

ALBERTO ROMANO

## « *L'ORDINAMENTO GIURIDICO* » DI SANTI ROMANO, IL DIRITTO DEI PRIVATI E IL DIRITTO DELL'AMMINISTRAZIONE (1)

SOMMARIO: 1. *L'ordinamento giuridico*. — 2. Gli sviluppi della teoria istituzionale; la pluralità degli ordinamenti giuridici. — 3. Il diritto privato e l'autonomia dei privati. — 4. Il diritto amministrativo e l'autonomia delle amministrazioni. — 5. Le norme che definiscono l'autonomia dell'amministrazione, e la nullità dei provvedimenti che le violano. — 6. Le « altre » norme relative all'esercizio dell'autonomia dell'amministrazione; loro subordinazione anzitutto logica a quelle che la definiscono. — 7. La subordinazione pure nel sistema delle fonti, delle « altre » norme relative all'esercizio dell'autonomia dell'amministrazione, a quelle che la definiscono. — 8. La diversità dei ruoli del legislatore nell'adozione delle une e delle altre norme. — 9. L'ipotesi di un ordinamento particolare dell'amministrazione.

1. Santi Romano pubblicò « *L'ordinamento giuridico* » nel 1917-18, negli « *Annali delle Università toscane* », in due puntate poi raccolte in un volume autonomo. La rieditò — con una breve e ironicamente pungente prefazione, col testo inalterato, ma corredato di nuove note che dessero conto della letteratura posteriore sui temi trattati — da Sansoni nel 1946 (poi ivi ristampata). Nell'anno prima della morte, quindi, ma anche pochi mesi prima, della pubblicazione dei *Frammenti di un dizionario giuri-*

(1) Questo scritto costituisce la rielaborazione di una parte dell'intervento all'Università di Pisa l'11 ottobre 2010, in occasione della inaugurazione dell'a. a. 2010-11, che il Preside della Facoltà di Giurisprudenza, prof. Eugenio Ripepe, ha voluto dedicare alla prolusione all'a. a. 1909-10, che Santi Romano tenne nella stessa Università, col titolo *Lo Stato moderno e la sua crisi*; tale intervento ha seguito la prolusione di Paolo Grossi, pubblicata in *Riv. trim. dir. pubbl.* (2011, 1), dove è in corso di pubblicazione la rielaborazione anche dell'altra parte dell'intervento suddetto.

dico (2) (3) tra le voci nel quale hanno grande rilevanza per i temi qui trattati: *Atti e negozi giuridici, Autonomia, Poteri, Potestà*.

È soprattutto nell'« *Ordinamento* » che Santi Romano formulò le risposte al suo continuo interrogarsi « ... *sulle ragioni prime del diritto e delle sue radici, oltre lo Stato, nel tessuto più riposto della società* » (4).

Non tutte tali risposte, però: non va dimenticato che nell'edizione del 1917 — ma non anche in quella del 1946 —, vi era un sotto-titolo: « *Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto* », con la specificazione: « *Parte prima* »; e che nella altrettanto breve prefazione originaria, era spiegato che quel che veniva allora pubblicato, erano solo due capitoli, che rappresentavano « ...*dunque soltanto il principio di attuazione di un programma molto più vasto* ». E Santi Romano, che parlava molto poco dei suoi studi prima di pubblicarli, e che non li pubblicava prima di aver ritenuto raggiunta la compiutezza della loro formulazione scritta, in questo caso derogò a questa regola; esprimendo però le particolari ragioni per le quali riteneva di pubblicare un'opera malgrado che contestualmente la dichiarasse incompleta.

Incompleta sì. Ma più per l'intenzione soggettiva dell'autore di proseguire le ricerche sugli impegnativi temi affrontati. Perché, d'altra parte, della teoria istituzionale c'era già tutto l'essenziale.

Anzitutto, « *Il concetto di ordinamento giuridico* ». Il diritto consiste nell'assetto di una data società in un dato momento

(2) Milano, Giuffrè, che lo poi li ristampò più volte, e presso il quale è in corso di pubblicazione *L'ultimo Santi Romano*, che comprende, oltre a queste due sue opere, anche la seconda edizione dei *Principii di diritto costituzionale generale*, del 1946.

(3) L'opera ebbe numerose edizioni in altre lingue: in Spagna, nel 1963, col titolo *El ordinamiento juridico*, a cura di Sebastiano — che vi ha premesso uno studio preliminare —, e di Lorenze Martin-Retortillo, per l'*Istituto de Estudios politicos*; nel 1975 in Germania, col titolo *Die Rechtsordnung*, a cura di Roman Schnur, per Duncker & Humblot; in Francia, ancora nel 1975, col titolo *L'ordre juridique*, a cura di Lucien François e Pierre Gothot, con prefazione di Ph. Francescakis, per Dalloz — che, poi, ne trasse almeno una successiva edizione senza che la famiglia ne fosse almeno informata —; in Brasile, nel 2008, a cura di Arno Dal Ri Jr., con una Introduzione di Paolo Grossi, e con una mia nota bio-bibliografica, per la Fondazione Boiteux.

(4) PAOLO GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, Milano, Giuffrè, 2000, pag. 109, che vi ha definito la vicenda di studioso dell'autore, come la « ...*più straordinaria avventura intellettuale che giurista italiano del Novecento abbia mai vissuto...* ».

storico. Assetto che acquista giuridicità perché vigente ivi e allora in forza del principio di effettività. Quindi, per quanto possa essere importante il dato normativo, il fenomeno giuridico è costituito in primo luogo da un dato strutturale, solo dal quale le norme conseguono: « *In altri termini, l'ordinamento giuridico, così comprensivamente inteso, è una entità che si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che, così, rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura* » (5) « *...a rigore di logica, ciò implica il seguente principio. Diritto non è o non è soltanto la norma che così si pone, ma l'entità stessa che pone tale norma* » (6); « *Il che vuol dire che il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante* » (7); « *Se così è, il concetto che ci sembra necessario e sufficiente per rendere in termini esatti quello di diritto, come ordinamento giuridico considerato complessivamente e unitariamente, è il concetto di istituzione. Ogni ordinamento giuridico è una istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione tra i due concetti è necessaria e assoluta* » (8).

Poi, il secondo capitolo: « *La pluralità degli ordinamenti giuridici e le loro relazioni* ». L'istituzione è la concretizzazione del diritto: costituisce l'ordinamento giuridico. Ma le istituzioni sono tante; e, anzi, tendenzialmente infinite. E tanti, e altrettanto tendenzialmente infiniti, dunque, devono considerarsi gli ordinamenti giuridici; ciascuno dei quali è matrice di una qualificazione di ciascuno di tutti gli altri: qualificazione che, naturalmente, in linea di tendenza è differenziata — almeno in potenza, anche radicalmente —, da quella di cui ciascuno di questo costituisce a sua volta matrice. Perché di grande varietà possono essere i loro rapporti: che vanno dalla derivazione, e dal semplice riconoscimento, viceversa al disconoscimento, e perfino alla conflittualità anche estrema.

(5) Pag. 16 dell'edizione del 1946.

(6) *Ibidem*, p. 19.

(7) *Ibidem*, p. 27.

(8) *Ibid.*

L'essenziale fattore di giuridicizzazione di una istituzione, di un ordinamento, in quanto assetto di rapporti diventati « giuridicamente » regolati, è costituito dalla sua reale vigenza: dalla sua legittimazione in forza del principio di effettività (9).

2. Sarebbe del tutto velleitario tentare qui più ampie esposizioni della teoria istituzionale: sostenuta, argomentata in un piccolo libro di poco più di duecento pagine, ma densissimo. È scritto con la chiarezza che è resa evidente dai passi che ne sono stati riportati; ma ciò non di meno è di una grande complessità. Tanto, che il lettore che lo rilegga, per quanto lo avesse già studiato, vi scoprirebbe sempre nuovi significati.

Vorrei limitarmi a notare solo che sarebbe riduttivo annoverare la teoria istituzionale semplicemente come una tra le varie che cercano di dare una risposta alla domanda cruciale per i giuristi — anzitutto, ma non solo —: cosa è il diritto? Più precisamente: cosa è il diritto, dal punto di vista specifico dei giuristi stessi, e non anche da quello dei filosofi, dei sociologi, dei politologi, ecc.? In realtà, tale teoria ha una carica innovativa tale, che muta profondamente la visione del giurista che vi si fosse formato, che, così, arrivasse a dividerla intimamente. Istintivamente, si sarebbe spinti a dire che gli fornisce un nuovo paio di occhiali; ma, questa, sarebbe espressione impropria e inadeguata: perché significherebbe che gli darebbe solo un nuovo strumento di analisi. Quindi, in qualche misura qualcosa di estrinseco, rispetto agli occhi della mente che guardassero i fenomeni giuridici. Al contrario: sono questi stessi occhi che acquistano intrinsecamente nuova capacità visiva; almeno quelli di chi non solo la ha studiata, non solo la ha recepita, non solo la ha applicata all'oggetto delle sue ricerche, ma che per così dire la ha addirittura profondamente interiorizzata.

Ed è questa valenza massimamente incisiva della teoria istituzionale, che ha consentito ad alcuni studiosi di spingersi fino a regioni molto lontane dal diritto degli Stati nazionali del secolo XIX. Fino alle prospettive aperte in questi decenni da Paolo Grossi, di un diritto a-statuale. Fino alla rilevazione dell'irrompe-

(9) Cfr., del filosofo del diritto PIETRO PIOVANI, molto vicino a Giuseppe Capograssi, *Il significato del principio di effettività*, Milano, Giuffrè, 1953.

re di corpi di norme trans-nazionali, non sempre riconducibili anche solo mediatamente al tradizionale diritto internazionale: quelli studiati da Sabino Cassese e dalla sua scuola, soprattutto — ma non soltanto —, nella prospettiva di un diritto amministrativo globale. Si tratta di ordinamenti che, anche nel caso nel quale possano vantare una qualche forma di derivazione statutale, non è detto che sia da questa che traggono maggiormente fondamento. È il loro radicamento sostanziale, la loro instaurazione, il loro farsi nella realtà storica come istituzioni che reggono àmbiti più o meno ampi di soggetti e di oggetti, e, allora, appunto, il loro porsi come corrispondenti ordinamenti, che spesso dà loro quella linfa che è veramente il loro fattore vitale: perché li legittima come giuridici in forza del principio di effettività.

Credo, dunque, che la teoria istituzionale debba necessariamente sboccare nel pluralismo giuridico — anche se talvolta sono state espresse opinioni diverse —. Sicuramente, essa è stata utilizzata anche nei rami più tradizionali del diritto classicamente statutale. E, naturalmente, in modo più immediato e per così dire spontaneo, per quelli dei quali la pluralità degli ordinamenti è componente addirittura essenziale: anzitutto, il diritto che lo Stato detta dei suoi rapporti con la Chiesa (però, la teoria istituzionale arriva a consentire di impostare negli stessi termini anche la relazione inversa), il diritto internazionale, il diritto della Unione Europea, ecc. Ma è quella sua medesima valenza così incisiva, che ne ha consentito l'applicazione come strumento ricostruttivo pure in altri rami del diritto nei quali quella pluralità pareva mancare: da parte di studiosi che, in forza di tale teoria, hanno intuito che viceversa essa vi sussiste, anche se gli occhi dei più non sono riusciti a superare l'opacità della sua latenza — quando non sono state preferenze ideologiche a fare volontario schermo ancora più spesso e impenetrabile —; e che, su quella base concettuale, utilizzando quello strumento di analisi, la hanno fatta emergere, e la hanno definita nei diversi contorni giuridici di volta in volta pertinenti.

3. Penso che lo sviluppo più importante di questa visione pluralistica nella ricostruzione di questi altri rami del diritto, si sia avuto per quello privato. Che è stato fundamentalmente inteso come il diritto dello Stato che riguarda i soggetti privati e i loro

rapporti. Ma è un fatto storico incontestabile che questi soggetti hanno costruito regole giuridiche vincolanti ben prima che le formulassero e le imponessero loro ordinamenti di tipo statale. Non hanno aspettato lo Stato per ritenere fonti di diritti e obblighi patti basati sul consenso, e in forza di questo vincolanti per chi lo ha prestato; e per elaborare schemi contrattuali: dai più semplici come la compravendita, e, prima ancora, il baratto, fino a quelli più complicati, specie in questi decenni, di fervida e creativa pratica dei mercati — purtroppo, non sempre con esiti economicamente e socialmente benefici —. Del resto, è lo Stato stesso, ormai, che con l'art. 1322, comma 2, cod. civ., riconosce effetti cogenti per le parti, a nuovi modelli contrattuali che questi stessi avessero inventati e comunque utilizzati, anche prima di una loro ricezione legislativa — del resto solo eventuale —. Né i privati medesimi lo hanno aspettato per attribuire valore precettivo ai doveri di agire in buona fede, con diligenza, ecc. Queste sono regole generali che, almeno potenzialmente, vigono nell'intero ambito delle nostre società civili. Ma vi sono altre norme che rilevano in cerchie più ristrette di soggetti: si pensi alle *leges mercatoriae* proprie di gruppi di operatori economici. E anche queste, come le prime, non sempre sono novate completamente da norme dello Stato, e talvolta addirittura vi contraddicono. Però vigono di per sé, sia pure nei limiti dell'insieme di persone per le quali sono vincolanti, e non sono prive di basi organizzative, strutturali; quindi, come Santi Romano aveva visto, costituiscono una istituzione, un ordinamento giuridico: sempre in forza del principio di effettività.

Ma, come alcuni studiosi hanno sostenuto, la teoria istituzionale può essere spinta fino a delineare come ordinamenti giuridici, sempre relativi a soggetti privati, insiemi di regole molto più limitati, e a vigenza molto più circoscritta. È un altro dato difficilmente contestabile che il contenuto di un contratto, o di un testamento, non è definito da una legge: è pattuito dalle parti, o stabilito unilateralmente dal testatore. Quindi, è il « precetto » che essi formulano — per dirla con Emilio Betti —, che dà assetto al singolo rapporto. Certo, tali negozi sono privi della generalità e dell'astrattezza. Ma ciò non di meno, sono questi negozi la reale fonte di disciplina dei rapporti giuridici che ne conseguono. E, quindi, a quei negozi, in quanto fattori produttivi di questo effetto, non si può non riconoscere carattere normativo. Lo stesso

Santi Romano era arrivato a questa conclusione, negli ultimi suoi scritti. Tra gli altri, nello stesso « *Ordinamento* »: alla nota 47-*quater* dell'edizione del 1946, si espresse in questo senso, riconoscendo di aver cambiato opinione (probabilmente, per l'influenza della costruzione della nozione di « *autonomia privata* » che in quegli anni andava sviluppando Salvatore Romano); il che, per lui, era evenienza rara. E, nei *Frammenti...*, nella voce *Atti e negozi giuridici*, esaminò il problema, apparentemente insolubile, se gli « *...effetti degli atti giuridici derivano da questi o dalla legge* », ed ha affermato che le due soluzioni, se intese in termini assoluti, sono inaccettabili, ma che entrambe contengono qualcosa di vero, precisando icasticamente: « *...l'una è esatta per i negozi, in quanto sono negozi, e l'altra per i meri atti giuridici* » (10).

In altri termini, questa prospettiva mette in evidenza dati di per sé già intuibili sulla base dell'esperienza quotidiana: di certo non è l'ordinamento statuale che determina i contenuti di tali negozi; e né gli possono appartenere, quindi, le fonti degli effetti che ne conseguono. Sono direttamente i negozi medesimi, infatti, che auto-definiscono quei contenuti, e che sono direttamente causa di questi effetti; per il loro carattere appunto normativo: perché norma del caso, del rapporto concreto, seppur singolo. In questa medesima prospettiva, acquista così la massima rilevanza la capacità negoziale dei soggetti privati: quella di essere matrice di un insieme di norme che pertengono anzitutto a chi esercita tale capacità, ma che poi hanno una proiezione intersoggettiva. Un insieme di norme che, inoltre, sono unificate da un preciso fattore: questa capacità medesima, che ne costituisce il fondamento. Perciò, esse possono ben essere inquadrare come uno specifico ordinamento: giuridico, naturalmente; come ormai è ovvio.

Sicuramente, questi ordinamenti, questi assetti di sfere giuridiche soggettive, si basano sul principio di effettività: altrimenti, non avrebbero natura giuridica. Si pensi, per fare il più semplice degli esempi, a dei fratelli che si ritengano vincolati da un testamento in violazione della legittima — vi si ritengano vincolati non solo moralmente, ma per rispetto della volontà del padre, sentita come fonte di regole cogenti imposte necessariamente dagli oggettivi legami familiari, e dal modo col quale li interpretano —. E

lo stesso Santi Romano che ha spiegato le ragioni di simili conseguenze, affrontando un problema molto dibattuto, la cui soluzione, evidentemente, è coefficiente essenziale della definizione di quel principio: cosa si debba intendere per sanzione, quale sia il suo ruolo nella definizione di che cosa sia il diritto, ecc.. Lo ha esaminato in pagine molto significative de *L'ordinamento* (11), delle quali, per ovvi imperativi di sinteticità, purtroppo è possibile riportare solo due passi: « ...se invece basti, come noi crediamo [per intenderla già come sanzione], una semplice garanzia, diretta o indiretta, immediata o mediata, preventiva o repressiva, sicura o soltanto probabile, e quindi incerta, purché essa sia, in un certo senso, preordinata e organizzata nello stesso edificio dell'ordinamento giuridico » — credo che si debba precisare, come è chiarito dal passo successivo che si riporta: in ogni ordinamento giuridico, che possa essere ritenuto tale —; « La sanzione, infatti, noi crediamo che possa non essere contenuta e minacciata in nessuna norma specifica: può essere invece immanente e latente negli stessi ingranaggi nell'apparato organico dell'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso, può essere forza operante anche in modo indiretto, garanzia pratica che non dà luogo a nessun diritto subbiiettivo e, quindi, a nessuna norma da cui tale diritto derivi, freno connaturato e necessario del potere sociale ».

La capacità dei privati di darsi regole, di costruirsi ordinamenti indipendentemente dal loro rapporto con lo Stato, è fenomeno giuridico comunemente qualificato come « *autonomia privata* ». Per lo studio di questo fenomeno, e di questa autonomia, è stata fondamentale l'opera di Salvatore Romano, che si è concretata in numerosi studi, quasi tutti poi raccolti nei tre volumi postumi di *Scritti minori*, inseriti nelle pubblicazioni della « sua » Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze (12), la progressione dei cui titoli è già di per sé assai significativa; tra gli altri: *Osser-*

(11) Pp. 22-24 dell'edizione del 1946.

(12) Milano, Giuffrè, 1980, con una *Introduzione* del suo allievo Francesco Romano — solo omonimo —, cfr. anche il volumetto *Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni*, che raccoglie le relazioni dette in un incontro di studio tenutosi a Firenze, in Palazzo Vecchio il 15 ottobre 2004, nel centenario della nascita dell'autore, fra le quali, per gli amministrativisti, è particolarmente interessante quello di FABIO MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*.



vazioni sulle qualifiche di « fatto » e di « diritto » (13) (vol. I, 313); *Ordinamenti giuridici privati* (14) (*ibid.*, 449); *Autonomia privata* (15) (*id.*, vol. II, 541); *L'atto esecutivo in diritto privato* (16) (*ibid.*, 677); *La buona fede nel diritto privato* (17) (*ibid.*, 837); « *Agere* » (18) (*ibid.*, 945); *Principio di equità* (19) (*id.*, vol. III, 1157); il volume *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato* (20), nel quale è stata ripresa la voce « *Agere* », e unita alle due altre parti: « *Actum* », e « *Actio* »; ecc., fino alla teorizzazione generale dell'*Ordinamento sistematico del diritto privato*, vol. I, *Diritto oggettivo - Diritto subiettivo*, vol. II, *L'azione - Il potere*, Napoli, Morano, s.a.

Quello che è denominato « *autonomia privata* », d'altra parte, è fenomeno giuridico molto complesso. Ad essa, infatti, va certamente ricondotto il « *diritto dei privati* » (21), col significato cui si è accennato. Ma non solo: anche il « *diritto privato* »: inteso, come si è già specificato, come il diritto dello Stato avente per oggetto i soggetti privati e le loro relazioni giuridiche. Ambedue nell'*autonomia privata* coesistono; ed è per questa fondamentale ragione che possono venire delineati nella prospettiva del pluralismo istituzionale. L'*autonomia privata*, da questo punto di vista, rileva in modo saliente anzitutto come un rapporto tra ordinamenti diversi; tra il « *diritto privato* » e il « *diritto dei privati* ». Può darsi

(13) Dagli *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1940, vol. IV, 145 ss.

(14) Da *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 249 ss.; ma un momento assai importante di questo percorso dell'autore, nel frattempo, fu la monografia *Note sulle obbligazioni naturali*, Sansoni, Firenze, 1<sup>a</sup> ediz. 1945, 2<sup>a</sup> ediz. 1953.

(15) Da *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1956, 801 ss.

(16) Da *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 631 (SU CUI V. FABIO MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*, 2004, 649).

(17) Da *Enc. del dir.*, vol. V, 1959, *ad vocem*.

(18) Da *Studi in onore di Guido Zanobini*, Milano, Giuffrè, 1962, vol. V, 513 ss.

(19) Da *Enc. del dir.*, vol. XV, 1966, *ad vocem*.

(20) Milano, Giuffrè, 1961.

(21) Per questa qualificazione, cfr. W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, in *Riv. ital. sc. giur.*, IV [1929], 1-2, pp. 43-123; ristampato con presentazione di Salv. Romano, Milano, Giuffrè, 1963; dello stesso Autore, cfr. *Ordinamenti giuridici (Pluralità degli)*, voce in *Novissimo Dig. It., Disc. Pubbl.*, vol. XII, Torino, UTET, 1965, *ad vocem*.

che quel termine — autonomia —, non indichi in modo compiutamente adeguato questo rapporto. Perché, forse, la nozione così sottesa pare scolpire più esattamente una relazione tra ordinamenti, la quale sia più stringente: che acquisti i caratteri di una vera e propria derivazione di quello dotato di (sola) autonomia, da quello che gliela attribuisce; in cui l'ordinamento che deriva addirittura costituisca quello che ne è derivato. Per esempio: il rapporto che lega l'ordinamento generale agli enti dell'art. 114 Cost., comma 2. Invece, nella sostanza di quel complesso fenomeno che quel medesimo termine vorrebbe indicare, sembra che quel « *diritto privato* », piuttosto, consideri quel « *diritto dei privati* » come preesistente; quindi, che lo riconosca solo.

Questa diversa locuzione sembra richiamare la formulazione dell'art. 2 Cost.: « *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo...* ». Ed è un fatto che il « *diritto privato* » non solo pare (soltanto) riconoscere — e non addirittura derivare —, il « *diritto dei privati* »: sembra che, per altro verso, operi ulteriormente pure in modo ben più incisivo; perché, per altro verso, lo garantisce: anche, e soprattutto. Nel senso che alle norme ed ai negozi di questo, alle norme e ai negozi che vi producono effetti di per sé, attribuisce pure efficacia nel proprio ambito. E, attraverso i propri tribunali ed i propri carabinieri, assicura loro effettività anche in questo; e con una cogenza di solito ben maggiore di quella di cui ne siano capaci di per sé gli ordinamenti privati stessi. Quindi, lo sviluppo della prospettiva nella quale questo ragionamento si colloca, d'altra parte, sbocca necessariamente nella distinzione tra produzione degli effetti nel medesimo ordinamento cui quelle norme e quei negozi appartengono, e attribuzione di efficacia di queste norme e negozi medesimi, da parte e in un ordinamento diverso; in ipotesi, da e in quello statuale. Pare che l'uso fatto nella precedente frase di queste due locuzioni, chiarisca sufficientemente il diverso loro significato tecnico. Per brevità, è preferibile non approfondire qui il se e in che senso la capacità negoziale dei privati — sicuramente in un certo senso primigenia —, possa rientrare tra « *...i diritti inviolabili dell'uomo...* » che quell'articolo protegge. Ma due sintetiche nozioni parrebbero opportune. Anzitutto, l'elaborazione e la vigenza in linea di principio spontanee di norme da parte di e in gruppi di privati, la capacità negoziale di ciascuno di questi e le relative esplicazioni, costituiscono storicamente fenomeni sociali

naturali e incomprimibili: tanto, che la loro eventuale copertura da parte dell'ordinamento statale — perfino al suo superiore livello costituzionale —, poco aggiungerebbe alla loro pregnante vitalità, e, quindi, effettività; è per questa ragione fondamentale, che è più coerente con questa sostanza del rapporto tra *diritto privato* e *diritto dei privati* delineare l'autonomia privata come un semplice riconoscimento di questo da parte di quello, e non addirittura come di derivazione da esso. D'altra parte, e perciò, non avrebbe molto senso che sia questa primigenia libertà dei privati di agire giuridicamente in tali modi, a diventare contenuto di loro « ...*diritti inviolabili...* », oggetto di riconoscimento e garanzia da parte del *diritto privato* dello Stato. Semmai, è a questo riconoscimento e a questa garanzia che i privati potrebbero avere costituzionalmente diritto: il diritto a che lo Stato attribuisca efficacia anche nel proprio ambito, agli effetti che essi già nei loro ordinamenti, fattualmente con quel loro agire realizzano.

Non è poco: si è già notato quanto quel riconoscimento e quella garanzia possano aggiungere un nuovo e tendenzialmente più forte carattere vincolante all'agire giuridico dei privati; a quella cogenza che pur gli fosse stata assicurata già originariamente dai loro ordinamenti, e dalle relative sanzioni anche solo tacitamente a questi intrinseche. Ma, naturalmente, il *diritto privato* dello Stato riconosce il *diritto dei privati* tutt'altro che illimitatamente, e tutt'altro che illimitatamente lo garantisce; anche la norma statale più aperta tra tutte nei confronti della capacità negoziale dei privati, il già citato art. 1322, comma 2, cod. civ., ammette sì che essi la esercitino fino a delineare nuovi tipi di contratti, ma solo « ...*purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico* ». A tal fine, il *diritto privato dello Stato* pone al *diritto dei privati*, alle loro norme e ai loro negozi, stringenti requisiti di sostanza e di forma. Anzitutto, prescrivendo quali siano gli elementi essenziali di quei negozi medesimi (art. 1325, cod. civ.) — del resto, soddisfacendo esigenze che sono anzitutto di ordine logico: non si può neppure immaginare che possa sussistere un contratto di cui non siano specificati, anche solo indirettamente, soggetti e oggetto — ; e comminando, in difetto, la loro nullità (art. 1418, comma 2, cod. civ.), del tipo di quelle che i privatisti chiamano strutturali. Oppure, disponendo per scelta politica divieti o comandi; anche qui colpendone la violazione da parte dei negozi, con la nullità di

questi (ancora l'art. 1418, addirittura al comma 1, per priorità di formulazione evidentemente significativa degli orientamenti che aveva fatto prevalere il regime politico vigente nell'epoca nella quale fu adottata) — nullità che i privatisti, con oscillazioni terminologiche, definiscono viceversa come funzionali, o, appunto, politiche — . Talvolta, il legislatore prevede a garanzia di effettività dei suoi precetti, la misura ancora più invasiva della sostituzione automatica delle clausole imperative a quelle difformi (art. 1419, comma 2, cod. civ.). Talaltra, attribuisce all'amministrazione il potere di intervenire con simili prescrizioni (22); ed oggi sono di attualità i problemi relativi agli effetti sui contratti privati, delle delibere delle autorità indipendenti. Comunque, si ripete, deve restare fermo che il superamento da parte dei negozi privati di questi limiti così imperativamente posti dall'ordinamento generale dello Stato alla loro riconoscibilità, viene colpito, almeno in linea di principio, con la « sanzione » più incisiva della radicale loro invalidità: della loro nullità. Da cui consegue la loro inefficacia. Ossia: il diniego dell'ordinamento statale di assicurare loro efficacia; s'intende: nel proprio ambito. E, così, il cerchio si chiude.

4. La teoria istituzionale, e il pluralismo che ne consegue, inoltre, possono essere un importante strumento di analisi dello stesso diritto amministrativo; pur apparendo a prima vista i fenomeni che questo studia tutti interni al solo ordinamento statale.

Alberto Massera, analizzando molto di recente quale sia stato *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo* (23), è a quella teoria che ha attribuito il maggiore rilievo. E, invero, chi la sviluppasse fino alle ultime conseguenze, alla sua stregua potrebbe ravvisare nell'amministrazione in senso oggettivo, nel senso dell'attività che debba essere qualificata come oggettivamente amministrativa — cioè, indipendentemente dal carattere pubblico o privato del soggetto che la realizza e della capacità di cui sia esplicazione —, una componente che

(22) Sia consentito rinviare in proposito, ad una mia vecchia monografia, la quale, peraltro, circolò in poche copie: *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1960.

(23) *Dir. Amm.*, 2010, 761; dello stesso Autore, v., precedentemente, *Santi Romano tra « diritto pubblico » e « ordinamento giuridico » (a proposito di: Santi Romano, Il diritto pubblico italiano)*, in *Quad. fior.*, 18 (1989), 617.

sotto certi profili parrebbe analoga a quella appena considerata del *diritto dei privati*: la componente costituita dai *provvedimenti*. Che, come i negozi dei privati, e per le medesime ragioni già accennate a proposito di questi, potrebbero essere visti come costituenti la fonte diretta che dà assetto alle singole situazioni soggettive cui si riferiscono; e che anch'essi, quindi, presenterebbero un carattere normativo, seppur in riferimento a queste sole situazioni.

Non sarebbe certo un'idea nuova. La aveva già espressa Guido Zanobini, e già nel 1950 (24). Qui la si riprende; e pur ribadendo un'osservazione già accennata: l'autonomia dell'amministrazione è veramente derivata dall'ordinamento statutale, e non solo da questo riconosciuta come quella dei privati. Perché è l'ordinamento statutale che istituisce i soggetti di amministrazione, e non certo che li riconosce come preesistenti, e come aventi una indipendente vita propria; sembra — era pure l'opinione di Santi Romano —, anche per quel che riguarda i comuni: pur avendo questi di vita propria viceversa vissuto, da e per secoli, almeno in certe parti d'Italia. E perché è il medesimo ordinamento statutale che attribuisce a quei soggetti quei poteri di cui quei provvedimenti costituiscono esplicazione: se non altro, per il condizionamento ancora operante — sia pure entro limiti che in questi anni sono stati dibattuti —, del principio costituzionale di riserva di legge al riguardo, e da quelli di loro nominatività e tipicità che ne conseguono. Ma, comunque, che i provvedimenti costituiscano la fonte e la disciplina diretta delle singole situazioni cui si riferiscono, è un'idea che anche farebbe giustizia di una opposta visione assolutamente poco realistica dell'azione amministrativa: come di mera esecuzione della legge, fino ad accostarla inaccettabilmente alla funzione giurisdizionale. Si sa bene quanto sia diffusa Oltralpe questa diversa concezione, e quanto abbia trovato consensi anche nella nostra letteratura. Ma non mi pare che essa colga l'essenziale dell'agire amministrativo per provvedimenti; questi, infatti, pur nell'oggettività dei procedimenti attraverso i quali ne vengono definiti i contenuti, non possono essere visti come mec-

(24) *Autonomia pubblica e privata*, in *Studi in onore di F. Carnelutti*, vol. IV, Padova 1950, 182; ripubblicato in *Scritti vari di Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, 391.

canica applicazione di norme preordinate, legislative o secondarie che siano: tali loro contenuti sono pur sempre frutto di scelte operate da organi amministrativi negli àmbiti che quelle norme hanno lasciato alle loro determinazioni.

È vero, tuttavia, che quel che caratterizza i negozi privati come atti sostanzialmente normativi, non è solo il fattore per il quale essi producono direttamente gli effetti che vi sono collegati. Sono anche gli amplissimi spazi entro i quali i soggetti che li pattuiscono o li adottano, nella determinazione dei contenuti di essi possono esercitare la loro libertà; anzi, si è visto: addirittura la loro creatività. Da questo punto di vista, allora, è ovvio: una volta tenuto conto degli ineludibili principi di nominatività e di tipicità dei provvedimenti, dovrebbero e potrebbero apparire come atti aventi carattere normativo rispetto alle singole situazioni giuridiche cui si riferiscono, quelli, e solo quelli che, per il resto, siano almeno largamente discrezionali. I provvedimenti che, auspicabilmente, rilevino come espressione di una riserva di amministrazione; perfino nel più radicale e preciso significato col quale può essere intesa questa locuzione, di per sé polisensa: non solo come riserva di competenza ad organi amministrativi dell'esercizio del potere con produzione di effetti costitutivi, non solo come riserva di normazione secondaria su tale esercizio da parte di questi medesimi organi, ma addirittura nella sua manifestazione più specifica di riserva di apprezzamento caso per caso da parte dell'organo competente ed emanante. È questo il significato di quella riserva di amministrazione che pure la Corte di giustizia della adesso Unione europea, ha richiesto in alcune note sentenze; e come ha ribadito anche recentemente, e sia pure qui a garanzia e beneficio di àmbiti di scelte della Commissione, e non di amministrazioni nazionali (25). E, allora, emerge ben visibile l'ostacolo che parrebbe precludere lo sviluppo concettuale qui delineato: perché la discrezionalità amministrativa si va sempre più riducendo, per il continuo infittirsi della trama normativa derivante dalla moltiplicazione esponenziale di disposizioni di ogni livello — primario o secondario —, e natura — legislativa,

(25) C.G.U.E., sez. II, 22 dicembre 2010, in C-77/09, relativamente a valutazioni alla base dell'adozione di misure a tutela dell'ambiente, giustificate dal principio di precauzione.

statutaria e sempre più largamente regolamentare —. E, così, è sempre più circoscritta l'area della stessa configurabilità del vizio tipico di un distorto esercizio della discrezionalità medesima, dell'eccesso di potere — anche nelle nuove manifestazioni, come la lesione dei principi di proporzionalità, di prevenzione, di precauzione, ecc. —: perché è appunto l'ambito di questa discrezionalità, la quale per così dire di questo vizio è l'*habitat* naturale, che si va progressivamente riducendo. Perciò, tale vizio è rilevabile in aree sempre più incisivamente circoscritte; e che sempre più spesso sono sostituite da quelle nelle quali è ipotizzabile solo il ben diverso e concettualmente perfino opposto vizio di violazione di legge, quando non anche da quelle nelle quali è delineabile addirittura solo il vizio di incompetenza. La tendenza è innegabile, e sembrerebbe rendere implausibile la sussistenza della condizione che si è vista necessaria, perché i provvedimenti possano essere considerati espressione di autonomia amministrativa, come i negozi paiono porsi rispetto a quella privata: che gli organi emananti ne possano determinare discrezionalmente i contenuti.

5. Ma questa conclusione potrebbe essere giustificata solo componendo l'insieme delle norme che regolano l'agire dell'amministrazione e le sue stesse soggettività, in un unico quadro tendenzialmente unitario; almeno, dal punto di vista delle conseguenze vincolanti per essa che ne derivano, e invalidanti i suoi atti che le violassero. Ed effettivamente, è questa la rappresentazione di quelle norme più comunemente offerta in letteratura.

Tuttavia, pare che, al contrario, tra tali norme sia possibile delineare delle differenziazioni; le quali, per di più, dallo specifico punto di vista ora adottato dell'autonomia delle amministrazioni, sono addirittura doverose e necessarie.

Anzitutto, va delimitato il campo di quelle norme sull'agire dell'amministrazione, e, comunque, sulla dinamica delle situazioni giuridiche che le pertengono, le quali sono comunque ricollegabili in qualche modo alla sua autonomia: norme, che sono le sole qui da considerare. Al novero di esse, infatti, non vi possono essere ricondotte quelle altre norme che, dispongono direttamente effetti immediati da fatti giuridici — i c.d. effetti *ex lege* —, pure in relazioni giuridiche che coinvolgano in qualche modo anche l'amministrazione. La distinzione è di per sé abbastanza facilmente in-

dividuabile: tanto è ovvio che la matrice di questi effetti è esattamente agli antipodi di quella degli effetti da esplicazione di autonomia. La distinzione stessa è più spesso e più approfonditamente studiata dai privatisti. Ma norme di produzione di effetti *ex lege* anche a carico o a beneficio dell'amministrazione, sono tutt'altro che rare in diritto amministrativo; di esse, oggi l'art. 20 della l. 241/90 pare costituire l'esempio più significativo — almeno secondo una delle possibili letture di questa disposizione: almeno se viene interpretata nel senso che l'istante frustrato dall'inerzia dell'amministrazione, acquisti comunque col decorso del tempo la legittimazione a realizzare l'attività cui aspira, ma, appunto, *ex lege*, e non più in forza di un provvedimento, neppure se presunto —.

E, tra le norme comunque connesse all'autonomia dell'amministrazione, tra le sole che qui viceversa interessino, è la stessa nozione di essa autonomia che impone di delineare una ulteriore distinzione. Da un lato quelle che addirittura la definiscono — necessariamente dell'ordinamento generale che la deriva —; quelle che la specificano nelle sue componenti soggettive e oggettive. E, dall'altro, tutte le « altre » che eventualmente risultassero; e che, come si vedrà, possono avere diversa matrice e appartenenza, e che, anzi, tendenzialmente le hanno.

Più precisamente, sembra che possano e debbano essere considerate norme di definizione dell'autonomia dell'amministrazione, anzitutto, quelle che ne determinano le soggettività; ma, come si vedrà, tra quelle che riguardano i suoi profili soggettivi, solo queste. E, sotto quelli oggettivi, in primo luogo, anche se non solo, quelle che a tali soggettività attribuiscono i poteri di cui i provvedimenti siano esplicazione; che anzitutto ne precisino gli elementi essenziali di ambedue, e che da questi indicati esplicitamente in positivo, facciano discendere implicitamente e in negativo altri corrispondenti loro limiti, o che altrimenti ne circoscrivano i possibili contenuti: e solo esse.

La rilevanza di queste norme con le quali l'ordinamento generale delimita l'autonomia che deriva all'amministrazione, dunque, in primo luogo deve riflettersi necessariamente in modo diretto sulla struttura che devono avere i provvedimenti che ne siano esplicazione. Esse, infatti, in tal modo stabiliscono le componenti di cui questi devono constare, perché il medesimo ordinamento li possa riconoscere efficace espressione dell'autonomia che all'amministrazione stessa ha derivato.



Questa prospettiva trova ora un riscontro di diritto positivo nell'art. 21-*septies*, comma 1, della l. 241/90, testo vigente, quando fa riferimento, appunto, agli « *elementi essenziali* » del provvedimento. Tale locuzione appare avere un significato simmetrico, almeno sostanzialmente, a quello di quei « *requisiti* » che il contratto privatistico deve avere, secondo l'elencazione del già richiamato art. 1325 cod. civ. Si profila così un certo parallelismo, tra questi « *requisiti* » e quegli « *elementi essenziali* ». Parallelismo che può essere proseguito, fino alla valutazione delle conseguenze che derivano da carenze degli uni e degli altri. L'art. 1418, comma 2, cod. civ., in combinato disposto col precedente art., 1325, per queste carenze che presentasse il contratto, ne commina la nullità: una nullità di tipo strutturale, la classificano i privatisti, sempre come si è già accennato. E il comma 1 del nostro art. 21-*septies* dispone analogamente: sancendo che il provvedimento che di uno di quegli elementi sia privo, sia ugualmente nullo; per una nullità che concettualmente si atteggia parimenti come strutturale.

D'altra parte, i privatisti hanno individuato, accanto a queste nullità del contratto derivanti da sue carenze di struttura, quelle altre che lo colpiscono quando violi disposizioni a carattere comunque imperativo, ma dovute a scelte di natura prettamente politica del legislatore: secondo la previsione del medesimo art. 1418 cod. civ., ma, stavolta, al primo comma; le nullità che, come si è ugualmente accennato, i privatisti stessi qualificano, appunto, come « *politiche* », o « *funzionali* ». Però, anche questa diversa ipotesi è adombrata nel comma 1 del nostro art. 21-*septies*: là dove fa riferimento alla nullità dei provvedimenti « *...negli altri casi espressamente previsti dalla legge* ». I termini che il legislatore ha adottato nella formulazione dei due articoli sono letteralmente diversi; ma, ciò non di meno, la sostanza concettuale che entrambi esprimono pare analoga. E sembra che possano rientrare nelle ipotesi delineate in entrambe, tanto per fare un esempio, le nullità delle assunzioni in impieghi presso le amministrazioni, operate senza una previa selezione concorsuale in riferimento ad un posto vacante in organico. Deve rimanere fermo, comunque, che anche queste norme imperative vincolanti le amministrazioni, pongono limiti alla loro autonomia: non meno cioè, di quelle concernenti gli elementi essenziali dei loro provvedimenti.

La formulazione dell'intero comma 1 dell'art. 21-*septies*, nelle due componenti ora richiamate, certo non è esaltante. Ma, ciò non

di meno, esso resta ben leggibile come definizione dei limiti, entro i quali, e solo entro i quali l'ordinamento generale deriva alle amministrazioni la loro autonomia, la loro capacità pubblicistica, ed i poteri che la costituiscono. Pare evidente, d'altra parte, che la linea di ragionamento qui proposta debba portare ad una rimeditazione dei termini del rapporto tra il provvedimento e il diritto soggettivo che violi: perché sembra intuitivo che l'esigenza del rispetto di questo possa porsi come la causa di un limite dell'autonomia di cui quello sia espressione. Anzi, nell'impostazione liberal-garantistica degli interessi dei privati adottata dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, questo diritto sembra atteggiarsi come il primo dei limiti di quelle capacità pubblicistiche di cui siano esplicitazione i « *...provvedimenti...* » ai quali fanno anzitutto riferimento l'art. 2 di tale legge; e, quindi, i successivi artt. 4 e 5, anche se solo per implicito: perché qui il legislatore ha preferito utilizzare il meno incisivo termine di « *...atti...* »; che, però, è più ampio di quello dei « *...provvedimenti...* » medesimi, e che, quindi, li ricomprende.

Comunque, a prescindere da questa osservazione, è alla qualificazione di tali limiti posti dall'ordinamento generale come di definizione dell'autonomia che contestualmente deriva all'amministrazione, che si correla pianamente la « *sanzione* » che, secondo la previsione del medesimo comma, colpisce il provvedimento che in qualche modo li oltrepassi: la sua nullità; del resto recuperando esiti dottrinali molto risalenti nel tempo. La nullità, perciò, si presenta come la sanzione normale che colpisce il provvedimento, quando superi i limiti dell'autonomia di cui sia espressione. Per quel che riguarda specificamente, di nuovo, il richiamato art. 4, poi, che questo rilievo possa portare ad una diversa sua interpretazione appare osservazione tanto ovvia, quanto di impossibili approfondimento e argomentazione in questa sede. Qui, al massimo, si può solo notare che l'eventualità di una ricostruzione di tale articolo, la quale diverga da come è stato ed è tradizionalmente inteso — del resto, per suggerimento che pare derivare anzitutto dal suo stesso tenore letterale —, potrebbe avvenire seguendo due diverse strade. Oggi, la più naturale sarebbe quella di utilizzare la sopravvenienza di questo comma 1 dell'art. 21-*septies*, come causa di una sua interpretazione evolutiva, in nome dell'unità dell'ordinamento, e dell'interdipendenza di tutte le sue norme; ma, inoltre, davvero sarebbe arbitrario

dimenticare che già *ab origine* una dottrina, ben più liberale dell'orientamento che già allora aveva assunto la Cassazione, ma tuttavia rimasta minoritaria, ricostruiva la portata di quell'art. 4 con un ben differente significato (26): sosteneva che esso attribuisse al giudice civile né più né meno che i poteri cognitivi e decisorii dei quali disponeva decidendo le normali controversie tra soggetti privati. Ora, peraltro, occorre prescindere dai problemi di interpretazione di tale art. 4, perché, conclusivamente, preme sottolineare soprattutto questo corollario dalle argomentazioni accennate: che l'ordinamento generale derivante l'autonomia amministrativa, sanzioni tendenzialmente con la nullità il provvedimento che violi i limiti che ha posto a tale autonomia medesima contestualmente alla derivazione che le ha operato, è fattore che acquista preciso significato e rilievo. Sulla base di questi dati, infatti, si deve intendere che questo ordinamento medesimo, rifiuta di riconoscere nel proprio ambito quel provvedimento come tale; quindi, nel medesimo proprio ambito, gli nega efficacia, lo lascia nell'inefficacia. E il cerchio nuovamente si chiude.

6. Dall'analisi svolta delle norme dell'ordinamento generale che derivano all'amministrazione la sua autonomia, contestualmente delimitandogliela, sembrano emergere due risultati.

Il primo. Tali norme circoscrivono tale autonomia con una ampissima estensione. Infatti, alcune di esse, anzitutto, selezionano e definiscono gli elementi essenziali dei provvedimenti che ne siano esplicitazione; ma sono formulate a tratti assai larghi. E, inoltre, altre impartiscono imperativamente all'amministrazione divieti, e talvolta comandi, che delimitano ulteriormente i contenuti dei medesimi provvedimenti che questa può adottare; ma sono relativamente rare. Conseguentemente, dal punto di vista di quelle norme dell'ordinamento generale, e solo di quelle, l'autonomia che tale ordinamento deriva all'amministrazione, allo stesso tempo definendogliela, non appare molto meno estesa di quella che il medesimo ordinamento riconosce ai soggetti privati; s'in-

(26) Cfr. in questo diverso senso, proprio la ricostruzione che di tale art. 4 diede SANTI ROMANO, ne *Le giurisdizioni speciali amministrative*, ora in *Gli scritti nel Trattato Orlando*, pp. 263 ss., che corrispondono alle pp. 610 ss., del testo pubblicato nel vol. III del *Trattato*.

tende, al netto dei suoi limiti specifici, quali la riserva di legge sull'attribuzione dei suoi poteri pubblicistici, e della nominatività e tipicità che ne conseguono, relativamente ai provvedimenti che ne costituiscono esercizio. Perciò, se fosse possibile configurare con la stessa ampiezza la discrezionalità dell'amministrazione — s'intende: sempre al netto dei medesimi limiti —, verrebbe a cadere quell'ostacolo che si era visto impedire la configurazione come atti sostanzialmente normativi — sia pure solo per il caso singolo —, dei provvedimenti che di quell'autonomia costituiscono esplicazione.

Il secondo. Quelle medesime norme appaiono relativamente poche. O sono formulate nel primo comma dello stesso art. 21-*septies*, o vi sono adombrate meramente con un rinvio aperto ad altre disposizioni, che pure non sono molto più che sporadiche.

Tuttavia, come si sa e come si è già accennato, la discrezionalità dell'amministrazione si presenta viceversa assai compressa. Appare irretita da una miriade di norme, che si connettono alla sua autonomia. Le quali, però, e perciò, allora nella stragrande maggioranza devono essere « altre » rispetto a quelle che la definiscono. Quindi, per poter valutare — come ormai sembra ineludibile —, quale sia il rapporto che lega la medesima discrezionalità amministrativa, a queste norme « altre », è necessario considerare la loro natura. Naturalmente, al di là di quel loro tratto che per definizione è posto *ab initio* come postulato: esse, l'autonomia dell'amministrazione non la derivano, non la limitano, insomma non la definiscono; regolano aspetti che, perciò, intuitivamente già si collocano all'interno di essa.

Si deve considerare anzitutto quale sia il loro àmbito, sulla base di una loro sommaria perimetrazione: esse, fondamentalmente, riguardano l'organizzazione degli enti di amministrazione, e i procedimenti mediante il cui svolgimento questi determinano i contenuti concreti dei loro provvedimenti. A queste ultime vanno aggiunte anche le norme che legano questi contenuti, o loro aspetti, alla sussistenza o alla insussistenza di determinati presupposti oggettivi e requisiti soggettivi; che, cioè, rendono così vincolati quei contenuti medesimi. Non quelle norme che è dalle risultanze procedimentali che fanno scaturire progressivamente tali vincoli. Ma, invece, quelle che precludono rigidamente già *a priori* le relative scelte caso per caso degli organi amministrativi emananti. Quelle che rendono in un certo senso irrilevanti le

norme sull'organizzazione amministrativa, se intese come funzionali a rendere questa ottimale rispetto alla qualità dell'attività discrezionale che conseguentemente ne scaturisse. Quelle che aggirano la disciplina dei procedimenti prevista al medesimo scopo, al fine di orientarne la sua esplicazione.

Di tutte queste « altre » norme, sembra emergere già con chiarezza, un primo loro fattore distintivo. E cioè: esse sì sono diverse rispetto a quelle che delimitano l'autonomia che l'ordinamento generale deriva alle amministrazioni; ma sono loro legate da un preciso nesso: che, anzitutto, è di presupposizione, nel senso che le presuppongono. Infatti, se sono norme di definizione di tale autonomia quelle che ne individuano le soggettività, le « altre » norme che sono sempre relative a loro profili soggettivi, sono le disposizioni che conseguentemente articolano gli organi di ciascuna categoria delle amministrazioni, e talvolta perfino di un singolo ente pubblico; ed è evidente che queste possono operare solo sulla base di quelle. E se sono norme di definizione della medesima autonomia quelle che attribuiscono alle amministrazioni i poteri di cui i suoi provvedimenti costituiscono esplicazione — definendone gli elementi essenziali, stabilendo altri divieti, e comminando la loro nullità se non vi confermassero —, le « altre » norme che regolano l'emanazione dei medesimi provvedimenti, anzitutto sono le disposizioni che conseguentemente delineano i procedimenti mediante i quali le medesime amministrazioni li devono adottare; ed è non meno evidente che queste possono ugualmente operare solo sulla base di quelle. Né, sempre a proposito di queste norme « altre », si potrebbe ragionare diversamente per quelle che vincolano direttamente il contenuto dei provvedimenti a determinati presupposti o requisiti: perché anch'esse presuppongono quelle che definiscono l'autonomia delle amministrazioni, *sub specie* di limiti della loro capacità pubblicistica. A proposito di queste norme di vincolo diretto, si ribadirà solo che neppure esse circoscrivono l'autonomia delle amministrazioni emananti: per definizione, e come postulato, si collocano all'interno del perimetro di questa (27). Così, da questo punto di vista, non parrebbe condivisibile una tesi pur autorevolmente sostenuta, per quel che

(27) Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Violazione di legge*, in *Dig. IV, Disc. Pubbl.*, vol. XV (1999), *ad vocem*, specialmente al par. 3.

riguarda le situazioni soggettive correlate: anche tali norme, come quelle sull'organizzazione e sul procedimento, le tutelano solo di riflesso, e non direttamente; con la conseguenza che non sembrano configurabili come diritti soggettivi pieni, e, semmai, solo come meri interessi legittimi.

L'individuazione di questo nesso, anzi addirittura di questo vincolo di presupposizione delle « altre » norme sull'agire delle amministrazioni, rispetto a quelle che ne definiscono l'autonomia, porta all'acquisizione di un ulteriore risultato, all'individuazione di un vincolo di quelle a queste: all'emersione della loro vera e propria subordinazione ad esse. Quella presupposizione, cioè, si sviluppa in una subordinazione. Perché, ed è evidente, le « altre » norme che delineano l'organizzazione delle amministrazioni, devono rispettare i limiti che l'ordinamento generale pone alla loro autonomia, per quel che riguarda la precisazione della loro soggettività: non possono regolare strutture che la eccedano. E, ancora con maggiore evidenza, le « altre » norme che regolano l'emanazione dei loro provvedimenti — variamente: disciplinando i procedimenti per l'adozione di questi, o imponendo vincoli diretti per i loro contenuti —, non possono comunque superare i limiti che il medesimo ordinamento generale pone alla loro medesima autonomia, stavolta attribuendo loro i poteri che deriva loro, fissandone gli elementi essenziali, ed eventualmente, inoltre, imponendo loro sempre a pena di nullità, divieti o comandi comunque politici: non possono regolare comportamenti giuridici che vadano oltre i confini di questi poteri.

7. È per queste ragioni che non pare dubbio che alle norme di definizione dell'autonomia delle amministrazioni, devono considerarsi subordinate le « altre » norme sul loro agire; almeno sul piano logico. Ma sembra che tale subordinazione sia ravvisabile, anche quando venga inquadrata nella prospettiva del sistema delle fonti: anzi, che vi acquisti una maggiore rilevanza, e che, per di più, vi venga rinforzata da dati di stretto diritto positivo.

Più precisamente, pare che le norme di definizione dell'autonomia delle amministrazioni, debbano essere necessariamente primarie; e che le « altre » siano, o almeno possano essere secondarie; e che le perduranti incertezze della distinzione degli interessi legittimi dai diritti soggettivi, dipenda pure dalla mancata

utilizzazione anche di questo fattore per una sua più esatta precisazione.

Fattore, che, d'altronde, è reso evidente dagli esiti di una vicenda recente e molto studiata: quella della c.d. delegificazione. Nella considerazione anzitutto di che cosa non si è potuto delegificare, sembra che debba emergere questo dato: deve rimanere riservata al legislatore la determinazione dei limiti dei poteri dell'amministrazione rispetto ai diritti soggettivi da essa non disponibili, e, più generalmente, degli assetti dei rapporti tra pubblico e privato. Che in questa prospettiva si ponga un problema di definizione del ruolo che al riguardo possa essere attribuito alla legislazione regionale, specie dopo la riforma del 2001, deve essere qui riconosciuto; ma può solo esserlo: perché non se ne possono ora anche abbozzare soluzioni.

Per contro, quel che è potuto essere delegificata — pianamente, per di più —, è la disciplina dell'organizzazione delle amministrazioni, e dei procedimenti attraverso i quali emanano i loro provvedimenti; e anche la predisposizione di vincoli diretti dei contenuti di questi, i quali non incidano, però, addirittura sui limiti per così dire perimetrali dell'autonomia delle amministrazioni medesime. Di più: sembra che l'evoluzione del sistema vada verso una preferenza della fonte secondaria per questa disciplina; che, del resto, pare già implicita nel favore per la delegificazione come istituto generale. Si deve porre in evidenza, infatti, che questa non comporta solo il passaggio da una fonte primaria ad una secondaria; ma anche — fattore ben più significativo —, il trasferimento di competenza dal legislatore all'amministrazione: il che implica che questa fonte venga ad atteggiarsi come espressione di autonomia di essa. Tale sua competenza, inoltre, tendenzialmente si colora come addirittura riservata al singolo ente interessato, o categoria di enti. Ciò che è reso evidente dalla vigente formulazione del comma 6 dell'art. 117 Cost., che, appunto, sembra delineare una riserva di competenza regolamentare dei Comuni, delle Province, e delle ancora futuribili Città metropolitane. E ciò — di nuovo molto significativamente —, proprio sulle materie che prima si è visto essere oggetto di elezione delle norme « altre » rispetto a quelle di definizione dell'autonomia delle amministrazioni: « ...la disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite ».

Si è già accennato alla possibilità che la distinzione dell'intre-

resse legittimo dal diritto soggettivo possa risolversi, almeno dal punto di vista proposto, in quello del carattere secondario o primario delle norme che tutelano l'uno e l'altro; ora, si può aggiungere, che tale distinzione sembra collegarsi anche alla diversa natura delle loro matrici: se essa consista nell'autonomia delle amministrazioni stesse, o nella funzione legislativa in senso proprio.

D'altra parte, che siano tantissime — troppe —, le norme che disciplinano l'agire dell'amministrazione, che irretiscono le sue scelte discrezionali, è ben risaputo. Come si è riconosciuto che la loro — eccessiva — quantità, davvero non può essere addebitata a quelle che addirittura definiscono l'autonomia dell'amministrazione: tale inflazione va imputata quasi per intero a quelle che sono « altre » rispetto alle prime, pur ricollegandosi sempre con qualche ma diverso nesso, alla medesima autonomia.

Per di più, dal punto di vista della nozione generale di autonomia, la sussistenza di tali norme « altre » è solo eventuale. E, infatti, il *diritto privato* —, sempre eccettuate le sue disposizioni che fanno conseguire direttamente effetti immediati da fatti giuridici —, sembra risolversi pressoché esclusivamente nelle disposizioni, che pongono limiti al riconoscimento del *diritto dei privati*, delle sue norme e dei suoi negozi: sembrano sporadiche, infatti, le norme del *diritto privato* attinenti a questo, a queste e a questi, che li considerino da punti di vista ulteriori rispetto ai limiti di tale riconoscimento. Con caratteri opposti si presenta il diritto amministrativo: perché tali norme « altre », sono miriade, vera e propria miriade. E concretano un fenomeno che, quindi, non ha viceversa riscontro nel *diritto privato*. La differenza sembra meritare qualche maggiore riflessione: perché è l'insieme, se si vuole la pleora di queste *altre* norme, che ha prodotto il concetto di legittimità (28) — che per noi amministrativisti ha un significato specifico di grandissima importanza, da noi particolarmente analizzato —, distinto da quello di liceità — che pur essendo anch'esso fondamentale per noi, è stato elaborato e sviluppato anzitutto in riferimento al diritto privato —. È l'entità di queste *altre norme*

(28) Su cui v., da ultimo, ma in convergenza con quanto qui delineato, A. CIOFFI, *Due problemi fondamentali della legittimità amministrativa (a proposito di Santi Romano e di M.S. Giannini)*, in *Dir. amm.*, 2009, 601.



pur sempre relative all'autonomia delle amministrazioni, e la complessità dell'insieme che ne risulta, che ci hanno consentito la definizione di una nozione di interesse legittimo: come interesse individuale protetto da esse, e non da norme di delimitazione dell'autonomia suddetta. Nozione che, invero, non è mai emersa in diritto privato in modo soddisfacente, e comunque con rilievo paragonabile; e ciò, significativamente, malgrado i noti e valorosi tentativi di raggiungere questo obiettivo. Di questo almeno relativo insuccesso, pare ormai evidente la ragione: ai privatisti è mancato l'*humus* indispensabile per la definizione di questa situazione soggettiva, diversa dal diritto soggettivo; ossia: un sufficiente sviluppo di un *diritto privato* concernente il *diritto dei privati*, che sia ulteriore rispetto a quello consistente nel suo riconoscimento.

8. D'altra parte, per il completamento del quadro delineato, è ineludibile provare a chiarire, a portare luce nella zona d'ombra che ancora vi residua: il ruolo che il legislatore conserva al riguardo. È un fatto che non tutto quello che in linea di principio sarebbe stato delegificabile, è stato poi effettivamente delegificato. Né lo sarebbe stato possibile. Anzitutto, precise riserve di legge costituzionalmente formulate, precludono la possibilità di confinare la legislazione sulle amministrazioni, alla sola definizione dei limiti esterni della loro autonomia. E, in ogni caso, e forse soprattutto, sarebbe irrealistico e assurdo, anche al di là di tali riserve, escludere del tutto la normazione primaria dalla disciplina della organizzazione delle amministrazioni medesime, e dello svolgimento delle loro funzioni. Ma non vi è dubbio che la funzione essenziale, e addirittura propria del legislatore — quella alla quale non può proprio abdicare —, è la costruzione dell'ordinamento generale: di quell'ordinamento totalizzante che consiste nella definizione dei suoi soggetti — di tutti i suoi soggetti: privati o pubblici, riconosciuti o istituiti che siano —; e la determinazione degli assetti dei loro rapporti reciproci — di tutti tali assetti: tra soggetti privati, tra soggetti pubblici, e, quel che qui più rileva, tra soggetti privati e soggetti pubblici —. Appare evidente che tale ordinamento generale così onnicomprensivo, deve essere considerato rigorosamente unitario — se non altro per la unicità della fonte da cui deve promanare: gli artt. 70 ss. Cost. —; tanto

che le consuete sue partizioni — a cominciare da quella tra diritto pubblico e diritto privato —, da questo punto di vista devono ritenersi come meramente descrittive. Sicuramente, la caratterizzazione maggiore della possibilità di agire giuridicamente dell'amministrazione consegue dalla sua capacità pubblicistica: dalla sua capacità di produrre unilateralmente effetti giuridici anche lesivi degli interessi di altri soggetti; capacità che le è, che le deve essere attribuita, perché persegue interessi che si possono definire variamente, e secondo i vari gusti e preferenze ideologiche, come pubblici, o collettivi, o sociali, e comunque meta-individuali. È evidente che questa sua capacità è eccezionale rispetto alle possibilità di agire dei comuni soggetti dell'ordinamento generale: perché questi soggetti si atteggiavano reciprocamente in rapporti di natura paritaria, la quale richiede che quei medesimi soggetti possano operare solo consensualmente. Ma proprio per l'accennato carattere onnicomprensivo di tale ordinamento, da esso non può essere avulsa neppure l'amministrazione. Non solo l'amministrazione in quanto dotata della capacità di diritto comune, che oggi si tende a vedere come potenzialmente generale. Ma anche come soggetto cui il medesimo ordinamento attribuisce — in più, allora —, poteri pubblicistici unilaterali. Perché anche questi suoi poteri sono inquadrati nella cornice dell'ordinamento generale, rigidamente unitario: sono per così dire incastonati nella sua stessa trama, per quanto specifici di soggetti ai quali il medesimo ordinamento ha dovuto attribuirli, perché strumento necessario per il proseguimento dei loro fini meta-individuali; anche se appaiono in deroga alla regola della consensualità per la dinamica delle situazioni giuridiche nelle relazioni tra soggetti viceversa paritari. E l'amministrazione, pure quando opera esercitandoli, è ugualmente assoggettata ai principi che in quel medesimo ordinamento generale unitario sono generali: quali la buona fede, la diligenza, la correttezza, la tutela dell'affidamento, il *neminem laedere*, ecc. (29)

D'altra parte, il legislatore, come si è visto, quando adotta

(29) Cfr., da ultimo, Cass., 23 marzo 2011, n. 6681, che ha condannato la ConSoB a risarcire i danni che aveva prodotto, agendo in forza degli speciali poteri che l'ordinamento le ha attribuito perché possa operare a tutela del risparmio; poteri che sono sì pubblicistici, ma che aveva esercitati con violazione del principio del *neminem laedere*, generale in quell'ordinamento medesimo.

anche le norme « altre » rispetto a quelle di determinazione dell'autonomia dei soggetti di amministrazione, deve avere previamente determinato queste: con quella priorità almeno logica che si è detto, anche se nella formulazione delle disposizioni di solito non vi è stacco nella definizione di questi due diversi aspetti. Ma, quando prosegue adottando pure quelle norme « altre », procede oltre tale determinazione; va oltre tale delimitazione per così dire esterna di tale autonomia: vi entra all'interno. Di sicuro, effettivamente lo fa, talvolta perché lo deve fare, e talaltra, e molto più largamente, perché comunque lo può fare; anche se non illimitatamente — non importa qui precisare quanto —. Ma, allora, opera non più nell'esercizio della suddetta funzione di costruttore dell'ordinamento giuridico generale. Piuttosto, in quello di guida e di orientamento di un solo settore, seppur ampio, di esso: dell'amministrazione in senso soggettivo e oggettivo: con scelte che sono espressione di indirizzo politico altrettanto generale, di vincolo di tutti gli altri soggetti di amministrazione, e sia pure nel rispetto delle loro autonomie nei limiti nei quali siano loro già costituzionalmente garantite; ma anche, talvolta, a tutela di categorie di essi, nei confronti di altre loro categorie: si pensi in particolare, alla garanzia statale delle autonomie locali, nella quale possono risolversi disposizioni espressione di competenza esclusiva legislativa nazionale, rispetto alle competenze legislative regionali. In ogni caso, gli interventi legislativi statali all'interno delle autonomie delle amministrazioni, le possono sì orientare e vincolare tutte — sempre nel rispetto delle loro garanzie costituzionali —; ma, d'altro canto, possono incidere solo su queste: senza riflessi diretti, cioè, sull'autonomia di altri soggetti, né incidenza sui rapporti tra esse e questi. Più precisamente: si sostituiscono ad organi di quelle amministrazioni medesime, esercitando competenze che altrimenti rimarrebbero loro pertinenti; o perché adottano atti normativi che altrimenti esse stesse avrebbero emanato, o perché restringono la discrezionalità che altrimenti esse stesse avrebbero potuto esplicare più pienamente o provvedendo caso per caso, o adottando propri statuti o regolamenti. Quindi, e questo è il punto essenziale: operano realizzando attività sostanzialmente amministrativa.

Certamente, il legislatore anche qui agisce pur sempre con il potere che gli è attribuito dagli artt. 70 ss. Cost. Ma, pare, solo formalmente. Ma, sembra, solo perché non ha altri e più adeguati

poteri a disposizione: il nostro sistema delle fonti non è articolato fino al punto da adeguarsi alla distinzione accennata tra atti anche sostanzialmente o solo formalmente legislativi; questo sistema non prevede minori forme normative di soggetti di legislazione, e anzitutto del Parlamento, che possano manifestare un ambito soggettivo, di cogenza per così dire intermedia — perché comprendente solo le amministrazioni —, tra la potestà legislativa formale vera e propria, e i peraltro giuridicamente debolissimi ordini del giorno e mozioni. Ma la medesima distinzione è tutt'altro che priva di risvolti di diritto positivo. Tra l'altro, anche perché il legislatore, in questo suo ruolo, apparentemente meno incisivo, operando in tal modo, per così dire solo per linee interne, può, per contro, arrivare a disporre, e soprattutto a ordinare alle amministrazioni comportamenti che non potrebbe imporre loro in quello suo principale: vincolandole, quindi, anche nella loro qualità di soggetti dell'ordinamento generale; cioè, dando assetto ai loro rapporti intersoggettivi. Vi sono precisi riscontri della distinzione suddetta, in alcune sentenze della Corte costituzionale. Se ne citerà soltanto la 1/60: non solo perché pare essere stata la prima in tema, ma anche perché ha chiuso una vicenda che anche se ormai remota, all'epoca fu di grande notorietà; e che ha importato da parte della Confindustria importanti investimenti in pareri — poi raccolti in ben tre volumi —, chiesti a numerosi illustri giuristi. L'art. 3 della legge 22 dicembre 1956, n. 1589, *Istituzione del Ministero delle partecipazioni statali*, dopo avere stabilito che queste devono essere inquadrare in enti autonomi di gestione, operanti secondo criteri di economicità, e che il primo inquadramento doveva essere attuato entro il termine di un anno dall'entrata in vigore della legge stessa, ha formulato, nell'ultimo comma, la seguente disposizione — che, nota per di più la Corte, « ... fu la traduzione in norma giuridica di ripetuti ordini del giorno del Parlamento rivolti a ottenere dal Governo [evidentemente, invano], in questa materia un certo comportamento... »: « Entro lo stesso termine cesseranno i rapporti associativi delle aziende a prevalente partecipazione statale con le organizzazioni sindacali degli altri datori di lavoro ». Di tale disposizione alcune associazioni industriali avevano sostenuto l'incostituzionalità, in quanto interpretata nel senso che importasse « ...la cessazione automatica dei rapporti associativi sindacali delle imprese a prevalente partecipa-

*zione statale, con le organizzazioni degli altri datori di lavoro; che esso perciò vulnera[ss]e] sia la libertà di dette imprese di organizzarsi sindacalmente, sia la libertà delle associazioni cui esse partecipano, e che conseguentemente viola[ss]e] l'art. 39 della Costituzione ».* Ma la Corte ha ricostruito diversamente la portata della disposizione: come di comando di « ... un'attività che il Governo dovrà svolgere in futuro in conformità del precetto della legge, la quale in sostanza vuole che il Governo curi che gli organi delle società, nelle quali lo Stato ha prevalente partecipazione, adottino le deliberazioni occorrenti per il recesso delle società dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro privati »; « ... ne deriva che essa contiene disposizioni per lo svolgimento di un'attività amministrativa che, nel caso, gli organi dello Stato avrebbero potuto svolgere anche senza il precetto della legge, data la situazione in cui lo Stato si trova rispetto alle società nelle quali abbia una prevalente partecipazione, che praticamente gli consente di determinare la volontà degli organi sociali »; « E pertanto non è violato il principio della libertà sindacale proclamato dall'art. 39 della Costituzione ».

Il seguito e la conclusione della vicenda sono noti: col progressivo smantellamento del sistema delle partecipazioni statali nell'età delle privatizzazioni, le aziende rappresentate nella particolare associazione industriale che avevano costituito, — Intersind —, tornarono all'ovile confindustriale, e tale loro associazione fu sciolta definitivamente nel 1998. Ma questo epilogo di tale vicenda, dal punto di vista qui adottato, nulla toglie al significato di quel comma 3 dal quale era iniziata: è un esempio chiaro di norma formalmente legislativa, che non regola rapporti intersoggettivi; e che, quindi, sostanzialmente legislativa non è. Viceversa. è una manifestazione di un potere di co-gestione delle strutture e dell'attività delle amministrazioni, cui non può, e tanto meno non deve abdicare il legislatore — meglio: il Parlamento, anche se talvolta lo esercita solo indirettamente, ossia attraverso leggi di delegazione, o di conversione di decreti-legge —. Quindi, è espressione, in concreto, di una ripartizione di competenze tra legislatore e amministrazioni, nella realizzazione di una attività sostanzialmente tutta amministrativa; e tale da doversi così considerare da questo punto di vista, sostanzialmente tutta unitaria: al di là della diversità soggettiva e formale degli organi che la effettua-

no (30). Allora, paiono altre manifestazioni di quel medesimo potere, anche tutte le norme che disciplinano le amministrazioni in senso soggettivo e oggettivo, che siano « altre », rispetto a quelle con le quali l'ordinamento generale definisce la loro autonomia: quelle di organizzazione delle soggettività che questo ordinamento ha istituito, quelle di normazione del loro agire che siano ulteriori rispetto all'attribuzione e alla delimitazione operata dal medesimo ordinamento, dei poteri, delle capacità di cui quell'agire stesso sia espressione. Quelle la cui violazione è sindacata dal giudice amministrativo nei tre canonici vizi di legittimità — fortunatamente ripescati all'art. 29 del testo definitivo del codice del processo amministrativo, sopravvivendo a più radicali innovazioni espresse in sue precedenti, provvisorie formulazioni —; e non dal giudice civile *sub specie* della carenza di potere. Quelle dalle quali scaturisce la tutela degli interessi legittimi; e non quella dei diritti soggettivi.

Le norme generali e astratte che regolano — in vario modo —, l'agire delle amministrazioni, ma che sono « altre » rispetto a quelle che definiscono in senso proprio la loro autonomia di cui quel loro agire è esplicazione, possono provenire, dunque, non solo da esse amministrazioni, ma anche dal legislatore: almeno in senso formale. E possono concretarsi, oltre che nei principi che presiedono all'esercizio della discrezionalità, in atti normativi di vario livello e natura: in regolamenti, di solito; ma anche in statuti di enti pubblici, territoriali e non, e perfino in leggi — di nuovo: almeno in senso formale —. Ma, comunque, lungi da delimitare l'autonomia delle amministrazioni, queste norme « altre », tutte queste norme si collocano all'interno di quella che ha derivato loro l'unico fattore che glielo può derivare: l'ordinamento generale. E incidono su quella discrezionalità di queste amministrazioni, che altrimenti finirebbe per coincidere con questa loro autonomia. Esse, più precisamente, sono espressione, o attuano una distribuzione di questa discrezionalità, tra legislatore — in senso formale — e organi amministrativi, tra organi amministrativi in un certo senso sovraordinati, e organi amministrativi emananti i singoli provvedimenti, tra fonti generali e astratte, e

(30) Cfr. la prospettiva, anche se non coincidente, di NIGRO, *Studi sulla funzione organizzativa della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966.

procedimenti, e questi provvedimenti medesimi. Ma, allora, queste norme « altre », appunto, che erano già apparse collocarsi all'interno dell'autonomia dell'amministrazione, anche in questa prospettiva, appaiono essere già esplicazione di questa autonomia medesima. Può darsi che provvedimenti che, considerati dal punto di vista dei limiti dell'autonomia delle amministrazioni apparirebbero totalmente discrezionali, nella prospettiva e in forza di queste norme « altre », finiscano col configurarsi viceversa come totalmente vincolati: diventati tali in seguito alle acquisizioni procedurali, o resi tali da norme che leghino rigidamente i loro contenuti a presupposti e requisiti. In queste vicende, e soprattutto nella seconda, scomparirebbe la riserva di amministrazione come di scelta caso per caso, ma rimarrebbe come riserva di produzione di effetti da provvedimenti, e, soprattutto, come riserva di normazione secondaria sulla loro emanazione, per quel che riguarda i profili organizzativi e di modalità in particolare procedurali dell'attività. Anche da questo punto di vista risulterebbe così confermato che tutte queste norme « altre » sono già espressione di autonomia dell'amministrazione: anche perché già la consumano, almeno in parte. E, se queste norme « altre » venissero viste come di tutela di interessi legittimi, questa loro matrice spiegherebbe un tratto di questa situazione soggettiva, suo distintivo rispetto al diritto soggettivo, che più o meno sempre è stato predicato dalla letteratura tradizionale, la quale, però, non sempre ne ha approfondite le ragioni: tali norme di protezione, al contrario di quelle dalle quali scaturiscano diritti soggettivi, non attuerebbero un bilanciamento di interessi dei soggetti in giuoco, ma sarebbero poste in misura nettamente preponderante nell'interesse delle sole amministrazioni, e, perciò, solo indirettamente e di riflesso potrebbero proteggere interessi individuali. Ora, di questo diverso rapporto tra norme di tutela come situazione giuridica soggettiva di interessi individuali, ed interessi individuali stessi, è diventata evidente la ragione: ogni atto che sia espressione di autonomia di un soggetto, è anzitutto funzionale agli interessi che in quel medesimo soggetto sono soggettivati. Ogni atto che sia espressione dell'autonomia delle amministrazioni, è anzitutto funzionale agli interessi pubblici che siano soggettivati in queste.

9. Possono queste norme « altre » costituire uno specifico ordinamento, distinto da quello generale, perché, appunto, rispetto ad esso « autonomo »? Può, quindi, essere inquadrato nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici, l'agire delle amministrazioni per provvedimenti, e, prima ancora, l'insieme delle norme generali e astratte che lo regolano, che esse stesse emanano all'interno delle autonomie derivate loro dall'ordinamento generale, e, quindi, già esplicandole? Sembra di sì: perché vi sono fattori che paiono unificare a sistema tale ordinamento derivato; e sono vari. Anzitutto, la matrice sostanziale di tutte tali norme: che è costituita dall'autonomia di quelle amministrazioni medesime, anche quando fossero adottate dai soggetti e secondo i procedimenti di cui agli artt. 70 ss. Cost. Quindi, il carattere della funzione di cui tutte quelle norme sono espressione: che sostanzialmente è amministrativo, e non legislativo, pur quando della legge avessero la forma. Inoltre, la natura dei soggetti di cui quelle norme medesime regolano i comportamenti giuridici: che sono tutti delle amministrazioni, delle sole amministrazioni, e non anche di soggetti privati. Infine, il principio ispiratore di quelle norme: di tutte esse. Le amministrazioni costituiscono sicuramente un apparato servente: servente quei fini sociali per il perseguimento dei quali l'ordinamento generale deriva loro quei poteri unilaterali che costituiscono la loro capacità pubblica; e che, per di più anzitutto le istituisce. E, quindi, tutte le amministrazioni, nell'esercizio di tali poteri, e, prima ancora, nella formulazione delle norme generali e astratte che disciplinano l'emanazione dei provvedimenti che ne sono espressione — ma anche della esplicazione della loro capacità privatistica, sia pure entro limiti che qui si deve rinunciare ad approfondire —, sono vincolate al rispetto del principio di funzionalità delle loro scelte rispetto a quei fini loro assegnati — è appena il caso di aggiungere, e anzi di ribadire: principio che è del tutto assente nella componente statutale dell'*autonomia privata*, nel *diritto privato* relativo al *diritto dei privati* —.