

CAPITOLO 4

I SOGGETTI E LE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: *I. I soggetti del diritto amministrativo:* 1. I soggetti dell'ordinamento generale. In particolare: la soggettività dei soggetti di diritto privato. - 2. Segue: in particolare: la soggettività delle pubbliche Amministrazioni. - 3. Segue: in particolare: l'attribuzione della personalità giuridica agli enti pubblici non territoriali. - 4. Segue: in particolare: gli indici della loro pubblicità. - 5. I problemi più attuali relativi alla distinzione degli enti pubblici da quelli privati; i c.d. organismi di diritto pubblico. - *II. Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo:* 1. La teoria delle situazioni giuridiche soggettive. - 2. L'elaborazione privatistica. - 3. Le situazioni giuridiche soggettive in diritto amministrativo. In particolare: il ruolo dell'Amministrazione. - 4. Segue: in particolare: le situazioni giuridiche di diritto comune dei soggetti privati. - 5. Segue: e quelle di diritto amministrativo. - 6. La dinamica delle situazioni giuridiche soggettive: il potere giuridico e l'effetto *ex lege*. - 7. La dinamica delle situazioni giuridiche soggettive: l'autonomia e il potere giuridico. - 8. I poteri giuridici tra capacità del soggetto e le sue situazioni soggettive. - 9. Titolarità ed esercizio del potere giuridico. - 10. Poteri giuridici e atti giuridici. - 11. Le principali categorie di provvedimenti amministrativi e dei correlati poteri. I provvedimenti sfavorevoli. - 12. Segue: i provvedimenti favorevoli; le autorizzazioni. - 13. Segue: i provvedimenti favorevoli; autorizzazioni e discrezionalità. - 14. Segue: i provvedimenti favorevoli; le concessioni. - 15. Segue: i provvedimenti favorevoli; le concessioni: in particolare, di beni e di servizi. - 16. Segue: i provvedimenti favorevoli; autorizzazioni e concessioni: ulteriori precisazioni. - 17. Poteri dell'Amministrazione, e situazioni giuridiche individuali. - 18. Poteri amministrativi, diritti soggettivi e interessi legittimi individuali. - 19. I diritti soggettivi e gli interessi legittimi. - 20. Segue: in particolare: l'interesse legittimo. - 21. Segue: in particolare: la risarcibilità della lesione degli interessi legittimi. - 22. Provvedimenti sfavorevoli e diritti soggettivi. - 23. Provvedimenti sfavorevoli e interessi legittimi. - 24. Provvedimenti sfavorevoli e gli interessi diffusi, collettivi e di associazioni. - 25. Provvedimenti favorevoli, diritti soggettivi e interessi legittimi. Le situazioni costituite dalle concessioni. - 26. Segue: le aspettative di concessione. - 27. Autorizzazioni, diritti soggettivi e interessi legittimi.

Sezione I: I soggetti del diritto amministrativo

1. I soggetti dell'ordinamento generale. In particolare: la soggettività dei soggetti di diritto privato

Come si è già anticipato (cfr. il par. 2 dell'*Introduzione* e il par. 5 del cap. 2), possono essere soggetti per ogni ordinamento giuridico, e, quindi, per l'ordinamento generale del nostro Stato, solo le figure soggettive che esso stesso istituisce come tali, o di cui come tali riconosce o presuppone l'esistenza.

Tra la nozione di soggetto e quella di ordinamento giuridico, quindi, vi è un nesso inscindibile. E la prima presuppone sempre la seconda, anche perché il concetto di soggetto di diritto implica sempre una qualificazione, appunto giuridica: che solo un ordinamento avente questo carattere può compiere, che solo in un simile ordinamento può acquistare significato.

Per quel che riguarda i soggetti di diritto privato, per le persone fisiche, l'art. 1 c.c., primo comma, dispone che «La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita»; e, quindi, *a fortiori*, la soggettività giuridica, di cui tale capacità è misura. Ma è già la nostra Costituzione a prevederla: oltre che in varie norme particolari, nel riconoscimento e nella garanzia dei «...diritti inviolabili dell'uomo...», che sancisce l'art. 2, richiedendogli, peraltro, «...l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà...»: perché l'attribuzione e l'imposizione di diritti e di doveri implica la soggettività di colui al quale tali diritti e tali doveri vengano attribuiti o imposti; come si è già accennato allora, ed è inutile qui ribadire.

Anzi: anche la norma costituzionale è meramente ricognitiva di un dato che la trascende; e addirittura si atteggia essa stessa in questo modo: giacché è formulata col verbo «riconoscere», che richiama l'idea non di un effetto costitutivo di una situazione giuridica nuova, ma dell'ammissione di una sua preesistenza.

E, invero, che la soggettività giuridica originaria delle persone fisiche preesista alla Costituzione, che ne condizioni corrispondentemente il suo contenuto, è una affermazione che può essere argomentata secondo più di un ragionamento. In ogni caso, se non altro, come conseguenza che deriva dalla configurazione del riconoscimento dei diritti individuali fondamentali, addirittura come un principio istituzionale del nostro Stato.

Da questi rilievi risulta che l'attribuzione della qualifica di soggetto di diritto, può essere operata da un ordinamento statale non solo con le sue norme: talvolta, al suo stadio e livello costituito dalla vigenza solo fattuale e ancora normativamente inespressa dei suoi principi istituzionali; ad uno stadio e livello, perciò, antecedente alla stessa formulazione della sua Costituzione. E che, dall'altro, l'atteggiamento che un ordinamento può assumere anche a tale suo stadio o livello, nei confronti dei soggetti che qualifica come tali, può risolversi nel solo riconoscimento di essi come fattori preesistenti ed originari.

Per quel che riguarda la soggettività delle persone giuridiche, sempre di diritto privato, la Costituzione non vi dedica disposizioni particolari, se non sporadicamente.

Si veda, per esempio, l'art. 39, quarto comma, qui richiamato indipendentemente dalla soluzione che si intende dare al problema della riconducibilità dei sindacati a tale diritto, che ne dispone la personalità giuridica in seguito alla loro registrazione; ma solo nel quadro del meccanismo ivi delineato, e mai attuato, al fine dell'attribuzione di una efficacia obbligatoria degli accordi da loro stipulati, per tutti gli appartenenti alle categorie interessate, e non solo per i loro iscritti.

Certamente, la Costituzione prevede come diritto individuale fondamentale la libertà di associazione (cfr. la disposizione generale dell'art. 18, a parte altre norme più particolari). Ma da questo diritto non deriva la necessità della personalità giuridica autonoma della entità che risulti dal suo esercizio. E, oltretutto, non solo le associazioni, ma anche le fondazioni possono porsi come il substrato della soggettività giuridica di diritto privato.

Si deve concludere, quindi, che la disciplina del riconoscimento o dell'acquisto della personalità giuridica di diritto privato, nonché delle sue varie modulazioni e rilevanze, è costituzionalmente devoluta, nella sostanza, alla legislazione ordinaria: questa la ha regolata con numerose norme, inserite nel codice civile o in leggi speciali, la cui esposizione non è qui pertinente.

2. Segue; in particolare: la soggettività delle pubbliche Amministrazioni

Per quel che riguarda la soggettività giuridica delle pubbliche Amministrazioni, vanno accennate subito due considerazioni preliminari.

La prima: la locuzione «ente pubblico» consta di un sostantivo e di un aggettivo, che si riferiscono a loro tratti ugualmente caratterizzanti ed essenziali. Con l'aggettivo, si richiama una loro qualità, peraltro di difficile e sfuggente definizione, che li differenzia dalle persone giuridiche di diritto privato. E col sostantivo, si sottolinea che essi sono dotati di personalità giuridica propria.

Conseguentemente, e questa è la seconda considerazione preliminare, tale personalità si correla alla nozione di ente, e non ad un'altra, che pure le è profondamente connessa: la nozione di organo, che è la figura che è stata delineata per descrivere il modo del suo operare. La teoria organica, infatti, è stata elaborata al fine di disporre di un concetto che serva a spiegare l'imputazione all'ente stesso, di atti o comportamenti i quali, da

un lato, sono espressione di poteri, diritti, facoltà, ecc., che l'ordinamento generale gli attribuisce: attribuisce direttamente ad esso, e non alle persone fisiche che operano per esso; ma i quali atti e comportamenti, dall'altro lato, ovviamente non possono essere posti concretamente in essere che da persone fisiche, da queste persone fisiche. Tale teoria, in un certo senso, viene utilizzata per risolvere per gli enti pubblici (ma non necessariamente solo pubblici), i problemi di costruzione giuridica la cui soluzione, per le persone fisiche, è affidata alla nozione di capacità d'agire: alla nozione di capacità di agire, e non a quella di capacità giuridica. Quindi, è per definizione che ad una struttura amministrativa che venga qualificata come organo, e come organo, naturalmente, di un ente, le sia per ciò stesso negata la soggettività giuridica: che spetta solo a tale ente. Così che è questo ente che viene definito come il fattore cui l'ordinamento generale attribuisce poteri, diritti, doveri, e quant'altro: mentre i suoi organi sono, molto più modestamente, solo competenti *pro parte* al loro esercizio (per la correlata distinzione tra titolarità del potere giuridico e suo esercizio, cfr., *infra*, il paragrafo 9).

Tutto ciò premesso, si deve notare che la descrizione del riconoscimento o dell'attribuzione della personalità giuridica agli enti di amministrazione, deve essere articolata secondo le loro categorie (per l'inquadramento della materia, cfr. il paragrafo 2 dell'*Introduzione*).

Per quel che concerne l'Amministrazione dello Stato, la Costituzione non la prevede esplicitamente, ma evidentemente la presuppone in tante sue norme ⁽¹⁾.

Senza che questa presupposizione da parte sua, giovi a precisare gli aspetti così problematici della soggettività dell'Amministrazione statale, e dello Stato globalmente considerato, cui si è già accennato in precedenza (cfr. al par. 2 dell'*Introduzione*); e che saranno più ampiamente ripresi a proposito dell'organizzazione amministrativa. Può risultare non semplice, infatti, la comprensione di come lo Stato possa essere soggetto di diritto, per un ordinamento che ugualmente gli è riferito; secondo schemi logici che, del resto, devono essere delineati in tutti i casi del genere: per esempio, per quel che riguarda la personalità giuridica della Comunità europea, prevista dal trattato che la istituisce (art. 281, *ex* 210: «La Comunità ha personalità giuridica»). E se pare preferibile la tesi che, nel nostro ordinamento, soggetto di diritto è lo Stato globalmente inteso, in quanto tale, non mancano elementi nel senso che una soggettività giuridica deve essere riconosciuta già al complesso dei suoi organi amministrativi; o addirittura, in una sua organizzazione articolata fondamentalmente per ministeri, già a ciascuno di questi ultimi.

⁽¹⁾ Sui problemi concettuali che pone la personificazione giuridica dello Stato, nonché la definizione della nozione di organo di persona giuridica, MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto sostanziale*, Milano, 1986.

Per quel che riguarda gli enti territoriali ⁽²⁾, si deve ricordare che secondo l'attuale art. 114 Cost., comma 2°, «*I comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni, sono enti autonomi...*»

Principi sostanzialmente analoghi erano affermati nel testo originario del Titolo V della Costituzione, dall'art. 115: «*Le regioni sono costituite in enti autonomi...*»; e art. 128: «*Le province e i comuni sono enti autonomi...*», ambedue abrogati dall'art. 9, comma 2°, l. cost. n. 3/01.

Già queste disposizioni costituzionali, dunque, paiono risolvere in modo positivo il problema della soggettività giuridica propria di tali enti. E, anzi, con norme che, almeno per quel che riguarda i comuni, appaiono di nuovo, più che di carattere costitutivo, di solo riconoscimento di realtà storicamente preesistenti.

In ordine agli altri enti pubblici ⁽³⁾, infine, abbiano essi substrato associativo o istituzionale, non si rinvengono disposizioni costituzionali esplicite.

Talvolta si possono individuare elementi cui deve attribuirsi un certo significato dal punto di vista qui considerato: così, l'art. 33, ultimo comma, disponendo che «*Le istituzioni di alta cultura, università e accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato*», parrebbe suggerire una loro ricostruzione come soggetti di diritto, e di diritto pubblico. Ma, in ogni caso, si tratta di spunti sporadici.

Così che, anche per gli enti pubblici non territoriali, si deve arrivare alla medesima conclusione già accennata per le persone giuridiche di diritto privato: la Costituzione devolve sostanzialmente all'inferiore livello della legislazione ordinaria, la disciplina del riconoscimento o dell'acquisto della loro personalità giuridica, nonché delle sue varie modulazioni e rilevanze.

Questa disciplina, peraltro, deve essere trovata necessariamente almeno a tale livello normativo. O nel senso che è la legge stessa che istituisce i singoli enti pubblici: come è successo in gran numero di casi, con disposizioni, perciò, largamente frammentarie; la cui frammentarietà, si pone come la principale causa delle difficoltà che permangono per la costruzione di una nozione unitaria di ente pubblico: soprattutto per quel che riguarda questa aggettivazione; e, quindi, dei dubbi sulla stessa sua proponibilità (cfr., in proposito, la pertinente, successiva parte di questo *Manuale*, dedicata alla organizzazione amministrativa). O nel senso che è

⁽²⁾ Sulla soggettività giuridica degli enti pubblici territoriali, cfr. le indicazioni date nel precedente capitolo I, §§ 3 e 5.

⁽³⁾ Sul tema degli enti pubblici non territoriali, tra le monografie più recenti v. di G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna 1991, nonché il volume curato da CERULLI IRELLI e MORBIDELLI, Torino 1994.

la legge stessa che istituisce intere categorie di enti pubblici. O nel senso che è la legge che attribuisce ad enti amministrativi, il potere di costituirne altri: per esempio, si vedano ora gli artt. 112 ss. del d.lgs. 267/00 (che recepiscono, tra l'altro, gli artt. 22 e 23 della l. 142/90, e che a loro volta dovrebbero essere ulteriormente riformulati), in quanto attribuiscono ai comuni e alle province (con deliberazione riservata ai rispettivi consigli dall'art. 42, comma 2°, lett. e, d.lgs. 267/00, che recepisce l'art. 32, secondo comma, lett. f, della l. 142/90), la possibilità di istituire loro aziende speciali dotate di personalità giuridica propria, per la gestione di «...servizi di rilevanza economica e imprenditoriale» (disposizioni, peraltro, successivamente superate).

Fin qui, si è considerata la sola legge statale. Ma, in questa prospettiva, si deve ricordare anche che l'art. 117 Cost., già nella sua formulazione originaria (al primo comma), attribuiva alla competenza legislativa regionale concorrente, l'ordinamento «...degli enti amministrativi dipendenti dalla regione»; s'intende, in quanto operanti nelle materie allora elencate in tale comma, che le demandava a tale competenza legislativa delle regioni (e, quindi, alla loro competenza amministrativa, per il nesso che delineava tra le due, almeno in linea di principio, il successivo art. 118, sempre nella sua formulazione originaria). *A fortiori*, questa conclusione deve essere considerata valida nel nuovo testo del Titolo V della Costituzione, il cui art. 117 lascia alla competenza legislativa esclusiva l'organizzazione amministrativa della regione; nella potestà di questa di auto-organizzarsi, infatti, deve ritenersi compresa anche la possibilità di istituire enti alle proprie dipendenze, cui devolvere l'esercizio di proprie competenze amministrative: da definirsi, queste ultime, sulla base della sua ben maggiore competenza legislativa che il nuovo art. 117 le attribuisce, e salve le riserve di competenza amministrativa ad enti diversi, previste dal nuovo art. 118.

3. Segue: in particolare: l'attribuzione della personalità giuridica agli enti pubblici non territoriali

Queste varie ipotesi di istituzione al livello della legislazione ordinaria degli enti pubblici non territoriali, possono essere ricondotte alla previsione esplicita già dell'art. 4 della l. 20 marzo 1975, n. 70, *Disposizioni sul riordinamento degli enti pubblici*, ecc., che recita: «...nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge», ora da intendersi sicuramente anche regionale, per le considerazioni prima accennate.

La norma è formulata in modo troppo restrittivo: perché non prevede la possibilità che enti pubblici vengano istituiti con atto amministrativo; e ciò, sia pure alla

condizione che questo sia espressione di un potere che ad un ente di amministrazione sia attribuito da una legge. Ma non la può neppure precludere: se non altro, perché una nuova disposizione di livello legislativo che attribuisse un potere del genere, verrebbe a sovrapporsi allo stesso art. 4 ora richiamato, e, quindi, a derogarvi, se non ad abrogarlo.

In ogni caso, tale norma, intesa sia nel suo tenore letterale che con l'estensione ora prospettata, in quanto richiama comunque come fondamento diretto o indiretto dell'attribuzione della personalità giuridica di un ente pubblico, è meramente ricognitiva di un principio già immanente nella nostra legislazione: perché non può non essere riservato almeno al suo livello legislativo (ora anche della regione, sia pure non certo illimitatamente), il riconoscimento di chi sia soggetto dell'ordinamento generale, e, quindi, eventualmente, la sua istituzione (cfr., *supra*, il paragrafo 5 del capitolo 1). Perciò, si deve ritenere che anche anteriormente alla l. 75/70, gli enti pubblici non territoriali dovevano essere istituiti per legge, o in base alla legge. E che lo devono, e lo dovranno essere: indipendentemente dalla norma richiamata, e dal perdurare della sua vigenza.

Ma con queste precisazioni.

Anzitutto, che debba essere almeno la legislazione a prevedere, direttamente o indirettamente, la soggettività autonoma degli enti pubblici, non implica affatto la necessità che la debba prevedere con disposizione espressa: tale soggettività può essere desunta benissimo mediante l'interpretazione sistematica, purché sia almeno di livello legislativo il quadro normativo di cui si tiene conto.

Inoltre, come si è già sottolineato, la nozione di ente pubblico implica la rilevanza di due tratti ben distinti: oltre quello di ente, ossia di soggetto di diritto, anche quello del suo carattere pubblico e non privato. Allora, l'individuazione della sua istituzione, o del suo riconoscimento al livello legislativo, comporta il riscontro della desumibilità a questo piano, tanto dell'uno come dell'altro di tali due diversi tratti: della loro capacità di essere titolari di poteri, diritti, doveri, obblighi, e situazioni giuridiche soggettive in genere; nonché del carattere pubblico della loro soggettività, secondo gli indici individuati dalla dottrina tradizionale.

È la necessità della rilevazione al livello almeno legislativo, della soggettività giuridica autonoma degli enti pubblici, che deriva più direttamente dal principio che è almeno a quel livello, che deve desumersi la soggettività giuridica di tutti i soggetti dell'ordinamento generale. Tale soggettività di questi si correla, secondo nozioni istituzionali di diritto privato, alla loro capacità di essere titolari di situazioni giuridiche soggettive: alla loro capacità giuridica, come si è visto. E, perciò, per le strutture amministrative, può essere individuata anche solo sistematicamente, in particolare quando la ricostruzione della disciplina almeno legislativa di una data materia, debba portare alla conseguenza che determinati comportamenti sono loro permessi o imposti; e che

siano loro permessi o imposti, come espressione di loro poteri o diritti, o di loro doveri o obblighi: di situazioni giuridiche soggettive loro proprie, cioè. Va sottolineato: di situazioni giuridiche di cui l'ordinamento generale li renda addirittura titolari, e non solo competenti unicamente al loro esercizio; perché, altrimenti, sarebbero solo organi privi di personalità giuridica propria: solo organi, in linea di principio, di altri enti.

4. Segue; in particolare: gli indici della loro pubblicità

Per quel che riguarda, quindi, la rilevazione del carattere pubblico, e non privato, di enti la cui soggettività debba essere sistematicamente desunta (o anche, in casi limite, come si è accennato, così esplicitamente qualificata dalla norma), si deve notare che il problema ha perso molto della sua importanza pratica.

Fino ai primi anni '90, infatti, dal carattere pubblico di un ente, derivava pure l'analogo carattere pubblico della disciplina dei rapporti di impiego con i suoi dipendenti, e, quindi, l'individuazione del giudice amministrativo come del giudice avente giurisdizione sul relativo contenzioso (si prescinde, qui, dalla opposta soluzione già allora data per gli enti pubblici definiti come «economici»). Soprattutto la questione di giurisdizione era di frequente emersione; e, perciò, era assai ricca la casistica giurisprudenziale che, dovendola risolvere, doveva ricostruire la natura pubblica o privata dell'ente datore di lavoro. La ragione per la quale la distinzione, oggi, ha perso quasi completamente la sua rilevanza pratica, è la seguente: si è ormai completata l'evoluzione, iniziata con la l. 421/92, che ha portato alla c.d. privatizzazione di quel rapporto stesso, pur se intrattenuto con pubbliche Amministrazioni (tranne che in aree limitate nell'ambito dell'impiego con lo Stato, e in casi assai più rari, con determinati, particolari enti pubblici quali le c.d. autorità indipendenti). La medesima distinzione è sembrata acquistare un diverso ambito di rilevanza: quello relativo ai limiti di applicazione delle direttive comunitarie, o della legislazione nazionale che ne è derivata, concernenti la disciplina dei pubblici appalti; ma, come si vedrà nel paragrafo che segue, le questioni più delicate che sorgono in proposito, in realtà vanno risolte con la nozione del c.d. «*organismo di diritto pubblico*», che implica una definizione concettuale diversa da quella di ente pubblico, anche se contigua e connessa. Più generalmente, vi è una tendenza di fondo della legislazione di questi anni, secondo la quale sono determinate attività i fattori che tende a disciplinare, privatisticamente o pubblicisticamente che sia; e, correlativamente, si attenua la rilevanza di una qualifica nell'uno o nell'altro senso, dei soggetti che le esplicano.

D'altra parte, tuttavia, come si definisca la soggettività pubblica, distinta da quella privata, è problema che mantiene ancor oggi una grande rilevanza per la ricostruzione del sistema: vi si riconnettono, infatti, molti dei maggiori problemi concettuali del diritto amministrativo, a cominciare da come si debba intendere la nozione di Amministrazione, in questi anni di sua profonda trasformazione; di Amministrazione in senso oggettivo, anzitutto, ma poi, necessariamente, anche in senso soggettivo. Ed è pro-

prio questo così ampio contesto nel quale quella distinzione va inquadrata, che è la causa forse maggiore dei dubbi attuali in proposito: perché vi si riflettono le attuali diversità di orientamenti, e, quindi, le incertezze che lo investono.

A suo tempo (cfr. par. 3 dell'*Introduzione*), peraltro, si è osservato che gli enti possono e debbono dirsi pubblici, quando siano funzionalizzati al perseguimento di determinati interessi della società. Quando l'ordinamento generale attribuisca sì loro particolari poteri pubblicistici, o riconosca loro una capacità di diritto comune, o consenta loro l'esplicazione di dati comportamenti di fatto, specie intesi come prestazioni di servizi; ma tutto questo, appunto, solo in funzione di tali interessi, e non disinteressandosi degli scopi per i quali tali enti esplicano la capacità giuridica loro riconosciuta. Tanto, che, nell'ipotesi normale, addirittura li istituisce a tal fine. O ne riconosce una soggettività preesistente, come pare essere il caso soprattutto dei comuni: soggettività che a sua volta era già sorta e si era già sviluppata per scopi collettivi dello stesso genere.

Allora si era anche notato che, per queste ragioni, gli enti pubblici sono soggetti non solo dell'ordinamento generale, che li istituisce come tali, o che come tali ne riconosce la soggettività; ma anche del particolare ordinamento amministrativo: che li assoggetta al principio di funzionalità che per esso è istituzionale, imponendo loro l'osservanza di disposizioni ulteriori, relative soprattutto alla loro organizzazione, e ai procedimenti mediante i quali devono adottare i provvedimenti espressione dell'autonomia che attribuisce o riconosce loro. Ma questo ulteriore inquadramento concettuale non è passaggio indispensabile per lo svolgimento del ragionamento ora sviluppato. Giacché già nella più circoscritta prospettiva della necessaria funzionalizzazione dell'ente pubblico nei sensi prima indicati, infatti, sono comunque possibili le seguenti e conseguenti specificazioni.

L'individuazione di tale funzionalizzazione come tratto essenziale degli enti pubblici, in primo luogo rende possibile profilare una loro costruzione unitaria, almeno in riferimento a questo loro elemento comune: al di là delle tantissime differenziazioni che, per classi generali o per casi particolari, e da una molteplicità di punti di vista, sono poi da tracciarsi all'interno della loro nozione. E ricostruire un *corpus* unitario di regole cui tutti tali enti sono assoggettati, per il solo di essere funzionalizzati e pubblici: *corpus* unitario di norme, il rispetto o la violazione delle quali, è oggetto del sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo, così come lo ha elaborato la sua giurisprudenza più che secolare.

Questa funzionalizzazione di tutti gli enti pubblici, questo elemento comune a tutti loro, inoltre, è intrinseco e sostanziale ⁽⁴⁾. E in quanto tale,

⁽⁴⁾ Il carattere sostanziale della distinzione tra enti pubblici e enti privati, e, quindi, la possibilità del contrasto con esso della qualificazione che eventualmente ne desse la norma in modo esplicito,

permette di risolvere il dubbio se la soggettività, comunque da doversi riconoscere ad un ente, abbia natura pubblica oppure privata; si è già sottolineato quanto sia controverso il problema, sotto i profili tanto definitivi, che applicativi a casi concreti.

Perché, come ormai è evidente, deve dirsi comunque pubblico un ente, che tale sia individuato in base ai corrispondenti esiti di una ricostruzione sistematica della sua disciplina legislativa: tutte le volte che da questa risulti che le situazioni giuridiche che l'ordinamento generale gli attribuisce, e la sua stessa soggettività che tale ordinamento istituisce o gli riconosce, siano causate, o improntate a quel principio di funzionalità; alla loro finalizzazione ad un fine pubblico, cioè: a quel fine, che non può non essere pubblico, il quale non può non essere la ragione di tali istituzione, riconoscimento e attribuzione. Mentre non può non dirsi privato, viceversa, un ente per il quale una simile sua funzionalizzazione non sia riscontrabile.

Questo dato sostanziale, chiaramente, giuoca il massimo ruolo risolutivo per qualificazione come pubblico o privato di un ente, quando, nella legislazione che lo concerne, faccia difetto una esplicita indicazione al riguardo, nell'uno o nell'altro senso: che è poi l'ipotesi in riferimento alla quale si registrano le maggiori incertezze e controversie. Ma sarebbe erroneo ritenere che una simile indicazione, quando viceversa sussista, sia di per sé decisiva. Proprio per il carattere intrinseco e sostanziale della funzionalizzazione dell'ente stesso, per il quale viene a definire come pubblico o privato un ente, secondo che tale funzionalizzazione sia per esso riscontrabile oppure no: non solo indipendentemente da una espressa previsione normativa, ma anche, eventualmente, contro di questa. Non si può escludere del tutto, infatti, la possibilità che la legislazione relativa ad un ente, lo qualifichi esplicitamente, in contrasto col modo nel quale, funzionalizzandolo oppure no, lo disciplina sostanzialmente. E, in questo caso, è la sostanza della disciplina cui la legislazione lo assoggetta, che deve prevalere sulla definizione che esplicitamente gli attribuisce. Certo, la indicazione legislativa espressa di un ente, come pubblico o come privato, può pure valere come previsione di tratti della sua disciplina sostanziale: ma questi devono essere posti a raffronto e comparati con altri ugualmente desumibili sistematicamente dalla medesima legislazione che lo riguarda, e che possono essere di segno opposto; a tale indicazione espressa, perciò, non può darsi un valore assoluto.

Come esempio di questa eventualità, si può ricordare il caso della Croce Rossa Italiana: tradizionalmente considerata ente pubblico, e confermata come tale anche nella tabella annessa alla citata l. 20 marzo 1975, n. 70, è stata viceversa qualificata come ente privato di interesse pubblico dall'art. 1 del d.p.r. 31 luglio 1980 n. 613 (decreto legislativo emanato in forza della delega attribuita dall'art. 70 della l. 833/78, istituzione del servizio sanitario nazionale). Il Consiglio di Stato, dando il parere sullo

sembra emergere anche dalla nota sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 1988, n. 396 (*Foro it.*, 1989, I, 46, con nota di SARACCO; annotata anche, tra gli altri, da FERRARI, *Regioni*, 1988, 1331; DE SIERVO, *Giur. cost.*, 1988, I, 1757); anche se tale sentenza ha affermato l'incostituzionalità dell'art. 1 della l. 17 luglio 1890, n. 6972, in quanto assoggettava ad un uniforme regime pubblicistico pure le istituzioni di assistenza e beneficenza aventi «...requisiti propri di una persona giuridica privata», soprattutto per la violazione da parte sua della garanzia di libertà assicurata all'assistenza privata dall'art. 38, ult. comma, Cost.

schema di d.p.r. di approvazione del nuovo statuto della C.R.I. (ad. gen., 7 febbraio 1991, n. 10, *Foro it.*, 1993, III, 588), aveva rilevato l'esistenza di indubbi indici rivelatori di una natura sostanzialmente pubblica dell'ente, in contrasto con la suddetta qualificazione legislativa, che tuttavia aveva ritenuto insuperabile. Senonché, successivamente il legislatore la ha capovolta, evidentemente riconoscendo tale natura della C.R.I., sostituendo il testo originario dell'art. 1 del d.p.r. 613/80, con uno nuovo, il quale recita «L'associazione italiana della Croce Rossa ha ad ogni effetto di legge qualificazione e natura di ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico, e, in quanto tale, è soggetta alla disciplina normativa e giuridica degli enti pubblici» (art. 7 del d.l. 20 settembre 1995, n. 390, provvedimenti urgenti in materia di prezzi di specialità medicinali, nonché in materia sanitaria, conv. con modificaz., che però non riguardano la disposizione riportata, nella l. 20 novembre 1995, n. 490; v., ora, la l. 2 dicembre 2000, n. 360, con ulteriori modifiche al d.p.r. 613/80, del tutto marginali, e, dunque, con implicita, ulteriore conferma del capovolgimento di impostazione del 1995).

Da queste considerazioni, risulta ridimensionata, in un certo senso, la rilevanza che comunemente si dà, per la qualificazione di un ente come pubblico, all'attribuzione ad esso, da parte dell'ordinamento generale, di poteri particolari, unilaterali e autoritari, quindi sicuramente pubblicistici.

Certamente, se tale ordinamento attribuisce ad un ente poteri del genere, di sicuro esso è pubblico; si precisa: se glieli attribuisce come espressione di capacità giuridica propria, e non, poniamo, in quanto concessionario dell'Amministrazione. E non solo, e non tanto perché tale sua capacità, allora, non può essere quella di diritto privato, di diritto comune. Ma perché causa dell'attribuzione di quei poteri e della loro definizione, non può che essere una ragione pubblica specifica: segno incontrovertibile di una corrispondente funzionalizzazione dell'attività che ne è espressione, e, addirittura, della struttura che ne è resa titolare.

Ma non è affatto detto che tutti gli enti che pur debbano dirsi pubblici, siano dotati di simili poteri pubblicistici. Il che equivale a dire che la mancata attribuzione ad un ente di poteri del genere, il conseguente riconoscimento solo della sua capacità di diritto privato, non esclude affatto che, ciò nonostante, esso debba essere qualificato pubblico. Perché quel che è essenziale per la sua pubblicità, è la sua funzionalizzazione nei sensi accennati. E, questa, non deve investire necessariamente poteri pubblicistici, la loro attribuzione e il loro esercizio. Può incidere anche nell'esplicazione di capacità che sono solo privatistiche e di diritto comune: di qui, la possibilità che siano pubblici anche enti dotati solo di esse; e nel compimento di attività di mero fatto, in particolare nella prestazione di servizi: di qui, la possibilità che siano pubblici anche enti il cui ruolo sia circoscritto solo a queste altre.

Il quadro dei soggetti attivi di Amministrazione, tuttavia, non si esaurisce nei soli enti pubblici, perché in nostro ordinamento ha sempre conosciuto l'esercizio di funzioni e servizi pubblici da parte di soggetti privati.

E, attualmente, l'evoluzione legislativa è nel senso della moltiplicazione delle ipotesi del genere.

La vicenda più tradizionale è quella nella quale l'esercizio suddetto è attribuito ad un soggetto privato sulla base di un provvedimento amministrativo di tipo concessorio (su questo tipo di provvedimento, per considerazioni generali, v. i paragrafi 14 e ss. della successiva sez. II di questo capitolo; e per la trattazione più approfondita, i paragrafi sulla tipologia dei provvedimenti amministrativi, *infra*, cap. 12; inoltre, per questa forma di esercizio di funzioni pubbliche, e di gestione di servizi pubblici, v., ampiamente, il cap. 4, vol. II, di questo *Manuale*).

In anni relativamente recenti è emerso un orientamento giurisprudenziale, variamente dibattuto in dottrina, secondo il quale il concessionario, nell'esercizio di questo suo ruolo potrebbe emanare atti cui si dovrebbe riconoscere natura di provvedimenti, e loro sottoposizione alla giurisdizione amministrativa (la pronuncia più nota in questo senso, è Cass., 29 dicembre 1990, n. 12221; v., tuttavia, in senso forse non convergente, Cass., 6 maggio 1995, n. 4989 e altre di pari data; per la giurisprudenza amministrativa, v., tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 21 ottobre 1991, n. 1250). Questo orientamento si è sviluppato soprattutto in relazione ai contratti stipulati dai concessionari, e al fine di sottoporre i relativi atti alla disciplina comunitaria, o nazionale derivata da essa, posta a tutela della concorrenza negli appalti (di opere pubbliche, di servizi, di forniture, nei c.d. settori esclusi); per questi aspetti, v., oltre le considerazioni che seguono, e quelle di cui al paragrafo seguente, il successivo cap XI).

5. I problemi più attuali relativi alla distinzione degli enti pubblici da quelli privati; i c.d. organismi di diritto pubblico

Ma è soprattutto a partire dai primi anni '90, d'altra parte, che sono emersi temi e problemi i quali hanno assai ampliato la prospettiva entro la quale era tradizionalmente dibattuta la distinzione tra soggettività pubbliche e soggettività private: perché sono intervenuti ulteriori fattori che la hanno reso ancora più difficile sempre sotto i profili tanto definitivi che applicativi. S'intende, quando anche le prime abbiano una capacità propria, in particolare negoziale, circoscritta alla sola autonomia di diritto comune: giacché, come si è detto, l'attribuzione ad essi di poteri pubblicistici, non può essere valutata che come segno indubbio della loro naturale pubblicità soggettiva.

Il primo di questi fattori è costituito dalla c.d. privatizzazione: questa viene ora è considerata sotto il profilo non delle attività, ma sotto quello, in un certo senso logicamente antecedente, dei soggetti. Più precisamente, dal punto di vista della trasformazione di enti pubblici in soggetti di diritto privato. E questa evoluzione ha giocato almeno in due direzioni.

Anzitutto, si è concretata nel mutamento di enti pubblici, in enti di

diritto privato aventi carattere istituzionale o associativo, ma non aventi scopo di lucro, né struttura di società di capitali. Le complicazioni che ne conseguono per quel che riguarda la distinzione tra enti pubblici ed enti privati, sono legate a questo dato: talvolta, questi enti così privatizzati, seguitano ad esplicare quelle funzioni di interesse collettivo, che prima erano loro fini istituzionali. Non vi sono difficoltà interpretative, quando questi enti continuano a svolgere le loro precedenti attività, in base ad un titolo che sia chiaramente concessorio: in forza di un provvedimento amministrativo o *ex lege* (cioè, almeno di solito, della stessa legge di privatizzazione), perché il dato per il quale un soggetto può operare per fini pubblici soltanto su questo fondamento giuridico, non solo non contraddice alla sua natura privatistica, ma addirittura la conferma. Ma, talora, non è rinvenibile su alcun piano una concessione del genere; così che, per tale ente, il perseguimento di fini pubblici sembra inerire alla sua stessa personalità: ponendo la questione dei limiti entro i quali esso può esplicare la sua soggettività privatistica privata, sfuggendo alla sua sottoposizione al *corpus* unitario di regole la cui osservanza condiziona la legittimità del suo operare; probabilmente soltanto per quel che riguarda l'acquisizione e l'utilizzo dei mezzi giuridici ed economici mediante i quali persegue la sua finalità di interesse collettivo, (su questo fenomeno, DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova 2000).

Il caso più noto è quello degli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza, specie, anche se non solo, a favore di professionisti. Il decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 506 (emanato in forza della delega conferita dall'art. 1, comma 32°, della l. 24 dicembre 1993, n. 537), mantiene a tali enti questa funzione che oggettivamente è sicuramente pubblica (v. Cost., art. 38), anche se è stato adottato per consentire loro di trasformarsi in «...enti senza scopo di lucro...» aventi «...personalità giuridica di diritto privato, ai sensi degli artt. 12 e ss. del codice civile...» (art. 1, secondo comma).

La seconda direttrice di privatizzazione di enti pubblici è quella della loro trasformazione in società di capitali, quasi sempre nella forma di società per azioni. Ed è soprattutto a questo proposito, che si distingue tra una privatizzazione c.d. formale da quella c.d. sostanziale: secondo che il capitale, cioè le partecipazioni azionarie rimangano di un soggetto pubblico (il ministero per le Attività economiche, per esempio, oppure un ente territoriale come il comune, come accade soprattutto per l'erogazione di servizi pubblici locali), o vengano collocate sul mercato, venendo acquisite da soggetti privati.

Anche qui, nel caso nel quale la privatizzazione sia solo formale, può permanere una finalizzazione della società all'interesse collettivo, che inerisce alla sua soggettività; e che, talora, è così intrinseca da porre il problema della effettività della sua privatizzazione in senso giuridico.

Tanto più che deve considerarsi ormai acquisito anche nella giurisprudenza, a cominciare da quella comunitaria, un dato concettuale assai importante: non vi è assoluta inconciliabilità tra il carattere pubblico di un ente, e la sua struttura di società di capitali; in altre parole: può doversi riconoscere una soggettività pubblica anche a persone giuridiche così strutturate, e ciò, proprio quando risultino così intrinsecamente funzionalizzate.

Per comprendere meglio in quali ampi limiti sussistono oggi soggetti di cui sia incerto e discusso il loro carattere pubblico o privato, e, quindi, la definizione della distinzione e la sua applicazione, si deve tenere conto di un ulteriore sviluppo di questi anni, in un certo senso opposto alla privatizzazione: l'istituzione *ex novo*, al contrario, di società di capitali, normalmente per azioni, per l'esercizio di funzioni pubbliche; anche qui, non per concessione, ma per inerenza alla loro stessa soggettività.

Profondamente connessi con questi problemi, definitori e applicativi, della nozione di ente pubblico, sono anche quelli, analoghi, relativi alla figura di origine comunitaria di «*organismo di diritto pubblico*». Anche se, probabilmente, i due concetti, pur reciprocamente implicati, devono essere tenuti distinti, perché derivati da esigenze diverse: per il primo, quella di individuare soggetti sì diversi dagli enti pubblici tradizionali, ma funzionalizzati a fini analoghi a quelli propri di questi, e perciò da doversi considerare ugualmente pubblici, anche oltre le loro eventuali forme privatistiche; per il secondo, quella di garantire l'effettiva applicazione delle direttive comunitarie sugli appalti, anche a soggetti i quali, pur se non necessariamente pubblici, non siano indotti ad operare i loro acquisti secondo la regola della convenienza economica, e, quindi, utilizzando i meccanismi di un mercato concorrenziale.

Per la comprensione di questa seconda esigenza, si deve ricordare che la attuale Unione Europea nacque negli anni '50 del secolo scorso, al precipuo scopo di creare un mercato unico tra tutti gli Stati che componevano la allora Comunità Economica Europea: un mercato, cioè, in cui qualsiasi acquirente di opere, forniture e servizi, potesse selezionarli oggettivamente in base ad offerte concorrenziali, del tutto indipendentemente dalla nazionalità dell'offerente. Però, le amministrazioni pubbliche, da un lato, secondo generali linee evolutive riscontrabili più o meno in tutti gli Stati comunitari, si presentano sul mercato in tale veste, in misura assai ampia e sempre crescente; e, dall'altro, sono meno sensibili dei soggetti privati dell'ordinamento, aventi o no carattere di imprese, alla utilità di fare scelte economicamente convenienti, utilizzando a tal fine i meccanismi concorrenziali del mercato: tra l'altro, ma non solo, non hanno scopo di lucro, non si finanziano con corrispettivi correlati al valore dei risultati

della loro attività, non beneficiano nella stessa misura della riduzione dei loro costi, non sono soggette a fallimento, ecc.

Tuttavia, la Comunità prima, e ancor più l'Unione oggi, non poteva accettare di sottrarre alla concorrenza, appunto, nell'intero ambito comunitario, una porzione sempre più importante del mercato che si vuole unico. E, così, ha trasformato in veri e propri obblighi giuridici per le amministrazioni, le regole di comportamento che ogni acquirente alla ricerca dell'offerta migliore avrebbe la convenienza a seguire per propria scelta. Quali siano questi obblighi, sarà esposto con ben maggiore pertinenza, nella parte di questo *Manuale* dedicata alla attività consensuale in genere, e contrattuale in particolare, delle pubbliche amministrazioni. Qui si può solo anticipare, in estrema sintesi, che un'Amministrazione che voglia affidare la costruzione di un'opera, o acquisire forniture, o procurarsi servizi, per un controvalore superiore a certe soglie, tra l'altro deve (e non solo può), rendere noto agli operatori del settore questa sua intenzione, mediante adeguate forme di pubblicità; predeterminare i parametri di valutazione della loro capacità economica e tecnica, e di convenienza delle loro offerte; aggiudicare il contratto all'offerente, riconosciuto capace, dell'offerta che sarà risultata migliore dall'applicazione di questi parametri medesimi; ecc.

La sottoposizione alla normativa comunitaria sugli appalti di opere, forniture e servizi, è imposta in primo luogo alle amministrazioni tradizionali: Stato, Regioni, minori enti territoriali, enti pubblici funzionali, ecc. Però è stata estesa anche ad altri enti, i quali si presentano nel mercato nella veste di grandi acquirenti, ma che, indipendentemente dalla loro qualificazione come pubblici o privati da parte dell'ordinamento interno, possono risultare ugualmente poco sensibili all'esigenze di selezionare le offerte utilizzando i suoi meccanismi concorrenziali: i c.d. *organismi di diritto pubblico*, appunto.

La normazione comunitaria qualifica tali, cui applicare le direttive sugli appalti anche se da qualificarsi privati secondo l'ordinamento interno, enti nei quali siano comunque compresenti tre tratti essenziali: a) siano istituiti per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale, che, però, abbiano carattere non industriali o commerciale (altrimenti, si presume, non potrebbero eludere le regole di convenienza tendenti alla utilizzazione dei meccanismi concorrenziali del mercato); b) abbiano personalità giuridica propria (altrimenti, il problema dell'applicabilità di tali direttive, si sposterebbe sul soggetto giuridico cui in qualche modo si connetterebbero); c) siano finanziati in modo maggioritario dallo Stato, o da altri enti pubblici, o da altri organismi di diritto pubblico, oppure questi vi abbiano una influenza determinante, secondo criteri che qui non è pertinente specificare in dettaglio.

Sezione II: Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo

1. La teoria delle situazioni giuridiche soggettive

L'affermata correlazione tra la nozione di soggetto di diritto e la nozione di situazione giuridica soggettiva, può essere compresa solo sulla base della precisazione del ruolo che questa svolge nel quadro dei concetti propri della nostra cultura giuridica. La quale presuppone che il contenuto delle norme che è suo compito descrivere e sistematizzare, possa essere rappresentato, anzitutto, in riferimento ai comportamenti dei soggetti che esse regolano: facoltizzandolo, imponendolo o vietandolo loro; a soggetti in primo luogo persone fisiche, e, inoltre, con l'utilizzazione del notevole sforzo di teorizzazione di cui è frutto la nozione di persone giuridiche, anche a queste ultime. Ma che, poi, per ragioni dogmatiche generali qui da non analizzare in particolare, concettualizza quei comportamenti dei soggetti regolati dalle norme che deve rappresentare, come espressione di situazioni nelle quali le norme stesse li collocano: per il solo fatto che, appunto, ne disciplinano l'agire, seppur così variamente (1).

Così, in relazione alle norme che rendono possibili a soggetti giuridici determinati comportamenti, vengono definite situazioni di quei soggetti stessi, loro situazioni appunto giuridiche, che con varia terminologia sono dette favorevoli, o attive, o positive. Delle quali quella per così dire esemplare è il diritto, il diritto soggettivo. Ma, accanto a questo, ne sono state profilate delle altre: per esempio, la facoltà; e, soprattutto, il potere giuridico: che merita un discorso specifico, cui si accennerà in seguito.

E, in relazione alle norme che viceversa vincolano in diverso modo comportamenti soggettivi, vengono definite situazioni giuridiche soggettive dette per contro, con terminologia altrettanto varia, sfavorevoli, o passi-

(1) Sulle situazioni giuridiche soggettive la letteratura è troppo ampia perché se ne possano dare in questa sede richiami sufficientemente significativi. Qui si preciserà solo che la descrizione della materia contenuta nel testo, segue il sistema concettuale più coerente con la teoria istituzionale del diritto di SANTI ROMANO, accolta nella *Introduzione*, e che è stato delineato dallo stesso autore di questa, ed esposto in numerosi suoi scritti; v., per tutti, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, specialmente le voci: *Diritti assoluti*; *Doveri*, *obblighi*; *Organi*; *Poteri*, *Potestà*. Tra i tanti contributi sulla materia comparsi in questi anni con specifico riferimento al diritto amministrativo, comparsi paiono particolarmente rilevanti la voce *Giustizia amministrativa*, del *Dig. pubbl.*, VII, 508, di CANNADA BARTOLI (che, da un punto di vista più accentuatamente legato ai problemi della tutela giurisdizionale, riprende temi già considerati nella voce *Interesse (dir. amm.)*, dell'*Enc. dir.*, XXII, 1, già richiamata nel testo); e i due scritti di SCOCA, raccolti nel volume *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano 1990; dell'importante opera di NIGRO, tiene ampio conto MAZZAROLLI, *infra*, cap. 14.

ve, o negative. Delle quali sono fondamentali il dovere e l'obbligo. Ma accanto a queste, ne sono state ugualmente profilate delle altre: per esempio, l'onere.

2. L'elaborazione privatistica

Per lo studio della materia, per l'impostazione dei relativi problemi come per le proposte di loro possibili soluzioni, siamo debitori soprattutto della cultura e della dottrina del diritto privato. Alle esposizioni, anche istituzionali di questo, perciò si deve qui rinviare per ogni maggiore approfondimento e dettaglio. Ma alcuni dei cui esiti più generali e essenziali devono essere qui richiamati, seppur nel modo più sintetico possibile.

Anzitutto, per quel che concerne la fondamentale distinzione tra diritti reali e diritti di obbligazione.

In questi ultimi, la norma vincola un soggetto a tenere o anche a non tenere un determinato comportamento, nei confronti di un altro soggetto: così collocandolo in una situazione giuridica corrispondentemente concettualizzata, detta obbligo, o obbligazione. E, correlativamente, attribuendo al soggetto avvantaggiato una situazione giuridica corrispondentemente concettualizzata, detta diritto di obbligazione. Ossia, delineando tra i due quel che è immediatamente percepibile come un rapporto intersoggettivo; un rapporto di cui è ovvio il carattere giuridico.

Ma, prima ancora, i diritti reali, e, soprattutto, la proprietà: in cui il contenuto più evidente della norma che li regola, è l'attribuzione diretta ed esclusiva ad un soggetto, della possibilità di utilizzare una determinata cosa. Quindi, la costituzione di una relazione altrettanto diretta ed esclusiva, tra tale soggetto e tale cosa; della quale è ugualmente ovvio il carattere giuridico. Perciò, l'attribuzione all'uno, nei confronti dell'altra, di un diritto, che è appunto così qualificato: con la trasparente derivazione semantica del termine, dal latino *res*.

Un simile schema concettuale è poi applicato anche a relazioni di struttura più o meno analoga, tra un soggetto, e beni giuridici, o giuridicamente rilevanti, che cose propriamente non possono essere dette: per esempio, l'integrità fisica, la salute, il nome, ecc. Relazioni che del pari possono configurarsi come diritti: ma che, correlativamente, sarebbe altrettanto improprio configurare come reali, e simboleggiare come proprietà. Cui, peraltro, come a questi, si addice l'attributo di assoluti.

Non tanto, o, quanto meno, non solo per alludere all'assolutezza della loro tutela da parte dell'ordinamento: che, viceversa, può anche essere limitata. La quale, anzi, non può che essere limitata: giacché dalla ovvia compresenza nell'ordinamento medesimo di una pluralità di diritti del ge-

nera, spettanti alla generalità dei suoi soggetti, non può che derivare l'insopprimibile esigenza di un loro reciproco temperamento.

Ma, soprattutto, per segnalare che tali diritti assoluti non pongono il loro titolare, come viceversa è intrinseco in quelli di obbligazione, in uno specifico rapporto giuridico con un determinato soggetto: perché essi sono protetti dall'ordinamento a favore del loro titolare, nei confronti, viceversa, di tutti i suoi soggetti.

Sicuramente, nei diritti reali, e nei diritti assoluti in genere, è meno evidente la relazione giuridica che intercorre tra i loro titolari, e tutti gli altri soggetti dell'ordinamento: è meno intuitivo come essa si atteggi; e, anzi, parrebbe che essa in senso proprio neppure sia configurabile. Di qui le varie opinioni proposte in dottrina sulla struttura di tali diritti: alcune lineari, basate sul fulcro del rapporto primario tra soggetto titolare e cosa, tra soggetto titolare e bene in genere; altre francamente barocche, come quelle che arrivano a delineare una serie indefinita di rapporti tra tale soggetto e tutti gli altri.

Ma se è per lo meno azzardato ipotizzare una relazione giuridica in senso proprio, col soggetto titolare di un diritto assoluto, di tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, è certo che non è giuridicamente indifferente la posizione nella quale questi si collocano nei suoi confronti. Perché è evidente che ogni soggetto dell'ordinamento, è vincolato dall'ordinamento stesso, a rispettare i diritti altrui. Anzitutto, quelli assoluti; ma anche quelli di obbligazione, di cui non sia l'obbligato; e, forse, anche posizioni meno direttamente e consistentemente protette dalle norme. Quindi, e più sinteticamente, le sfere giuridiche, e le autonomie in genere di tutti gli altri soggetti.

Di qui, la configurabilità, anzi la necessità di configurazione di una situazione giuridica di tutti i soggetti diversi dal titolare del diritto assoluto, della quale quel suo vincolo al rispetto di questo diritto sia espressione. Che è qualificata non come obbligazione, ma come dovere, il dovere di *neminem laedere*: perché questo termine pare meglio significare il suo tratto essenziale, per il quale grava su tutti i soggetti dell'ordinamento, e non su uno specifico obbligato. Di nuovo: nel senso che non rileva nei suoi confronti un soggetto specifico, un suo specifico diritto, la sua sfera giuridica e la sua autonomia in genere; ma che implica l'esigenza di salvaguardia delle posizioni di ogni soggetto, di ogni suo diritto, della sua sfera giuridica e della sua autonomia in genere. Situazione di vincolo generale, ossia dovere, che trova un ben preciso piano di emersione: la responsabilità che incorre il soggetto cui è imposto, quando non vi conformi la sua condotta, nei confronti di chi in tal modo danneggi ingiustamente, secondo la formula dell'art. 2043 c.c.; che è norma fondamentale del nostro ordinamento: forse il più generale dei suoi principi, anche perché ne sussume moltissimi altri ugualmente di importanza primaria. E che, come tale, grava su ogni suo soggetto: su quelli pubblici, non meno che su quelli privati, rispetto ai quali è stato anzitutto disposto.

Infine, una ulteriore precisazione: fin qui, con l'eccezione del concetto di dovere, si sono considerate nozioni di situazioni giuridiche concrete, nel senso che hanno riguardo a specifici soggetti, o cose, o beni in genere. Così, il diritto soggettivo ha per oggetto una determinata cosa, o un determinato bene, oppure si riferisce ad un determinato obbligato, tenuto ad un determinato suo comportamento. Questo è il profilo dal quale deve differenziarsi da esso il concetto di potere giuridico: di cui si è già anticipata la rilevanza parimenti fondamentale; per un fattore di distinzione tanto saliente, da mettere in forse, come si vedrà, la sua stessa ascrivibilità alla categoria delle situazioni giuridiche soggettive.

3. Le situazioni giuridiche soggettive in diritto amministrativo. In particolare: il ruolo dell'Amministrazione

Se l'elaborazione della teoria delle situazioni giuridiche soggettive, come si è detto, ha in primo luogo una matrice privatistica, essa trova applicazione anche nel diritto pubblico in generale, e nel diritto amministrativo in particolare: la cui cultura, la cui dottrina, anzi, le hanno anche recato apporti assai notevoli; soprattutto per quel che riguarda la figura del potere giuridico, di cui si dirà poi, e quella dell'interesse legittimo, del diritto amministrativo posizione peculiare.

Non è sufficiente notare che tale teoria trova applicazione anche in queste altre materie: è necessario sottolineare che essa vi deve trovare applicazione. Se la teorizzazione delle situazioni giuridiche soggettive è il modulo di pensiero che ha prevalso nella nostra cultura giuridica, per la descrizione delle regole e degli assetti giuridici dettati dalle norme o instauratisi in fatto, non è possibile che i confini del diritto privato nel quale ha avuto origine, segnino anche le frontiere della sua applicabilità: essa non può che pervadere tutto l'ordinamento giuridico, qualsiasi ordinamento giuridico; nel senso che essa non può che essere lo strumento concettuale attraverso il quale i giuristi rappresentano tutto e ogni ordinamento giuridico.

Il primo dei vari profili sotto i quali la teoria delle situazioni giuridiche soggettive trova applicazione nel diritto amministrativo, oltre che pubblico in genere, concerne la configurazione alla sua stregua del ruolo che l'Amministrazione occupa nell'ordinamento generale. Si era notato (cfr. il par. 2 dell'*Introduzione*), che l'Amministrazione è un fattore istituzionale ormai ricondotto totalmente all'interno dell'ordinamento generale: in forza della progressiva applicazione nei suoi confronti del principio di legalità, e del progressivo accentuarsi della portata e del significato di questo principio medesimo. Adesso si può precisare che tale teoria è stato lo strumento concettuale che ha reso possibile la rappresentazione di que-

sta sua riconduzione; quanto meno, lo strumento concettuale che in concreto è stato utilizzato a tal fine. Così, anzitutto, le possibilità dell'agire giuridico dell'Amministrazione mediante l'emanazione di provvedimenti, sono state delineate come espressione di sue situazioni giuridiche: in simmetria con l'analoga raffigurazione della capacità negoziale di diritto comune.

Certo, ovviamente tali possibilità di azione dell'Amministrazione, specie sotto i profili della loro unilateralità e della loro autoritarità, sono qualitativamente ben diverse e più incisive di tale capacità dei soggetti privati. Ma questa loro diversità di contenuti e di effetti ha implicato solo la peculiarità delle situazioni giuridiche dell'Amministrazione medesima, di cui sono viste come manifestazioni: dei particolari poteri di diritto pubblico, che l'ordinamento generale le attribuisce, o le riconosce; e non il rifiuto di configurarle in questo modo analogo. Però anche quelle sue possibilità di azione sono limitate: per limiti che, nella descritta prospettiva concettuale, sono raffigurati come quelli che l'ordinamento generale, attribuendole tali sue situazioni giuridiche, tali suoi poteri, necessariamente impone a questi.

La configurazione in termini di particolari poteri giuridici dell'Amministrazione, delle sue particolari possibilità di agire giuridico, è l'esito di maggior rilievo dell'applicazione ad essa della teoria delle situazioni giuridiche soggettive: tanto che tra poco dovranno essere dedicate al tema ulteriori specifiche considerazioni. Ma non si può tralasciare qui il richiamo di altre posizioni dell'Amministrazione in quanto soggetto di diritto pubblico, e di rapporti che le fanno capo nella medesima sua qualità, che oggi vengono descritte mediante l'utilizzazione del medesimo quadro concettuale. Per esempio, i suoi diritti su cose che siano assoggettate al regime della demanialità; in quanto distinti, almeno secondo le opinioni più tradizionali, dagli altri aventi il medesimo oggetto, che pure le spettano: ossia da quelli su cose assoggettate al regime della patrimonialità, anche se indisponibile. I quali distinti diritti sarebbero comunque riconducibili, al contrario, e salvo i necessari adattamenti della normativa, nell'ambito della proprietà di diritto privato di cui agli artt. 832 e ss. c.c. (v. *infra*, il cap. 5, vol. II).

E ancora: il rapporto che essa instaura con i propri dipendenti, o, meglio, che instaura ormai solo derogatoriamente con alcune categorie di essi, che è detto di pubblico impiego; in quanto contrapposto a quello di lavoro privato: cui pure essa può o deve ricorrere, in misura che, anzi, è sempre crescente, e ormai generalizzata (v. il successivo capitolo 10, dedicato al rapporto di lavoro con le Amministrazioni pubbliche). E così via.

Più in generale, ma è ovvio, è sempre mediante la teoria delle situazioni giuridiche soggettive, che è descritta la sua capacità di diritto privato. In quali limiti le spetti, è questione assai delicata, che potrà essere

trattata solo nella pertinente parte di questo *Manuale*. Ma non vi è dubbio che l'Amministrazione, sia pure entro quei limiti qui non precisabili, tra l'altro abbia autonomia contrattuale e negoziale in genere; possa essere titolare, come si è già accennato, di diritti reali di carattere privatistico, e, in particolare di proprietà e di diritti patrimoniali anche se normalmente indisponibili; possa instaurare rapporti obbligatori in genere, e rapporti di lavoro dipendente o autonomo ugualmente di diritto privato in particolare; e così via.

Infine, ma il rilievo è di importanza ben maggiore di quella che questa sua collocazione farebbe supporre, l'applicazione all'Amministrazione della teoria delle situazioni giuridiche soggettive è il mezzo mediante il quale è descritto il suo assoggettamento ai principi generali dell'ordinamento: che trovano espressione e elaborazione soprattutto nel diritto privato, ma che non possono non valere per tutti i soggetti dell'ordinamento medesimo, compresi quelli pubblici.

Si è già ricordato il generale dovere di rispetto dei diritti, delle sfere giuridiche, delle autonomie altrui: cui consegue, in caso di inosservanza, la responsabilità per danno ingiusto formulata nell'art. 2043 c.c. Adesso si deve precisare non solo che l'uno e l'altra incombono pure sull'Amministrazione, ma anche che, almeno in genere e tendenzialmente, valgono nei confronti di tutte le posizioni giuridiche di vantaggio dei soggetti dell'ordinamento: delle situazioni soggettive di diritto privato di soggetti privati come di quelli pubblici; ma anche delle situazioni di diritto pubblico, di nuovo degli uni e degli altri.

Inoltre, anche per l'Amministrazione vale il principio generale dell'obbligo di adempimento di quelle che, appunto, sono definite le sue obbligazioni: anche qui, indipendentemente dal carattere privato o pubblico di queste, o, almeno, della loro fonte, e dei soggetti titolari dei correlati diritti. Nonché il principio della responsabilità per danni conseguente al loro inadempimento: secondo la formula dell'art. 1218 c.c., della responsabilità c.d. contrattuale, la quale, ben s'intende, consegue all'inadempimento di qualsiasi obbligazione, ossia anche a quelle aventi diversa origine (sulla pluralità delle loro fonti, cfr. il precedente art. 1173 ugualmente applicabile pure all'Amministrazione).

E ancora: anche l'Amministrazione, nelle sue manifestazioni di diritto pubblico non meno che in quelle di diritto privato, è tenuta all'osservanza delle regole generali di comportamento che vincolano tutti i soggetti dell'ordinamento; anche se in limiti variabili nelle varie ipotesi, secondo criteri di cui non si può qui anticipare la precisazione. In questa notazione su tali regole, è ovvio il riferimento almeno ai principi di buona fede e di correttezza, nonché a quello del rispetto degli affidamenti che l'Amministrazione medesima, col suo agire, avesse ingenerato in altri.

4. Segue; in particolare: le situazioni giuridiche di diritto comune dei soggetti privati

L'applicazione al diritto amministrativo della teoria delle situazioni giuridiche soggettive, d'altra parte, ha inciso notevolmente pure nella definizione del ruolo complessivo che nell'ordinamento hanno i soggetti privati, e delle loro specifiche posizioni. Come implicazione diretta e immediata della inserzione in tale ordinamento, della stessa Amministrazione: come soggetto, o, meglio, come complesso di soggetti; e, quindi, delle loro situazioni giuridiche: soprattutto di quelle che sono loro peculiari. Giacché l'ordinamento che ne risulta, si manifesta, soprattutto nella prospettiva istituzionale qui accolta, appunto come generale: nel senso che abbraccia tutti i suoi soggetti di diritto, pubblici o privati che siano; e consiste nelle regole e negli assetti concernenti tutte le loro situazioni giuridiche, ugualmente pubbliche o private che siano; nonché tutti i loro rapporti reciproci, inclusi quelli che tali potrebbero dirsi solo in senso generico e a-tecnico. E comprende tutti tali soggetti, disciplina tutte tali situazioni e rapporti, nella propria inscindibile unità (cfr. le considerazioni già anticipate nel par. 2 dell'*Introduzione*).

Il primo profilo sotto il quale è percepibile l'incidenza che, in quella prospettiva istituzionale ora richiamata, la teoria suddetta ha avuto sulla configurazione delle situazioni giuridiche di soggetti privati, concerne la diversa e più completa definizione che devono assumere le stesse situazioni di diritto comune di questi soggetti (ma anche dell'Amministrazione, quando siano espressione della sua capacità privatistica): in quanto vengono collocate in una visione unitaria di esse, con le situazioni giuridiche e i poteri dell'Amministrazione, in quanto vi incidano, o vi si correlino.

Vi è un campo particolarmente ricco di potenzialità di esemplificazioni: la proprietà privata, soprattutto quella immobiliare. In seguito all'adozione del nuovo punto di vista accennato, infatti, i limiti del diritto del proprietario derivanti dai rapporti di vicinato, non possono più essere circoscritti a quelli conseguenti dalla contiguità del fondo con altri fondi di proprietà privata, secondo le norme del codice civile; e, eventualmente, al suo assoggettamento alle servitù previste ugualmente da questo: tali limiti, ora, devono venire delineati tenendo conto pure dei vincoli (ma anche delle possibilità), scaturenti dalla contiguità del fondo stesso con aree pubbliche rette dal regime demaniale, e, eventualmente, dal suo assoggettamento a servitù pubbliche.

Inoltre, vanno pure considerati i limiti che alle possibilità di godimento dell'immobile da parte del suo proprietario, possono essere imposte dall'Amministrazione mediante l'adozione di un provvedimento di sua competenza: come potrebbe essere l'assoggettamento dell'immobile stesso a

vincolo paesaggistico, o a vincolo artistico, storico, archeologico, ecc.

E ancora: in una definizione del diritto di proprietà privata che si voglia rendere completa, non si può prescindere dai poteri che ha l'Amministrazione, di determinare concretamente il modo di esercizio di talune facoltà del suo proprietario: si pensi alle discipline delle modalità e dei limiti di utilizzazione edilizia che è dettata dai piani regolatori o dai regolamenti edilizi. E dai poteri che ha l'Amministrazione medesima, di sottrarre al proprietario la proprietà sul bene, o, quanto meno, la disponibilità di esso: come i poteri di espropriazione, di requisizione, o di occupazione d'urgenza.

5. Segue: e quelle di diritto amministrativo

D'altra parte, l'applicazione al diritto amministrativo della teoria delle situazioni giuridiche soggettive, ha comportato pure un'altra serie di conseguenze di grande rilevanza, relativamente alla determinazione delle posizioni di soggetti privati (e pubblici, ma in quanto si manifestino nell'esplorazione della loro capacità privatistica): la possibilità di definire così, posizioni di tali soggetti che solo in tale diritto sono configurabili; anche se di definirle, correlativamente, in modo da porre in evidenza e precisare le loro peculiarità.

Il significato di questa osservazione può cominciarsi a chiarire già a partire dalle esemplificazioni ora accennate; e sia pure, largamente, solo in quanto si isolino profili particolari della posizione del proprietario, che per altro verso sono stati prima ricondotti all'interno del suo diritto di proprietà. Giacché è specifico del diritto amministrativo, infatti, l'atteggiarsi del diritto di proprietà, rispetto alle sue limitazioni che sono di diritto pubblico. O alla possibilità di esercizio da parte dell'Amministrazione, di suoi poteri che ne circoscrivono o ne condizionano in vario modo l'esercizio: come quelli di regolare l'utilizzazione edilizia dei suoli, o di vincolare gli immobili per esigenze di tutela del paesaggio, o del patrimonio nazionale artistico, storico, archeologico, ecc. O alle conseguenze dell'esercizio suddetto: alle modificazioni che per la proprietà derivino, dall'attribuzione di tale possibilità di sua utilizzazione edilizia, o dall'imposizione di tali vincoli. O al rischio, o alla aspettativa, che l'Amministrazione elimini tali possibilità o tali vincoli, modificando il piano regolatore, o, in genere, esercitando i poteri che le spettano sui suoi atti: quei poteri di secondo grado, di cui i più importanti sono l'annullamento e la revoca, come sarà descritto in seguito, nella pertinente parte di questo *Manuale*.

Ma, soprattutto, i casi più tipici delle situazioni di diritto pubblico di soggetti privati, cui è dedicato il presente paragrafo, sono quelli che non

hanno alcun nesso con loro situazioni di diritto comune. Ed è in riferimento ad esse che vanno svolte altre considerazioni: con l'esplicita avvertenza, peraltro, che tra queste posizioni, e quelle precedenti così fortemente insite in diritti privatistici da poter essere considerate semplici loro manifestazioni, esistono pure ipotesi intermedie di cui si dovrà tenere conto in seguito, a suo luogo: ossia, quando sarà descritta la tipologia dei provvedimenti amministrativi; ipotesi intermedie, che tendenzialmente si collegano a provvedimenti che allora saranno rappresentati come di tipo autorizzatorio.

Situazioni di diritto pubblico di soggetti privati, del tutto indipendenti da loro situazioni di diritto comune, possono essere individuate, in particolare, già, riprendendo esempi prima accennati nell'atteggiarsi dei loro diritti di proprietà, specie immobiliare, nella contiguità con aree demaniali, o che, comunque, non siano sottoposte ad un regime intrinsecamente analogo a quello dettato dagli artt. 832 e ss., c.c.: si pensi alle possibilità di passaggio, di affaccio, e simili, che non possono essere confuse con le analoghe servitù privatistiche. E, soprattutto, nelle posizioni costituite per effetto di provvedimenti che, in quella sede, saranno classificati, viceversa, come di tipo concessorio (v. i successivi par. 14 e 15).

Come quella del concessionario di uso di un bene demaniale: per esempio, del titolare di uno stabilimento balneare che può utilizzare per la sua collocazione una porzione del lido del mare, facente parte del demanio c.d. marittimo; o il titolare di una edicola di giornali, o di un distributore di carburante, che possono utilizzare per la loro installazione, aree facenti parte del demanio stradale. Oppure, la posizione del concessionario di un pubblico servizio: per esempio, di una autolinea extra-urbana.

Al limite, si potrebbe ammettere che, per l'inquadramento delle situazioni giuridiche attribuite a tali concessionari dai relativi provvedimenti di concessione, siano utilizzabili, ben s'intende con gli adattamenti imposti dalle loro peculiarità, le grandi classificazioni elaborate dai privatisti: come la distinzione tra diritti reali e diritti di obbligazione. Ma è evidente che esse, poi, possono presentare analogie solo men che tenui, perfino con le meno eterogenee specifiche situazioni soggettive di diritto privato cui si volessero riaccostare: come quelle dell'usufruttuario, o del conduttore, o del mandatario; e, si deve aggiungere, pure dell'appaltatore: per quanto sulla distinzione tra concessione e appalto vi siano problemi e dispute di cui si darà conto nelle parti di questo *Manuale* dedicate ai contratti dell'Amministrazione, e al modo di prestazione dei pubblici servizi.

Tanto più che, nei casi ora considerati, le situazioni indicate, prettamente di diritto pubblico, ma configurabili in riferimento a soggetti viceversa privati, non sono le sole: sono sì le principali, ma in vicende nelle quali ne ricorrono anche altre, ugualmente pertinenti a tali soggetti. In particolare: le loro posizioni originarie rispetto alle possibilità di esercizio da parte dell'Amministrazione dei suoi poteri concessori; posizioni

che sono definibili come loro aspettative a che essa li eserciti in senso positivo, ossia assentendo le concessioni che hanno richiesto; accanto alle quali si devono porre le altre, di segno opposto, di operatori già sul mercato, che dall'assenso di nuove concessioni risentirebbero un aumento di concorrenza, e, quindi, un pregiudizio. E l'atteggiarsi delle situazioni giuridiche di vantaggio (o di svantaggio), costituite mediante i relativi provvedimenti di concessione, rispetto ai poteri che l'Amministrazione ha, di eliminarle o di ridurle: annullamento d'ufficio, revoca, risoluzione, decadenza, ecc. (cfr., *infra*, i paragrafi 25 e ss.).

Da queste considerazioni, sono desumibili i primi elementi di classificazione delle situazioni giuridiche di soggetti di diritto privato: pubblicistiche, e non privatistiche, ma comunque sempre da doversi inquadrare nell'unico ordinamento generale, nell'ordinamento generale che unitariamente ricomprende insieme le une e le altre.

Anzitutto, si devono annoverare le loro situazioni originarie di vantaggio, a cominciare dal diritto di proprietà, còlte nel loro atteggiarsi nei confronti dell'azione dell'Amministrazione: nel loro atteggiarsi rispetto alla sua possibilità di esercizio, dei suoi poteri di cui sono espressione i suoi provvedimenti sfavorevoli per i loro destinatari, in particolare di quelli ablativi di loro beni, e, in genere, di imposizioni di vincoli su questi. Inoltre, quel che di quelle situazioni di vantaggio residua, dopo l'adozione dei provvedimenti suddetti. E, infine, le aspettative rispetto al successivo, possibile esercizio da parte dell'Amministrazione, dei suoi poteri di annullamento, di revoca, e altri, mediante i quali può eliminare tali provvedimenti medesimi, o, almeno, la persistenza dei loro effetti. E in modo più o meno analogo andrebbero delineate le situazioni pubblicistiche dei soggetti di diritto privato, rispetto a provvedimenti ugualmente sfavorevoli, ma di imposizione di vincoli viceversa di comportamento: giuridico, come i provvedimenti di fissazione di prezzi in contrattazioni tra tali soggetti; o di fatto, come possono disporre numerosissime ordinanze, peraltro di diversissimo contenuto e natura giuridica.

Per contro, secondo linee opposte vanno disegnate le situazioni giuridiche ugualmente pubblicistiche di soggetti privati, rispetto a provvedimenti che viceversa siano favorevoli; e, da questo punto di vista, possono essere considerati unitariamente tanto i provvedimenti di tipo autorizzatorio come quelli di tipo concessorio: per quanto essi siano diversificati rispetto agli altri loro profili, come sarà descritto a suo tempo (cfr., *infra*, i paragrafi 12 e ss.). E cioè: aspettative alla loro emanazione; situazioni di vantaggio derivanti da questa; soggezione alle possibilità di loro eliminazione successiva.

Nella esposizione, per quanto schematica e sommaria, del quadro delle situazioni giuridiche pubblicistiche di soggetti privati, per quanto si sia fatto riferimento il più possibile ai provvedimenti che in vario modo

rilevano positivamente per esse, o vi incidono negativamente, non si è potuto fare a meno di richiamare continuamente i poteri dell'Amministrazione: inevitabilmente, perché tali provvedimenti sono espressione di tali poteri; e perché tali poteri, sono le possibilità giuridiche di emanare tali provvedimenti. Così che si può concludere nel senso che quelle situazioni di soggetti privati solo in prima approssimazione si definiscono pressoché esclusivamente in rapporto a provvedimenti dell'Amministrazione. In realtà, esse rilevano in contrapposizione ai suoi poteri di cui quei suoi provvedimenti sono esplicazione: nelle varie e differenziate relazioni nelle quali si pongono nei loro confronti. Sono questi poteri, allora, che ora emergono nel quadro nelle situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo: con rilievo dominante rispetto a quelle, anche pubblicistiche, dei soggetti privati. Ed è sulla figura del potere giuridico che, perciò, adesso si deve spostare l'attenzione: come fattore necessario per ogni più precisa loro definizione.

6. La dinamica delle situazioni giuridiche soggettive: il potere giuridico e l'effetto *ex lege*

Il potere giuridico di un soggetto di diritto è (in primo luogo, anche se, come vedremo, non solo), la sua possibilità di determinare la dinamica delle concrete situazioni giuridiche, privatistiche o pubblicistiche: di diritto, di obbligo, ecc.; di quelle fin qui considerate, cioè, sia pure solo per grandi linee. Ossia, la sua possibilità di costituirle, modificarle o estinguerle. E la precisazione dei suoi caratteri implica un ragionamento a due poli: la accennata teorizzazione come poteri della possibilità di incidere su tali situazioni giuridiche stesse, da un lato; e il rapporto che con le vicende di queste, ha viceversa la norma, dall'altro.

Questa può prevedere che una concreta situazione giuridica di un soggetto si costituisca, si modifichi o si estingua, al verificarsi di determinati presupposti. Non solo, come è più frequente, in relazione ad un solo soggetto, ma, talvolta, anche ad una loro pluralità, o addirittura ad una intera loro categoria: si pensi, per esempio, alla possibilità che una nuova legge concernente gli esercenti un dato mestiere, imponga loro l'obbligo di iscriversi in un apposito registro entro un dato termine, a pena della illiceità della prosecuzione della loro attività; quindi, faccia sorgere una situazione vincolata; e la faccia sorgere a carico di tutti gli appartenenti alla categoria; e automaticamente: in dipendenza della sussistenza di un dato presupposto, costituito dalla loro presenza sul mercato. Oppure, che, sempre in presenza di analoghi presupposti, subiscano vicende del genere più situazioni giuridiche concrete, perfino intere loro serie: si

pensi alle conseguenze giuridiche in ordine ad una molteplicità di situazioni e rapporti, di fatti come la nascita o la morte di una persona.

Riceviamo dalla dottrina del diritto privato, alle cui trattazioni anzitutto istituzionali si rinvia in proposito, la nozione di fatto giuridico: come del fatto al cui realizzarsi quelle vicende si ricollegano. E le principali sue classificazioni: fatto naturale, comportamento umano. E, tra i comportamenti umani, anche l'atto giuridico: come un atto al cui compimento da parte di un soggetto, come al verificarsi di ogni altro fatto giuridico, l'ordinamento ricollega le conseguenze giuridiche che predetermina. Atto giuridico che può essere di diritto privato; oppure che, tralasciando la considerazione degli altri rami del diritto, di diritto amministrativo: può essere un atto, appunto, amministrativo. In tutti questi casi, compreso quello in cui il fatto giuridico sia costituito da un atto, gli effetti che si producono in concreto, anzitutto sono definiti imperativamente dalla norma; e, per di più, derivano giuridicamente da essa, in modo immediato e automatico: così che essi devono essere qualificati effetti *ex lege*.

Però la dottrina, e di nuovo in primo luogo quella privatistica, o, almeno, larga parte di essa, ha individuato un diverso modo di produzione giuridica di effetti: di costituzione, modificazione o estinzione di situazioni giuridiche, in particolare soggettive. Quando questi effetti paiono derivare, piuttosto, dalla volontà di un soggetto. E quando tali effetti, dunque, anzitutto sono definiti da questo soggetto, e non dall'ordinamento giuridico, sia pure entro margini che questo medesimo circoscrive; e, inoltre, sono prodotti dall'atto di quel soggetto, e non da una norma dell'ordinamento giuridico stesso, che, in realtà, si limita solo a riconoscerli.

L'osservazione non significa affatto che pure in questa diversa ipotesi la norma non debba intervenire. Qui, anzi, si deve considerare più correttamente, che è l'intero ordinamento generale di cui essa fa parte, che deve intervenire. Anche se in modo diverso da quello accennato a proposito dei fatti e atti giuridici prima considerati. Ossia, attribuendo quella che si dirà l'efficacia anche nei propri confronti, alla volontà del soggetto che ha voluto, e, quindi, agli effetti della sua volizione. E, perciò, secondo linee per la cui ricostruzione è essenziale distinguere due nozioni spesso viceversa confuse: quelle di effetti, che sono comunque immediatamente propri della volizione del soggetto privato; e di efficacia, che concerne la loro ulteriore rilevanza per l'ordinamento generale. Il quale, della volontà di tale soggetto, e dell'atto che la manifesta, opera un riconoscimento. Ben s'intende, quando sia espressa nelle forme che l'ordinamento medesimo prescrive: per esempio, lo scritto per la costituzione di diritti reali su immobili. E si mantenga entro i limiti di sostanza che esso imponga: si pensi, per esempio, al divieto di patto commissorio, o di determinazione dei corrispettivi in dati contratti, superiori a prezzi o canoni fissati imperativamente.

Un simile riconoscimento della volontà privata da parte dell'ordinamento generale, è passaggio ineludibile per una ulteriore conseguenza di

importanza decisiva: la garanzia di effettività di tale volontà, che l'ordinamento medesimo le presta; e che gliela presta, assicurandogliela mediante i propri apparati giurisdizionali e repressivi. Senza questo riconoscimento della volontà privata, senza questa garanzia che l'ordinamento le fornisce, essa, praticamente, si ridurrebbe a ben poca cosa. Così che, tale ordinamento deve intervenire pure quando sia tale volontà di suoi soggetti, e non una sua norma, a definire e a determinare direttamente i propri effetti, perché, altrimenti, la rilevanza giuridica di quella volontà medesima, avrebbe scarsa consistenza reale.

Poiché questo diverso modo di produzione degli effetti giuridici è stato prospettato originariamente soprattutto dagli studiosi del diritto privato, esso è stato delineato in primo luogo in relazione ai negozi dei soggetti individuali, e con una accentuazione dei loro atteggiamenti volitivi: di qui, la classica definizione di questi negozi stessi come manifestazioni della volontà di chi li pone in essere. Ma con l'attenzione che, successivamente, è stata dedicata alla vicenda anche dagli studiosi del diritto pubblico in genere, e amministrativo in specie, e con l'utilizzazione di ulteriori, raffinate elaborazioni concettuali delle quali è esemplare la teoria organica, si è ricollegato quel medesimo modo di produzione degli effetti giuridici anche all'azione di enti, particolarmente pubblici: quindi, ai loro provvedimenti. La dottrina più recente, tuttavia, tende a mutare la prospettiva nella quali tale azione e tali provvedimenti andrebbero inquadrati: delineandoli in modo oggettivo, e depurandoli dalla rilevanza degli atteggiamenti soggettivi delle varie persone fisiche che, in qualità di agenti degli enti stessi, hanno determinato la loro adozione da parte di questi.

7. La dinamica delle situazioni giuridiche soggettive: l'autonomia e il potere giuridico

Questo modo peculiare di produzione e determinazione degli effetti di un atto giuridico, questo modo peculiare di suo riconoscimento da parte dell'ordinamento generale, costituisce l'essenziale della nozione di autonomia che si è già anticipata (cfr. il par. 3 dell'*Introduzione*): dell'autonomia di un soggetto intesa come la sua capacità di disciplinare il proprio comportamento con proprie decisioni; con decisioni, appunto, autonome. Quindi, in un certo senso, di darsi autonomamente un proprio ordinamento.

Di una nozione di autonomia, peraltro, che allora si disse assai ampia. Perché comprendente non solo la possibilità di adottare atti che comunemente sono detti normativi: in quanto aventi carattere di astrattezza, o, perlomeno, di generalità. Ma anche atti che si riferiscono a concrete e

singole situazioni giuridiche soggettive: in quanto le costituiscano, modifichino o estinguano, come espressione della volontà del soggetto che le adotta; ossia, con effetti che l'ordinamento generale non definisce né determina direttamente, ma che riconosce solo.

Di questa particolare rilevanza giuridica di certi atti, è segno la particolarità della loro denominazione: in diritto privato, sono detti negozi; in contrapposizione agli altri atti alla cui adozione si verificano effetti *ex lege*, qualificati come atti non negoziali, o meri atti giuridici. D'altra parte, gli atti giuridici, in quanto comportamenti umani produttivi di effetti giuridici, sono una specie del genere «fatti giuridici». Come, a loro volta, i negozi lo sono degli atti giuridici: in quanto anch'essi sono ugualmente comportamenti umani aventi analoghi effetti giuridici. Ma sarebbe assai riduttivo, e del tutto fuorviante, vedere i negozi solo come una specie di atti: perché questa loro classificazione verrebbe a mettere in ombra che essi producono i loro effetti secondo moduli concettuali radicalmente differenti, ed anzi opposti, rispetto alla definizione e alla consequenzialità meramente *ex lege* propria degli effetti degli atti non negoziali, e dei fatti giuridici in genere. Da questo diverso punto di vista, i negozi sono atti giuridici che non si pongono affatto come specie di una categoria che comprenda anche gli atti giuridici non negoziali: ma a questi, e ai fatti giuridici in genere, paiono piuttosto contrapporsi.

La descritta ricostruzione dei negozi e dell'autonomia di cui sono espressione, è stata delineata da parte della dottrina del diritto privato, in riferimento a questo. Ma essa deve poter valere anche per il diritto amministrativo.

Anzitutto, si osserverà che questo allargamento di prospettiva implica anche l'estensione del campo degli atti di soggetti privati cui si applicabile la distinzione tratteggiata: perché viene a ricomprendervi pure gli atti di tali soggetti, per esempio loro istanze, che essi rivolgono all'Amministrazione, e si connettono a sue attività pubblicistiche.

Anche tali atti di privati producono effetti giuridici. Così, le istanze suddette, prese come esempio, se presentate in presenza dei presupposti voluti dalla norma, da parte di soggetti aventi i requisiti parimenti prescritti, e dotate dei necessari elementi di sostanza e di forma, costituiscono nell'Amministrazione il dovere di provvedere in merito, eventualmente proprio nel modo che l'istante aveva chiesto. Tali atti, tuttavia, almeno in linea di principio, hanno contenuti e producono effetti che paiono essere tutti compiutamente determinati dalla norma medesima. Essi, perciò, sembrano dover essere ascritti alla categoria degli atti non negoziali, dei meri atti giuridici.

Diversa pare essere l'ipotesi delle convenzioni che stipulino privati e Amministrazione: i cui contenuti, e, conseguentemente, i cui effetti, paiono essere più definiti dalla volontà delle parti, quindi anche da quelle del soggetto privato. E che, perciò, meglio si accostano alla categoria dei negozi: anche se con un più netto carattere pubblicistico.

Non vi è dubbio, peraltro, che le conseguenze più importanti dell'applicazione al diritto amministrativo dei concetti delineati, riguardino l'inquadramento degli atti dell'Amministrazione, e della sua autonomia.

Anche nell'ambito degli atti amministrativi, infatti, la dottrina ha enucleato la categoria dei c.d. provvedimenti: come atti produttivi di effetti giuridici; come atti che costituiscono, modificano o estinguono situazioni soggettive o rapporti giuridici. E produttivi di tali effetti, in conformità di scelte che l'ordinamento demanda ai soggetti di Amministrazione, e che questi adottano. Tipicamente: espropriazioni e altri provvedimenti ablativi, ordinanze, autorizzazioni, concessioni.

I provvedimenti si contrappongono agli atti amministrativi non provvedimentali, ai meri atti amministrativi: che, viceversa, non producono effetti del genere. O perché si pongono in una posizione meramente strumentale rispetto alla emanazione di provvedimenti, o sono a questi accessori, e comunque fanno tutti normalmente parte dei procedimenti mediante i quali sono adottati; per esempio: pareri, o atti di controllo integranti l'efficacia dei provvedimenti medesimi. O perché, pur avendo di per sé una rilevanza giuridica compiuta, hanno una funzione giuridica diversa da quella di produrre gli effetti suddetti; per esempio: certificazioni, attestati, e così via.

È evidente che solo per i provvedimenti sarebbe rintracciabile quel collegamento tra determinazione da parte dell'Amministrazione e loro effetti, che non appare riconducibile al modulo della definizione e della produzione degli effetti *ex lege*: il quale, d'altra parte, sembra attagliarsi perfettamente ai meri atti amministrativi ora esemplificati. E, anzi, il collegamento suddetto, nei provvedimenti, pare sussistere realmente: il che giustifica il loro accostamento ai negozi di diritto privato; ben s'intende, solo da questo punto di vista.

Perciò, le possibilità che ha l'Amministrazione di emanare provvedimenti, possono essere viste come facenti parte della sua autonomia. In quanto di questa, in generale, si abbia una nozione ampia; una nozione non limitata alla adozione di atti generali e astratti: per l'Amministrazione medesima, dei suoi statuti e dei suoi regolamenti.

Anche in questa prospettiva, emerge compiutamente la figura dell'Amministrazione, o, meglio, delle Amministrazioni: come soggetti dell'ordinamento generale. Come soggetti dell'ordinamento generale tra soggetti dell'ordinamento generale. Come soggetti pubblici dell'ordinamento generale, accanto ai suoi soggetti privati. E, al pari di questi, come soggetti aventi una propria autonomia: l'autonomia che il medesimo ordinamento generale attribuisce o riconosce a tutti i suoi soggetti; ma che anche misura per tutti, nella trama delle loro relazioni reciproche.

Di qui, la centralità che, nel quadro delle situazioni giuridiche soggettive-

ve in diritto amministrativo, e delle loro vicende, hanno le possibilità delle Amministrazioni di adottare provvedimenti: i loro poteri, cioè.

8. I poteri giuridici tra capacità del soggetto e le sue situazioni soggettive

All'origine del grande sviluppo della nozione di potere giuridico, sembra che si debbano individuare il rilievo di una distinzione, e una tendenza ad approfondirla. Il rilievo della profonda eterogeneità che deve essere ravvisata, tra la possibilità del titolare di una concreta situazione di vantaggio, di goderne in fatto, e quella di disporne giuridicamente: tra la possibilità del proprietario di un appartamento, per esempio, di abitarlo, e quella di venderlo o di affittarlo. E la tendenza, quindi, ad accentuare tale eterogeneità, e a svolgerla, fino a delineare questa seconda possibilità con tratti molto diversi dalla prima. Con una implicazione inevitabile: se la facoltà di godere in fatto di una cosa non può essere espunta, ovviamente, dal contenuto di quel che è definito come il diritto soggettivo, come il diritto di proprietà, è la possibilità di disporne giuridicamente, allora, che viene a dover essere percepita come una situazione giuridica differente e ulteriore.

Nella sterminata elaborazione teorica della materia, conseguentemente, è possibile rilevare un primo orientamento: quello nel senso che la possibilità di produrre trasformazioni di situazioni giuridiche, la loro costituzione, modificazione o estinzione, è esercizio di una situazione giuridica assai differenziata da esse; se la si vuole definire ancora e comunque come un diritto soggettivo, allora questo deve essere delineato e perfino denominato con tratti e termine distinti da quelli delle posizioni di vantaggio incise con la sua esplicazione. Un diritto soggettivo che, per marcare il suo carattere dinamico, e l'atteggiarsi dei conseguenti effetti del suo esercizio come espressione della volontà del suo titolare, venne qualificato come un diritto potestativo. Le applicazioni più note del concetto così elaborato, forse si collocano al di fuori delle possibilità negoziale: a cominciare dalla costruzione dell'azione sostenuta dal CHIOVENDA, che qui è d'obbligo richiamare subito, come di un diritto potestativo del titolare di un diritto soggettivo, di domandarne la tutela giurisdizionale.

Questa, comunque, è solo una delle tesi sostenute in materia. E poiché è impensabile poter valutare criticamente qui le varie ricostruzioni proposte, e il non meno vario modo di intenderle, ci si limiterà a notare che altra sembra la costruzione in grado di dare rappresentazione più adeguata della possibilità negoziale di diritto comune; come, del resto, di quella dell'Amministrazione di adottare provvedimenti.

Il punto di partenza per la definizione di tale diversa situazione giuridica soggettiva deve essere individuato nell'osservazione che la possibilità di costituire, modificare o estinguere concrete situazioni giuridiche, pare porsi non solo all'esterno di queste: anche, e soprattutto, su un piano più ge-

nerale e, quindi, superiore. Così, il potere negoziale di un soggetto privato in ordine a diritti reali, va delineato come estrinseco a questi diritti stessi; come essenzialmente unitario, pur essendo esercitabile nei confronti di tutti loro; quindi, come determinabile solo ad un livello più elevato rispetto ad essi.

Certamente, si può disegnare una nozione unitaria del diritto di proprietà: estrapolabile da tutti i diritti di proprietà che un soggetto ha su tutte le cose sue, e, anche, dei diritti di proprietà che tutti i soggetti dell'ordinamento possono avere su tutte le cose più eterogenee, mobili o immobili che sia, che l'ordinamento medesimo di quel diritto rende possibile oggetto; ossia, mediante la precisazione di alcuni suoi tratti essenziali, che in tutte quelle posizioni di vantaggio siano riscontrabili. Ma questa operazione logica ha il carattere della sola ricostruzione di un modello astratto di una data situazione giuridica soggettiva, a partire dalle infinite posizioni nelle quali in concreto ricorre. Mentre quando si accenna alla possibilità di fare contratti o di adottare provvedimenti, ci si riferisce immediatamente ad una figura che non solo non è riscontrabile in concreto nelle trasformazioni delle varie situazioni giuridiche che attua: non è neppure delineabile se non come intrinsecamente unitaria riguardo alla pluralità indefinita di esse; in cui è inevitabilmente insito, dunque, il tratto della sua generalità nei loro confronti.

Questi suoi profili vanno approfonditi. Ma, proprio per facilitare la loro spiegazione, prima ancora va risolta la questione terminologica. Si dirà subito, perciò, che ha prevalso la denominazione della possibilità di costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche concrete, come un potere: un potere che, in quanto attribuito ad un soggetto, o riconosciuto dal diritto, da un ordinamento giuridico, è un potere giuridico. Talvolta, si usa anche il termine di potestà: che, quando non è inteso come un suo sinonimo, sembra individuare piuttosto una sua specie, contrassegnata da una sua funzionalizzazione intrinseca, ma, per altro verso, anche dalla sua autoritarietà; la quale ricorre con evidenza nella possibilità dell'Amministrazione di adottare provvedimenti unilaterali, ma che non è estranea anche ad alcune posizioni di diritto comune.

Il potere giuridico, dunque, come la possibilità, appunto giuridica, di costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche soggettive. Ed è in contrapposizione alla molteplicità di queste, e delle loro vicende, che risalta la sua unicità: è il medesimo potere negoziale di una persona fisica, per esempio, quello che essa esercita, ogni volta che compra o vende una cosa; è il medesimo potere di concedere usi particolari di beni demaniali, poniamo, quello che esercita un comune, quando attribuisce utilizzazioni esclusive di qualsivoglia sua area pubblica, a qualsivoglia concessionario, e secondo qualsivoglia successione dei beneficiari.

Il potere giuridico, un potere giuridico, allora, trascende le singole situazioni giuridiche sulle quali incide. Che, d'altra parte, sono infinite: al-

meno potenzialmente. E se non si esaurisce in ciascuna di esse, neppure può risolversi nel loro complesso: perché più che una loro manifestazione, si atteggia come un attributo del suo titolare. E se non pare esatto identificarlo puramente e semplicemente con la capacità giuridica di questo, di sicuro di questa sua capacità è espressione immediata: più immediata dei diritti e delle facoltà che gli possono spettare, in ordine alle quali il suo potere può essere esercitato. Se la capacità di un soggetto di essere titolare di situazioni giuridiche, la sua capacità giuridica, cioè, è il modo e la misura della sua soggettività nell'ordinamento, che l'ordinamento gli attribuisce o gli riconosce, allora è anzitutto la titolarità da parte sua di poteri, che connota il ruolo che l'ordinamento medesimo gli assegna; e il rilievo è particolarmente pertinente alla figura delle Amministrazioni come soggetti dell'ordinamento, la cui soggettività di diritto pubblico è delineata in primo luogo dai poteri di adottare atti unilaterali e autoritativi, di cui esso l'investe: dai suoi poteri di emanare provvedimenti.

9. Titolarità ed esercizio del potere giuridico

La nozione di potere giuridico che si è delineata, appare preferibile perché, come si vedrà, più, e più pertinentemente e coerentemente di altre, sembra poter rappresentare aspetti salienti del nostro sistema.

Anche a proposito di questa definizione di potere giuridico, infatti, si devono ripetere le considerazioni già prima accennate, in riferimento all'intera teoria delle situazioni giuridiche soggettive: simili nozioni non sono altro che mere costruzioni concettuali che disegna l'interprete dell'ordinamento, di un qualsiasi ordinamento, al fine di rappresentarne i contenuti. Perciò, parametro pertinente della loro validità è, più che una loro difficilmente ipotizzabile fondatezza, la loro effettiva idoneità al raggiungimento di questo obiettivo: la loro accettabilità è tanto maggiore, quanto più numerosi sono i problemi ricostruttivi di tale ordinamento che riescono a risolvere, e quanto meglio e con più aderenza al loro oggetto riescono a risolverli; ben s'intende, col rispetto del fondamentale principio della loro coerenza interna.

Di tale nozione di potere giuridico, e proprio per l'importanza e l'utilità delle implicazioni che ne derivano, deve essere sottolineato subito un aspetto che è già emerso come essenziale: la distinzione dell'esercizio del potere medesimo dalla sua esistenza e titolarità. Questa distinzione è già stata utilizzata, per basarvi la descrizione delle norme che riguardano i poteri dell'Amministrazione: per individuare e sviluppare quella contrapposizione che pare del tutto fondamentale, tra le norme che le attribuiscono tali poteri, circoscrivendone i confini, e quelle che si limitano a regolarne il solo esercizio.

Questo tema, così centrale, è stato già trattato (v., in particolare, il paragrafo 3 dell'*Introduzione*), e sarà ripreso di nuovo tra poco. Qui occorre sottolineare che la scissione dell'esercizio del potere dalla sua titolarità, consente, tra l'altro, di descrivere con coerenza vari aspetti comunemente accettati dell'agire giuridico delle pubbliche Amministrazioni: nel senso che è coerente col disegno di tali aspetti che è più generalmente condiviso, ma anche nel senso che ad esso dà maggiore coerenza.

Il potere giuridico, infatti, si presenta come una situazione eminentemente dinamica; ma la scissione del suo esercizio dalla sua titolarità permette, ciò malgrado, di ascrivere questa alla capacità giuridica e non a quella di agire, del soggetto cui spetta: come la titolarità di ogni altra situazione giuridica soggettiva. Con l'implicazione che l'attribuzione della titolarità di un potere, postula la soggettività giuridica della entità cui è attribuito: di nuovo, come l'attribuzione della titolarità di ogni altra situazione giuridica soggettiva.

Ora, le pubbliche Amministrazioni, per un verso, in quanto enti, non possono operare che per mezzo di persone fisiche che si pongano come loro agenti. Ma, per un altro verso, almeno quando operano mediante provvedimenti, esprimono poteri di cui non possono non essere o non rimanere uniche titolari, perché ineriscono alla loro particolare capacità di diritto pubblico: pur se agiscono mediante l'azione di tali persone fisiche e agenti. Perché tali poteri trascendono la capacità giuridica di tali persone fisiche, di tali agenti: la quale, viceversa, non può essere che quella di diritto comune.

Questa specificità dell'attribuzione alle Amministrazioni impone, tra l'altro, che le sia imputata direttamente addirittura l'azione giuridica delle persone fisiche loro agenti, e non solo i suoi effetti, come sarebbe proprio del rapporto di rappresentanza. Ed è a questa esigenza che risponde la costruzione del rapporto organico: perché suo tratto essenziale è la c.d. immedesimazione con l'ente delle persone fisiche agenti; ed è tale compenetrazione di queste con quello, l'unico fattore in grado di spiegare che gli vengono imputati non soltanto gli effetti dei loro provvedimenti, ma i loro provvedimenti medesimi. Ma, per un verso, l'ente, la sua esistenza, la sua identità, non si esaurisce nel complesso dei suoi organi, e tanto meno in quello dei suoi agenti; ed è l'entità irrisolvibile in questi, che ne costituisce la soggettività, la capacità giuridica: cui può ben venire ricollegata la titolarità dei suoi poteri. E, per un altro verso, l'immedesimazione degli agenti per l'ente con l'ente, postulata dalla nozione di rapporto organico, implica l'irrilevanza della loro soggettività giuridica: che non può essere loro riconosciuta né in quanto persone fisiche, giacché essi, quando operano come organi, non agiscono come tali, ma come ente; né in quanto organi, perché, come

si è visto, la soggettività giuridica può essere riferita solo all'ente di cui si pongono come mere articolazioni. E, allora, è solo la scissione dell'esercizio del potere dalla sua titolarità, che consente di dare coerenza all'insieme: perché permette di configurare gli organi come fattori per definizione privi di soggettività giuridica propria, legittimati all'esercizio, e unicamente all'esercizio, di poteri di cui, parimenti per definizione, non possono essere considerati titolari (sulla correlata pertinenza della personalità giuridica ai soli enti, e non anche ai loro organi, cfr. anche, *supra*, il paragrafo 2 di questo medesimo cap. 4).

10. Poteri giuridici e atti giuridici

Fin qui, di potere giuridico si è parlato, in relazione alla possibilità di un soggetto, persona fisica o giuridica che sia, di costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche soggettive. Ma la nozione di potere è suscettibile anche di ben diversi e maggiori contenuti; e la sua denominazione può essere intesa pure in una pluralità di altri sensi.

Si parla spesso, per esempio, di potere legislativo: anzitutto inteso come uno specifico potere normativo. Che, però, oltre che determinare le vicende di singole situazioni giuridiche soggettive, le prevede, le modella e le disciplina in generale. E, anzi, come si vedrà tra poco, questo sembra essere il suo ruolo più proprio.

D'altra parte, potere legislativo è espressione che contrassegna pure una intera funzione fondamentale dello Stato: con un significato notevolmente diverso, e più ampio, di quello attribuibile al potere normativo specifico che si è detto: pur se questo ne costituisce la manifestazione più saliente. E anche se viene circoscritto ai suoi aspetti oggettivi, escludendone quelli soggettivi. In questo altro senso, allora, ma non senza alcune differenziazioni, si parla anche di potere giurisdizionale, o giudiziario. E anche di potere amministrativo: come sintesi complessiva di tutte le possibilità di agire che l'ordinamento attribuisce o riconosce all'Amministrazione in quanto tale.

Inoltre, anche all'interno di ogni singolo ramo del diritto, è normale collegare comunque la nozione di potere, al compimento di atti giuridici che, però, presentano una rilevanza giuridica assai disuguale: con un procedimento logico che, allora, non può non imporre una articolazione corrispondente. Così, con un esempio tratto dal diritto privato, si dirà che è intuitivo che altro è, poniamo, il contratto costitutivo di un diritto di obbligazione ad una prestazione alternativa a scelta del creditore, e altro è l'atto col quale questi, svolgendo il rapporto obbligatorio fondamentale, esercita l'opzione: se anche la sua possibilità di adottarlo all'interno di tale rappor-

to, viene configurata come un potere (unilaterale), questi ha tratti e rilievo ben diversi e assai più circoscritti del potere (consensuale), di cui è espressione lo stesso contratto di base.

Anche da questo punto di vista viene ad emergere quale sia il significato principale che alla nozione e al nome di potere giuridico è più generalmente attribuito: quello che deriva da una sua correlazione biunivoca col concetto di atto giuridico; nel senso che deve definirsi tale ogni possibilità di adottare o pattuire ogni atto giuridico, come nel senso che ogni atto giuridico consiste nell'esercizio di un potere giuridico.

È evidente, allora, che sulla nozione generale di potere giuridico non possono non riflettersi tutte le distinzioni tra le diverse categorie di atti giuridici: essa stessa deve articolarsi in modo da poterle rappresentare. Fino alla configurazione solo come di una sua specificazione, del gruppo dei poteri con l'esercizio dei quali vengono costituite, modificate o estinte situazioni giuridiche concrete: dei negozi e dei provvedimenti in senso proprio. E per potere tener conto, tra l'altro, anche di una distinzione tra atti giuridici, di cui si è già segnalata la rilevanza saliente: della contrapposizione dei negozi e provvedimenti da un lato, ai meri atti giuridici, privati o amministrativi che siano, dall'altro.

La rigida corrispondenza di ogni atto giuridico con un potere giuridico, dunque, comporta che siano esercizio di poteri giuridici non solo i negozi e i provvedimenti, ma anche i meri atti giuridici, privati o amministrativi che siano; e, quindi, richiede che ai poteri giuridici di cui siano espressione tali negozi e provvedimenti, sia solo attribuita una rilevanza particolare, in confronto con gli altri; e caratteri particolari: in quanto correlati ai tratti dell'autonomia negoziale e provvedimentale, cui si è già più volte accennato.

Naturalmente, in questa sede l'attenzione, e l'applicazione di questi criteri, deve essere concentrata soprattutto sull'agire giuridico dell'Amministrazione.

In questa prospettiva, in questa parte del *Manuale* dedicata alle situazioni giuridiche del diritto amministrativo, si deve dare il massimo rilievo, tra i poteri che l'ordinamento attribuisce o riconosce all'Amministrazione, a quelli con l'esercizio dei quali essa determina le loro vicende in concreto: i suoi poteri, di cui sono espressione i suoi provvedimenti. Non devono essere richiamati qui gli altri suoi poteri potenzialmente produttivi di medesimi effetti, che, però, sono di diritto privato, a cominciare dal suo potere negoziale in genere e contrattuale in specie: che l'ordinamento le attribuisce non in quanto Amministrazione, ma in quanto suo soggetto di diritto comune, e nei limiti nei quali gliela riconosce come tale. Viceversa, devono essere ricordati qui, gli ulteriori suoi poteri cui parimenti si ricollegano gli effetti suddetti, i quali, se da un lato sono di diritto pubbli-

co, dall'altro ciò nonostante non le consentono di agire unilateralmente e autoritariamente: le permettono solo di pattuire accordi, convenzioni ecc., non prettamente di diritto comune, che saranno descritti in seguito, quando sarà trattata la sua attività consensuale.

Per completezza, peraltro, si devono accennare agli altri suoi principali poteri.

Anzitutto, a quelli sicuramente normativi, di cui sono espressione i suoi statuti e i suoi regolamenti. Essi, almeno nella loro forma pura, come si è già anticipato (cfr. il paragrafo 3 dell'*Introduzione*, e il par. 5 del capitolo 2 su *Le fonti del diritto amministrativo*), si limitano a regolare in via generale e preventiva l'esercizio, e solo l'esercizio di altri poteri che l'ordinamento attribuisce o riconosce all'Amministrazione; in particolare, quelli di cui sono espressione la concreta costituzione, modificazione o estinzione di situazioni giuridiche soggettive singole: quindi, i suddetti poteri di adottare provvedimenti, e di pattuire accordi o convenzioni di diritto pubblico, ma anche contratti di diritto privato.

Tali poteri statutari e regolamentari, quindi, di per sé non determinano vicende di tali situazioni. Però, allora si era anticipato anche che, talvolta, la legislazione attribuisce, specie ai regolamenti, pure il ruolo di completamento di sue norme: e, in questo caso, il loro rapporto con le medesime situazioni può essere vario: ugualmente può non interferire con esse, quando completino disposizioni legislative che parimenti regolino solo l'esercizio di poteri dell'Amministrazione; altrimenti, non si possono escludere loro più dirette incidenze al riguardo: quando integrino disposizioni legislative che prefigurino effetti detti, appunto, *ex lege* (v., *infra*, il par. 17).

A questi poteri dell'Amministrazione, di emanazione di atti sicuramente normativi, possono venire accostati quegli altri, di cui è espressione l'adozione di atti che, pur essendo parimenti generali, o avendo comunque una rilevanza generale, d'altra parte non hanno, o almeno non hanno con certezza tale natura. Tra questi vanno menzionati soprattutto gli atti di pianificazione, di programmazione, e così via. E, particolarmente, ed esemplarmente il piano regolatore generale: al quale sono vincolati gli atti relativi alla utilizzazione di singole porzioni dei suoli (permesso di costruire, ordine di demolizione di costruzioni abusive, ecc.); ma, sembra, più per effetto *ex lege*, che per sua autonoma forza normativa.

Poi, come si è già accennato, vi sono i poteri dell'Amministrazione, di adozione di atti che non hanno carattere o rilevanza generale: che, cioè, sono singolari come i provvedimenti; ma che, a differenza di questi, non determinano vicende di situazioni giuridiche soggettive concrete. O perché, pur avendo di per sé una compiuta rilevanza per l'ordinamento generale, per loro natura non hanno la funzione di produrre i medesimi

effetti costitutivi: certificazioni e simili. O perché sono meramente strumentali e accessori rispetto ai provvedimenti: gli atti preparatori della loro emanazione, come, per esempio, i pareri; o integrativi della loro efficacia: i (pochi) sopravvissuti atti di controllo aventi questa rilevanza, la comunicazione per i provvedimenti ricettivi, talvolta la loro necessaria accettazione da parte del privato, ben s'intende non come loro atto costitutivo (altrimenti essi, da unilaterali, si trasformerebbero in consensuali), ma solo come condizione della loro efficacia.

11. Le principali categorie di provvedimenti amministrativi e dei correlati poteri. I provvedimenti sfavorevoli

Poteri giuridici e atti giuridici, poteri giuridici dell'Amministrazione e atti amministrativi risultano così intrinsecamente correlati. E tra questi atti amministrativi, sono i provvedimenti quelli di maggiore rilevanza. Ne deriva, allora, che, nella esposizione della soggettività che l'ordinamento attribuisce o riconosce alle Amministrazioni stesse, bisogna dare maggiore spazio a quei loro poteri di cui questi costituiscono espressione: con una sommaria descrizione delle principali categorie degli uni, e, quindi, necessariamente anche degli altri.

I provvedimenti amministrativi potranno trovare solo successivamente, in questo *Manuale*, la pertinente sede per una loro adeguata trattazione (v. il capitolo 12). Però appare indispensabile delineare già qui, in questo capitolo dedicato viceversa alle *Situazioni giuridiche soggettive*, e sia pure solo a grandi tratti, quei poteri delle Amministrazioni, e le loro classificazioni più essenziali, di cui essi sono espressione: perché, appunto, tali poteri costituiscono le più salienti situazioni soggettive di quelle Amministrazioni medesime. E perché il passaggio è necessario anche per poter profilare le situazioni giuridiche di altri soggetti, in particolare privati, che a quelle delle amministrazioni siano contrapposte, e, come si vedrà, correlate; le quali altre situazioni sono anch'esse di diritto amministrativo, o, almeno, per il diritto amministrativo rilevanti.

In questa prospettiva, vanno ricordati, anzitutto, i poteri e i provvedimenti dell'Amministrazione, che hanno conseguenze negative a carico dei loro destinatari: perché costituiscono doveri e obbligazioni, come accade per i provvedimenti che infliggono sanzioni amministrative, specie pecuniarie; o perché incidono sfavorevolmente su posizioni di vantaggio altrui, normalmente aventi carattere di diritto soggettivo.

Di questi ultimi poteri e provvedimenti, i più noti sono quelli che concernono beni: a cominciare dall'espropriazione; ma anche l'occupa-

zione d'urgenza, la requisizione, la confisca, ecc. (per la descrizione di questi diversi istituti, si vedano le pertinenti parti di questo *Manuale*). Essi incidono su diritti che su tali beni abbiano altri soggetti, normalmente privati, i quali di regola hanno carattere reale; ma talvolta pure solo di obbligazione⁽²⁾. E sottraggono ai titolari di tali diritti, la proprietà sul bene, o il possesso, o, comunque, la sua utilizzabilità. Perciò, sono detti più propriamente ablativi. Peraltro, devono essere loro accostati altri poteri e provvedimenti, perché ugualmente relativi a beni, e a diritti che altri soggetti vi abbiano, anche se aventi diversi effetti: di limitare soltanto, del resto sotto vari profili, le possibilità di disporre giuridicamente o di fatto; per esempio, il già ricordato potere di vincolo di beni di proprietà privata di interesse storico, artistico, ecc.: dal quale conseguono preclusioni di forme di loro uso e disposizione, o condizionamenti di questi a previe autorizzazioni, come si accennerà anche tra poco.

D'altra parte, vi sono altri poteri e provvedimenti dell'Amministrazione, che incidono sfavorevolmente su posizioni di vantaggio di una rilevanza che è, o può essere, ancora maggiore di quella dei diritti su beni: i poteri e i provvedimenti che vincolano comportamenti individuali altrimenti liberi, di cui ugualmente si già anticipato qualche cenno, i quali normalmente si risolvono nella imposizione di obblighi. Che vincolano comportamenti giuridici: si pensi alle determinazioni imperative di prezzi di merci o servizi, in una qualche fase di loro scambio, che fino ad anni a noi abbastanza vicini avevano grande diffusione e rilevanza. O comportamenti di fatto: i divieti o i comandi che possono discendere da svariatissime ordinanze in materia di sicurezza pubblica, di igiene, di sanità, di circolazione stradale, ecc.

Come si vede, i poteri e i provvedimenti dell'Amministrazione che vengono detti sfavorevoli, sono molto eterogenei: possono incidere su diritti su beni, come su spazi di libertà individuale, di iniziativa economica, e così via; e vi possono incidere nel modo più vario; e per una amplissima gamma di interessi pubblici contrapposti. Ma possono essere considerati unitariamente, almeno sotto un loro comune profilo saliente: essi pregiudicano, anche se talvolta solo indirettamente, posizioni di vantaggio di altri soggetti, delle quali l'ordinamento delinea una particolare rilevanza. Questa: essi pregiudicano posizioni di vantaggio che l'ordinamento attribuisce o riconosce, o comunque protegge sostanzialmente e tutela giurisdizionalmente, di per sé non subordinatamente agli interessi pubblici suddetti.

Questo aspetto deve essere approfondito e chiarito. Sicuramente, l'ordi-

⁽²⁾ Nel senso della espropriabilità anche di diritti personali di godimento: Cons. Stato, ad. plen., 18 luglio 1983, n. 21, *Foro it.*, 1984, III, 68.

namento dà riconoscimento e garanzia a tali posizioni di vantaggio, anzitutto di libertà, di iniziativa economica e di proprietà, in quanto questo loro riconoscimento e garanzia siano conformi agli interessi della società, così come sono politicamente valutati. E nei modi ed entro i limiti nei quali lo siano. Secondo determinazioni che, peraltro, devono essere stabilite in disposizioni di livello almeno legislativo (v., sulla riserva di legge, il par. 5 del capitolo 2, dedicato a *Le fonti del diritto amministrativo*), o anche di livello amministrativo, ma di solo completamento di quelle; e che, perciò, devono essere formulate, almeno di regola, in termini generali. Si pensi, per esempio, ai limiti che già la legge pone in generale alla iniziativa economica privata, che da un lato è «libera», ma che, dall'altro, «Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (Cost., art. 41, comma 1° e 2°). O, ancor più significativamente, alle norme sulla proprietà privata, che, da un lato, «...è riconosciuta e garantita dalla legge...», la quale, però, dall'altro, «...ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale...» (Cost., art. 42, comma 2°). È sulla base di queste, ed altre disposizioni della Costituzione, che si è sviluppata l'imponente legislazione di definizione e di delimitazione delle posizioni individuali di vantaggio: secondo il ruolo di costruzione dell'ordinamento che la genericità dei principi costituzionali demanda al legislatore ordinario, ma anche che il sistema delle riserve di legge gli impone di svolgere.

In questa ipotesi di attribuzione e di delimitazione già legislativa e normativa, e in termini già generali delle posizioni soggettive di vantaggio, l'ordinamento risolve sullo stesso piano e allo stesso modo il contemperamento degli interessi individuali sottostanti con quelli collettivi contrapposti: proteggendoli in modo assoluto anche nei confronti di questi, almeno nei limiti entro i quali definisce tali posizioni soggettive di vantaggio, e mediante la loro definizione; e subordinandoveli solo oltre quei limiti stessi. E restringe corrispondentemente lo spazio per un ruolo autonomo dell'Amministrazione in proposito: cui preclude la competenza a definire caso per caso tale contemperamento, con suoi provvedimenti aventi rilievo costitutivo, perché non le attribuisce corrispondenti poteri; e cui consente solo, eventualmente, di verificare il rispetto in concreto delle norme che lo attuano, di inibire la persistenza di eventuali violazioni, e di sanzionarle.

Ciò non toglie che l'ordinamento, il quale, con tali proprie norme, riconosce e protegge in modo così generale e assoluto dati interessi individuali, regoli, con altre sue norme, l'ipotesi che, in casi concreti, e sotto altri profili, sorga un loro contrasto con interessi collettivi. Esempio tipico: il contrasto dell'interesse del proprietario di un'area, necessaria per l'esecuzione di un'opera di rilevanza pubblica, a mantenere integra la proprietà e la disponibilità, con quello della collettività di disporne a tal fine; e di

disporne ad un prezzo non aumentato dalla infungibilità dell'area stessa a tale scopo (più esattamente, dietro pagamento di una indennità di espropriazione, il cui ammontare, in realtà, è spesso inferiore, e non di poco, al valore di mercato)⁽³⁾. Così che sul diritto di proprietà definito e protetto dal codice civile, vengono a incidere i poteri ablativi attribuiti all'Amministrazione e delimitati dalla legislazione sulle espropriazioni.

Ciò non toglie, quindi, che l'ordinamento regoli tale eventualità, stavolta attribuendo un ruolo all'Amministrazione: al soggetto, o ai soggetti, cui l'ordinamento assegna istituzionalmente il perseguimento di interessi pubblici. Attribuendole poteri specifici, in particolare quello di espropriazione, col cui esercizio essa può risolvere in concreto il contrasto suddetto: e lo può risolvere nello svolgimento di tale suo compito istituzionale, dando la prevalenza all'interesse collettivo su quello individuale. Ma l'ordinamento, con le norme attributive alle Amministrazioni di tali poteri, di nuovo ne fissa anche i confini: determina i limiti, per esempio, della possibilità dell'Amministrazione di espropriare beni di proprietà privata; quindi, di nuovo, circoscrive anche correlativamente quelli entro cui le Amministrazioni medesime possono realizzare tale prevalenza; e oltre i quali, il riconoscimento e la tutela degli interessi individuali permangono integri: oltre i quali, per proseguire l'esempio, i beni di proprietà privata non sono espropriabili.

I poteri di incidere su libertà e diritti individuali che l'ordinamento attribuisce all'Amministrazione, dunque, sia pure delimitandoglieli, sono il mezzo che l'ordinamento medesimo adotta, per risolvere contrasti che talvolta possono sorgere in concreto, tra situazioni di vantaggio individuali protette in generale, e specifici interessi pubblici. Che siano sì con loro collidenti, ma solo in singoli casi particolari. Quando, allora, questi contrasti abbiano carattere comunque episodico e accidentale. Per una episodicità e accidentalità che, di conseguenza, consentono di configurare tali poteri

⁽³⁾ I criteri di determinazione della indennità di espropriazione saranno descritti nella pertinente parte di questo *Manuale*. Qui ci si limiterà a ricordare che il principio che tale indennità dovesse equivalere al «...giusto prezzo che a giudizio de' periti avrebbe avuto l'immobile in una libera contrattazione di compravendita» era stato posto dall'art. 39 della l. 25 giugno 1865, n. 2359, sulle espropriazioni per causa di utilità pubblica, considerata la legge generale su tali espropriazioni. Ma che fu derogato in senso peggiorativo per l'espropriato da pressoché tutte le successive leggi speciali, relative cioè a particolari espropriazioni, che hanno reso solo residuale l'applicazione di quella generale. Nell'ipotesi praticamente più importante, di espropriazione di aree fabbricabili, dopo che la sentenza della Corte costituzionale 30 gennaio 1980, n. 5, ha dichiarato incostituzionale la normativa allora vigente sulla determinazione della relativa indennità, e nella inerzia del legislatore, il criterio generale del valore venale del bene è stato nuovamente applicato, fino all'entrata in vigore delle disposizioni attualmente vigenti in materia, ossia l'art. 5-bis inserito nel d.l. 11 luglio 1992, n. 333, dalla l. di conversione 8 agosto 1992, n. 359, la cui applicazione determina una indennità nettamente inferiore alla metà di tale valore (la Corte costituzionale, a cominciare dalle sentenze nn. 283 e 442 del 1993, ha giudicato non incostituzionale questo criterio di determinazione dell'indennità).

amministrativi come estrinseci rispetto al contenuto di tali situazioni di vantaggio (il senso di questa notazione risulterà più chiaro dai paragrafi che seguono): anche se i limiti degli uni, come si vedrà, non possono non riflettersi sui limiti delle altre, determinandoli corrispondentemente. E, perciò, i loro esercizi, i provvedimenti che ne sono espressione, non possono non risultare di pregiudizio per quelle situazioni di vantaggio medesime: in conclusione, non possono non essere sfavorevoli per gli interessi dei loro titolari.

12. Segue: i provvedimenti favorevoli; le autorizzazioni

A tali provvedimenti sfavorevoli, nelle più comuni classificazioni si contrappongono quelli favorevoli. Che, però, tradizionalmente, anche se tutt'altro che pacificamente, vengono distinti in due grandi categorie: i provvedimenti di tipo autorizzatorio, e i provvedimenti di tipo concessorio.

I primi, altrettanto tradizionalmente, sono definiti come i provvedimenti i quali ugualmente incidono su preesistenti situazioni altrui di vantaggio. Ma che riguardano limiti di queste, i quali vengono imposti loro già dalla legge e, perciò, in via generale: che, allora, a differenza dei precedenti, sono ad esse intrinseci. Quindi, tali provvedimenti hanno per oggetto tali limiti, ma operando in senso opposto: non ponendoli, ma rimuovendoli. E, perciò, manifestandosi, al contrario dei precedenti, come favorevoli per i loro titolari.

Per la chiarezza di questi rilievi, e della esposizione che segue, pare opportuno accennare in modo sommario ad un esempio: all'esempio già richiamato, e sul quale si ritornerà in seguito. Si prenda la posizione del proprietario di un'area. Che sia espropriabile dall'Amministrazione, e perché e come lo sia, mediante l'esercizio dei poteri ablativi che l'ordinamento le attribuisce e le delimita, si è già sinteticamente descritto nel paragrafo precedente. Ora si deve sottolineare nuovamente, che tale posizione è di per sé favorevole. Ma, bisogna aggiungere, proseguendo l'esposizione, che, d'altra parte, il proprietario non può costruire sulla sua area, solo perché ne è così titolare: deve ottenerne il permesso da parte dell'Amministrazione competente; e questo condizionamento, evidentemente, è un profilo sfavorevole che l'ordinamento dispone, delineando il contenuto di quel diritto di proprietà, il quale di per sé è vantaggioso. Così che tale permesso, se in quanto intervenisse, si atteggierebbe come un provvedimento favorevole, di tipo autorizzatorio; che, poi, non sia totalmente discrezionale, perché, al contrario, vincolato al rispetto della normazione urbanistica ed edilizia primaria e secondaria, nonché al piano regolatore e ai suoi strumenti attuativi, è fattore che qui può tralasciarsi di considerare.

Riprendendo più analiticamente questi passaggi, per una migliore comprensione del fenomeno sostanziale in esame, sono necessarie alcune notazioni relative all'atteggiarsi del contrasto tra interessi individuali e interessi collettivi in questa diversa ipotesi, e ai caratteri del regime autorizzatorio che l'ordinamento in tal caso adotta per comporlo.

Le posizioni individuali di vantaggio che vi sono sottoposte, tendenzialmente sono le medesime, o sono almeno della medesima natura, di quelle rispetto alle quali si è già visto che essa può adottare provvedimenti sfavorevoli: situazioni di libertà, di iniziativa economica, di proprietà, ecc. Però, in questa diversa prospettiva, tali posizioni individuali rilevano per l'ordinamento per profili sotto i quali risulta immanente in esse, e non solo accidentale, la possibilità di un loro contrasto con interessi collettivi.

Si comincerà col riprendere l'esempio prima accennato. È intuitivo che solo limitate e determinate forme di urbanizzazione e di edificazione di aree (e spesso neppure queste), possono essere compatibili con un ordinato e sostenibile uso del territorio. L'ordinamento, teoricamente, può risolvere il conflitto tra l'interesse del proprietario allo sfruttamento edilizio della sua area, e quest'ultimo, in tre diversi modi.

Anzitutto, da un lato, mantenendo al proprietario dell'area la facoltà di costruire; e, dall'altro, disponendo che il se e il come (talvolta anche il quando) la possa esercitare, sia definito da una normazione primaria e secondaria, nonché dagli atti di pianificazione urbanistica i quali, naturalmente, dovranno formulare previsioni assai particolareggiate e minuziose. In questa prima ipotesi, questa regolazione *ex ante* è il solo strumento che l'ordinamento adotta, per risolvere il potenziale conflitto tra l'esplicazione edificatoria del diritto di proprietà fondiaria, e l'interesse pubblico ad un ordinato e sostenibile uso del territorio. L'ordinamento medesimo, cioè, non condiziona tale esplicazione, ad un previo consenso dell'Amministrazione: non le attribuisce un correlativo potere, col cui esercizio può adottare atti da doversi qualificare come provvedimenti; ma solo un ruolo di verifica *ex post*, della conformità del costruito alle previsioni di norme e di piani, di ordine di demolizione (e di demolizione effettiva) delle costruzioni risultate abusive, di inibizione di attività eventualmente residue, e di sanzione di quelle già svolte.

Oppure potrebbe configurare il contenuto del diritto di proprietà fondiaria, espungendovi la facoltà di costruire (cfr. l'art. 42, comma 2°, Cost., che assegna alla legge il compito di determinare i modi di acquisto e di godimento della proprietà, e i suoi limiti, riprendendo la formula già dell'art. 832 c.c. che garantisce al proprietario il diritto di godere e di disporre della cosa, ma «...entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico»). Allora, la facoltà di costruire potrebbe essere consentita solo dall'Amministrazione, tendenzialmente ad un sog-

getto diverso dal proprietario dell'area, e con un provvedimento avente natura non solo autorizzatoria, ma addirittura concessoria (sui caratteri di questa altra categoria di provvedimenti, si aggiungerà in seguito qualche altra precisazione). Ma fin da ora si deve sottolineare che la distinzione tra un diritto di proprietà fondiaria che incorpori oppure no la facoltà di sfruttamento edificatorio del fondo, è tutt'altro che accademica; essa, infatti, si riverbera necessariamente sul diverso valore di mercato delle aree che ne sono oggetto, e, quindi, sulla diversa entità dell'indennità in caso di espropriazione: come è emerso da una notissima vicenda svoltasi tra la legge 10/77 che intendeva espungere tale facoltà da tale diritto, e la sentenza 5/80 della Corte costituzionale che, con una motivazione di cui si deve qui tralasciare l'esame, ha affermato l'incostituzionalità della determinazione di tale indennità, perché, viceversa, non teneva conto del *surplus* di valore derivante dalla possibilità edificatoria.

Oppure, e questa terza ipotesi è quella qui più pertinente, può lasciare la facoltà di costruire compresa nel contenuto del diritto di proprietà fondiaria così come l'ordinamento in un dato momento storico lo configura: secondo il primo modello delineato. Ma ne condiziona intrinsecamente l'esplicazione, ad una positiva verifica, o addirittura ad una positiva valutazione, che l'Amministrazione deve previamente adottare ed esprimere, della compatibilità della concreta edificazione progettata dal proprietario dell'area, con l'interesse pubblico ad un ordinato e sostenibile uso del territorio. L'ordinamento, in tal modo, attribuisce all'Amministrazione stessa un corrispondente potere, che si correla ad un diritto di proprietà dal contenuto così più ampiamente definito, ma anche così limitato intrinsecamente. Naturalmente, l'esercizio di tale potere deve essere stato già regolato dalla normativa primaria e secondaria, nonché dagli atti di pianificazione urbanistica.

Potrebbe esserlo stato in modo del tutto dettagliato, così che all'Amministrazione non resterebbe altro che verificare la corrispondenza della costruzione progettata alle previsioni normative e di piano. Ma questo dettaglio delle previsioni normative e di piano, in questa terza ipotesi, a differenza che nella prima, non comporta l'eliminazione di un ruolo dell'Amministrazione nella determinazione della possibilità del proprietario dell'area di costruire: non sopprime le necessità di un suo permesso preventivo rispetto all'inizio dell'attività edilizia; da tale dettaglio consegue solo che questo suo atto risulterà del tutto vincolato, in senso positivo oppure in senso negativo, alla sussistenza oppure al difetto della corrispondenza suddetta. Ma poiché tale atto produrrà comunque l'effetto di rendere possibile per il proprietario di esplicitare la sua facoltà di costruire, e, per di più, sarà il sole fattore che può renderla concreta e attuale, dovrà per ciò solo essere qualificato come un vero e proprio provvedimento.

Oppure, diversamente, norme e piani potrebbero disciplinare l'esercizio di questa facoltà, solo fino ad un certo grado di specificazione. Potrebbero, cioè, lasciare all'Amministrazione medesima un qualche margine di valutazione, in quanto non compiutamente operata da tali norme e piani, sulla stessa opportunità di consentire la progettata edificazione, o, quanto meno, le sue modalità, sempre dal punto di vista della sua compatibilità con gli interessi pubblici urbanistici che deve perseguire: e, allora, il suo atto, che è già risultato doversi qualificare in ogni caso come un provvedimento, si rivelerà anche in qualche misura pure discrezionale.

Questa terza ipotesi, così fin qui delineata, si presenta già nettamente diversa dalla prima, nella quale manca l'intermediazione di un provvedimento tra le previsioni di norme e di piani, e l'esplicazione della facoltà edificatoria da parte del proprietario dell'area; e sembrerebbe riaccostarsi piuttosto alla seconda, della quale questa intermediazione costituisce un connotato essenziale. Ma da questa differisce per un tratto che tradizionalmente viene considerato altrettanto essenziale: il provvedimento che interviene, se positivo, non attribuisce *ex novo* al beneficiario una posizione vantaggiosa: una posizione cioè, che prima non aveva, come viceversa accade, per esempio, nella concessione di installazione di uno stabilimento balneare su terreno demaniale, o in quella di prestazione alla collettività di un servizio di per sé pubblico, e non rimesso di per sé alla iniziativa economica privata. Perché quel provvedimento medesimo opera all'interno del diritto di proprietà che il suo titolare già aveva su una determinata area: rimuovendo quel limite ad esso intrinseco; s'intende solo in relazione a quello specifico progetto edificatorio che l'Amministrazione valuta non incompatibile con gli interessi pubblici inerenti all'urbanistica. Ed è questa l'essenza del regime autorizzatorio: di per sé, e nella distinzione, e addirittura contrapposizione a quello concessorio.

Si è accennato relativamente in dettaglio al regime autorizzatorio cui è sottoposta oggi l'edificabilità dei suoli, per facilitare la spiegazione dei tratti essenziali di questo regime stesso. Adesso, si può procedere più rapidamente alla sua esposizione, richiamando solo altri esempi di sua applicazione, ad attività che pertengono comunque a sfere di libertà privata, pur avendole il legislatore sottoposte ad una simile intrinseca disciplina pubblicistica, per risolvere potenziali conflitti di loro modi di esplicazione, con interessi collettivi contrapposti. Così, si ricorderà che appartiene alla libertà di iniziativa economica attribuita a ciascuno, la possibilità di aprire un negozio di commercio al minuto: ma la sua esplicazione era (ed è entro certi limiti tuttora) soggetta a regime autorizzatorio, per evitare il pregiudizio che potrebbe derivare agli interessi pubblici relativi allo sviluppo della rete distributiva, da determinate sue modalità. E si noterà che chiunque, in generale, può esercitare la propria libertà di circolazione, anche guidando

un autoveicolo: ma potrà esercitarla solo dopo un controllo della sua capacità psico-fisica, e della sua perizia tecnica, per ovvie esigenze di sicurezza di persone e cose.

Quando l'ordinamento, in date situazioni di vantaggio che pure attribuisce, tutelandole, a soggetti individuali, rileva come intrinseco il contrasto potenziale di loro eventuali utilizzazioni con interessi pubblici contrapposti, le fa oggetto di una ulteriore disciplina generale, di regola di livello legislativo (salvo, cioè, il loro completamento con norme secondarie, però di semplice loro attuazione): disciplina, che consiste nella imposizione di un loro limite interno, per il quale non possono venire esercitate, senza un previo consenso dell'Amministrazione alle loro esplicazioni. L'ordinamento, quindi, viene ad attribuire all'Amministrazione medesima, il potere di dare o negare tale proprio consenso: sul fondamento di valutazioni caso per caso, o, almeno, di accertamenti (si sottolineerà tra poco la distinzione), dei presupposti, requisiti e modalità dell'attività che il titolare della situazione giuridica favorevole di base, chiede di poter realizzare. In tal modo, allora, l'Amministrazione viene ad essere investita di poteri mediante i quali può intervenire in via normale, e non solo episodicamente, nei confronti delle suddette situazioni di vantaggio: con provvedimenti che ne sono espressione, aventi l'effetto, almeno potenzialmente, e sempre per il singolo episodio, di rimozione del limite interno loro imposto normativamente. In ciò consiste il regime autorizzatorio cui l'ordinamento può sottoporre determinate attività individuali: il loro assoggettamento a questo consenso dell'Amministrazione, di date esplicazioni di situazioni individuali che, per tutti gli altri profili, sono, per contro, di libertà, e di vantaggio in genere; ad un consenso che deve essere sempre previo, e normalmente esplicito.

Sicuramente, la sottoposizione da parte dell'ordinamento, di determinate attività private ad un simile regime, è strumento che, almeno potenzialmente, consentirebbe alla competente Amministrazione di evitare che il privato la eserciti in modo lesivo dei vari interessi pubblici di volta in volta implicati. Ma si deve sottolineare subito che la scelta legislativa in questo senso implica oneri e appesantimenti talvolta notevoli. Per l'Amministrazione, che deve dotarsi dell'organizzazione necessaria per il compimento delle valutazioni in base alle quali decidere se rilasciare o meno l'autorizzazione richiesta, anche assumendo il relativo personale, e comunque subendo i relativi costi: in quanto, mediante l'imposizione di tasse e contributi vari, non siano addossati almeno parzialmente al richiedente. E, per quest'ultimo, che per di più, e in ogni caso, deve ritardare l'esplicazione dell'attività così condizionata, e deve subire, per ciò, tutte le lentezze e le disfunzioni dell'azione amministrativa: il che può essere per lui assai gravoso, specie se le attività che intende com-

piere, siano economiche, o, comunque, economicamente rilevanti e vantaggiose.

E ciò spiega le ricorrenti evoluzioni dell'ordinamento al riguardo: quando prevalgono valutazioni politiche favorevoli ad un maggiore interventismo del «pubblico» nella vita sociale, e quando si ritengono perciò più sopportabili gli oneri che conseguono dall'assoggettamento di attività private a provvedimenti dell'Amministrazione, si moltiplicano quelle che vengono subordinate alla disciplina di tipo autorizzatorio, e, magari, ulteriormente, addirittura alla disciplina di tipo concessorio cui si accennerà nel successivo paragrafo 14; quando viceversa prevalgono valutazioni politiche di segno opposto, come sicuramente è avvenuto con molta ampiezza in questi anni, si assiste ad una «liberalizzazione» di attività private, che implica una riduzione dei suddetti condizionamenti: successivamente, si accennerà all'eventualità del passaggio da un regime concessorio ad uno solo autorizzatorio, mentre qui si deve sottolineare soprattutto l'eventualità dell'eliminazione pure di quest'ultimo; e la si può illustrare col richiamo di un incisivo mutamento intervenuto nella disciplina di una materia, tra le tante che si potrebbero ricordare, alla quale si era prima già accennato, ugualmente a scopo esemplificativo: la disciplina del commercio, largamente «liberalizzata» dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114, nel senso che è stato eliminato pure il regime autorizzatorio, come forma di controllo all'ingresso nel mercato, almeno per il commercio al dettaglio, e, in particolare, per i c.d. «esercizi di vicinato».

13. Segue: i provvedimenti favorevoli; autorizzazioni e discrezionalità

Dei provvedimenti di carattere autorizzatorio, dell'esercizio dei poteri che ne sono esplicazione, la rimozione in un caso concreto del limite generale suddetto costituisce l'effetto tipico: tratto loro comune, che consente la costruzione di una corrispondente categoria da questo punto di vista unitaria, e che impone la loro ascrizione a questa.

Anche le autorizzazioni, e gli altri atti concettualmente loro affini, allora, producono effetti su situazioni giuridiche soggettive: sono costitutivi di tale specifico effetto. Né potrebbe essere diversamente: perché sono comunque provvedimenti; e che i provvedimenti producano effetti del genere, è, come si è già accennato, tratto caratterizzante la loro stessa definizione. L'osservazione sarà ripresa in seguito, a proposito delle concessioni: anche in riferimento alle quali, si richiama la connotazione come provvedimenti costitutivi, ma col diverso significato che si dirà; perché è tema ricorrente nella elaborazione tradizionale della materia dei provvedimenti favorevoli, il problema della distinzione da quelli di tipo autorizzatorio di quelli di tipo concessorio: la quale, però, spesso è intesa in modo diverso, e talvolta perfino negata.