. 205/00, con la conseguente definizione dei limiti entro i quali il legislatore ordinario può estendere la giurisdizione amministrativa esclusiva (peraltro confermando la costituzionalità della ricomprensione nella giurisdizione amministrativa – forse anche di sola legittimità – delle domande risarcitorie). L'analisi di questa pronuncia, e dei problemi applicativi che pone la sua applicazione, potrà essere condotta solo nelle ben più pertinenti parti di questo *Manuale* dedicate alla *Giustizia amministrativa*. Qui, tuttavia, non possono non essere anticipati i principi più generali ivi affermati, o comunque desumibili da essa. Anzitutto, la Corte ha sancito che l'attribuzione ai giudici amministrativi di una giurisdizione addirittura esclusiva, può avvenire solo nell'ambito della giurisdizione fondamentale che storicamente già appartiene loro, cioè quella di legittimità: ossia,

quella che ha per oggetto i poteri amministrativi autoritativi, con esclusione degli atti e soprattutto dei comportamenti dell'amministrazione che neppure indirettamente vi si ricolleghino. Viene riaffermato, così, da un lato, che è tutto valido il tradizionale riparto di giurisdizioni tra giudice amministrativo e giudice ordinario, basato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi (in quanto posizioni, quest'ultime, sottoposte a quei poteri autoritativi); e, dall'altro, che quello amministrativo è un giudice *nell'*Amministrazione, e non un giudice *sull'*Amministrazione: con l'esclusione che ne possa radicare la giurisdizione esclusiva su date materie, la mera presenza in esse di interessi pubblici, o il solo fattore per il quale l'Amministrazione medesima sia parte in giudizio.

Dal punto di vista del nostro sistema delle fonti, infine, va precisato che sia la giurisdizione ordinaria nei confronti dell'Amministrazione, che la giurisdizione amministrativa, fanno parte della materia tradizionalmente denominata: «*Giustizia amministrativa*»; e che in questa rientrano pure i ricorsi contro provvedimenti amministrativi che sono presentati all'Amministrazione stessa, e non a un giudice, e che, perciò, sono detti amministrativi e non giurisdizionali; ed è ad essa, nella sua globalità, che si riferisce l'art. 117, comma 2°, lett. I, Cost., nel testo attualmente vigente, il quale, come si era visto nel paragrafo precedente, la riserva alla legislazione statale esclusiva.

Anche la previsione dell'art. 103, secondo comma, Cost., è di particolare importanza per il diritto amministrativo (dal punto di vista del quale, viceversa, si può trascurare la considerazione dei tribunali militari di cui al successivo terzo comma). Tale disposizione si riferisce alla Corte dei conti, alla quale riserva la giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica (in estrema sintesi, e incompletamente e imprecisamente: sui giudizi di conto, e di responsabilità contabile e amministrativa, nei confronti dei contabili, amministratori e dipendenti pubblici, per i danno da essi arrecati all'amministrazione di appartenenza, con violazione delle norme sulla contabilità pubblica, e di quelle che in genere prescrivono loro obblighi e doveri di servizio); nonché nelle altre specificate dalla legge (soprattutto giudizi sulle controversie in materia di pensioni civili, militari e di guerra, a carico totale o parziale dello Stato).

La giurisdizione che l'art. 103, secondo comma, Cost. riserva alla Corte dei conti, o che consente che le sia attribuita dal legislatore, quindi, appare avere per oggetto questioni di diritto soggettivo, che altrimenti rientrerebbero in quella del giudice ordinario (o, eventualmente, in quella del giudice amministrativo, quando sia esclusiva, come lo è nel caso del contenzioso sui rapporti di impiego con l'Amministrazione, quando siano rimasti residualmente pubblici, dopo la c.d. privatizzazione nella maggior parte di essi); e, addirittura, domande di natura risarcitoria del danno, la cui appartenenza alla giurisdizione ordinaria è, o almeno era, tendenzialmente istituzionale. Essa, perciò, a differenza di quella del giudice amministrativo sugli interessi legittimi, è effettivamente e radicalmente derogatoria rispetto a quella che il precedente art. 102, primo comma, riserva in linea di principio al giudice ordinario.

Per completezza, si deve ricordare che ai due organi giurisdizionali qui citati per quel che riguarda le loro funzioni giurisdizionali, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti, la Costituzione medesima (art. 100), attribuisce anche funzioni amministrative. All'uno (primo comma), di consulenza giuridico-amministrativa, e di tutela della giustizia nell'Amministrazione (quindi, rientranti nella giustizia amministrativa, nel senso prima visto). All'altra (secondo comma), di controllo: di controllo preventivo di legittimità sugli atti di Governo, nonché in altri casi e con altri caratteri ivi specificati.

Questo sintetico panorama delle tutele costituzionalmente garantite dalla Costituzione, condotta dal punto di vista dell'organizzazione degli organi che la accordano e dei conseguenti riparti delle loro giurisdizione, sarebbe incompleta senza almeno qualche rilievo al riguardo, accennato dall'angolo visuale opposto: quello di chi si rivolge loro, chiedendo una di tali tutele. Non si può non richiamare, almeno, l'art. 113, nella sua interezza; e riportare qui, in particolare, il suo fondamentale comma 1°: «*Contro tutti gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*»; sullo sfondo della clausola generale dell'art. 24, comma 1°: «*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*».

5. Il ruolo della legislazione nella costruzione dell'ordinamento generale, e l'Amministrazione; la problematicità della nozione di riserva di amministrazione

Al termine di questo rapido *excursus* sui tratti salienti del sistema costituzionale, specie per quel che riguarda le fonti, e, in ogni caso, condotto dal punto di vista del diritto amministrativo, è opportuno accennare a qualche rilievo conclusivo, per quel che riguarda il ruolo della legislazione: in generale, e, in particolare, a quello più specifico, che ha nei confronti dell'Amministrazione.

In un sistema caratterizzato dal vincolo imposto al legislatore ordinario, di conformarsi alla Costituzione a pena di invalidità delle sue leggi, essa può essere vista, anzitutto, come un insieme di disposizioni di livello superiore che ne circoscrivono le scelte. Ma l'adozione di questa sola prospettiva per la ricostruzione del rapporto tra tali due livelli di normazione, sarebbe impostazione assai limitata e riduttiva: in realtà, la Costituzione anche assegna alla legislazione un fondamentale ruolo positivo; e sembra che questo aspetto possa risultare ancora più rilevante.

Quale questo ruolo sia, lo si può intravedere già a partire dalle molteplici riserve di legge, assolute o relative, che il testo costituzionale prevede

espressamente. Riserve assolute, che esigono che siano leggi o atti aventi forza di legge (anche se, come si è visto, non necessariamente parlamentari), a disciplinare determinate materie; tra i tanti esempi, le limitazioni della libertà personale (art. 13), o la previsione dei reati (art. 25, comma 2°). Riserve relative, che richiedono che siano almeno in base ad atti di tale livello, che vengano ulteriormente disciplinate altre materie; tra i tanti esempi, l'imposizione di prestazioni personali o patrimoniali (art. 23), o l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni (art. 97, comma 1°).

Per quel che riguarda specificamente l'amministrazione, ossia dal punto di vista che qui è di maggior interesse, si deve cominciare col notare che già le riserve di legge relative la investono di un particolare ruolo: di regola, sono sue disposizioni, statutarie e regolamentari, che completano la indispensabile disciplina primaria di base. E, d'altra parte, sono numerose le disposizioni costituzionali che sottopongono esplicitamente a riserva di legge la determinazione di vari suoi poteri: per esempio, il già richiamato art. 23, che, appunto, dispone che «*Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge*»; o l'art. 42, comma 3°, che ammette l'espropriazione di beni di proprietà privata nei soli casi previsti dalla legge; e così via. Questi esempi di precise norme costituzionali, indicano altrettanti casi nei quali si devono configurare, ma configurare in base alla legge, corrispondenti poteri dell'amministrazione: di disporre aliquote di prelievi fiscali o parafiscali, di espropriazione, ecc. Senonché, indipendentemente da tali disposizioni espresse, si deve ritenere che sia implicito nel nostro sistema costituzionale, il principio per il quale sempre l'attribuzione all'amministrazione dei suoi poteri deve avvenire per legge, o almeno in base alla legge.

Questo principio sembra tollerare un'unica eccezione: quando poteri dell'amministrazione derivino addirittura da livelli ancora superiori dell'ordinamento. Si può dubitare, per esempio, che sia davvero la legislazione sull'espropriazione a fondare in capo all'amministrazione il relativo potere; e ciò anche al di là della stessa sua già citata previsione costituzionale. È un po' difficile immaginare, infatti, che essa, nel nostro come negli altri simili regimi di diritto amministrativo, essendone priva, possa effettivamente esplicare le funzioni che risultino esserle state assegnate dal quadro costituzionale e istituzionale complessivo. Da questo punto di vista, allora, tale legislazione sembra avere una rilevanza minore: non di attribuzione del potere di esproprio, che si rivela essere radicato direttamente nel ruolo che l'intero sistema attribuisce all'Amministrazione stessa; ma solo di una sua più precisa configurazione, e di semplice disciplina del suo esercizio, peraltro con quella definizione concreta di presupposti, competenze, procedimento, e ancora altro, che appaiono indispensabili perché possa effettivamente esplicarsi.

D'altra parte, la Costituzione, in molte sue disposizioni, con maggiore accentuazione rispetto a quel che risulta dagli esempi prima accennati, richiede analogamente interventi del legislatore, pur adottando una prospettiva opposta: quella non dei pubblici poteri che incidono sulle libertà, sulle autonomie, sui diritti individuali, ma direttamente di questi ultimi. E, in molte sue disposizioni, prevede esplicitamente che tali situazioni soggettive possano essere limitate solo per legge: per esempio, negli artt. 40 e ss., riguardanti libertà, autonomie e diritti, aventi più immediato contenuto e rilevanza economica. Si noterà che le disposizioni ora richiamate tendono ad essere le stesse prima citate; e non potrebbe essere diversamente. In realtà, le limitazioni di tali situazioni soggettive, quando non derivino direttamente dalla legge, non possono che essere l'effetto di provvedimenti dell'amministrazione, espressione di poteri che è la legge stessa ad attribuire ad essa, definendone i contorni. Così che il punto di vista di quelle situazioni soggettive, costituisce solo l'altra faccia della medaglia del precedente: di quello di tali poteri. Con la conseguenza che la definizione dei limiti entro i quali esse nei sono protette dall'ordinamento, e l'attribuzione e la delimitazione di questi, formano logicamente un tutt'uno: derivano entrambi dalle disposizioni legislative che danno assetto alla necessaria correlazione tra questi due fattori.

Inoltre, si deve tenere conto che è la legge a regolare i rapporti giuridici c.d. di diritto comune, direttamente, o attraverso il riconoscimento della capacità negoziale dei loro soggetti: in particolare, *sub specie* di quel testo legislativo, così singolare per rilevanza e per tendenziale globalità degli istituti privatistici disciplinati, che è il codice civile, oltre che mediante le sempre più numerose leggi speciali. E, allora, da tutti questi dati, viene a emergere una conclusione generale: nel nostro attuale sistema costituzionale, tutte le libertà e le autonomie, tutti i poteri e i diritti, ma anche, in necessaria correlazione, tutti i doveri e gli obblighi, di tutti i soggetti dell'ordinamento generale, pubblici o privati che siano, devono essere delimitati dalla legge. Ma anche, evidentemente, attribuiti, o almeno riconosciuti dalla legge. Da questa regola, consegue questa affermazione: il nostro attuale sistema costituzionale assegna alla legislazione il ruolo positivo di attribuire, o riconoscere, e comunque delimitare, tutte le posizioni e situazioni soggettive anzidette.

È a tutte le posizioni sostanziali, nel significato più lato del termine, dei soggetti dell'ordinamento generale, che deve dare assetto la legge: è la legge che le deve disciplinare, sempre che non lo siano già state dalla Costituzione, o ad un livello ancora superiore.

Non solo, e prima ancora: questo principio va applicato anche per quel che riguarda i soggetti stessi cui esse sono riferite. È intuitivo, infatti, che per ogni ordinamento giuridico, e, in particolare, per quello del nostro

Stato che qui è definito come generale, siano soggetti solo le entità che esso istituisce, o riconosce, o presuppone come tali. Ed è ovvio che, per quel medesimo ordinamento generale, siano soggetti solo le entità che così considera, al suo livello normativo consistente nelle sue leggi; almeno: ossia, in quanto non lo siano state già dalla sua Costituzione, o dai suoi principi e fattori istituzionali ancora superiori; come succede, ovviamente, per la soggettività delle persone fisiche.

È in questo senso, che si può e si deve ben dire, che l'esercizio della funzione legislativa implica la costruzione dell'ordinamento generale: per tutto quanto questo non risulti già formato ad opera della Costituzione e dei superiori fattori istituzionali. E la definizione da parte del legislatore dei soggetti di Amministrazione, non è nient'altro che un aspetto particolare di questo ruolo più generale che la Costituzione e i superiori fattori istituzionali le assegnano.

Sono queste le ragioni più profonde, per le quali si deve concludere nel senso che oggi è almeno la legge che deve delineare le articolazioni soggettive dell'Amministrazione, nonché i suoi poteri e i loro limiti. È da tali ragioni, che emerge un principio, anzi il principio fondamentale che regge il rapporto tra Amministrazione e ordinamento generale: essa consiste in soggetti, e nei soli soggetti, nonché è titolare di poteri, e dei soli poteri, che questo riconosce, istituisce o le attribuisce. È un principio che viene specificato come di «*legalità*», o di «*legittimità*», insito nel concetto di «*Stato di diritto*», che sarà più volte ripreso ed illustrato in successive parti di questo *Manuale* nelle varie distinzioni e sfumature dei suoi possibili significati.

In una prospettiva opposta a quella della così ampia subordinazione dell'Amministrazione all'ordinamento generale e alla legislazione, rimane da considerare un problema di fondo: se dal ruolo che il nostro ordinamento assegna alla Amministrazione, già a livello costituzionale, se non ad uno addirittura superiore, consegua anche la garanzia per essa di spazi di scelte e di attività che gli altri poteri dello Stato devono rispettare. In altre parole, se in questo nostro ordinamento esiste quella che si chiama «riserva di amministrazione»; specialmente, nei confronti della legislazione.

Preliminarmente, si deve osservare che tale locuzione può essere intesa in molti modi.

Come riserva al governo di indirizzo amministrativo: di orientamento generale, anche non canonizzato in norme, dell'esercizio delle autonomie che l'ordinamento attribuisce alle Amministrazioni, e dei poteri nei quali si risolvono.

O come riserva alle Amministrazioni stesse, della disciplina dell'esercizio delle loro autonomia e dei loro poteri, a sue fonti normative: specie per quel che riguarda la propria organizzazione, e la disciplina dei proce-

dimenti di propria competenza. Il che significa riserva a fonti normative dell'Esecutivo, in particolare ai regolamenti c.d. governativi, per quel che riguarda le Amministrazioni dello Stato, ma anche per altre Amministrazioni, nei limiti nei quali gli si possa ancora riconoscere nei loro confronti una funzione di disciplina di queste materie; e riserva a ciascuna Amministrazione in genere, specie agli enti territoriali, della disciplina della propria organizzazione, e dei propri procedimenti, in particolare mediante i propri statuti, e propri regolamenti (v. al riguardo, i rilievi alla fine del § 3 dell'*Introduzione*).

O come riserva a provvedimenti dell'Amministrazione, anche in quanto adottati a seguito di suoi procedimenti, e caratterizzati generalmente da residui margini di discrezionalità, della produzione nei casi concreti, di effetti giuridici, in particolare degli effetti corrispondenti a suoi poteri tipici. Al riguardo, si deve citare la più nota delle sentenze (peraltro sporadiche), della Corte costituzionale, che hanno affrontato il problema generale della ipotizzabilità di una riserva di amministrazione: la sentenza 14 ottobre 1988, n. 941 (cui ha dato seguito l'art. 9 della l. 7 febbraio 1990, n. 19), che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 85 del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 10, *t.u. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*, che prevedeva la destituzione del dipendente che fosse stato condannato per determinati reati; e ciò, in quanto la disponeva addirittura di diritto, e non a seguito di valutazioni relative alla effettiva gravità del suo comportamento, e alla rilevanza di questo ai fini della esigenza di interrompere il suo rapporto di impiego. Valutazioni, viceversa, che, secondo la Corte, sono da compiersi solo caso per caso, da parte dell'organo amministrativo di volta in volta competente, sulla base di dati da acquisirsi in un apposito procedimento, e da tradursi poi in uno specifico provvedimento.

Malgrado questa sentenza della Corte costituzionale, e pochi altri spunti rilevabili dalla sua giurisprudenza, la risposta che si dà al problema della configurabilità nel nostro ordinamento di una riserva di Amministrazione è tendenzialmente negativa, pur se in termini variabili in relazione a questi vari significati che l'espressione può assumere.

Però il problema è molto d'attualità, e, anzi, oggi emergono orientamenti di segno più positivo.

Orientamenti, che, anzitutto, derivano dalla accentuazione delle esigenze che le scelte amministrative formulate in provvedimenti, conseguano, a partecipazioni degli interessati e ad esaurienti acquisizioni di elementi rilevanti per il decidere, mediante correlati provvedimenti: le regole al riguardo, che hanno trovato nella l. 241/90 la loro più generale espressione, considerate di più o meno diretta derivazione da principi costituzionali, sarebbero del tutto vanificati se il legislatore, almeno in

assenza di adeguate ragioni particolari, disponesse la produzione di effetti appunto *ex lege*, sostituendoli a quelli da provvedimento conseguente a procedimento.

E orientamenti i quali tenderebbero a riservare all'autonomia delle varie Amministrazioni, la disciplina mediante propri statuti e regolamenti, della propria organizzazione, e dei procedimenti di propria competenza. E ciò, in perfetta coerenza col sistema generale delle autonomie pubbliche che la Costituzione delinea, quanto non addirittura detta con sue disposizioni esplicite. Del resto, è nel novellato Titolo V della Costituzione, che si può rinvenire almeno un esempio di una norma espressa che dovrebbe essere interpretata in questo senso: si è già ricordato l'art. 117, comma 6°, ultimo periodo, che dispone che «*I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite*». In ogni caso, e al di là di garanzie costituzionalmente disposte, sta di fatto, come si è già parimenti accennato, che la legislazione di questi anni tende ad essere formulata in modo da lasciare all'autonomia delle amministrazioni questi spazi di normazione, ovviamente di livello secondario: anche per le Amministrazioni statali, con la previsione di regolamenti governativi e ministeriali.