

ALBERTO ROMANO

Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*

SOMMARIO: 1. Interesse pubblico, interessi individuali, situazioni giuridiche soggettive e tutele giurisdizionali. - 1.1. La sottovalutazione del potere dell'amministrazione; critica. - 1.2. La sopravvalutazione della figura dell'interesse legittimo; critica. - 2. Profili problematici dell'interesse legittimo. - 2.1 Interesse pubblico, potere dell'amministrazione, e la tardiva emersione dell'interesse legittimo. - 2.2. Il diritto soggettivo come situazione giuridica del privato dominante rispetto all'interesse legittimo. - 2.3. L'attribuzione dei poteri all'amministrazione e la regolazione del loro esercizio. - 2.4. Attribuzione e delimitazione dei poteri dell'amministrazione, e regolazione del loro esercizio; l'esperienza della delegificazione. - 2.5. La regolazione dell'esercizio dei poteri unilaterali dell'amministrazione, e la loro autonomia normativa. - 2.6. L'ipotesi di un ordinamento amministrativo derivato.

Fabio Francario, per questa edizione del 2009 - l'ottava - delle Giornate di studio sulla Giustizia amministrativa dedicate a Eugenio Cannada Bartoli, ha scelto un tema molto bello. Ancora di più, se fosse possibile, di quelli degli anni passati. E che corrisponde particolarmente agli studi del Maestro che qui ogni anno viene commemorato; e alla stessa sua personalità.

Da un lato, «*La tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo...*». La quale, evidentemente, presuppone la considerazione anche della rilevanza degli interessi soggettivi che vi si contrappongono, e della loro protezione sostanziale da parte dell'ordinamento; pur nella varietà dei modi con i quali sono protetti, e dei limiti entro i quali lo sono. È questa l'impostazione più classica degli studi del diritto amministrativo: quella che si può dire garantistica. E tutta l'opera scientifica del professor Cannada si sviluppa a partire da essa: perché il Maestro era profondamente garantista.

Dall'altro, però, «...e le "ragioni" dell'interesse pubblico»; di quell'interesse pubblico che l'amministrazione, nel e con l'esercizio del suo potere, è deputata istituzionalmente a perseguire. Ed ho sempre pensato che il prof. Cannada fosse profondamente consapevole che le «ragioni» degli

*Testo della relazione tenuta al Convegno di Siena. Stesura provvisoria.

interessi individuali possono essere tutelate sostanzialmente e giurisdizionalmente solo nel rispetto delle «ragioni» delle esigenze della comunità dei cittadini: se non altro, perché lo possono essere solo nel quadro di un ordinamento robusto e stabile: che appresti i mezzi di tale tutela, e ne garantisca l'effettività.

Ho sempre pensato, cioè, che le ricerche del Maestro siano sempre partite da questa impostazione, condizionata da tali due fattori; la quale è facilmente riconducibile a quel liberalismo rigido all'insegna del quale è avvenuta l'unificazione nazionale: quello che connetteva intrinsecamente l'esigenza della protezione e della tutela degli interessi individuali, a quella altrettanto forte della garanzia del «pubblico», istituzionalizzato nello Stato unitario; questa come quadro e fondamento indispensabile di quella. È l'impostazione della legislazione del 1865, e, quindi, del 1889. E il prof. Cannada la accoglieva, perché la sua cultura si ricolligava direttamente al pensiero di chi sulle sue basi ha fondato e sviluppato il nostro diritto amministrativo, e più generalmente pubblico, pur nelle ineliminabili diversità dei singoli personaggi, e nelle evoluzioni che il succedersi dei tempi concretava: Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano, poi Guido Zanobini; quindi, gli altri due allievi diretti di questo, Giovanni Micè e Massimo Severo Giannini: e mi è sembrato che Egli trovasse, soprattutto col primo, le maggiori e più profonde consonanze.

C'è un passaggio che vorrei riprendere dalla «Presentazione del Convegno», che Fabio ha fatto, naturalmente benissimo: il ricollegamento, che ha accennato, dell'importanza di questa serie dei nostri incontri in ricordo del prof. Cannada Bartoli alla mancata ri-pubblicazione unitaria dei suoi scritti. E lo vorrei riprendere per due osservazioni. Anzitutto, vorrei porre l'opportunità che questa ri-pubblicazione avvenga; e non nego che questa mia risposta a Fabio potrebbe valere come una provocazione rivolta all'allievo qui presente del Maestro. Ammetto che difficoltà pratiche possano rendere troppo difficile una completa ri-edizione cartacea dei Suoi lavori; ma oggi i mezzi tecnici offrono facili possibilità almeno di una loro totale diffusione informatica. Sarebbe un evento molto fecondo per i nostri studi. È ovvio che, se adottiamo grandi studiosi come Maestri, è perché le loro ricerche sono molto significative; oserei sottolineare: più significative delle nostre chiose, di quel che noi vi possiamo aggiungere. Sono quelle ricerche che soprattutto dovremmo spesso rileggere e rimeditare. Compresi, con particolare rilievo, quelli del prof. Cannada. E sicuramente ci aiuterebbe assai per la consultazione di essi, quella loro ri-edizione unitaria che auspico: anche perché questa renderebbe più evidenti i nessi intrinseci nell'intera opera di certo coerente del Maestro; specie se sperabilmente corredata da un indice analitico degli argomenti che ha di volta in volta trattato. Sarebbe il miglior modo per ricordarlo: per dimo-

strare che il Suo pensiero è tutt'ora vivo. E non credo davvero che l'importanza di questi nostri incontri scemerebbe. Anzi: è proprio perché le Sue pagine potrebbero essere più facilmente rilette, che i nostri convegni senesi dovrebbero e potrebbero risultare ad esse più aderenti, e riuscirebbero ad essere ancora più vivi, e quindi a porsi come una più pertinente, attuale e degna commemorazione di Lui.

Da ultimo, un accenno alla Sua umanità. Si insiste molto sul fatto che era severo – anzitutto con se stesso. Si tende a dare a questa aggettivazione un significato negativo, ma molto ingiustamente: mi viene in mente una battuta di Molière, mi pare nel *Misanthropo*: si dice che abbia cattivo carattere, chi ha semplicemente carattere. Il prof. Cannada di carattere ne aveva, eccome. E si comportava e giudicava secondo parametri. E parametri rigorosi. E posso comprendere che a molti sembrassero eccessivi; e posso convenire che paiono poco adeguati a questi tempi mollicci e compromissori.

Per me, anche sotto questo aspetto, è stato un esempio; anche se irraggiungibile, purtroppo. Gli devo comunque molto: per gli insegnamenti che ebbi da lui, pur essendomi io formato con un'altra Guida, del resto appartenente anch'essa all'unitaria scuola prima evocata; per l'influenza positiva che ebbe per me, nella progressione delle mie tappe accademiche; e per la mia chiamata alla Facoltà romana, nella quale, poi, mi è stato di grande sostegno. E nel ricordo di quelle circostanze e di questi anni di colleganza – impari, naturalmente –, mi sento sempre assai in debito nei suoi confronti. Devo ringraziare particolarmente Fabio, allora, che mi ha invitato a tenere la relazione di apertura in un convegno i cui temi sono così dominati dal Suo pensiero: perché poterne parlare oggi e qui è anche poter esprimere la gratitudine che conservo per Lui.

1. *Interesse pubblico, interessi individuali, situazioni giuridiche soggettive e tutele giurisdizionali.* – Quindi, il titolo del nostro convegno di oggi. Che, nella sua sintesi, mette a fuoco una relazione tra interessi pertinenti a soggetti diversi. Da un lato, vi è l'interesse pubblico, variamente collettivo soggettivato nell'amministrazione; che, quindi, questa deve istituzionalmente perseguire. Dall'altro, gli interessi individuali, di singoli cioè, che possono convergere con esso, che da esso possono semplicemente divergere, ma che, nella vicenda amministrativa e poi eventualmente processuale più studiata, con esso possono francamente contrastare. E che sono giuridicamente rilevanti, nei limiti nei quali l'ordinamento li protegga (sostanzialmente), e, quindi, li renda tutelabili (giurisdizionalmente). Si possono definire i fattori di questa relazione mediante una loro concettualizzazione sistematica? Il dubbio pare imposto dallo spirito di questa nostra epoca. E sicuramente appare fondato circa la fattibilità di

questa teorizzazione. Ma, se si vuole, e ancor più radicalmente, circa la sua stessa accettabilità: perché la nostra cultura giuridica di questi decenni sembra dedicata soprattutto ad un'opera di decostruzione. Pare paga di rilevare i dati del diritto positivo nei loro significati più immediatamente percepibili, e tende ad abbandonare, o, almeno, a rinunciare a loro ricostruzioni astrattizzanti; soprattutto, appare poco interessata ai tentativi di una loro riconduzione a sistema, e men che meno di un loro inquadramento in prospettive storiche che risalgano oltre la settimana scorsa. Ma se, malgrado queste riserve, si volesse comunque imboccare la strada prospettata, alcuni elementi mi apparirebbero comunque chiari.

Anzitutto, mi sembrerebbero evidenti quali siano i termini in cui tali fattori – l'interesse pubblico e quelli individuali –, potrebbero essere così concettualizzati. Tali termini mi sembrerebbero poter essere costituiti solo da situazioni giuridiche soggettive. Sono queste le nozioni che la nostra cultura giuridica adotta in primo luogo, come strumento di ricostruzione sistematica del diritto. Certamente, sono spesso tacciate di essere insufficienti, e, soprattutto, poco adatte a rendere la sostanza delle cose. Ma anche se si convenisse che esse presentano queste carenze, la critica nei loro confronti troverebbe limiti in una constatazione che mi pare poco contestabile: non mi sembra che possiamo disporre di riferimenti teorici alternativi, almeno al momento. Perciò, non potremmo fare a meno di utilizzarle, a meno di voler compiere una rinuncia ancor più radicale: quella addirittura di percorrere la strada prospettata. E, invero, di questa loro indispensabilità, sono ovvi i riscontri tanto nelle ricostruzioni dottrinali, che nel più banale linguaggio pratico: infatti, ambedue richiamano, per definire quei fattori suddetti, le nozioni e le denominazioni di potere dell'amministrazione – in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico –, di diritti soggettivi degli individui – i cui interessi a questo si contrappongono e lo limitano –, eventualmente, di loro interessi legittimi. Ossia: evocano varie figure, che sono tutte ascrivibili a categorie delle situazioni soggettive suddette.

Quanto poi alla rilevanza che a ciascuna di esse viene loro poi attribuita nelle trattazioni della materia, mi parrebbe utile, per una maggiore chiarezza dell'esposizione, prospettare subito qualche nota critica. Mi sembrerebbe che la tendenza di questi decenni sia nel senso di una sottovalutazione dell'importanza del potere dell'amministrazione; e, per contro, di una sopravvalutazione della rilevanza dell'interesse legittimo, specie come fattore di discriminazione tra le due giurisdizioni.

1.1. *La sottovalutazione del potere dell'amministrazione; critica.* – La sottovalutazione del potere dell'amministrazione deriva dal favore da tante e varie voci manifestato, verso una configurazione proposta come

nuova, della posizione con la quale questa si atteggierebbe nei confronti dei privati: posizione, che, ora, si presenterebbe come tendenzialmente paritaria rispetto a quella loro. E verso una correlata, e altrettanto tendenziale preferenza, per l'uso da parte dell'amministrazione, di mezzi giuridici non autoritativi: pur per il perseguimento dei suoi fini istituzionali; quindi, di strumenti di diritto comune, o comunque consensuali.

Eppure, ogni esaltazione di questo carattere della posizione dell'amministrazione, e di questo suo conseguentemente diverso modo di agire, non può nascondere i limiti di praticabilità di entrambi: non può ignorare che non sempre essa può ottenere il consenso dei controinteressati; e che non sempre può reperire sul mercato mezzi che le siano sufficienti per il raggiungimento dei fini suddetti. D'altra parte, l'ordinamento, ogni ordinamento, riconosce l'esistenza di interessi collettivi: quelli che, più o meno direttamente, si ricollegano a quello proprio, in un certo senso totalizzante; anzi, si può azzardare: in tanto un ordinamento si può formare, in quanto li percepisca come rilevanti e si organizzi per il loro perseguimento. Credo che per il giurista di ordinamenti di tipo statale sia necessaria, al riguardo, un'operazione di recupero di antiche impostazioni; per quanto ai più appaiano cozzare contro lo spirito dei nostri tempi – e anche contro certe loro realtà. Che sia non prorogabile, cioè, il riacquisto della consapevolezza che vi sono interessi collettivi, quindi pubblici: l'idea non va respinta, e tanto meno irrisa, come talvolta è accaduto; e che questi necessariamente sovrastano quelli individuali. L'ordinamento che appartenga a quella categoria li soggettiva quindi nell'amministrazione, e nel sistema pubblico complessivo nel quale si articola: pur nell'ampiezza degli spazi, già acquisiti e ulteriormente allargabili, nei quali può dominare l'applicazione del principio di sussidiarietà cd. orizzontale. Gliene affida la cura. Gliene impone almeno alcuni come includibili. E, allora, ne discende che un siffatto ordinamento non può non attribuirle, non può non lasciarle, un nucleo di suoi poteri unilaterali: quelli che, in presenza di tali interessi pubblici inderogabili, essa possa eventualmente esercitare per soddisfarli; di cui essa possa disporre, almeno come *ultima ratio*, quando il consenso non venga acquisito, e le risorse del mercato siano insufficienti, o incongrue, o comunque non utilizzabili. Nucleo che non pare il-limitatamente comprimibile. Può essere ridicibile – però, sembra che, ormai, lo sia già stato fin troppo –, Ma non eliminabile *in toto*.

E questo dato ha una grande rilevanza metodologica. Perché va considerato che è solo a soggetti di amministrazione – anche se certo non a tutti –, che l'ordinamento attribuisce tali poteri unilaterali; anzi: che li può attribuire. Quindi, sono questi poteri quelli che caratterizzano la specificità della capacità almeno di alcune amministrazioni. E non certo la loro capacità di diritto privato; pur per quanto sempre più generalmente le

venga riconosciuta, e sempre più largamente venga esortata ad esplicitarla, di preferenza, da norme e da auspici di varia provenienza e natura. Vi è una indefettibile misura di capacità di diritto pubblico, di titolarità di poteri unilaterali, che spettano all'amministrazione; che le deve spettare. E questo è il dato qui più rilevante: quello che limita il suo potersi atteggiare come soggetto in posizione paritaria rispetto a quella dei soggetti individuali. Tale dato, infatti, impedisce che questi altri possano porsi al medesimo suo piano; perché, almeno di principio, sono dotati della sola capacità di diritto comune. Ciò che porta ad una precisa conseguenza, obbligata per ogni ricostruzione teorica del diritto amministrativo; almeno ad ogni ricostruzione che non voglia rinunciare ad un minimo di sistematicità. Ossia: è da quella capacità di diritto pubblico che l'ordinamento comunque riconosce l'amministrazione, da quei poteri unilaterali che comunque le attribuisce, quindi è da questa sua posizione inevitabilmente non paritaria, che può e deve partire.

1.2. *La sopravvalutazione della figura dell'interesse legittimo; critica.* — Per contro, si è detto, è la rilevanza dell'interesse legittimo che appare assai sopravvalutata; specie, appunto, in quanto fattore di riparto di giurisdizioni.

La sua definizione è tentata quasi esclusivamente in controllo: è tratteggiata in funzione della sua distinzione dal diritto soggettivo. È soprattutto la dottrina che si è cimentata nel tentativo; ma, pur dopo decenni e decenni, non sembra che sia approdata a risultati convincenti: tale distinzione appare ancora disegnata con linee troppo scolastiche e sbiadite. Per insufficienza di acume di chi la ha tanto studiata? Per ostacoli che oggettivamente le impediscano di emergere con più marcata nettezza? Per l'esistenza di tratti strutturali comuni ad ambedue, che spinge verso un loro accostamento — sicuramente sì, come emergerà in seguito? O per un difetto di impostazione della ricerca — come si accennerà subito?

Sembra che la distinzione dell'interesse legittimo dal diritto soggettivo sia rimasta debole. Per una debolezza che emerge particolarmente, quando, come si usa di solito, si vogliono collocare le due figure in un confronto diretto dell'uno con l'altro — ed è questo l'errore di impostazione che comunemente si compie. Perché è proprio quando ambedue vengano viste in questa prospettiva, che la distinzione tra di esse si rivela più chiaramente essere artificiosa ed evanescente. Per una sua carenza addirittura strutturale. Certo, acute teorizzazioni, magari con ragionamenti al limite del sofisma, possono sempre trovare discordanze tra di esse. Le quali, però, non arrivano mai ad emergere in un chiaroscuro che possa essere percepito come evidente. Per una ragione dirimente: l'interesse legittimo è stato delineato sì come una situazione giuridica soggettiva altra ri-

spetto al diritto soggettivo; ma che è ugualmente intestata al soggetto individuale: al soggetto i cui interessi così protetti, i quali non meno che quelli tutelati come diritti soggettivi, in ipotesi possono confliggere tutti con quelli collettivi soggettivati nell'amministrazione. Questo della uguale pertinenza soggettiva è il tratto che accomuna le due figure. Ed è un tratto che tende fortemente a assimilare, anche perché a sua volta ne genera degli altri. E, comunque, è un tratto che, in entrambe, è nettamente dominante: tanto da metterne in un cono d'ombra gli altri, che gli sforzi dottrinali vorrebbero predicare come viceversa differenziali.

È ovvio che non si vuole certo negare qui che anche l'interesse legittimo abbia la consistenza e la dignità di situazione giuridica soggettiva del privato. E che, come tale, sia qualcosa di diverso dall'altra situazione a questo pertinente: dal diritto soggettivo. Ma ora si vuol notare che la differenza tra di esse è percepibile in tutta la sua rilevanza — che peraltro è marcatissima dall'altro punto di vista che si propone —, sol se si esca dalla prospettiva che si è criticata: quella nella quale il confronto tra le due sia diretto. Tra queste due figure, infatti, si deve interporre un fattore; ed è un fattore che per altro verso è anch'esso predominante. Ossia: il potere dell'amministrazione; cioè: la situazione giuridica attraverso la quale emerge la capacità di questo altro protagonista primario della vicenda amministrativa. È dall'interposizione di questo potere tra il diritto soggettivo e l'interesse legittimo — solo da questa interposizione —, che può emergere la profonda eterogeneità che effettivamente intercorre tra l'uno e l'altro. Eterogeneità marcata dalla diversità del rapporto nel quale l'uno e l'altro si collocano con quel potere medesimo. Più precisamente, dalla diversità degli assetti che l'ordinamento imprime al conflitto tra l'interesse pubblico e l'interesse individuale che di ambedue quelle situazioni private costituisce la sostanza; attraverso i quali assetti, l'ordinamento ordina quel conflitto medesimo: lo regola giuridicamente. Con l'attribuzione di un diritto soggettivo, l'ordinamento protegge l'interesse individuale che gli è intrinseco, precludendo all'amministrazione di disporre: *id est*, delimitando a contrario il suo contrapposto potere; garantendolo, quindi, nel modo più diretto e radicale. Col riconoscimento di un interesse legittimo, l'ordinamento — il medesimo? O uno da esso derivato? —, protegge l'interesse individuale che parimenti gli è intrinseco, vincolando sotto vari profili l'esercizio da parte dell'amministrazione del pertinente suo potere: solo questo esercizio; *id est*, l'ordinamento, allora, non esclude affatto la sottoposizione di tale interesse ad un simile potere di disposizione; anzi, al contrario, presuppone che vi sia viceversa assoggettato: per definizione, si deve aggiungere.

Ritornerei su questo passaggio. Ma, al momento, mi pare opportuno riprendere il ragionamento, a partire dalla relazione tra interesse pubblico e interessi individuali, cui è dedicato il presente convegno. Che, già per le

ragioni accennate nella critica della attuale sottovalutazione del potere dell'amministrazione, non riusciamo a vedere come non intrinsecamente conflittuale; almeno potenzialmente.

È vero che interesse pubblico e interessi individuali spesso trovano in concreto infinite convergenze; la complessità degli intrecci della società e della vita contemporanea ce lo prova ogni giorno. Con un limite, peraltro: l'esperienza quotidiana ci mostra che di solito sono molteplici e a loro volta contrapposti reciprocamente, gli interessi individuali coinvolti nella vicenda amministrativa; e che l'interesse pubblico, pur quando possa armonizzarsi con qualcuno di questi, è difficile che possa riuscire a coordinarsi anche con tutti gli altri. È normale, cioè, che, allora, esso seguiti a confliggere con alcuni di essi; per di più, in un quadro reso più complicato da un'ovvia duplicazione: l'insorgere di un ulteriore e simmetrico contrasto tra interessi individuali, che inestricabilmente si intreccia col primo. Pare superfluo ogni richiamo più dettagliato di esempi. È sufficiente ricordarne uno soltanto, e per di più accennandolo solo: le vicende sottese all'applicazione degli artt. 19 e 20 della l. 241/90; nei loro infiniti rimaneggiamenti, e nell'almeno finora inarrestabile ampliamento del loro campo di riferimento.

È anche per questo intreccio — ma davvero non solo per questo —, che ha dei limiti il riconoscimento della possibilità che l'interesse pubblico converga con gli interessi privati coinvolti nella vicenda amministrativa; o almeno con alcuni di essi. Esso non può essere spinto fino a capovolgere l'impostazione con la quale questa è tradizionalmente ricostruita; ad elevare una simile eventualità ad elemento tipico di tale vicenda stessa. E — si può aggiungere: ancor più —, di quella giurisdizionale che vi si sovrappone: in cui conflitto di interessi tra le parti processuali è addirittura strutturale e necessario. Quella vicenda amministrativa, perciò, seguita ad essere caratterizzata nei suoi tratti più salienti da un elemento opposto a quella convergenza tra interesse pubblico e interessi individuali, che si è rilevata come eventuale: ossia, dal contrasto, almeno potenziale, di questo con quello. Ed è sulla sussistenza di tale contrasto che è stato costruito l'intero sistema del diritto amministrativo: sul piano sostanziale, come, ovviamente, su quello delle tutele.

Ora, di tale contrasto non è certo la distinzione dell'interesse legittimo dal diritto soggettivo che possa dare efficace rappresentazione: per l'impostazione stessa da cui deriva. Perché della sostanza medesima di quel conflitto tra l'interesse pubblico soggettivo istituzionalmente nell'amministrazione, e interessi individuali, non sono certo le nozioni di quelle due situazioni giuridiche soggettive che possano offrire adeguata e pertinente resa: in quanto sono delineate come pertinenti entrambe, viceversa, all'unico soggetto privato. Non sono certo definizioni teoriche di

gradazioni e sfumature di protezione che l'ordinamento conceda a categorie di interessi tutti di questo — per quanto ipoteticamente così diversificati —, che possano arrivare a dare incisiva espressione del conflitto suddetto. Che, viceversa, si esprime con tutta la forza che gli è propria, solo quando al diritto soggettivo del privato si contrapponga il potere dell'amministrazione.

La centralità che nel nostro quadro concettuale di oggi ha assunto la distinzione dell'interesse legittimo dal diritto soggettivo è la conseguenza del sopravvento che nella nostra epoca vi hanno preso alcune tendenze culturali di fondo. Anzitutto, la tendenza a focalizzarlo sugli interessi individuali: sulla loro tutela da parte dell'ordinamento, e sui diversi modi nei quali la concreta. Ed a collocare correlativamente ai margini il ruolo dell'amministrazione: i suoi poteri, nei quali si estrinseca, almeno in ultima istanza. Le «ragioni» dell'amministrazione, e i mezzi unilaterali che questo non può non accordarle perché li possa attuare effettivamente, vengono così relegati in un angolo. È un orientamento che appare ancora più inaccettabile, sol che si consideri quali siano gli interessi la tutela dei quali costituisce le «ragioni» dell'amministrazione: sono gli interessi non individuali ma collettivi per il cui perseguimento essa costituisce una istituzione dell'ordinamento; per la cui protezione, in ultima analisi, l'ordinamento medesimo si costituisce. E, comunque, è un orientamento che non mi pare davvero che sia realistico.

2. *Profili problematici dell'interesse legittimo.* — Nel quadro delle situazioni soggettive del privato che siano riconducibili a relazioni con l'amministrazione, non mi pare dubbio che il diritto soggettivo sia quella dominante, e anche più sicura; e che l'interesse legittimo presenti tratti più sbiaditi e incerti. È su questo, allora, che si avverte di più l'esigenza di concentrare l'attenzione.

Senza per questo poter sfuggire, tuttavia, alla consueta impostazione di ogni analisi che lo riguardano: l'interesse legittimo va definito per la maggior parte del perimetro della nozione, in controluce col diritto soggettivo medesimo.

2.1 *Interesse pubblico, potere dell'amministrazione, e la tardiva emersione dell'interesse legittimo.* — Si deve ripartire, dunque, da una osservazione già accennata: in realtà, si ripete, è l'ipotesi nella quale emergano interessi individuali ponendosi in contrasto con l'interesse pubblico, quella sulla quale è stata modellata storicamente la vicenda amministrativa; almeno la vicenda che prassi e teoria hanno considerato più rilevante. E il nostro diritto amministrativo, sul piano sostanziale come su quello delle tutele, cominciò a prendere forma nel contesto di una cultura anzitutto po-

litica, nella quale – sembra ben più di oggi –, era ben presente e acuta la consapevolezza di ciò. Di una cultura nella quale furono percepiti progressivamente come sempre più rilevanti gli interessi individuali: anche, e anzi soprattutto, quando confliggevano con l'interesse pubblico; e si affermarono progressivamente le esigenze di una loro protezione sostanziale, e di una loro tutela almeno contenziosa, anche se non subito giurisdizionale: pur nei confronti di quell'interesse pubblico medesimo. Di una cultura anzitutto politica, che mediò tale contrasto nella prospettiva dell'ideologia liberale prima evocata: quella che allora prevalse politicamente – pur se non certo con i numeri a suo vantaggio, come ora si suol dire. È questo l'*humus* culturale che diede linfa alle fondamentali riforme legislative adottate a cavallo della metà dell'800, e dei decenni successivi. E i giuristi poi intervennero, esercitando quel ruolo che è loro proprio. Fornirono positivamente il quadro concettuale perché di quelle riforme potesse essere ricostruita la portata: quella giuridica. Tradussero quel contrasto medesimo, facendone emergere i termini: giuridicamente. Li definirono nel linguaggio che si è visto essere già allora l'unico praticabile. Li delinearono, quindi, come situazioni giuridiche soggettive; malgrado tutte le incertezze definitorie loro proprie all'epoca: ancora maggiori di quelle di oggi. Più precisamente, li atteggiarono come situazioni giuridiche contrapposte. Di qui, su un versante, la sussunzione della preesistente possibilità – dell'amministrazione –, di adottare i «provvedimenti» di cui all'art. 2 della l.a.c., nel concetto del suo potere unilaterale. E, sull'altro, l'inquadramento anzitutto nella nozione di diritto soggettivo – dei privati –, degli interessi individuali di cui era emersa la rilevanza. Non di tutti questi interessi individuali: solo di quelli era stata politicamente percepita l'esigenza di una protezione e di una tutela prioritaria, anche nei confronti di quel potere.

Nel quadro linguistico, e quindi concettuale, delle riforme fondanti il nostro sistema di diritto amministrativo, tuttora vigente almeno nelle sue linee essenziali, ovviamente dell'interesse legittimo – *rectius*: di quello che poi divenne l'interesse legittimo –, vi sono poche tracce. Se ne può trovare una nell'ambito degli «affari» che l'art. 3 della l.a.c. affidò alla competenza dell'amministrazione; la quale, appunto, avrebbe dovuto gestirli, ammettendo però «...le deduzioni e le osservazioni delle parti interessate...». Se ne può rinvenire un'altra, nella peraltro solo un po' più precisa formula che definisce l'oggetto della cognizione della IV Sezione del Consiglio di Stato, già nell'art. 3 della l. 31 marzo 1889, n. 5992, che la istituì: «...interesse di individui o di enti morali giuridici...». Ma ambedue sono pallide. Specie in paragone alla grande elaborazione che, soprattutto in epoca post-costituzionale, si è voluto dare al concetto di interesse legittimo; e alla accentuata importanza che gli è stato attribuito. E non è certo il secondo accenno normativo che si è appena citato, la pennellata che

può cambiare di molto il panorama complessivo delle nozioni utilizzate, che può accentuare in misura significativa la scarsa rilevanza che la figura aveva originariamente.

Per spiegare la quale, sarebbe fin troppo facile la notazione per cui solo successivamente si sviluppò quell'evoluzione, per la quale quell'interesse «...delle parti interessate...», quell'«...interesse di individui o di enti morali giuridici...», diventò di più – ben di più –, di quel che era originariamente: di un qualcosa di rilevante solo in fatto, o quasi. Non mi pare una divagazione inopportuna accennarla sinteticamente. A partire dalla osservazione per la quale tale interesse così inteso, apparve subito come intrinsecamente assoggettato agli effetti dell'esercizio del potere unilaterale dell'amministrazione: disponibile in funzione dell'interesse pubblico, da parte e mediante quell'esercizio, a quest'altro e soverchiante interesse finalizzato; come si è già anticipato con qualche cenno. Già nel citato art. 3 della l. 1889/5992 è emerso questo profilo; che, anzi, è espresso con formula qui incisiva: «Spetta alla Sezione IV del Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi...contro atti e provvedimenti di una autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante [quindi, contro esplicazioni di loro poteri unilaterali] che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici...» (la sottolineatura è mia, ovviamente); appunto.

Poi, quell'interesse prima di mero fatto, o poco più, acquistò un ben maggiore rilievo: venne ricostruito come una vera e propria situazione giuridica, e, quindi, soggettiva. Ma la sua subordinazione all'esercizio dei poteri unilaterali dell'amministrazione è un suo tratto che non ha perso. Nel senso che la soddisfazione di un interesse oppositivo alla perdita di un diritto, o di un interesse pretensivo all'acquisto di questo, è ancora stata considerata come condizionata al modo col quale l'amministrazione esercitasse, o avesse esercitato, tali suoi poteri; più esattamente: quello che incidesse sull'uno o sull'altro interesse individuale. Ossia, come condizionata alla direzione positiva o negativa – s'intende dal punto di vista del soggetto al quale tali interessi appartenessero –, nella quale tale amministrazione esplicasse quei suoi poteri medesimi, o li avesse espliciti. Di più: della nuova nozione, questa subordinazione è poi risultato tratto essenziale. E mi sembra di poter dire che tale sia rimasto: perché condiviso largamente; più generalmente, quanto meno, di altri della controversa figura, che ben più sono stati messi in discussione.

Quell'«interesse», conquistata comunque questa sua nuova dignità di situazione giuridica soggettiva, acquistò anche una nuova qualificazione: fu detto «legittimo». Il rilievo della strutturale subordinazione di un siffatto interesse all'esercizio di un potere unilaterale dell'amministrazione, l'essenzialità di questo tratto di tale figura, e la costanza con la quale le viene attribuito, consente una migliore comprensione di questa sua nuova oggettività.

vazione. Essa viene a porsi come predicato speculare alla qualità che ugualmente doveva manifestare il provvedimento che vi incidesse; ossia: l'esercizio che l'amministrazione avesse compiuto del pertinente potere unilaterale che le spettasse. Nel senso che un «interesse» che il suo titolare asserisse essere «legittimo», rilevarebbe come tale per l'ordinamento, solo nei limiti nei quali risultasse parimenti legittimo quell'esercizio di tale potere che lo soddisfacesse, tra i tanti possibili e ipotizzabili. Va ripetuto: che rilevarebbe non solo positivamente, ma anche negativamente. Quindi, l'ordinamento riconoscerebbe la situazione costituita dalla soddisfazione di un interesse pretensivo, solo in quanto fosse legittimo il provvedimento ampliativo che l'amministrazione avesse adottato nei confronti della pretesa dell'istante. Ma non solo, perché anche l'ordinamento non riconoscerebbe la persistenza del diritto il cui mantenimento fosse l'oggetto di un interesse oppositivo, quando fosse parimenti legittimo il provvedimento ablativo che viceversa ne avesse disposto.

Ora si intravede il perché sia stato progressivo e nel suo sviluppo più consistente largamente successivo al secolo decimonono, il completamento della trasformazione dell'«interesse» originariamente di mero fatto, o quasi, in situazione giuridica soggettiva; quindi, il perché sia stata graduale, e ugualmente in un certo senso tardiva, l'evoluzione che ha consolidato l'acquisto da parte di tale interesse, pure dell'aggettivazione come «legittimo». Tale trasformazione, e tale acquisto, infatti, sono stati condizionati da mutamenti di altri istituti; diversi, ma necessariamente correlati. Ossia, col progressivo irrobustimento, e con la sempre maggiore incisività, degli strumenti apprestati dall'ordinamento per il sindacato sull'esercizio che l'amministrazione realizzasse dei suoi poteri unilaterali. L'«interesse» individuale coinvolto in questo esercizio, può dirsi «legittimo», quindi giuridicamente rilevante, solo quando sia altrettanto «legittimo» l'esercizio del potere che lo abbia soddisfatto, o che avrebbe dovuto soddisfarlo. E, allora, i mezzi di tutela di un siffatto interesse, vengono a coincidere con i mezzi di sindacato sulla legittimità di tale esercizio. Perciò, il segmento più cospicuo della progressiva costruzione dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva, si sviluppò dopo l'inizio del secolo passato. Cioè, non solo dopo l'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, nel 1889; ma anche dopo che la riforma del 1907 fugò definitivamente ogni dubbio del carattere giurisdizionale delle funzioni di questa, e della Sezione V, che contestualmente istituì. E, ancor più, dopo che il giudizio davanti al giudice amministrativo, con i caratteri originariamente accennati solo da scarni elementi normativi, ebbe la grandiosa evoluzione che sappiamo: dopo che si trasformò, soprattutto ad opera di dottrina e giurisprudenza, e in costanza di un provvidenziale silenzio del legislatore, in un vero e proprio processo; in un processo addirittura di

parti. Nella ricostruzione del quale, all'interesse legittimo si volle attribuire il ruolo di necessaria figura di legittimazione al ricorso - il che mi sembra incontrovertibile, purché si allarghi la considerazione anche alla diversa e originaria situazione soggettiva dalla quale fosse derivato: l'aspettativa, negli interessi legittimi di tipo pretensivo, e addirittura il diritto soggettivo in quelli di tipo oppositivo. Ma non solo: all'interesse legittimo si volle riconoscere addirittura anche il carattere di situazione giuridica soggettiva protetta nel successivo giudizio; *ad instar* di quello svolto dal diritto soggettivo nel processo civile - il che, viceversa, mi pare troppo.

2.2. *Il diritto soggettivo come situazione giuridica del privato dominante rispetto all'interesse legittimo.* - Appare abbastanza facilmente databile e periodizzabile questa sequenza temporale della progressiva elaborazione, e della graduale emersione della rilevanza della nozione di interesse legittimo; quindi, della tardività della sua elaborazione rispetto alla fondamentale riforma del 1865. Ma, d'altra parte, parrebbe veramente troppo riduttivo individuare in questo mero dato cronologico, la causa della sua originaria marginalità; in realtà, ne è piuttosto l'effetto: perché nel quadro concettuale dell'epoca, al contrario, derivava da ragioni del tutto sostanziali e intrinseche al sistema che tale riforma venivano costruendo.

Non solo è persa debole la distinzione dal diritto soggettivo della nozione dell'interesse legittimo: se ricercata in un confronto tra le due figure che fosse impostato come diretto, e impostata in riferimento a loro elementi strutturali. Questa lo è anche di per sé: sia se considerata con i tratti con i quali viene definita, sia nel confronto con la ben maggiore robustezza di quella del diritto soggettivo medesimo - indipendentemente dal come poi si vogliano differenziare reciprocamente le due figure - . Vi è un indice assai significativo di ciò: il diverso rapporto che l'uno e l'altro hanno con i dati di diritto positivo.

È un fatto che in alcuna legge relativa alla giurisdizione amministrativa viene utilizzata la nozione e il termine di interesse legittimo; men che meno come della situazione giuridica soggettiva che ne costituisca oggetto - non solo nel t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato del 1924, ma neppure nella legge istitutiva del T.a.r. del 1971. Né viene richiamata in alcuna delle disposizioni più specificamente dedicate al relativo processo; men che meno, come strumento di sua tutela. Permane questa omissione, perfino nella norma che recepisce il *dictum* che si vuole storico, relativo ad un suo tratto che ne sarebbe anch'esso essenziale: quello della sua risarcibilità, quello affermato dalla tanto conclamata sentenza della Cassazione n. 500/99. Ossia, nel testo vigente del comma 3 dell'art. 7 della l. 1034/71; comma che canonizza sì tale risarcibilità, ma solo tacitamente. Perché regola un diverso fattore: i poteri decisori del giudice amministrativo. Ar-

riva solo a far pudico riferimento alla sua giurisdizione: che adesso abbraccia nella sua totalità; ma solo implicitamente. Non segnala chiaramente, infatti, che tale giudice ora può conoscere delle domande risarcitorie in tutta l'ampiezza di questa: con superamento del limite alla sola sua giurisdizione esclusiva, posto dall'art. 35 del decreto legislativo n. 80/98. E che così la intenda lo si può dedurre solo indirettamente: unicamente dalla rinuncia che tale comma compie ad ulteriori aggettivazioni di tale giurisdizione. Infatti, non enuncia esplicitamente che il potere di condanna risarcitoria del giudice amministrativo stesso adesso si estende pure alla sua giurisdizione di sola legittimità. Non la evoca espressamente, con un riferimento che altrimenti avrebbe segnalato con una certa chiarezza, che l'interesse legittimo sarebbe divenuto risarcibile: in quanto figura a quella specifica giurisdizione comunque intrinsecamente connessa. Soprattutto, si guarda bene dall'indicare esplicitamente quale sia la situazione di cui riconosce la risarcibilità: l'interesse legittimo, appunto. Perché neppure lo contempla *nominatim*: neanche in occasione di uno snodo così importante per lo sviluppo del concetto e dei suoi tratti salienti, pratici ancor più che teorici. E questo testo ancora una volta omissivo non risale alle vecchie stratificazioni normative sulla materia: è la l. 205/00 che ha riformulato quel comma 3, così come oggi lo leggiamo.

Si dirà: ma è la Costituzione che cita l'interesse legittimo; e in più articoli. È la Costituzione, quindi, che così gli attribuisce la massima rilevanza. Ma il dato non è risolutivo dal punto di vista che qui è di maggiore interesse, perché essa si limita a garantire che anche l'interesse legittimo deve trovare tutela giurisdizionale non meno che il diritto soggettivo; ad affermare un principio, cioè, che sicuramente è assai importante, ma che rimane comunque non risolutivo ai fini di queste argomentazioni: perché nulla ci dice, sulle sedi e sui mezzi di tutela pur così garantiti. Si ammette: per la verità, la Costituzione medesima, agli artt. 103 e 113, dispone pure qualcosa di più; perché, effettivamente, delinea anche una corrispondenza tra questa sua tutela e la funzione della giurisdizione amministrativa. Tuttavia, solo di massima; almeno secondo un orientamento che mi pare maggioritario – ma della cui esattezza seguirei a non essere sicuro –; l'orientamento, cioè, secondo il quale il legislatore potrebbe talvolta devolvere la tutela alla giurisdizione civile. Ma, comunque, anche qualora a questa corrispondenza si volesse attribuire un carattere cogente, essa avrebbe comunque un significato abbastanza limitato: perché non è un elemento decisivo per dedurre quale sia il reale fattore di discriminazione della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo da quella del giudice civile; perché non chiarisce se questo discriminare sia basato sul carattere di interesse legittimo della situazione giuridica soggettiva in tale giurisdizione rilevante; e se questo carattere sia addirittura il fattore primo e

dominante – invece del potere dell'amministrazione –. E non è neppure un dato che per altro verso abbia un significato esaustivo: non precisa quale sia il ruolo funzionale, o addirittura strutturale che l'interesse legittimo stesso svolga, nel «suo» processo amministrativo: se, oltre che fattore di legittimazione al ricorso che lo inizia, ne sia o no l'oggetto, se ne costituisca o no la situazione ivi tutelata.

Ben altra rilevanza, ben più diretta connessione col dato normativo, invece, ha il «diritto soggettivo». Esso, infatti, e per contro, trova esplicito riferimento già nel testo della l.a.c.; e già in questa formulazione originaria, se ne garantisce la tutela giurisdizionale, devolvendola subito all'autorità giudiziaria: al giudice allora unico – non completamente, peraltro: sussistevano ancora, infatti, varie giurisdizioni speciali. Al giudice che poi, comunque, rimase quello per eccellenza: tanto che sono ciclicamente ricorrenti fino ai giorni nostri, le pulsioni ad una qualche forma di assorbimento da parte sua, di integrazione nel suo ambito, anche della giurisdizione amministrativa. Per la verità, quella legge ignorò quella nostra espressione: che si è affermata solo successivamente; e che, per di più, è rimasta a lungo scrutabile solo nel cielo dei concetti, direbbe v. Jehring: perché ha tardato anche a concretarsi nella prosa delle disposizioni legislative. E la ignora opportunamente: perché la locuzione, così come oggi la intendiamo, ha solo un sapore dogmatico e, di per sé, è povera di contenuto sostanziale; non tanto per il sostantivo – che comunque ha una propria forza evocativa –, ma per la sua aggettivazione: che segnala solo la sua intestazione ad un qualche soggetto di diritto, ma senza specificare in concreto cosa gli venga così attribuito. La l.a.c., dunque, richiama la figura attraverso la formula dei «...diritti [il sostantivo c'era già] civili e politici...». Questi diversi aggettivi hanno ben altra corposità.

E il ruolo essenziale che il concetto aveva già originariamente nel testo di tale legge risulta con evidenza da considerazioni che si sono già acquisite. La l.a.c., come si è visto, nasce da una cultura anzitutto politica, assolutamente consapevole che la sostanza della vicenda amministrativa è costituita dal conflitto – almeno potenziale –, dell'interesse pubblico con interessi individuali; più precisamente, tale conflitto ha acquistato importanza, quando si concretava in riferimento a determinati interessi individuali: quelli di cui veniva percepita politicamente l'esigenza di una protezione sostanziale – quindi, di una tutela contenziosa, e preferibilmente giurisdizionale. La l.a.c. fa emergere la rilevanza di tale interesse pubblico, mediante la nozione di provvedimento – termine noto addirittura al legislatore già un secolo e mezzo fa, e al quale sarebbe perciò inesatto attribuire una data di nascita più recente –; quindi, attraverso un simile atto di esercizio di un potere unilaterale di disposizione da parte dell'amministrazione. La l.a.c. presuppone solo quali siano gli assetti concreti nei quali tale

confitto è regolato giuridicamente; perché la loro determinazione in concreto è stata affidata di volta in volta alle normazioni di settore; se ne richiamerà un solo esempio per tutti, quello che sembra il più significativo, e perché effettivamente lo è: la coeva legge generale sulle espropriazioni per pubblica utilità, che regola in dettaglio le due situazioni contrapposte – il potere di esproprio e il diritto di proprietà –, dando assetto alla loro relazione reciproca. La l.a.c., però, delinea lo schema giuridico mediante il quale quella determinazione andrebbe concettualizzata; in ogni caso; ossia, quale ne sia il contenuto. Da un lato, dunque, il potere unilaterale dell'amministrazione: la situazione giuridica di questa, di cui i suoi provvedimenti costituiscono esplicitazione; situazione giuridica, che in un certo senso si poneva come immanente, come un *a priori*: lo si dirà meglio. Dall'altro, i «...diritti civili e politici...»; come interessi individuali protetti dall'ordinamento fino al punto di essere da esso resi indisponibili dai poteri unilaterali dell'amministrazione, neppure quando li esercitasse per il perseguimento dei suoi fini pubblici istituzionali: quindi, come interessi individuali garantiti nel modo più radicale ipotizzabile, per i loro titolari.

La l.a.c., quindi, delinea un quadro nel quale vi sono due protagonisti: l'amministrazione e i soggetti privati. Un quadro, nel quale emergono due gruppi di interessi: quelli pubblici soggetti nella prima, e quelli individuali, di cui sono portatori i secondi. Indica le situazioni giuridiche soggettive deputate al loro perseguimento e alla loro difesa: il potere unilaterale dell'una – presupposto, piuttosto definito; e i «...diritti civili e politici...»: questi, ben precisati, come situazioni soggettive cui l'ordinamento accorda la massima protezione nei confronti di quello. Ed è il conflitto tra questi due protagonisti, tra questi due gruppi di interessi, tra queste due situazioni giuridiche soggettive, il fattore di grande corposità, che effettivamente allora delimitava la giurisdizione civile. E che ancor oggi ha una rilevanza determinante: perché è tuttora quello che la discrimina dalla giurisdizione amministrativa di legittimità. E non certo l'esangue distinzione dell'interesse legittimo dal diritto soggettivo.

Oggi, infatti, così qualifichiamo concettualmente i «...diritti civili e politici...» di allora. E, da questo punto di vista, da questo solo punto di vista, questa denominazione, di cui si è già denunciata la dogmaticità astratta, può acquistare un significato più concreto. Se ne è già individuato quello di base: il significato di interessi individuali cristallizzati in situazioni giuridiche di soggetti altri rispetto all'amministrazione, e almeno potenzialmente ad essa contrapposte. Ma ora la nozione può essere arricchita, sottolineandone un aspetto ulteriore: quello di situazione giuridica di cui essa non può disporre, neppure quando persegua gli interessi pubblici alla cura dei quali è deputata, neppure quando eserciti quei poteri unilaterali che l'ordinamento le accorda a tal fine.

Il legislatore liberale del 1865 partiva da una visione dell'ordinamento giuridico come istituzione – lo dirà poi Santi Romano –, ordinante anzitutto sfere soggettive: di un ordinamento che, *in primis et ante omnia*, le delimita reciprocamente. Quindi, i poteri unilaterali dell'amministrazione, come limite dei diritti soggettivi dei privati: in quanto essa, mediante l'esercizio di tali suoi poteri, potrebbe disporre per contro, in funzione dell'interesse pubblico, di altri interessi individuali. Di interessi individuali originariamente neppure protetti sostanzialmente; lo diventavano dopo: ma quando lo saranno – però in qualche diverso modo e misura –, acquisteranno una rilevanza comunque più debole. E i diritti soggettivi dei privati, come limite dei poteri unilaterali dell'amministrazione: in quanto essa non potrebbe disporre degli interessi individuali protetti sostanzialmente in modo così radicale, neppure mediante l'esercizio di questi suoi poteri.

Sono questi diritti le situazioni giuridiche dominanti nella sfera giuridica dei soggetti privati: s'intende, per quel che riguarda le loro relazioni con l'amministrazione e con i suoi poteri unilaterali. Non possono non esserlo: perché con la l.a.c., e nel rapporto che delinea con quei poteri medesimi – contrapposti, ma anche correlati –, in un certo senso essi assumono alla medesima rilevanza giuridica di essi.

Di più: il diritto soggettivo dei privati è l'unica loro situazione nettamente percepibile nella accennata prospettiva dei politici liberali di metà ottocento. Il loro orizzonte culturale, si è detto, era circoscritto ad un ordinamento giuridico anzitutto ordinante le sfere giuridiche dei suoi soggetti; anzitutto, delimitandole reciprocamente; in una prospettiva che comprendeva anche i poteri unilaterali dell'amministrazione. È ovvio, allora, che, per quel che riguarda quella dei privati, la loro visione fosse altrettanto focalizzata su quella loro situazione che ne marcasse i confini: che proteggesse gli interessi così tutelati, mediante l'esclusione della loro soggezione quei poteri unilaterali di essa; a quei suoi poteri, che erano sentiti come la sostanza della sua opposta sfera giuridica. L'essenziale era: l'amministrazione non doveva violare i limiti posti dall'ordinamento a tali suoi poteri; massimamente, quando altrimenti arrivasse a ledere i diritti soggettivi correlati, e, quindi, delimitati a contrario. Degli interessi individuali cui l'ordinamento non assicurasse una così diretta e rigida garanzia, non veniva percepita la rilevanza. E neppure quella dei modi con i quali venissero protetti – solo indirettamente, ormai è ovvio –: la rilevanza dei vincoli, cioè, posti all'amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri unilaterali – solo al loro esercizio. Come non ricordare la recisa risposta che, nei lavori preparatori della l.a.c., un giurista dell'importanza di Pasquale Stanislao Mancini diede a chi lamentava come una lacuna normativa, la mancanza di protezione del titolare di tali altri ulteriori interessi, di fronte

a provvedimenti che li sacrificassero: «*Cb'ei si rassegni...*». La prospettiva si potrebbe anche capovolgere: allora non veniva sufficientemente percepita l'importanza di modi di protezione di interessi individuali diversi da quello così radicale, che li avrebbe elevati a diritti soggettivi; quindi, la rilevanza di normazioni di protezione di interessi individuali ugualmente diverse e ulteriori, di quella che si risolvesse addirittura nell'attribuzione di diritti soggettivi pieni ai loro titolari. Allora, per queste ragioni, la nozione di interesse legittimo così come la conosciamo noi, non era neppure percepibile. Se lo fosse stata, sarebbe emersa solo una pallida ombra di quella di diritto soggettivo. Quando, poi, finalmente è stata sentita come giuridicamente rilevante, non poteva sfuggire ad una subordinazione, questa: come interesse non protetto addirittura mediante l'esclusione di un potere dispositivo di esso da parte dell'amministrazione, ma come interesse che a questo per contro rimanesse assoggettato.

2.3. *L'attribuzione dei poteri all'amministrazione e la regolazione del loro esercizio.* — Una più solida base di diritto positivo della nozione di interesse legittimo, quindi la progressiva emersione di questa figura su di essa, comunque, dovevano attendere l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, nel 1889. Dovevano attendere altri due decenni, cioè: un'altra epoca, la maturazione di un'altra cultura; se si vuole, anche l'avvicendamento di un'altra maggioranza politica — nel 1876. L'epoca, la maturazione nella quale venisse acquisito più generalmente un dato che, peraltro, era già affiorato nei lavori preparatori della l.a.c.: la delimitazione dei poteri unilaterali dell'amministrazione non ne può esaurire la regolazione giuridica. L'epoca, la maturazione nelle quali fosse diventata percepibile la consapevolezza che, per la costruzione di un più compiuto Stato di diritto, sia imprescindibile anche la disciplina del loro esercizio; se non altro, perché questa è strumento insostituibile per finalizzarlo alla effettiva cura dell'interesse pubblico: a quello che è la causa — anche in senso tecnico, credo —, dell'attribuzione e definizione di tali poteri all'amministrazione stessa. Il passaggio è fondamentale: perché in un simile più compiuto Stato di diritto, è solo la rispondenza ad un siffatto interesse pubblico che legittima il provvedimento che abbia sacrificato interessi individuali. Siamo ormai ben lontani concettualmente, quindi, dal «*Cb'ei si rassegni...*» di Mancini; ben più di quel che lascerebbe supporre il periodo di tempo trascorso, relativamente breve: il ventennio, o poco più, passato da quando questa affermazione venne pronunciata. La quale, ora, appare unicamente come un rifiuto di protezione sostanziale e di conseguente tutela almeno contenziosa non solo del tutto ingiustificato: soprattutto, anche del tutto anacronistico.

Allora, avevano già acquistato rilevanza anche altre norme: quelle che regolano tale esercizio dei poteri unilaterali dell'amministrazione; le quali, perciò, nulla hanno a che vedere con quelle che ne definiscono e ne delimitano l'attribuzione. Soprattutto, e questo ne è un tratto assolutamente essenziale: che presuppongono almeno logicamente l'adozione di queste. E che, quindi, sotto questo punto di vista, vi sono concettualmente subordinate: non è neppure logicamente concepibile, che esse possano regolare l'esercizio di un potere unilaterale dell'amministrazione, oltre i limiti nei quali l'ordinamento glielo abbia attribuito. Da questo punto di vista, dal riconoscimento che la nozione di interesse legittimo si è sviluppata in parallelo con l'emersione della normazione anche di esercizio dei poteri unilaterali, affiora un'altra profonda ragione del carattere secondario di tale situazione soggettiva, che la differenzia rispetto al predominante diritto soggettivo: perché le disposizioni dalle quali è protetto, sono subordinate nel senso prima precisato, e, quindi, in questo medesimo senso secondarie, rispetto a quelle di delimitazione di quei poteri unilaterali; quelle che sono le sole dalle quali quel diritto può derivare.

Tali ulteriori disposizioni, per l'essenziale, riguardano l'organizzazione delle strutture amministrative soggettivate in ministeri ed in enti pubblici, a cominciare da quelli territoriali: quelle che di quei poteri siano attributarie. Sono le norme che regolano i procedimenti mediante i quali tali strutture devono esercitare tali poteri, esplicitando discrezionalità: almeno in margini delle loro scelte. O anche quelle che, in un certo senso in alternativa a queste, vincolano direttamente il contenuto dei provvedimenti che da quei poteri derivino, alla sussistenza o alla carenza di presupposti soggettivi o di requisiti soggettivi. Rimango dell'opinione che anche provvedimenti così vincolati, non necessariamente ledono diritti soggettivi pieni; perché non li possono ledere, quando le norme che così li vincolassero, fossero solo di esercizio dei poteri di cui costituiscono esplicazione, e non addirittura di delimitazione di questi: quando queste norme così si atteggiassero. Tutte queste norme, perciò, sono diverse da quelle che danno assetto ai rapporti tra amministrazione e privati: da quelle che attribuiscono e delimitano reciprocamente i loro poteri unilaterali e i loro diritti soggettivi. Sono norme che si differenziano anzitutto funzionalmente: perché finalizzate all'esercizio ottimale dei poteri unilaterali che l'ordinamento abbia attribuito all'amministrazione. E certo non a dare l'assetto, secondo gli equilibri politici che di volta in volta abbiano prevalso, alla protezione, per un verso, degli interessi pubblici soggettivati nelle amministrazioni e, per l'altro, a quelli individuali garantiti come diritti. L'aveva intuito Guicciardi: che su questa intuizione aveva costruito un coerente quadro di concetti; distinzione un po' dimenticata in questi decenni, ma che dovremmo seguire a tenere viceversa ben presente.

Però, queste ulteriori disposizioni, rispetto a quelle prima considerate, si differenziano anche sostanzialmente; per diversità che per il momento mi limiterei ad indicare come di appartenenza ad un distinto piano giuridico. Si è detto delle norme che danno assetto alle relazioni tra amministrazione e privati: quelle che attribuiscono e delimitano i poteri unilaterali della prima, e che garantiscono e parimenti delimitano — *a contrario* — i diritti dei secondi. In una prospettiva istituzionale, non si può non ascrivere queste norme ad un qualche ordinamento. E non si può rinunciare a definirlo. Il che implica, anzitutto, individuarne la materia ordinata. E mi sembra davvero riduttivo limitare alla regolazione delle sole relazioni tra amministrazione e privati, l'ordinamento cui debbano essere ascritte le norme che queste disciplinano. Vi è un chiaro indizio in questo senso: già in queste circoscritte relazioni, compaiono non solo soggetti pubblici, ma anche soggetti privati. E, allora, mi appare ovvia l'intuizione, che questo ordinamento preveda unitariamente quali siano tutti i suoi soggetti: che riconosca come tali le persone fisiche, e, almeno secondo certe impostazioni e distinzioni, anche quelle giuridiche private; e che istituisca, oltre che pure queste ultime secondo altre impostazioni e distinzioni, le amministrazioni: soprattutto queste, elevandole a soggetti di diritto. Non solo. Perché mi pare chiaro che questo ordinamento sia anche quello che dà assetto alle relazioni tra tutti questi soggetti: a quelle tra soggetti pubblici e soggetti privati, certo; a quelle tra soggetti pubblici, mi pare altrettanto sicuro. Ma soprattutto, e anzitutto, a quelle tra soggetti privati; e alla capacità di diritto comune delle amministrazioni: precisazione che va sottolineata con particolare evidenza, perché riguarda un aspetto della loro attività che oggettivamente è di crescente rilevanza — e, ancor più, così si vuole che sia. Mi sembra palmare che a ciascun soggetto di diritto, a cominciare dalle persone fisiche, facciano capo rapporti giuridici comunemente considerati eterogenei: convenzionalmente qualificati di diritto pubblico o di diritto privato. Per accennare i più banali degli esempi, ciascuno di noi può essere sia titolare di un rapporto privatistico di locazione, sia beneficiario di una qualche autorizzazione amministrativa. E sentirei come del tutto artificioso, che l'uno e l'altra appartenessero a due mondi giuridici diversi. Quindi, mi parrebbe altrettanto irrealistico che la mia personalità giuridica di essere umano risultasse corrispondentemente scissa — personalità giuridica passibile, come un *a priori*, di solo riconoscimento da parte dell'ordinamento statale, come recita l'art. 2 Cost. —. L'esigenza di una unitarietà della personalità giuridica dei soggetti di diritto, a cominciare e soprattutto da quella delle persone fisiche, richiede altrettanto inderogabilmente quella dell'ordinamento che li considera come tali: l'unità dell'una impone specularmente quella dell'altro.

Mi pare indiscutibile che un ordinamento che regoli con questa ampiezza soggetti e loro relazioni, debba essere definito come generale: che meriti questa qualifica. A prescindere dai suoi rapporti con altre istituzioni e ordinamenti: con lo Stato — questione che tanto ha occupato i giuristi soprattutto di diritto pubblico interno; con le articolazioni anzitutto territoriali di questo, e con gli ordinamenti che in ipotesi ne derivassero. E in particolar modo, con la miriade di ordinamenti variamente transnazionali; che quando non potessero vantare una derivazione da altri sicuramente costituiti, potrebbero fondarsi autonomamente solo sul principio di effettività: basarsi su una propria effettiva vigenza — prova definitiva, se mai ce ne fosse stato bisogno, che la prospettiva istituzionale sbocca inevitabilmente nella conseguenza pluralistica e che questa sia assolutamente fondata. Questi sono aspetti e problemi sui quali tutti qui si deve necessariamente sorvolare.

A proposito dell'ordinamento che mi pare che debba definirsi generale, dunque, si deve ricordare che l'unitarietà di esso — come di qualsiasi altro —, è determinata sicuramente dalla unicità della fonte ordinante — anche se potrebbe conseguire pure da fattori diversi —. Ora, è ovvio che la fonte che disciplina le relazioni tra i soggetti privati — la sua componente sicuramente più tradizionale e rilevante —, debba essere legislativa: tale è il codice civile; tale, quindi, è la disciplina della capacità negoziale di diritto comune; tale è la fonte degli assetti di quei rapporti sempre tra i medesimi soggetti, i quali non derivano dall'esercizio di questa capacità: di quegli assetti che non a caso sono definiti *ex lege*. Ma è altrettanto intuitivo che al medesimo livello debba essere situata pure la disciplina delle relazioni tra soggetti pubblici e soggetti privati. Più precisamente, di quella che si manifesta come perfettamente omogenea a quella sopra definita per le relazioni tra questi ultimi. Ossia, la normazione che attiene alla attribuzione dei poteri unilaterali all'amministrazione e alla delimitazione di essi; quindi, alla garanzia e delimitazione dei contrapposti diritti soggettivi; nonché quella che riguarda gli altri loro rapporti, che vengano disciplinati *ex lege*, analogamente a quelli tra soggetti privati cui si è prima accennato. Vi è un tratto assolutamente saliente che accomuna al codice civile, la regolazione di questi aspetti nella contrapposizione del diritto di proprietà, al potere di esproprio — per un facile esempio, del resto quello di prima —: ambedue sono di livello legislativo; perché penetranti disposizioni costituzionali, nonché principi talvolta solo impliciti nel sistema — e perciò ancora più cogenti —, li sottopongono entrambi a riserva di legge. Perciò, ambedue derivano da una unica fonte ordinante: la funzione legislativa, così come è disciplinata dagli artt. 70 ss. Cost.

Con due corollari.

Il primo. È questa funzione, questa unica funzione, la matrice di un unico ordinamento generale. Quello che disciplina unitariamente, tra l'altro, tanto i poteri unilaterali dell'amministrazione, che la capacità negoziale dei soggetti di diritto comune – e dell'amministrazione medesima, quando così si atteggi; che, viceversa, è tendenzialmente paritaria, e che quindi può essere esplicata solo col consenso della controparte. Non si vuole negare che la regolazione di quei poteri abbia una connotazione pubblicistica – data la specialità di questi, non assimilabili a paragonabili possibilità di azione di diritto comune –, e quella di questa capacità negoziale, per contro privatistica. Ma alla luce del fattore assolutamente dominante della unicità della fonte che le regola, della conseguente unitarietà dell'ordinamento che, derivando da tale fonte, le ordina entrambe, questa diversità appare di rilevanza secondaria: meramente descrittiva di una sorta di epifenomeno; dato che appare significativo, specie alla luce delle tendenze evolutive del diritto amministrativo nel nostro tempo: il progressivo svuotamento di importanza della contrapposizione del pubblico al privato, e il graduale superamento di correlate distinzioni, sempre più sbiadite. Come altrettanto secondaria mi sembra essere la diversità di contenuti della capacità giuridica, pubblica e privata, dei soggetti appunto pubblici, e di quelli privati. Sicuramente hanno ampiezze differenziate, e qualità diversificate. Ma entrambe sono accomunate da uno stesso tratto: l'unicità della fonte ordinante, che è quella regolata dagli articoli della Costituzione sopra richiamati; e la conseguente unitarietà dell'ordinamento che si è visto derivarne. Certamente, il complesso delle norme che disciplinano tutte – anche se variamente –, i poteri unilaterali dell'amministrazione, è marcato da una profonda distinzione in due gruppi. Ma non è la contrapposizione pubblico-privato la differenziazione che le discrimina in modo fondamentale. È una distinzione che, viceversa, corre all'interno di tale complesso: che si presenta come tutto pubblicistico. È quella cui adesso si accenna.

Il secondo. Anche la normazione delle relazioni tra soggetti pubblici e soggetti privati che si è sopra definita, è data dall'ordinamento generale con una fonte di un certo rango: con legge; almeno con legge, quando non già posta in Costituzione. Deve essere data a questo livello primario. Il dato può dirsi acquisito già di per sé alla nostra cultura giuridica: soprattutto a quella di oggi, come si dirà; e, infatti, risulta con chiarezza dal sistema delle riserve di legge costituzionalmente disposte, e, talvolta, ancor più cogentemente presupposte. E ne è solo spiegazione ed ulteriore conferma, l'osservazione prima accennata: anche tale normazione è parte di un unitario ordinamento generale, che deriva dall'unica fonte ordinante, che è quella regolata dagli artt. 70 ss. Cost. Quella legislativa, appunto: il cerchio, così, si chiude.

Ecco, allora, che emerge, nella prospettiva del sistema delle fonti, il piano sul quale va collocata la normazione di esercizio – di solo esercizio – dei poteri dell'amministrazione. Che è diverso da quello primario sopra evocato. Che, perciò, si intravede che sia quello di livello secondario. O almeno può esserlo. A questa collocazione secondaria della normativa di esercizio dei poteri unilaterali dell'amministrazione, si era fatto già prima riferimento; ma, allora, era stata percepita unicamente dal punto di vista dei soli concetti astratti. Ma ora, risulta posta da un livello inferiore a quello primario, anche in senso tecnico. E, così, risulta accentuata pure la notazione della rilevanza secondaria dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo: il primo è protetto – per di più, solo indirettamente –, da norme secondarie intese anche giuridicamente in questo senso; mentre l'altro lo è, deve esserlo – per di più, direttamente – da norme addirittura legislative.

Questo aspetto di tale normazione di esercizio è oscurato dalla realtà della ampiezza della nostra legislazione: che largamente si estende anche comprendendola in misura assai larga. Per una inflazione legislativa che si era sviluppata a tutto danno dell'autonomia normativa dell'Esecutivo e degli altri soggetti di amministrazione, a cominciare dagli enti territoriali. Con un conseguente irrigidimento dell'intero sistema, al quale lo stesso legislatore ha cercato di reagire, mediante la cd. delegificazione: quella che ha trovato una prima controllata, e costituzionalmente più rispettosa espressione dell'art. 17, comma 2, della l. 400/88; e poi replicata in varie disposizioni di settore, che talvolta si sono prese maggiori libertà.

Ma questo dato di diritto positivo non può cancellare la diversità del piano sul quale si può collocare la normazione di esercizio – di solo esercizio –, dei poteri unilaterali dell'amministrazione, rispetto a quello superiore di quella di loro attribuzione e delimitazione. Perché è un fatto che questa normazione di base deve inevitabilmente collocarsi al livello legislativo; mentre quella di solo esercizio può svilupparsi, per contro, al livello di normazione secondaria. E questo è un altro dato di diritto positivo di cui bisogna tenere conto. Anzi, nello svolgimento delle argomentazioni che si propongono, questo dato acquista la massima rilevanza. Perché la nozione di normazione di esercizio dei poteri unilaterali dell'amministrazione che vi occupa un posto centrale potrebbe apparire come appartenente al *Begriffs-Himmel*: al già evocato cielo dei concetti. Ma una volta notato che può collocarsi – essa sola –, ad un livello secondario nel sistema delle fonti, può ancorarsi ad una precisa collocazione di diritto positivo medesimo; quindi, non può più essere considerata una mera astrazione dogmatica.

D'altra parte, sta di fatto che orientamenti dottrinali sempre più ampi tendono ad assimilare l'interesse legittimo al diritto soggettivo: sembra –

è già sembrato, anzi - in un confronto diretto tra le due figure, e dal punto di vista della loro struttura; in quella prospettiva, cioè, dalla quale si è detto, appunto, esser difficile cogliere differenze significative tra di esse. Ma, per contro, in precedenza si è molto insistito sulla profonda diversità di natura dell'uno rispetto all'altro. A partire dalla considerazione comunemente condivisa, secondo la quale il primo protegge in qualche modo interessi individuali senza sottrarli alla disponibilità da parte dell'amministrazione; che ne può disporre mediante l'esercizio dei poteri unilaterali che le ha attribuito e delimitato l'ordinamento generale. Mentre il secondo segna viceversa un limite di quei poteri medesimi: perché garantisce gli interessi individuali che ne costituiscono la sostanza, in modo ben più radicale; sottraendoli, cioè, a questa disponibilità da parte dell'amministrazione medesima. Ora, questa argomentazione può essere proseguita in base al dato di diritto positivo che si è acquisito: l'interesse legittimo è un interesse individuale che può essere protetto da norme secondarie, al contrario del diritto soggettivo, che inderogabilmente è garantito da norme primarie. E sembra che tale dato approfondisca il solco tra l'uno e l'altro. Parrebbe, allora, che le ultime considerazioni qui accennate, si pongano in contrasto irrimediabile con l'orientamento dottrinale evocato. Ma potrebbe darsi, viceversa, che aprissero una diversa prospettiva nella quale la contraddizione potesse essere superata. Se la ragione della distinzione che mi sembrerebbe essenziale dell'interesse legittimo dal diritto soggettivo venisse vista nella secondarietà delle norme che lo proteggono, residuerebbe infatti intatta, almeno potenzialmente, l'analoga di altri tratti riscontrabili in entrambi; in particolare, di quelli strutturali, di quelli più generalmente considerati. In altre parole: le norme che proteggono l'interesse legittimo sono sì secondarie rispetto a quelle di garanzia del diritto soggettivo; ma, pur nella loro secondarietà, si potrebbero porre nei confronti degli interessi individuali così secondariamente protetti in modo non dissimile da quello nel quale le norme primarie si correlano con gli altri interessi individuali tutelati addirittura come anima del diritto soggettivo.

2.4. *Attribuzione e delimitazione dei poteri dell'amministrazione, e regolazione del loro esercizio: l'esperienza della delegificazione.* - Nel filo principale del ragionamento, era stata comunque acquisita la secondarietà almeno potenziale delle norme che regolano solo l'esercizio dei poteri unilaterali dell'amministrazione; secondarietà, rispetto a quelle sicuramente primarie, e appartenenti all'ordinamento generale, mediante le quali questo addirittura attribuisce e delimita tali poteri. Questo filo va ripreso, con l'osservazione che è proprio l'esperienza della cd. delegificazione che ne dà la prova: per gli esiti positivi cui è approdata; ma anche,

e soprattutto, per i limiti invalicabili che ha incontrato. Perché, da tale esperienza, mi pare che sia risultato che non sia delegificabile - se non su specifica e limitata determinazione legislativa - la regolazione degli assetti fondamentali impressi dall'ordinamento generale, alle relazioni pubblico/privato: all'attribuzione e delimitazione dei poteri unilaterali dell'amministrazione, come al loro rovescio, costituito dalla garanzia dei diritti soggettivi individuali, e alla loro corrispondente delimitazione *a contrario*. Conseguentemente, ha confermato che tale regolazione di questi aspetti di tale relazione deve rimanere riservata alla fonte primaria; che questa è l'unica appropriata - sempre salva la diretta applicabilità di norme del superiore livello costituzionale.

D'altra parte, l'analisi dei regolamenti cd. delegificanti - ma anche delle disposizioni che hanno aperto maggiori spazi alle autonomie statutarie e regolamentari degli enti pubblici -, porta ad individuare con chiarezza quale sia l'oggetto di elezione della delegificazione: la disciplina dell'organizzazione interna delle amministrazioni attributarie di poteri unilaterali da fonti legislative, e quella dei procedimenti mediante i quali esse debbano esercitarli; nonché di altri aspetti di tale loro esercizio. Quindi, la medesima esperienza della delegificazione ha mostrato quel che per contro è effettivamente delegificabile: quella normativa che qui si è sinteticamente definita come di esercizio dei poteri unilaterali dell'amministrazione. Ma se questa normazione è delegificabile, allora anche Monsieur de la Palisse sarebbe arrivato alla conclusione che essa può essere data a livello regolamentare, talvolta statutario, e comunque secondario rispetto alla fonte primaria. Si deve riconoscere, come si già notato, che questa normazione di esercizio è attualmente in misura assai larga di livello legislativo. Lo era ancor più, già prima delle leggi di delegificazione: che anzi hanno trovato la loro ragion d'essere proprio nel concretare una reazione all'inflazione del ricorso a questa fonte primaria; ma anche dopo di essa, è residua con ampiezza. Ciò nonostante, mi pare evidente che la fonte legislativa come sua matrice è sovra-dimensionata: anche quando tale normazione seguiti ad essere formulata a questo livello.

Ci si deve domandare, allora, quale sia il reale ruolo che il legislatore svolge al riguardo. E l'approfondimento di questo aspetto trova un ostacolo di non facile superamento nella prevalente cultura costituzionalistica di oggi, relativa alla nozione di legge: cultura, che, mi pare, tende a privilegiarne gli aspetti procedurali e formali. Se si ritenesse possibile andare oltre, ecco che si dovrebbe dare rilevanza anche ai suoi contenuti sostanziali; rivalutarli, cioè, perché questo tema era ben noto ed approfondito già alla dottrina costituzionalistica di fine ottocento - a cominciare da quella tedesca. Forse, i nostri studi di diritto pubblico oggi sarebbero assai più progrediti, se si fosse verificato un incontro tra costituzionalisti e

amministrativisti, che purtroppo viceversa è mancato. Se fosse stato possibile, cioè, incrociare il sistema delle fonti che loro hanno delineato, col quadro delle situazioni giuridiche soggettive che noi abbiamo dovuto dipingere, per adeguare il nostro diritto amministrativo sostanziale, alla duplicità delle nostre tutele giurisdizionali. Se, allora, i costituzionalisti avessero dovuto tenere conto della pluralità delle norme – tanto primarie che secondarie –, dalle quali può derivare la protezione di tali situazioni, del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo: perché, in questo caso, forse sarebbero stati indotti a individuare limiti contenutistici almeno tendenziali di quelle primarie, ossia della legge. E se noi avessimo collegato la distinzione tra quelle situazioni medesime alle articolazioni del loro sistema anzitutto formale delle fonti, che avessero così acquisito pure contenuti sostanziali. E potremmo essere arrivati a intravedere che il problema della differenziazione di tali nostre situazioni giuridiche, si lega intrinsecamente all'articolazione in più livelli del sistema delle fonti: qualcuno avrebbe potuto delineare prima questa connessione, almeno come ipotesi teorica: anche se, probabilmente, sostenuta isolatamente, e non molto condivisa.

In questa prospettiva, allora, si dovrebbe limitare il *proprium* della normazione primaria, della funzione legislativa, nel riconoscimento dei soggetti dell'ordinamento generale, eventualmente nella istituzione di essi specialmente quando siano pubblici, e in ogni caso nella regolazione di tutte le loro relazioni reciproche; il legislatore, dunque come il costruttore di tale ordinamento. Ed è un siffatto legislatore quello che dovrebbe, in particolare, attribuire all'amministrazione i suoi poteri unilaterali, e delimitarglieli, specie nei confronti dei contrapposti di diritti degli altri soggetti del medesimo ordinamento.

Rimane il fatto che tuttora il legislatore assume ampiamente al suo livello pure la normazione – solo – di esercizio, di tali poteri unilaterali dell'amministrazione. E, in questo suo altro ruolo, che mi parrebbe sostanzialmente diverso da quello suo proprio, sembra perdere la posizione che sarebbe stata sua altrettanto propria: in un certo senso di terzietà rispetto a tutti i soggetti di quell'ordinamento generale medesimo, e alle loro relazioni reciproche. Pare porsi all'interno solo di uno, o solo di un gruppo di questi. O all'interno dell'intera amministrazione: nei limiti, comunque ristretti, nei quali sia ancora possibile concepirla unitariamente. O, e allora con maggiore incidenza, all'interno della sola amministrazione statale: come non ricordare il diverso grado di applicabilità della l. 241/90 – normazione di esercizio dei poteri unilaterali dell'amministrazione se mai ce ne fosse una –, che è massima unicamente per questa amministrazione, e per gli enti cd. nazionali? Da questo punto di vista, il legislatore delle norme di esercizio dei poteri unilaterali dell'amministrazione pare operare nella sostanza – nella sola sostanza, ovviamente, e non anche nella forma –,

in forza della posizione che esso occupa all'interno dell'intera amministrazione come istituzione, o, almeno, di quella statale: posizione, che non può non essere comunque di vertice. Senza che gli sia indispensabile, cioè, esercitare quella supremazia totalizzante – in un certo senso, perché dovrà sempre rispettare i limiti che gli impongono le disposizioni costituzionali –, che gli attribuiscono gli artt. 70 ss. Cost; si ripete: nella sostanza, beninteso, e non certo anche nella forma. E di questa subordinazione logica e sostanziale, vi è un preciso riscontro. Si è già notato che la normazione di esercizio dei poteri unilaterali dell'amministrazione, è subordinata – appunto logicamente, e, quindi, sostanzialmente –, alle norme che glieli attribuiscono, delimitandoglieli: perché non possono oltrepassare l'ampiezza con la quali queste altre gliela determinano. Ora, si deve rilevare che la medesima subordinazione, almeno logica, la incontra anche il legislatore di tali norme di esercizio di tali poteri. Questo, infatti, non potrebbe intervenire oltre i limiti entro i quali li ha attribuiti all'amministrazione, delimitandoglieli; almeno, finché mantenesse questo suo più ridotto ruolo. Sicuramente, potrebbe anche superare quei limiti, ma se lo facesse, li ridefinirebbe, almeno per implicito: quindi, abbandonerebbe il ruolo di legislatore della sola normativa di esercizio. Allora, ritornerebbe all'altra sua ben più ampia funzione essenziale: di costruttore dell'ordinamento generale. Funzione che, però, di nuovo potrebbe esplicare solo in forza degli articoli costituzionali suddetti: stavolta, però, anche sostanzialmente.

2.5. *La regolazione dell'esercizio dei poteri unilaterali dell'amministrazione, e la loro autonomia normativa.* – Si è già evocata più volte la subordinazione delle norme di esercizio dei poteri unilaterali dell'amministrazione a quelle che li attribuiscono e li definiscono. Una subordinazione che mi pare incontrovertibile anzitutto sul piano logico, su quello concettuale. Ma adesso emerge un suo preciso aggancio di puro diritto positivo: al sistema delle fonti. E ai principi che lo reggono: prevalentemente, a quello di gerarchia; ma in ordinamento pluralistico come il nostro, inevitabilmente anche di competenza – per riprendere il titolo di uno scritto di Crisafulli noto, importante e ora più attuale che mai. Qui si è posto in evidenza tante volte questo dato: le norme che attribuiscono e delimitano i poteri unilaterali dell'amministrazione – e che ugualmente garantiscono i diritti soggettivi delimitandoli reciprocamente in misura corrispondente –, non possono essere che di livello almeno legislativo; e mi pare scontato che tante ricerche, pur partite da impostazioni anche molto differenziate, convergano comunque largamente su questa conclusione. E qui era già risultato che quelle che viceversa regolano l'esercizio di quei poteri, possono essere anche di livello secondario: regolamenti, statuti, ecc. Ma ora affiora la prospettiva che questa normazione secondaria non solo sia li-

vello sufficiente per questa regolazione dell'esercizio dei poteri unilaterali dell'amministrazione: si intravede che essa possa essere addirittura anche la più adeguata a tal fine.

Non vi è dubbio che la cd. delegificazione sia stata concepita anzitutto come un correttivo all'inflazione della normazione primaria: in particolare, di quella che aveva per oggetto l'organizzazione interna delle amministrazioni, e i procedimenti mediante i quali queste devono operare. Ma, forse, è suscettibile anche di un'altra chiave di lettura: quella secondo la quale essa è espressione dell'idea di questa maggiore pertinenza delle fonti secondarie a tale normazione.

Il quadro che ne risulta avrebbe una sua innegabile razionalità.

Da un lato, va riservata alla legislazione la disciplina degli assetti delle relazioni tra tutti i soggetti dell'ordinamento generale: in particolare, a quelle tra soggetti pubblici e soggetti privati. Perché spetta alla funzione esplicata dagli organi più generalmente rappresentativi dell'intera società, mediare tra gli interessi di tutti questi soggetti: modularne la rilevanza giuridica, delineando situazioni giuridiche soggettive di cui tali interessi costituiscono la sostanza - poteri unilaterali e diritti soggettivi, in primo luogo - disciplinando i rapporti tra tali situazioni soggettive. Più precisamente, imprimendo a tali rapporti, quegli assetti che derivino dalle valutazioni politiche che hanno prevalso a quel primario livello normativo. Da valutazioni politiche che sono espresse nei confronti della importanza degli interessi di tutti quei soggetti, da quella posizione già evocata per così dire di terzietà, rispetto ad ognuno di essi - lo si è già notato.

La legislazione è funzione che in nessun modo può essere identificata col perseguimento di interessi pubblici: se per questi si intendano gli interessi soggettivi nelle amministrazioni; in interessi di livello meramente amministrativo, cioè. Altrimenti, non si capirebbe come sia possibile che il legislatore che attribuisce alle amministrazioni i poteri unilaterali per il perseguimento di siffatti interessi, poi glieli possa delimitare; anche perché glieli delimita, in particolare, per accordare in qualche misura protezione, pure a contrapposti interessi individuali. Il legislatore, il vero legislatore, il costruttore dell'ordinamento generale, non può legiferare, che tenendo conto di tutti gli interessi dei soggetti di questo ordinamento: dei loro interessi, almeno tendenzialmente secondo il parametro già accennato, della rilevanza con la quale siano emersi nella società, e secondo l'apprezzamento che ne ha prevalso politicamente. Tale legislatore, dunque, non può che mediare tra tutti tali interessi, attribuendo a tali soggetti situazioni giuridiche soprattutto di potere e di diritto, ma anche imponendone loro altre, come i doveri e gli obblighi. E ordinandone le relazioni reciproche - ma anche determinando diritti e doveri assoluti -, secondo gli accennati criteri di rilevanza sociale e di prevalenza politica. Egli opera

delle sintesi generali, quindi. Che gli interessi che così finisce per soddisfare siano anch'essi pubblici, è ovvio. Ma in un senso ben diverso e superiore di quello che implica questa aggettivazione, quando è riferita agli interessi soggettivi nelle amministrazioni. Potrebbe ben dirsi, allora, che essi sono attinenti all'intero ordinamento generale. Che essi sono ordinamentali: il termine è di un pessimo italiano; ma, ormai, è entrato nell'uso; e nello stesso linguaggio legislativo - perfino in questo, verrebbe voglia di aggiungere, se il nostro legislatore non ci avesse già abituato a ben altri suoi conflitti con la lingua italiana.

Tutt'altro ragionamento deve essere accennato per la normativa di esercizio dei poteri unilaterali che l'ordinamento attribuisce all'amministrazione, delimitandoglieli. È ricorrente nella nostra tradizione giuridica la qualificazione di questa normazione come delineata in un funzione del solo interesse pubblico soggettivo nell'amministrazione medesima: quello che è causa dell'attribuzione ad essa di quei poteri suddetti - lo si è già notato più volte. E, dal punto di vista dal quale l'interesse legittimo appare situazione soggettiva sostanzialmente protetta da tale normazione, deriva la conseguenza altrettanto comunemente condivisa, secondo la quale la garanzia di soddisfazione di esso deriva di riflesso: dalla sua coincidenza con tale interesse pubblico; il quale, certo, rispetto a quello che mal volentieri si è qualificato come ordinamentale, è tutt'altro che di livello altrettanto primario. Si è poi precisato: è legittimo l'interesse che è soddisfatto da un provvedimento altrettanto legittimo, legittima esplicazione di un potere incidente al riguardo. E, allora, ha una sua logica l'idea che il soggetto più legittimato a disciplinare l'esercizio dei poteri unilaterali che l'ordinamento ha attribuito all'amministrazione, sia la medesima amministrazione che ne è attributaria. L'ordinamento, infatti, investendola di tali poteri, e soprattutto delimitandoglieli, ha assoggettato gli interessi individuali che ne risultano coinvolti, alla disponibilità da parte sua, mediante l'esplicazione dei poteri suddetti. E, d'altra parte, va acquisito che questa esplicazione deve essere in funzione dell'interesse pubblico soggettivo in tale amministrazione attributaria: interesse pubblico che è causa dell'attribuzione di quegli interessi. Ma è emerso che anche la normazione di esercizio deve ispirarsi a quel medesimo interesse pubblico. In altre parole: tanto l'esercizio dei poteri unilaterali che l'ordinamento generale attribuisce all'amministrazione, che la formulazione della specifica normazione che lo regoli, devono perseguire un interesse pubblico analogo; e, allora, si può capire che l'amministrazione che l'ordinamento generale ha ritenuto il soggetto più idoneo a curarlo già per la sola attribuzione ad esso dei poteri unilaterali il cui esercizio restasse da normare, possa apparire anche il più adatto a dettare le regole cui si deve attenere

loro esplicazione in concreto: a formularne la relativa normazione di esercizio, appunto.

Mi era parso che fosse possibile svincolare sostanzialmente questa normazione di esercizio dalla fonte ordinante costituita dagli artt. 70 ss. Cost.: anche quando tale normazione formalmente fosse di livello legislativo. Tale normazione, dunque, come normazione secondaria: sempre sostanzialmente, e spesso anche effettivamente collocata ad un livello pure formalmente inferiore a quello della normazione primaria. Ma questo esito, ovviamente, viene a porre conseguenzialmente un altro interrogativo: quale sia la diversa matrice di questa normazione di esercizio. E pure la risposta ad esso può venire da quel suo carattere che mi è parso intrinseco: la sua secondarietà. Che, in primo luogo, ne segnala sì la subordinazione alla legislazione; sempre restandone fermi i limiti, derivanti dal diverso e già evocato principio di competenza: dal quale potrebbe derivare la riserva di regolazione ad una fonte diversa e non primaria. Ma la sua aggettivazione come secondaria non ne esaurisce il significato in questa sua minore valenza; ne residua un altro, che appare relevantissimo anche da un diverso punto di vista: soprattutto, da quello di queste argomentazioni. Perché tratto caratterizzante di essa, è anche la sua provenienza: il soggetto che è legittimato a formularla e ad emanarla, cioè. Che è l'amministrazione. Allora, mi sembra ormai ovvia quale sia la matrice di questa normazione medesima: è l'autonomia dell'amministrazione medesima. Sono convinto - sulle orme di Santi Romano e di Zanobini, che la più diretta manifestazione di questa autonomia sia l'esercizio che l'amministrazione stessa realizza caso per caso dei suoi poteri unilaterali: i provvedimenti che caso per caso appunto adotti. Ma ora emerge che per così dire a monte di questa manifestazione della sua autonomia, ne è ravvisabile un'altra: quella di regolare *ex ante* e in generale tale esplicazione puntuale; quindi, ora si tratta della sua autonomia normativa.

Naturalmente, non è che questa normazione possa essere sottratta completamente al legislatore. Non gliela può essere sottratta per quel che riguarda i criteri generali di organizzazione dell'amministrazione e delle amministrazioni; il principio sembrerebbe già implicito nel sistema, ma comunque discende oggettivamente da precise ed esplicite riserve di legge costituzionalmente previste: quella generale dell'art. 97, comma 1, e quella particolare dell'art. 95, comma 3, peraltro trattata dal legislatore con una certa disinvoltura a partire dagli anni '90 del secolo scorso. E non gliela può essere sottratta neppure per quel che riguarda i principi generali cui dovrà rimanere vincolata la disciplina dei singoli procedimenti: non per nulla, la l. 241/90 è qualificata comunemente in modo piuttosto generico, come una legge che pone norme sulla materia. Ma, allora, qui emergerebbe di nuovo la questione che mi era parso in precedenza di do-

ver segnalare: se il legislatore che così operi sull'organizzazione e sui procedimenti delle amministrazioni, espliciti non solo formalmente, ma anche sostanzialmente, la funzione che gli assicurano gli artt. 70 ss. Cost.

Però, per il resto, mi pare che la normativa di esercizio dei poteri unilaterali che l'ordinamento generale attribuisca all'amministrazione, debba appartenere all'autonomia di questa: a quella normativa, appunto. Come è confermato da precisi riscontri di diritto positivo.

Il primo di questi può essere trovato nel già citato art. 17 della l. 400/88: che in parte conferma, ma che in altra parte anche restaura - specialmente per quel che riguarda la delegificazione -, il potere regolamentare del Governo. E che si presta a considerazioni da un altro punto di vista qui rilevante: quello riguardante l'ampiezza della cerchia dei soggetti i cui comportamenti, giuridici ma anche di fatto, possano risultare vincolati dalle norme espresse dall'autonomia normativa delle amministrazioni. Ossia, se tali soggetti siano costituiti dalla sola amministrazione emanante, o se anche da altre amministrazioni, in qualche senso e misura a questa subordinate. O se tali soggetti possano risultare pure dei privati. Sembra di sì: purché la legge attribuisca specificamente all'amministrazione un potere regolamentare così corrispondentemente ampliato. Ma, in questo ultimo caso, assai più problematicamente: perché i privati, lapalissianamente, non sono attributari di poteri amministrativi unilaterali - almeno *ex se* -; quindi, sempre in questo caso, il regolamento non può disciplinare esercizio: ha un oggetto sotto questo profilo eterogeneo. Con questa osservazione, risulta chiaro che se tale normazione di esercizio ha carattere secondario, non tutta la normazione secondaria viceversa la riguarda. Per il momento, peraltro, mi pare opportuno limitarmi a segnalare il problema della determinazione dei soggetti il cui comportamento può essere disciplinato dal potere regolamentare di una data amministrazione. Problema che acquisterà tutta la sua rilevanza, a proposito del tentativo che abbozzerò nel paragrafo che segue, di delineare una sorta di ordinamento derivato, costituito dall'intera normativa di esercizio dei poteri dell'amministrazione. Qui, vorrei aggiungere solo che tale articolo 17, nella sua formulazione originaria, e nel contenuto che doveva esserle attribuito originariamente, investiva il Governo della più ampia di tale autonomia regolamentare: anche per quel che riguarda la cerchia dei soggetti i cui comportamenti potessero venire così disciplinati; pure più per tradizione, tuttavia, che per disposto espresso. L'ampiezza del potere regolamentare governativo, peraltro; è risultata pesantemente circoscritta, in generale, dal testo vigente dell'art. 117 Cost., risultante dalla cd. riforma del Titolo V della Costituzione: che, come si sa, al sesto comma ne ha consentito la sopravvivenza nelle sole materie rimaste alla competenza esclusiva del legislatore statale. Comunque, mi parrebbe che questo

incisivo ridimensionamento del suo oggetto, almeno in astratto non ne implica sempre e necessariamente uno corrispondente del suo indicato ambito soggettivo.

Il medesimo sesto comma è qui di grande rilevanza, pure nella parte relativa al potere regolamentare delle regioni. Come si sa, tale comma sembrerebbe attribuire a questo potere, l'intero spazio lasciato libero dal così circoscritto potere regolamentare statale. Questa previsione, per un aspetto dà altri riscontri di diritto positivo alla tesi qui sviluppata: perché sicuramente comprende la disciplina dell'organizzazione interna della singola regione e dei procedimenti mediante i quali deve esplicare le proprie funzioni amministrative - ambedue, forse, e entro certi limiti, anche per quel che riguarda gli enti dipendenti, si prescinde qui dalle questioni di riparto tra leggi e regolamenti regionali: da quella della sussistenza di una riserva di legislazione, e da quella della configurabilità di un nucleo di riserva viceversa regolamentare. Per altro verso, però, la medesima previsione appare molto più estesa: ricorda l'ampiezza del potere regolamentare governativo *ante* la riforma del titolo V della costituzione - a parte l'ovvia limitazione derivante dal carattere territorialmente circoscritto dell'ente emanante; e sembra riproporre i problemi. In particolare, per quel che riguarda l'ipotesi che la regione, mediante i propri regolamenti, possa regolare l'esercizio dei poteri unilaterali di amministrazioni altre rispetto agli enti che ne dipendano, e, in primo luogo, a quelli territoriali minori. E, inoltre, che essa possa incidere su comportamenti di soggetti terzi: ciò che confermerebbe che pure chi individua nei regolamenti e nella normazione secondaria in genere il livello più appropriato per la disciplina dell'esercizio dei poteri unilaterali dell'amministrazione, dovrebbe riconoscere che tale normazione può avere un contenuto più esteso.

Ma la previsione di questo medesimo sesto comma in esame che riscontra positivamente con maggiore chiarezza e specificità la tesi qui sostenuta, è quella relativa al potere regolamentare dei comuni, e degli altri enti territoriali minori. Perché dispone che essi lo possano esercitare in ordine a due oggetti determinati. Anzitutto: alla disciplina della loro «organizzazione»; ovviamente, solo a quella interna: dal momento che quali siano i loro «organi di governo» deve essere stabilito dal legislatore statale esclusivo (art. 117, comma 2, lett. p). E allo «svolgimento delle funzioni loro attribuite»; e poiché non è neppure pensabile che i comuni e gli altri enti territoriali minori - ma anche qualsiasi altra amministrazione -, possa auto-attribuirsi poteri unilaterali, o anche solo auto-delimitarseli, mi pare ovvio che questo ambito comprenda, dopo gli aspetti strutturali prima devoluti alla loro autonomia normativa, altri funzionali, altri attinenti all'esercizio di quei poteri medesimi: quindi, per l'essenziale, i procedimenti mediante i quali essi li possano esplicare. Mi pare, allora, che queste due

locuzioni costituzionali dipingano la normazione di esercizio di questi poteri medesimi. E che esse sostengano la tesi qui sostenuta, della pertinenza almeno tendenziale alle amministrazioni attributarie di poteri unilaterali, della competenza anche a regolarne normativamente l'esercizio. Anzi, credo che la rafforzino ulteriormente: perché l'indicativo presente della norma costituzionale - «I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla...» -, sembra prevedere addirittura una riserva di loro competenza a disciplinare mediante propri regolamenti «... (la loro) organizzazione...» e lo «...svolgimento delle funzioni loro attribuite».

Che la normazione di esercizio dei poteri unilaterali dell'amministrazione debba essere riservata almeno in linea di principio ai soggetti pubblici che di questi poteri siano attributari, non solo mi pare che trovi precisi riscontri di diritto positivo: mi sembra anche che risponda a tendenze evolutive generali del nostro diritto amministrativo. Che considera sempre meno una amministrazione unitaria, almeno concettualmente: la nozione, cioè, che ci deriva soprattutto dalla tradizione dei nostri studi - ma nel paragrafo che segue, se ne ritenterà una ricostruzione. E che, al suo posto, pone un pluralismo di amministrazioni soggettivamente distinte; e non di rado configgenti tra di loro: fino al punto da far emergere oggettivamente l'esigenza di forme di coordinamento delle loro attività. E credo che sia perfettamente coerente con questa evoluzione, la sottolineatura che esse operano in forza di una loro autonomia; quindi, la valorizzazione di questa: pure quando si sviluppi sul piano normativo - ovviamente, solo secondario.

E l'interesse legittimo? Che, a differenza del diritto soggettivo, risultasse protetto sostanzialmente da norme di livello secondario, lo si era già affermato. Ora, questa osservazione può essere ulteriormente precisata: esso è protetto da norme che sono espressione dell'autonomia delle amministrazioni attributarie dei poteri unilaterali cui è assoggettato. Tranne quando tali norme debbano essere, o comunque siano, adottate dal legislatore, almeno formalmente.

2.6. *L'ipotesi di un ordinamento amministrativo derivato.* - È possibile configurare l'insieme della normazione di esercizio dei poteri unilaterali dell'amministrazione come un ordinamento unitario: distinto da quello generale, anche se, ovviamente, da questo derivato?

Saranno pochissimi i lettori che avranno avuto l'interesse e la forza di arrivare fin qui. E questo problema ne attrarrà ancora meno: solo quelli che abbiano il gusto di simili astrazioni; solo quelli che, allora, e inoltre, utilizzino come strumento concettuale di inquadramento generale la teoria istituzionale; solo quelli che, per di più, condividano il pluralismo nel

quale sbocca – inevitabilmente: lo si era già notato; e che la spingano fino a queste specifiche applicazioni. Gli altri, se proprio volessero insistere nella lettura, farebbero comunque meglio a passare direttamente ai paragrafi conclusivi.

Già la stessa enunciazione dei termini del problema, sottolinea il nesso intrinseco esistente tra la nozione di autonomia, e quella di ordinamento giuridico. Almeno, nella prospettiva della teoria istituzionale: nella quale il nesso tra i due concetti è inscindibile. E, allora, è meglio lasciare subito la parola al suo autore.

Credo che Santi Romano abbia espresso per la prima volta la sua definizione di autonomia nell'*Italienisches Staatsrecht*: opera scritta per un pubblico di lingua tedesca, su indicazione di Max Huber, e quindi di Vittorio Emanuele Orlando, per l'Editore Mohr di Tübingen. Peccato che il dattiloscritto fosse stato consegnato per la traduzione – a termini di contratto, del resto –, nell'agosto del 1914; proprio in perfetta coincidenza con lo scoppio della prima guerra mondiale. Mohr rispose che la pubblicazione del volume doveva essere rinviata: in conseguenza di «...ces évènements lamentables qui produiront peut-être un recul terrible de la civilisation européenne». Anche in seguito alla successiva partecipazione dell'Italia al conflitto contro gli Imperi Centrali, l'opera non vide più la luce in Germania. L'autore la utilizzò molto nel *Corso di diritto costituzionale*, uscito in varie edizioni a partire dal 1926. Ciò nonostante, è parso opportuno pubblicarla in originale (*Il diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1988): anche perché le idee che l'autore vi espresse acquistano tutt'altra rilevanza, se poste in relazione con la datazione reale della loro traduzione in uno scritto.

Santi Romano, dunque, già allora stabilì l'accennato collegamento tra ordinamento giuridico e autonomia, intrinseco secondo la teoria istituzionale; perché la definì come «...il potere...attribuito o riconosciuto dallo Stato a soggetti che sono ad esso sottoposti, di darsi, entro una determinata misura e con determinati effetti un proprio ordinamento giuridico» (p. 261). Egli, tra gli esempi che addusse, e che mantengono anche oggi la sua importanza, citò i regolamenti degli enti territoriali: Provincia e soprattutto Comune. Sicuramente, questa nozione di autonomia è applicabile nel filo principale del ragionamento che qui si propone; ma solo per l'insieme delle norme che ciascuna amministrazione – a cominciare, appunto, dagli enti territoriali –, adotta per regolare l'esercizio dei propri poteri unilaterali – solo dei propri. Quindi, l'utilizzazione di essa che se ne potrebbe fare sembra tutto sommato circoscritta; e nessuna apertura ancora appare, per una considerazione complessiva e unitaria dell'intera normazione di esercizio dell'insieme di quei poteri medesimi, realizzata da qualsiasi amministrazione, e non solo.

E, invero, la definizione di autonomia riportata presente alcune incisive limitazioni. In primo luogo, la sua derivazione dallo Stato e sia pure nella forma attenuata del solo riconoscimento. E, soprattutto, il suo spiccato tratto soggettivo: è un soggetto che si dà un proprio ordinamento; e che se lo dà, esercitando un proprio potere di darselo: più precisamente, con l'accennata derivazione statale.

Ma Santi Romano, negli ultimi suoi anni, ci ha lasciato un'altra definizione di autonomia, nella voce così intitolata, nei *Frammenti di un dizionario giuridico* (Milano 1947, poi ristampato più volte); ben più larga: come si addice ad un concetto che ha maturato nel frattempo, per gli studi che aveva compiuti nell'intera sua vita. Il pensiero che vi ha espresso è troppo complesso perché possa essere qui riassunto. Perciò se ne riporterà solo un passo, che mi pare essere quello cruciale: «...è inesatto limitare la definizione dell'autonomia considerandola come potestà, e solo come potestà di darsi un ordinamento giuridico. Una potestà presuppone un soggetto cui essa spetta. Invece, la figura dell'autonomia si profila anche per ordinamenti alla cui formazione è estraneo ogni soggetto come tale e, quindi, ogni potestà» (p. 15). Rispetto allo scritto del 1914, in primo luogo cade la derivazione dell'autonomia dallo Stato. Inoltre, e soprattutto, cade anche l'idea che il soggetto il cui comportamento sia regolato da norme che costituiscono un ordinamento da doversi dire autonomo, debba essere anche quello le pone.

E già il superamento di questi due snodi permette di ampliare notevolmente l'insieme di quelle norme di esercizio dei poteri unilaterali delle amministrazioni, che possa essere ricondotto ad un unitario ordinamento autonomo. Infatti, a questo adesso si possono ascrivere i regolamenti di amministrazioni diverse da quelle che risultano da essi vincolate: quelli governativi, specie prima della riforma del Titolo V della Costituzione; e, ora, anche quelli regionali, nel senso e nei limiti prima accennati. E, soprattutto, le altre norme aventi tale oggetto, poste direttamente dal legislatore: se si condividesse l'idea che, allora, questo, almeno nella sostanza, esplicherebbe una funzione diversa e di minor livello di quella che gli è attribuita dagli artt. 70 ss. Cost.

Ma il passaggio di gran lunga più rilevante appare lo sgancimento della nozione di ordinamento, autonomo da una potestà che lo costituisca e lo formi.

Il superamento comincia col porre in termini nuovi un problema cui in precedenza era stata una soluzione che ora appare essere stata un po' sbrigativa. Che la riduzione di un insieme di norme ad ordinamento unitario richieda un fattore di unificazione di esse, mi pare ovvio. E quale sia questo fattore, prima lo si era individuato nell'unicità di una fonte ordinante. E mi pare che debba rimanere ancora fermo, che quando una fonte

ordinante ci sia, e questa sia unica, non può non risultare unitario l'ordinamento che ne consegue. Però, ora emerge che una fonte ordinante può anche non esserci. O, per lo meno, che può non apparire chiaramente come tale: almeno nel senso nel quale la locuzione è normalmente intesa. E, allora, se si seguita a ritenere che in ogni ordinamento che si voglia unitario deve sussistere un fattore che lo unifichi - fattore che credo che debba permanere ineludibilmente -, rimane l'interrogativo accennato: quale possa essere, quando quella fonte non sia rinvenibile.

Una prima risposta riporta il ragionamento al dato soggettivo. Non ci possiamo più domandare chi sia il soggetto che pone l'ordinamento autonomo. Ma tale punto di vista non può essere abbandonato. Perché l'attenzione si può spostare su chi siano i soggetti il cui comportamento sia disciplinato dalle norme da ricondurre ad un unitario ordinamento autonomo. E una seconda risposta potrebbe fare riferimento ad un altro dato viceversa oggettivo: quale sia il comportamento di quei soggetti che quelle medesime norme disciplinano.

E ambedue questi dati mi paiono convergere, nel rendere possibile il raggiungimento del risultato cui si mira: arrivare a delineare l'insieme delle norme in esame, come un ordinamento autonomo unitario. Perché esse regolano il comportamento solo di soggetti attributari di poteri amministrativi unilaterali. E perché, di questi soggetti, esse regolano solo il comportamento consistente nell'esercizio di questi poteri.

È da questi dati che si può concepire come un autonomo ordinamento unitario il complesso delle norme che disciplinano l'esercizio dei poteri unilaterali che l'ordinamento generale attribuisce ai soggetti di amministrazione. In tale ordinamento secondario, è ora più chiaro che possano confluire, cominciando dal basso, i regolamenti con i quali amministrazioni statali ed enti pubblici regolano l'esercizio dei poteri di cui siano attributari. Ma anche quelli che tali soggetti possano adottare, vincolando pure una simile attività di altre amministrazioni: come si è accennato a proposito dei regolamenti governativi - per lo spazio che rimane ancora loro -, e per quelli delle regioni - naturalmente, con rilevanza circoscritta al loro territorio. E, inoltre, la disciplina della medesima attività, che venga stabilita direttamente dal legislatore; quei medesimi dati, anzi, concorrono a contraddistinguere ulteriormente quel settore di legislazione che forse potrebbe essere considerata tale solo formalmente, da tutto il resto, che lo è anche sostanzialmente.

Soprattutto, quei medesimi dati permettono di percepire come propri, ed anzi essenziali di tale autonomo ordinamento unitario dell'amministrazione, tratti che non consistono in disposizioni normative, da chiunque adottate. Sono tratti che gli derivano direttamente dalla posizione istituzionale che all'amministrazione medesima deve essere riconosciuta. E che

sono i più caratterizzanti ed incisivi; essi, infatti, marciano tutte le norme che regolano l'esercizio dei poteri amministrativi unilaterali: ne determinano il contenuto, al limite condizionando altrimenti la legittimità. È dagli albori del nostro sistema di diritto amministrativo, sostanziale e processuale, che l'amministrazione non può più essere vista come un potere dello Stato, nel senso montesquieiano - forse solo supposto - del termine: fin dalla l.a.c., che, la ha sottoposta a legislazione e a giurisdizione; in ogni caso, fin dalla l. 31 marzo 1877, n. 3761, *Norme sui conflitti di attribuzione*, che ha devoluto alla Cassazione l'ultima parola su quali siano, appunto, tali sue attribuzioni. Oggi, all'amministrazione, può essere riconosciuto solo il ruolo di soggetto dell'ordinamento generale. Meglio: di un insieme di suoi soggetti. Di soggetti dotati di autonomia, nei sensi prima precisati. Ciò che rende ancora più macroscopico un carattere che comunque dovrebbe essere considerato suo intrinseco: le amministrazioni sono soggetti istituiti - non solo riconosciuti -, per il perseguimento di scopi di interesse collettivo, o sociale, e più significativamente pubblici. Da questa osservazione, una conclusione che pare ormai piana: regola essenziale del loro agire è la necessaria corrispondenza delle scelte che tali amministrazioni compiano, nell'esercizio dei poteri che le attribuisce l'ordinamento generale, all'interesse pubblico. A quell'interesse che è soggettivo in esse, come si era notato in precedenza; a quell'interesse che è causa dell'attribuzione ad esse di quei poteri medesimi. E tale regola essenziale del loro agire può essere sinteticamente definita come principio di funzionalità.

Degli effetti vincolanti di questo principio sull'esercizio da parte delle amministrazioni dei loro poteri unilaterali, vi è una prima manifestazione: quando in questo esercizio residuano per queste amministrazioni margini di apprezzamento discrezionale. Di nuovo è fin dagli albori del diritto amministrativo - certo non solo del nostro -, che organi di sindacato su tale esercizio - massimamente i futuri giudici amministrativi -, hanno cercato di cogliere le disfunzioni che si manifestino nell'esplicazione di questi margini di discrezionalità. Sembra che siano ancora attuali i criteri elaborati e utilizzati fin da allora. Che siano sopravvissuti in qualche misura al sopraggiungere di nuovi; e anche alla maggiore rilevanza alla quale questi siano assurti: i criteri più propriamente tecnici, i principi di razionalità, di ragionevolezza, di proporzionalità, ecc.

D'altra parte, è l'intera area devoluta alla discrezionalità delle amministrazioni che tende a ridursi: per la pleora sempre crescente delle disposizioni che disciplinano l'esercizio dei loro poteri unilaterali, per di più distribuite in moltiplicati livelli e competenze: leggi - almeno in senso formale -, statuti, regolamenti delle amministrazioni medesime, ma anche statali, ed ora pure regionali. Ma non per questo quel principio di funzionalità perde di incidenza. Perché anche queste altre disposizioni devono

pori in funzione dell'interesse pubblico che è causa dell'attribuzione di quei poteri unilaterali. Quindi, a quel medesimo principio, pure tali disposizioni sono assoggettate. Fino al punto che la loro distonia con esso, come si è già notato, potrebbe portare alla loro illegittimità. Certo, meno difficilmente sindacabile, se rivestono la forma di regolamenti, e anche di statuti: come si sa, esiste una non irrilevante casistica giurisprudenziale in proposito.

Al fattore unificante l'insieme delle norme di esercizio dei poteri unilaterali costituito dai soggetti - le amministrazioni -, il cui comportamento è regolato da queste, e al fattore unificante delle medesime norme costituito dal comportamento che esse regolano - tale esercizio -, adesso se ne aggiunge un terzo: il principio di funzionalità cui questo esercizio si deve conformare, e che, di quelle amministrazioni, è addirittura la ragione della loro istituzione. E questo terzo fattore è quello che esplica l'influenza più rilevante, perché si possa raggiungere quello che è già stato indicato come l'obiettivo cui si mirava: la costruzione dell'insieme di tali norme, come un unitario ordinamento autonomo, naturalmente derivato, o quanto meno secondario. È questo più incidente terzo fattore, infatti, che completa la definizione di tale ordinamento, perché arriva a definirne l'intima essenza.

È questo ordinamento autonomo e secondario, che merita anche l'ulteriore aggettivazione come amministrativo: perché suo carattere gli viene attribuito da precisi elementi giuridici: soggetto, oggetto, sua collocazione come istituzione all'interno dell'ordinamento generale, e il principio di funzionalità che ne consegue, e che perciò si atteggia come suo fondamentale. Anche da questo punto di vista, risulterebbe che la medesima aggettivazione sarebbe del tutto generica e meramente descrittiva, se riferita ad un insieme più vasto di norme. Se, cioè, venissero ascritte ad esso, pure quelle che attribuiscono alle amministrazioni i loro poteri unilaterali, delimitandoglieli. Queste altre norme, infatti, appartengono all'ordinamento generale. Che a sua volta è unificato da un altro fattore ordinante: la funzione legislativa regolata dagli artt. 70 ss. Cost., che può regolare ogni comportamento di ogni soggetto di esso - salvi, ben s'intende, i limiti posti al superiore livello costituzionale.

È l'interesse legittimo? Si era già notato che esso si differenzia dal diritto soggettivo, perché è protetto da norme secondarie e non primarie. Ma, in questa prospettiva si era accennata la possibilità di trovare una soluzione al contrasto di cui si erano indicati i termini: tra la profonda differenza tra le due situazioni giuridiche qui sottolineate e l'orientamento generalmente condiviso nella nostra cultura giuridica, tendente ad una sostanziale assimilazione dell'una figura all'altra. Si era già rilevato, infatti, che questo orientamento considera soprattutto i tratti strutturali di esse. E

che le analogie che ravvisasse in questi loro tratti potessero sopravvivere, pur nella diversità dei livelli delle rispettive norme di protezione: purché potesse essere delineato simmetricamente il rapporto tra queste norme e gli interessi individuali protetti nell'uno o nell'altro livello. Mi pare di aver dato maggiore profondità alla medesima prospettiva: le norme di esercizio dei poteri unilaterali delle amministrazioni, che regolano il loro esercizio, possono essere profilate come un ordinamento, corrispondentemente secondario, ma comunque unitario; un ordinamento, cioè - solo - autonomo.

E se l'interesse legittimo fosse strutturalmente qualcosa di simile al diritto soggettivo; ma nel senso che lo potrebbe essere in tale altro ordinamento?

Per la verità, la tesi che l'interesse legittimo fosse il diritto soggettivo dell'ordinamento amministrativo, è possibilità che avevo prospettato anni fa. E con molta maggiore sicurezza di adesso, quando mi azzardo a ricordarla; ma, viceversa, con molta maggiore cautela. Le cose sono più complicate di quel che mi era parso allora. E quella tesi potrebbe risultare più sostenibile, solo dopo il chiarimento di due problemi cruciali della vicenda amministrativa, e poi contenziosa.

Il primo riguarda una più esatta ricostruzione dei rapporti tra potere unilaterale dell'amministrazione, suo esercizio e interessi legittimi oppositivi. Che, in tali vicende, fossero due i momenti di emersione di interessi individuali come situazioni giuridiche soggettive, non è mai stato particolarmente sottolineato in dottrina, ma sembra che questa lo abbia sempre accettato. Infatti, sicuramente nelle medesime vicende è ravvisabile l'interesse appunto oppositivo, come modo di protezione di un interesse individuale a non perdere un qualche bene della vita già acquisito alla sua sfera giuridica. Ma, allora, prima di questo interesse legittimo - a monte di esso, si usa dire -, vi è questo bene. Che sembra essere protetto come un vero e proprio diritto soggettivo; questa è stata anche l'opinione del Maestro cui sono dedicati questi convegni senesi, seppur solo in un momento delle sue ricerche. E qui si vorrebbe specificare: che sembra essere protetto come tale; quindi, da norme dell'ordinamento generale. Ad un certo momento della vicenda sostanziale, questo diritto scompare; e, fino al decreto legislativo n. 98/80, nella vicenda giurisdizionale la Cassazione riteneva che venisse meno anche la giurisdizione amministrativa come sede della sua tutela. E la ragione della caducazione di quel diritto è comunemente individuata dalla adozione del provvedimento: questo è il succo della teoria cd. della degradazione, largamente condivisa. Tuttavia, questa spiegazione seguita a non sembrarmi convincente. E dalle considerazioni fin qui svolte, si può intuire che la radice di questa conseguenza è molto più intrinseca. Che il diritto soggettivo ablativo non può considerarsi

taie già per la regolazione che l'ordinamento generale imprime al rapporto di esso col potere ablativo. Il diritto soggettivo non viene meno perché questo potere è stato esercitato mediante l'adozione del provvedimento che ne costituisce esplicazione: fin da quanto l'ordinamento generale ha attribuito all'amministrazione il potere ablativo, delimitandolo fino al punto di assoggettarvi l'interesse individuale protetto in generale come un diritto soggettivo, questo non può atteggiarsi in questa sua pienezza: ben s'intende, nei confronti di quel potere; solo in questa sua relazione con esso.

Inoltre, non mi pare che sia ancora tutto chiaro nelle vicende amministrativa e contenziosa dell'interesse pretensivo. Mi sembra che non siano arrivate in fondo neppure le numerose e talvolta acute ricostruzioni degli artt. 19 e 20 della l. 241/90, e le analisi dell'esperienza applicativa di questi. La ragione è lampante: in tali vicende, l'interesse legittimo così definito è percepito come la sola situazione giuridica soggettiva emergente dell'interesse individuale così protetto. Ma è pacifico che prima e a monte dell'interesse oppositivo vi è un'altra situazione giuridica soggettiva, che tendenzialmente va qualificata come un vero e proprio diritto. E non si vede come si possa prescindere da una analoga situazione giuridica soggettiva da collocarsi prima e a monte dell'interesse pretensivo. Questa limitazione del campo visivo sembra derivare da una precisa causa. Da un pregiudizio: da una conseguenza della duplicità delle nostre tutele giurisdizionali, per la quale tutto quello che non è diritto soggettivo è interesse legittimo. Non è assolutamente vero: i privatisti ci insegnano che è più ricca la gamma delle situazioni giuridiche soggettive, cui lo stesso diritto soggettivo può essere ascritto. Per esempio: l'aspettativa, che diritto pieno non lo è ancora, ma in base alla quale può essere acquisito – eventualmente –; e che, quindi, come tale, se non è un diritto soggettivo, costituisce pur sempre anch'essa una situazione giuridica soggettiva – diversa. Ecco, sembra che il fondamento dell'interesse pretensivo debba essere individuato in una specie di aspettativa così delineata. Con l'aggiunta di un altro tratto: che è quello che consegue necessariamente dalle considerazioni fin qui svolte; è una situazione soggettiva che ugualmente rileva per l'ordinamento generale, che ugualmente è protetta da norme di questo. Quindi, va collocata su un piano e in un ordinamento ben differenziato da quello sul quale possono essere delineati gli interessi legittimi: tutti oppositivi o pretensivi che siano.

Che questi possano essere configurati come diritti soggettivi viceversa dell'ordinamento amministrativo, unitario, autonomo e derivato, potrebbe apparire suggestivo. Che esso possa essere effettivamente così visto, è condizionato dagli esiti degli approfondimenti dei due problemi enunciati. Che andrebbero risolti. Ma non oggi, non in queste pagine...

Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Diritto e potere nella Convenzione dei diritti dell'uomo. – 3. La garanzia dei diritti tra Corti multilivello. – 4. L'efficacia della Convenzione negli ordinamenti nazionali. – 5. La giurisprudenza della Corte dei diritti. – 6. La garanzia dell'ordine pubblico ed il diritto alla vita. – 7. Sicurezza interna/internazionale e trattamenti degradanti. – 8. Trattamenti inumani e diritto di asilo. – 9. Il giusto processo come limite sostanziale al potere amministrativo. – 10. Libertà di associazione e diritti politici. – 11. La tutela della proprietà privata. – 12. La *puissance publique* nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 13. I limiti al potere amministrativo posti dalla Corte dei diritti.

1. *Premessa.* – Un'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo appare oggi indispensabile in una riflessione sul potere amministrativo e sui rapporti tra politica ed amministrazione. È stata, infatti, definitivamente superata quella fase di scetticismo, che sottovalutava l'effetto della Convenzione dei diritti dell'uomo sull'ordinamento amministrativo nazionale, sul presupposto che l'oggetto della tutela sarebbe stato costituito da libertà negative, già ampiamente regolate dal dettato costituzionale¹.

Invero, la possibilità di adire direttamente la Corte di Strasburgo da parte dei cittadini ed il rafforzamento dei mezzi di esecuzione delle sue sentenze hanno costituito elementi volti a configurare la Corte come uno dei protagonisti delle vicende giuridiche dei singoli Stati aderenti alla Convenzione, con rilevanti influenze sul potere delle amministrazioni pubbliche².

* Relazione alle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo e «le ragioni» dell'interesse pubblico*, Siena, Certosa di Pontignano, 12-13.6.2009. Ringrazio Fabrizio Fracchia e Giacinto della Cananea per le loro osservazioni.

¹ Già in questo senso, G. GRECO, *La Convenzione europea per i diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 25 ss.

² Sulla Convenzione in generale, nella vasta recente produzione: B. NASCIMBENE (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano 2002; A.A.VV., *I diritti fondamentali in Europa*, Milano 2002; C. RUSSO, P.M. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurispru-*