FILIPPO SATTA

INTRODUZIONE AD UN CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

PADOVA
CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
1980

UR10000155
558733

R.TOS
C
00
01255

BIBLIOTECA CIVICA BERTOLIANA
ESCLUSO DAL PRESTITO

Al Prof. Tosato, in devoto omaggio

BIBLIOTECA CIVICA BERTOLIANA - VICENZA
R.TOS.C.00.01255
BE001071655

FILIPPO SATTA

INTRODUZIONE AD UN CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

SAGGIO
gratuito - esente da IVA (art. 2 c. 3°
lett. d - D.P.R. 633/1972) esonerato
BOLLA ACCOMPAGNAMENTO
(art. 4, n. 6 - D.P.R. 627/1978)

PADOVA
CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
1980

OS
55
071655
ECA CIVICA
NA - VICENZA

PROPRIETÀ LETTERARIA

© Copyright 1980 by CEDAM - Padova

Stampato in Italia - Printed in Italy

Tipografia Editoriale Vittore Gualandi - Vicenza

INDICE

Presentazione . . . . . Pag. IX

Avvertenza . . . . . » XIV

Titolo I

PARTE GENERALE

CAPITOLO I

CHE COSA È L'AMMINISTRAZIONE?

1. - Premessa . . . . . Pag. 3
2. - Amministrazione in senso subiettivo ed obiettivo: apparato e funzioni . . . . . » 7
3. - Divisione dei poteri e stato di diritto . . . . . » 8
4. - *Segue*: le conseguenze per il potere esecutivo . . . . » 13
5. - Che cosa è l'amministrazione? . . . . . » 18

CAPITOLO II

IL PROBLEMA GIURIDICO DELL'AMMINISTRAZIONE

6. - Premessa: l'ordine giuridico dell'amministrazione . . . Pag. 25
7. - I tentativi di soluzione: le riserve di legge . . . . » 27
8. - Le norme positive della Costituzione. L'imparzialità . . » 33
9. - La legislazione ordinaria . . . . . » 41
10. - Il principio di legalità . . . . . » 44
11. - Fondamento e limiti del principio di legalità . . . . » 53
12. - Conclusione . . . . . » 60

CAPITOLO III

LA GERARCHIA

13. - La gerarchia come principio ordinatore . . . . . Pag. 64
14. - Gerarchia e coordinamento . . . . . » 71
15. - Effetti della gerarchia . . . . . » 75
16. - La segretezza . . . . . » 80

CAPITOLO IV

I PROBLEMI TRADIZIONALI DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

a) L'atto ed il procedimento amministrativo

17. - L'atto amministrativo ed il problema della sua formazione . Pag. 84
18. - Il procedimento amministrativo: *a*) le origini; *b*) l'esperienza austriaca; *c*) l'esperienza U.S.A. . . . . » 91
19. - La dottrina italiana: *a*) il procedimento come « atto complesso »; *b*) il procedimento come fenomeno tipico . . . . » 97

b) La discrezionalità

20. - La discrezionalità: la dottrina tedesca . . . . . Pag. 110
21. - *Segue*: la dottrina francese . . . . . » 122

c) La giustizia amministrativa

22. - La giustizia amministrativa . . . . . Pag. 129

CAPITOLO V

IL DIRITTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

23. - Premessa . . . . . Pag. 137
24. - La posizione dell'amministrazione nell'ordinamento . . » 139
25. - La responsabilità civile: i termini del problema . . . » 150
26. - *Segue*: una proposta di soluzione . . . . . » 153
27. - Procedimento e partecipazione . . . . . » 156
28. - Conclusione . . . . . » 159

Titolo II

PARTE SPECIALE

CAPITOLO I

LA C.D. PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI

29. - Pluralità di ordinamenti o unità dell'ordinamento? . . . Pag. 167

CAPITOLO II

L' INTERESSE PUBBLICO

30. - L' interesse pubblico . . . . . Pag. 171

CAPITOLO III

L' INTERESSE LEGITTIMO

31. - Il problema . . . . . Pag. 176
32. - L' interesse legittimo e l'art. 113 Cost. . . . . » 183
33. - L'« orientamento » degli interessi . . . . . » 191

CAPITOLO IV

UN' IPOTESI SULLA DISCREZIONALITÀ

34. - La discrezionalità: introduzione. I concorsi . . . . Pag. 195
35. - Alcuni casi tipici di presunta discrezionalità . . . . . » 201
36. - Discrezionalità ed atti politici . . . . . » 210
37. - Attività discrezionale e vincolata . . . . . » 213

CAPITOLO V

GLI ENTI PUBBLICI

38. - Premessa . . . . . Pag. 222
39. - Il problema degli enti pubblici . . . . . » 224
40. - Esistono limiti alla creazione di enti pubblici? . . . . » 231

PRESENTAZIONE

Questo libro, che vede oggi la luce, non è « nuovo » nel senso formale del termine, perché esso è nato dalla rielaborazione, spesso radicale, e dal completamento di alcuni miei scritti, già editi. È per altro assolutamente nuovo da un punto di vista sostanziale, perché qui ho cercato di riassumere la mia esperienza del diritto amministrativo e cioè di portare a conclusione il tentativo di comprendere che cosa sia il diritto, quando il suo soggetto, il suo protagonista sia in definitiva unico, l'autorità, anziché la somma di anonimi individui, veri quidam de populo. *Posso veramente dire che questo problema ha affannato tutta la mia vita, da quando ho cominciato ad occuparmi di diritto pubblico, prima inconsapevolmente, forse, poi con sempre maggiore e quasi dolorosa chiarezza. L'esperienza quotidiana, in tutte le sue forme, ha fatto così lentamente maturare in me un'idea; in tutta umiltà, questo libro la vorrebbe proporre.*

La tradizione del nostro diritto pubblico, ed amministrativo in particolare, riposa su un fondamento, pressoché indiscusso, ma altrettanto indimostrato: e cioè che legge e diritto si equivalgano, e che quindi lo studio delle leggi conduca allo studio del diritto. Ebbene, questo non è vero. Come per le Costituzioni moderne si è detto, giustamente, che sono tutte più o meno uguali, ma che danno vita ciascuna a diritti costituzionali profondamente diversi, così bisogna riconoscere che le leggi sono uno strumento per indirizzare l'azione dei pubblici poteri, i quali nella loro essenza, nel loro partecipare alla vita della società, debbono essere già disciplinati da altra fonte: e ciò, proprio per consentire che l'amministrazione, in quanto organizzata ed ordinata, possa operare verso il fine politico fissato da una certa legge. Come diritto costituzionale è l'ordine in cui effettivamente si compongono le forze che operano nella comunità, e non già la mera Carta

costituzionale, così diritto amministrativo è l'ordine dell'amministrazione nei suoi rapporti con il potere politico e con i cittadini, non già la congerie di leggi, che la vedono destinataria di effimere volontà del Parlamento.

Ma dire in che cosa consista quest'ordine è straordinariamente difficile. La tradizione dell'Europa occidentale lo ha identificato (e spesso confinato) in un ambito processuale, nel senso che l'amministrazione, una volta esauriti i propri procedimenti interni di formazione delle decisioni, può essere sempre portata di fronte ad un giudice, che sindaca la legittimità dei suoi atti. Questo, si dice, è l'ordine dell'amministrazione, che dunque è costretta a rispettare le leggi, anche nei confronti dei cittadini. Ma questa è una petizione di principio. Se anche le leggi fossero diverse da quello che in realtà sono — e quindi di norma generali ed organiche, anziché tendenzialmente episodiche e speciali, leggi provvedimento, come si dice —, il problema della giustizia nei rapporti tra l'amministrazione ed i cittadini riguarderebbe pur sempre questo momento dell'osservanza e dell'esecuzione della legge da parte dell'amministrazione, che può avvenire in mille modi, e quindi tanto secondo giustizia, quanto secondo criteri di perfetta iniquità. Se anche le leggi fossero dunque concepite in modo da favorire la giustizia nella loro applicazione, questa giustizia resterebbe comunque affidata ad un momento repressivo, nel quale l'amministrazione può essere censurata sotto il profilo della legittimità, e non già, come è fatale, della giustizia della propria azione. Chi poi guardi in concreto il sistema che dovrebbe assicurare se non la giustizia almeno la legittimità, deve riconoscere che esso è preordinato a favorire la fuga dall'ordine, e non già a costringere ad esso. Quando si articola il giudizio amministrativo nei ben noti termini di giudizio di impugnazione di singoli atti; quando si dà alla sentenza di accoglimento l'effetto di annullare l'atto impugnato (anche se questo è un silenzio!) « salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione », cui, in ogni caso, è rimessa l'attuazione della giustizia; quando si consente di negare tutela, perché si è domandata al giudice una pronuncia che eccede i « limiti interni » della sua giurisdizione; o gli si permette di chiudere gli occhi davanti al danno provocato dall'amministrazione, con qualche frase che lo lega alla lesione di un interesse legittimo anziché di un diritto soggettivo, e quindi lo rende irrilevante; si vuole deliberatamente evitare che nei rapporti tra privati ed amministrazione si faccia giustizia, e che quindi anche il mero, ma rigoroso rispetto della legge costituisca l'ordine profondo di questi rapporti.

Tutto ciò muove dall'idea, ancor oggi saldissima, che l'autorità debba essere sempre accompagnata dal privilegio, e addirittura quasi si identifichi con esso. Quest'idea è così radicata che io stesso vi ho creduto. Ma vi ho creduto finché non mi sono accorto che l'autorità si ammanta di privilegio in un solo caso, cioè quando essa non è intrinsecamente tale ed al privilegio deve affidare l'impossibile compito di sopperire al difetto di forza e di vera, sostanziale auctoritas. *Quando non si sa convincere si comanda, e quando non si riesce a dare alla funzione svolta la qualità che si traduce in prestigio, si veste la funzione di ordini, di minacce, di pene terribili, e, naturalmente, di ermellini e decorazioni. Questo sta sotto gli occhi di tutti. Si pensi, tra i mille, al problema fiscale. Come in un macabro gioco, lo Stato strangola chi può, con aliquote altissime, norme incomprensibili e sanzioni atroci. Intanto evade — e corrompe — un numero altissimo di persone, che nessuno riuscirà mai a raggiungere, perché lo Stato strangola se stesso affidandosi a dipendenti mal pagati e a procedure medievali. Ma gli esempi non si contano. Si pensi agli enti pubblici, quasi tutti amministrati da consiglieri non retribuiti, e quindi condannati ad essere utilizzati per compiti « subistituzionali ». Si pensi all'impiego pubblico: che è caratterizzato da una precisa opzione per la quantità, con una conseguente massa di dipendenti mal retribuiti, chiamati ad un regime di lavoro a tempo parziale, che espletano male e malvolentieri, disprezzando il datore di lavoro.*

Non è certo compito di un libro, e tanto meno di un libro di diritto, affrontare questi terribili e concretissimi problemi. Tutto quello che il giurista può fare è cercare le ragioni profonde della crisi per vedere se essa abbia o possa avere uno sbocco. A me è parso che le ragioni dell'intrinseca debolezza dell'autorità stiano nel suo vivere fuori del tempo, fuori, cioè, dell'ordine che, nella complessa vita di oggi, presiede — e deve presiedere — ai rapporti tra l'autorità ed i cittadini. Se ancora un secolo fa, cioè, l'amministrazione poteva considerarsi investita di una funzione lato sensu *sovrana e quindi operare quasi dal di fuori dell'ordinamento della collettività (in un regime,*

ad esempio, di mera sindacabilità giurisdizionale dei suoi atti), tutti sono oggi operativamente e non solo storicamente legati allo stesso destino, e tutti quindi debbono agire nell'ambito di un ordine generale, che ricomprenda tutti, con pari dignità, pur nella naturale e necessaria differenza di funzioni. Se questo libro ha un'idea da proporre, essa è che il recupero dell'autorità può avvenire esclusivamente attraverso quest'ordine, e quindi attraverso il diritto, che solo può garantire la giustizia, e con essa il prestigio, che fonda l'autorità.

Il lettore benevolo vedrà quale soluzione si sia tentato di dare al problema di quest'ordine, che comprende in sé, e quasi accoglie, l'amministrazione. Qui si può soltanto anticipare che si è cercato di individuare il momento essenziale dell'amministrare, per vedere se e come esso partecipi alla vita dell'ordinamento. La conclusione è che l'amministrazione può benissimo operare come un qualunque soggetto dell'ordinamento, senza orpelli di privilegi e di speciali garanzie, una volta che sia riconosciuta e rispettata, come naturalmente devesi, la sua particolare funzione, che è quella di curare e coordinare interessi collettivi e privati. La sua autorità sta nella specialità di questa funzione, non già deriva da una posizione speciale, divinitus *conferitale.*

La vera conclusione, che forse non figura in nessuna parte del libro, è poi che il problema del diritto amministrativo è morale, assai prima che giuridico. Questo forse apparirà deludente, addirittura ascientifico. Ma io sono profondissimamente convinto che il diritto sia affidato agli uomini e non alle leggi, per prezioso che sia il materiale che le porta (o complessa la procedura che le approva); e poiché di diritto gli uomini vivono, « Me vint l'impérissable désir de bâtir les âmes. Et me vint la haine des adorateurs de l'usuel » (1).

* * *

Questo libro non sarebbe mai stato pubblicato se, è il caso di dire, Massimo Massella Ducci Teri non lo avesse concepito, rilevando e rivelandomi la continuità tra una serie di miei scritti e l'opportunità di metterla meglio in evidenza in un unico volume, anche per dare

(1) Saint-Exupéry, Citadelle, LXXXV.

agli studenti un punto di riferimento meno labile della parola e meno equivoco dei loro appunti. Egli mi ha costretto così al lavoro più ingrato che ci sia, che è quello di rileggere se stessi a distanza di anni, perché nulla va bene. In effetti, non avrei mai fatto una raccolta di saggi. Ma la rilettura mi ha spinto a riflettere e, paradossalmente, a comprendere quale continuità di ispirazione Massimo Massella avesse colto. A lui devo dunque la riflessione e lo sforzo di chiarificazione e di sintesi, da cui questo libro è nato. E a lui, che si è anche sobbarcato la fatica di un'attenta ed intelligente lettura delle bozze, questo libro è dedicato, come modesto segno di affettuosa gratitudine.

AVVERTENZA

Per la stesura di questo libro sono stati utilizzati i seguenti scritti:

Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico, Padova, Cedam, 1969.

Il problema dell'amministrazione, in *Studi economico-giuridici della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Cagliari*, 1971-72 (vol. XLVII), p. 325 seg.

I soggetti dell'ordinamento. Per una teoria della responsabilità civile della pubblica amministrazione, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 26 seg.

L'esecuzione del giudicato amministrativo di annullamento, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. II, Padova, Cedam, 1972, p. 891 seg.

Principi di giustizia amministrativa, Padova, Cedam, 1978.

Un nuovo criterio di identificazione degli interessi legittimi?, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, 795.

Nessuno degli scritti sopra indicati è riprodotto integralmente e soltanto alcune singole pagine non sono state modificate, abbreviate o ampliate.

TITOLO I

PARTE GENERALE

Capitolo I

CHE COSA È L'AMMINISTRAZIONE?

Sommario: 1. Premessa. — 2. Amministrazione in senso subiettivo ed obiettivo: apparato e funzioni. — 3. Divisione dei poteri e Stato di di diritto. — 4. *Segue*: le conseguenze per il potere esecutivo. — 5. Che cosa è l'amministrazione?

1. - *Premessa.*

Nelle pagine che seguono si affronta il problema della posizione che la pubblica amministrazione occupa nell'ambito di uno « Stato di diritto », concepito ed organizzato secondo lo schema dottrinale (e politico) della « divisione dei poteri »: di uno Stato cioè come il nostro.

Il quadro ideale di questo tipo di Stato è ben noto. L'asse centrale del potere statale è costituito dal potere c. d. legislativo, al quale esecutivo e giudiziario debbono prestare obbedienza « eseguendone » le volontà, le leggi, ciascuno nel suo ambito. Nascono di qui le tre espressioni fondamentali del c. d. diritto pubblico contemporaneo, cioè il diritto costituzionale, il diritto processuale ed il diritto amministrativo. La Costituzione pone la regola fondamentale del potere (anche se ciò importa forse un travisamente della sua natura sostanziale, che non tollera imposizioni, ed è retta da regole proprie); la legge pone le regole dei poteri subordinati, il giudiziario e l'esecutivo.

Sennonché la nettezza di questo quadro è solo apparente. Nella realtà il potere giudiziario trova di fronte a sé una serie di norme, fissate per disciplinare la sua azione proprio in quanto rivolta ad applicarne altre; il c. d. potere esecutivo, invece, trova di fronte a sé soltanto norme da « eseguire », che di tanto in tanto, sporadicamente, fissano anche le modalità secondo cui dovranno venire attuate.

Ne consegue che la posizione di dipendenza dell'uno e dell'altro potere dalla legge è solo formalmente identica: nella sostanza diverge profondamente, in quanto il giudiziario appare sottoposto ad una disciplina dei propri procedimenti interni, mentre la pubblica amministrazione è ordinariamente disciplinata solo sotto il profilo dei fini da raggiungere e dell'organizzazione dei suoi uffici.

Certamente questo si può spiegare dicendo che nell'ambito del potere giudiziario si risolvono con l'esercizio di autorità liti di soggetti o si irroga una pena a taluni, ciò che richiede, con la partecipazione delle parti al giudizio per la formulazione delle loro difese, la disciplina di tale partecipazione; e che la situazione è diversa nell'ambito della pubblica amministrazione, dove tutto appare teso a curare un « interesse pubblico », non già interessi individuali.

Ma proprio questa giustificazione della rilevante carenza di norme rivolte a disciplinare lo svolgersi dell'azione amministrativa costituisce il punto centrale del discorso, a prescindere dalla fondatezza degli argomenti addotti. Deriva infatti da essa che la posizione di « esecuzione delle leggi » in cui l'amministrazione si trova è differente rispetto a quella, che dovrebbe essere invece identica, del potere giudiziario. Vi è dunque una contraddizione in termini. Se è esecuzione delle leggi l'una non lo può essere l'altra: se esegue le leggi la amministrazione, non le esegue il potere giudiziario e viceversa, poiché non è possibile che vi sia identità di natura e di azione dei due poteri, quando la necessità di una analitica disciplina del procedimento di esecuzione è stata sentita e dettata per l'uno e non per l'altro.

In altre parole, il potere esecutivo — governo ed amministrazione — opera nell'ordinamento e nella società sì come esecutore di leggi, sì come subordinato formalmente al potere legislativo, ma in realtà svolgendo ed esaurendo in se stesso l'attività che conduce agli atti « esecutivi » delle leggi. Questa attività riceve una disciplina solo indiretta, nel senso che sono disciplinate competenze e connessioni procedimentali, per cui la determinazione finale deve risultare non da un singolo atto di volontà, ma da una complessa articolazione di valutazioni successive. Tale disciplina però, lungi dal risolvere il problema, lo mette soltanto in chiara luce, nel senso che essa rivela come la composizione delle valutazioni sia affidata ad un circolo chiuso, che dall'amministrazione nasce, nell'amministrazione si svolge, nell'amministrazione finisce, esprimendosi nell'atto di un qualche organo che riassume in sé tutta l'amministrazione.

Si pone così l'esigenza di un'indagine che giunga a cogliere il significato profondo del fenomeno. In sostanza si trovano di fronte due esigenze diverse, che dovrebbero essere cospiranti ed invece si risolvono in un risultato contraddittorio. Da un lato vi è la democraticità dell'ordinamento, affermata a chiare lettere dalla costituzione, il cui contenuto minimo deve essere quello di controllo e disciplina dei poteri, e di tutela dei cittadini nei loro confronti. Vi è cioè l'esigenza di controllo e di disciplina dell'esercizio del potere amministrativo, in sostanza in analogia con il controllo esercitato sul potere legislativo, addirittura mediante l'elezione dei membri delle camere legislative, e sul potere giudiziario, con il contraddittorio e con le regole procedurali che lo assicurano. Dall'altro vi è l'esigenza, immanente ad ogni organizzazione, di un sistema di regole, che crei e mantenga un collegamento tra l'apparato e colui al cui servizio esso sta. Occorre un legame insomma tra chi « comanda, se così si può dire, tra chi si vale dell'organizzazione, e l'organizzazione stessa ».

Ebbene, queste due cospiranti esigenze non si sono incontrate. La comunità non esercita sull'amministrazione il controllo che esercita sul parlamento e sul potere giudiziario; questa stessa comunità — o il parlamento, se si vuole insistere con l'idea dell'esecuzione della legge e quindi della soggezione funzionale dell'amministrazione ad esso — non detta l'ultima, finale e fondamentale disciplina dell'amministrazione, in quanto, pur fissate regole organizzative e di competenza, di relazione tra gli uffici, lascia poi che il loro concreto contenuto sia dato al momento dell'azione da quegli stessi uffici che da esse dovrebbero venir regolati.

È opportuno ricordare che l'esigenza di disciplina dell'amministrazione di cui sopra si è detto ha già una significativa storia dietro di sé. Da un lato, in molti Stati europei ed extraeuropei — dall'Austria agli Stati Uniti d'America ed ai paesi dell'Europa orientale — l'attività dell'amministrazione appare disciplinata ora più, ora meno penetrantemente, ma comunque disciplinata. Nel nostro stesso paese, dove pure notoriamente questa disciplina manca, la sua necessità è stata ripetutamente affermata. Benché caducati per lo scadere delle legislature nel corso delle quali erano stati presentati, vi sono stati

numerosi progetti per una legge sul procedimento amministrativo; e si sono levate numerose voci in critica della situazione presente dell'amministrazione in Italia. Si è parlato per essa di violazione del principio della certezza del diritto, in quanto si consentirebbe — ed in fatto si consente — alla pubblica amministrazione di provvedere all'insaputa dei cittadini, costretti quindi a chiedere giustizia al giudice amministrativo nel breve termine di decadenza; si è parlato genericamente, ma non per questo meno efficacemente, di arretratezza del nostro sistema, che non consente al privato adeguata, democratica partecipazione al procedimento che pure lo riguarda direttamente; si è osservato che l'autoritarismo insito in un agire amministrativo non rigorosamente disciplinato, ma ciononostante capace di incidere profondamente ed unilateralmente in diritti ed interessi dei cittadini, statuendo quel che per essi « deve essere conforme a diritto », finisce con il risolversi in un danno per la stessa amministrazione, la quale può non avere adeguata conoscenza della realtà ed è continuamente esposta a ricorsi in sede giurisdizionale; più di ogni altra cosa, però, si può ancora aggiungere, tale indisciplinato agire si risolve in un agire segreto; e questo comporta inevitabilmente il sorgere di un sentimento di sfiducia e di sospetto nei confronti del potere e di chi lo esercita, totalmente nocivo al buon ordine dei rapporti tra autorità e comunità dei cittadini.

Di fronte a ciò, la reazione più semplice sta naturalmente nell'imputare al legislatore nazionale indifferenza nei confronti di un problema fondamentale per la vita associata. Questo, però, non può esaurire il discorso, da due punti di vista diversi. Anzitutto, un atto di accusa nei confronti della classe politica non toglie al fatto in sé il suo significato, né lo spiega.

In secondo luogo non si deve dimenticare che se la disciplina dell'attività amministrativa sembra costituire un problema puramente tecnico, esso in realtà è figlio della storia, nel senso che nell'amministrazione si svolge la storia quotidiana del potere, cioè del suo quotidiano esercizio da parte di chi lo possiede nei confronti dei cittadini. Come per tutta la storia, anche per esso vale la regola *nullam rem e nilo gigni divinitus unquam* di Lucrezio. Ciò che la disciplina dell'amministrazione oggi è o non è ha radici profonde e oscure, che forse a sua stessa insaputa operano all'interno della classe politica, rendendola insensibile a certi, pur fondamentali problemi. Non si può infatti non osservare che se il parlamento è stato insensibile al problema di una legge generale sulla pubblica amministrazione, si è invece preoccupato di disciplinare minutamente i rapporti di impiego in essa. Se il problema del pubblico impiego ha avuto il peso politico che è mancato al procedimento amministrativo, ciò non può non avere una precisa, se pure complessa ragione.

2. - *Amministrazione in senso subiettivo ed obiettivo: apparato e funzione.*

L'espressione « amministrazione » viene usata per designare due aspetti diversi del fenomeno amministrativo. Il primo è quello dell'organizzazione, dell'apparato, che, riunendo in sé uomini e mezzi, costituisce il presupposto per l'azione. Quando si identificano « amministrazione » e « potere esecutivo » viene in chiara evidenza l'uso subiettivo del termine, dato che il « potere » presuppone la propria organizzazione.

Il secondo fenomeno è quello in cui si esprime il c. d. senso oggettivo del concetto: si considera cioè non tanto il soggetto che agisce nelle sue premesse organizzative e strutturali, ma l'azione che questo è chiamato a porre in essere, la funzione amministrativa affidatagli, quasi a giustificare la sua stessa esistenza. Questo aspetto del fenomeno amministrazione è particolarmente palese nella qualificazione di essa come « esecuzione della legge ».

Certo non è necessario sottolineare quale diverso oggetto venga ad avere lo studio dell'amministrazione a seconda che esso sia orientato verso l'aspetto soggettivo o quello oggettivo di essa. Mentre nel primo caso infatti l'indagine ha ad oggetto la mera struttura della amministrazione come organizzazione, con i problemi di personale, di efficienza, di controllo che comporta, nel secondo l'oggetto della ricerca investe competenze, funzioni, compiti, collegamenti tra organi — l'azione insomma dell'apparato nel suo essere e dover essere.

Altrettanto necessario è però tenere ben presente che la distinzione or detta pone in luce due aspetti diversi della stessa realtà, non già due realtà diverse. L'amministrazione esiste come apparato dotato di funzioni e, come le funzioni influenzano l'apparato condu-

cendolo a strutturarsi in un modo piuttosto che in un altro, così l'apparato condiziona le funzioni, rendendole possibili, semplicemente perché le svolge. In chiave negativa si può anche dire che a volte l'apparato giunge ad assoggettare a sé le funzioni e a sfruttarle per propri fini particolari e che viceversa le funzioni possono restare, non svolte, sulla carta. Gli esempi concreti non si contano.

È dunque impossibile fermarsi a considerare l'uno o l'altro aspetto dell'amministrazione, cioè l'apparato o le funzioni. Essi si compongono in un tutto inscindibile nel quale, come si è accennato, si condizionano reciprocamente, e nel quale soltanto consiste la realtà dell'esecutivo. Isolarli e discutere di essi separatamente significherebbe sfuggire questa realtà, e quindi la realtà del potere dello Stato. Il problema della pubblica amministrazione e della sua disciplina non è altro che il problema della disciplina e del controllo di questo potere.

3. - *Divisione dei poteri e stato di diritto.*

Non è certo possibile risalire qui alle antiche dottrine che hanno ricercato la natura del potere regio, il suo fondamento e le sue funzioni. In sostanza esse si riferivano ad un altro mondo, dotato di certezze ai nostri giorni ignote (come ad es. sul valore della morale come argomento giuridico), che, se forse in qualche misura si sta riavvicinando a noi, ancora ci rimane profondamente estraneo. Il mondo del potere statale nel quale viviamo oggi non riposa sulla morale e sui doveri dei governanti, ma sul mero fatto del loro potere che pone problemi di controllo e di legittimazione formale, non già di giustificazione morale. Il problema fondamentale non è insomma quello relativo all'investitura del potere ed ai doveri che ne conseguono per i governanti rispetto ai cittadini. Il potere si presuppone dato (conquistato, conferito, poco importa) ed occorre vedere come possa essere controllato ed esercitato. Si tratta di indagine tecnica, non morale. In questa forse arida prospettiva, quindi, deve essere esaminato il problema di quell'aspetto del potere cui si dà il nome di « esecutivo ».

Ora è ben noto come la tradizione europea e nord-americana, traendo origine da dottrine inglesi e francesi, abbia ritenuto di poter risolvere il problema di un controllo del potere frazionandolo, cioè

distribuendolo tra corpi e gruppi sociali indipendenti l'uno dall'altro. È noto altresì che in questa divisione delle funzioni statali non vi era nulla di veramente originale (fino ad Aristotele si possono far risalire i primi sforzi per individuare funzioni e gruppi di funzioni, ed è certamente proprio del potere più assoluto il tentativo di razionalizzare il proprio esercizio, organizzandosi in più « funzioni » indipendenti l'una dall'altra); la novità, l'idea geniale, stava soltanto nell'aver tratto da questa ripartizione del potere statale uno strumento per limitarlo nel suo insieme, a tutela della libertà dei cittadini.

Semplice e chiara a parole, in termini così assoluti, questa dottrina è però irrealizzabile nella realtà, o, per meglio dire, è realizzabile solo a patto di riconoscere la significatività e l'operatività del fatto che essa vuol negare, il potere statale unitario. Si può certamente dire infatti che un certo corpo rappresentativo provvede all'adozione delle leggi; che il re, il governo e l'amministrazione (per esprimersi in termini moderni), provvedono alla loro esecuzione; che giudici indipendenti rendono giustizia. Ma bisogna anche riconoscere che il re ed il governo possono trovarsi nella necessità di legiferare; che i giudici possono non essere in grado di svolgere la funzione astrattamente loro assegnata; che il Parlamento può essere chiamato a decidere in materie del tutto estranee alla sua competenza istituzionale. Queste contraddittorie realtà negano la divisione dei poteri ed invocano l'intervento del « potere statale ».

Del resto, vi sono più esempi in questo senso. Vi è quello, macroscopico, degli Stati Uniti d'America, in cui la divisione dei poteri fu eretta a modello di organizzazione costituzionale, e che vennero costretti a violarla sistematicamente, creando organi, cui la dispregiativa qualifica di tribunali « amministrativi » non valse certo a togliere né realtà né efficacia. La vicenda è oggi assai nota: di fronte all'estendersi di linee ferroviarie attraverso i vari stati che componevano l'Unione, si pose il problema di una disciplina tariffaria e giuridica per le varie società esercenti le ferrovie (avvenivano ad es. gravissime discriminazioni tariffarie a danno di certe categorie di imprese o di imprese situate in certe località). In regime di separazione dei poteri la attuazione di questa disciplina sarebbe dovuta essere demandata ai giudici, dato che si trattava di attuare diritti posti a favore di determinati soggetti. Senonché, come subito apparve, i giudici non

potevano costituire lo strumento adatto per realizzare la giustizia auspicata dalla legislazione ferroviaria. Non solo occorreva che i privati li adissero, cosa che, per paura o ignoranza, raramente avveniva; occorreva altresì un enorme dispendio di tempo e di danaro, per esaurire tutti i gradi di giurisdizione; la sentenza di condanna delle società colpevoli di trattamento discriminatorio veniva dopo un tempo così lungo, da essere quasi inutile. Nacque così l'idea di affidare tutto il controllo del traffico interstatale ad un organo *ad hoc* che avrebbe agito con le funzioni sostanziali di un tribunale, ma in forme più snelle, con poteri di iniziativa di ufficio, in tempi più brevi, con istruttorie non così onerose e soprattutto perseguendo una ben precisa ed unitaria politica di disciplina del traffico ferroviario. Ne nacque la Interstate Commerce Commission (ICC), cui numerosissime altre ne seguirono, nei campi più disparati, da quello del controllo del lavoro a quello delle borse valori. Esse violavano tutte il principio della divisione dei poteri, perché questi organi esercitavano funzioni giurisdizionali (concepite come giurisdizionali), ma nell'ambito dell'esecutivo, cioè senza che l'organo procedente avesse la indipendenza propria dei giudici e fosse, come essi, soggetto all'iniziativa delle parti; ma, nonostante le polemiche di cui furono oggetto fino a tempi recenti, diedero all'America uno strumento amministrativo di forse ineguagliata efficacia.

Ma vi è soprattutto l'esempio della Germania, esattamente inverso rispetto a quello degli Stati Uniti d'America. In Germania la tradizione era nel senso che il potere apparteneva, per diritto più divino che umano, al sovrano. Quando le rivoluzioni liberali immisero in questa saldissima tradizione lo schema della divisione dei poteri, la dottrina (e poi la storia) opposero un meccanismo di garanzia dei cittadini infinitamente più semplice e più coerente con la tradizione e quindi, in definitiva, più efficace. Si affermò cioè, con una indagine storica, sviluppata fin dall'origine dell'impero (cioè da Carlo Magno) che lo stato tedesco aveva una propria, fondamentale caratteristica, che lo distingueva da ogni altra forma di stato. Questa era l'integrale soggezione del potere statale al diritto. Essa era in grado di assicurare a tutti libertà e dignità, ben più di quanto potessero fare le equivoche formule costituzionali e democratiche, come quella della separazione dei poteri: in ogni caso, come ulteriore garanzia, poteva essere istituito un sistema di tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione, che avrebbe assicurato la conformità al diritto dell'azione dei pubblici poteri.

Quale prodigiosa forza si celasse in questa formuletta dottrinale — dovuta a quell'insigne studioso che fu Rudolf v. Gneist — è oggi facile comprendere. Essa razionalizzava la rivoluzione, risolvendo nella soggezione al diritto quell'inafferrabile equilibrio cui la divisione dei poteri aspirava. Bastava individuare il « diritto », riconoscere insomma quali fossero le proposizioni in cui si sostanziava — e cui occorreva adeguarsi —, perché il problema teorico e pratico dello Stato fosse risolto. Il discorso sarebbe passato dal campo della filosofia e della politica a quello del diritto, dalla lotta per il potere all'interpretazione.

La soluzione concreta era offerta proprio dalle nuove costituzioni, con la loro struttura modellata secondo la divisione dei poteri e con la netta contrapposizione del legislativo agli altri poteri dello Stato. Era la legge, l'atto posto dalla collaborazione tra parlamento e sovrano: nella conformità ad essa degli atti del potere esecutivo e giudiziario si attuava infatti quell'ideale equilibrio proposto dalla dottrina sulla divisione dei poteri. Così tutto era salvo. Era salva la tradizione, che voleva integro il potere statale sotto lo schema del diritto. Era salvo il conflitto tra i poteri dello Stato, che non potevano fare quello che volevano, ma erano continuamente limitati dalla volontà della legge. Ma era anche aperta la strada per uno straordinario equivoco nel quale è caduto il pensiero giuridico dell'ultimo secolo, perché composto nel rispetto e nell'esecuzione della legge il conflitto tra poteri dello Stato (la cui asprezza costitutiva viceversa essenziale premessa della dottrina di Montesquieu), fu possibile affermare che stato di diritto e divisione dei poteri possono coesistere in uno stato concreto: senza rendersi conto che le due proposizioni sono contraddittorie, perché ridurre la divisione dei poteri a mero schema organizzativo dello Stato è ucciderne il nocciolo politico-costituzionale, e viceversa ridurre la soggezione al diritto a soggezione alla legge è uccidere il diritto.

Nella dottrina della divisione dei poteri, infatti, nessun potere era sovrano. Ciascuno — o coloro che lo esercitavano — concorreva ineliminabilmente alla composizione del potere generale dello Stato,

nell'ambito della propria competenza. Basti pensare, come segno più evidente, da un lato al potere esecutivo, dall'altro a quello giudiziario. Il primo è lasciato nell'ombra da Montesquieu — perché per sua natura è indefinibile il tipo di attività che può compiere. Il suo limite stava nel rispetto delle competenze del parlamento e del potere giudiziario, ovvero ancora, nella capacità di questi di opporsi alla sua eventuale espansione. Il potere giudiziario, viceversa, secondo una vecchia tradizione francese, è limitato all'osservanza della legge, che dovrebbe solo esprimere, di cui dovrebbe essere la mera voce. Tornano alla mente i vecchi divieti di interpretazione posti ad esso, palese testimonianza della esistenza e della temibilità di qualcuno che poteva elaborare ed imporre alla società la propria legge, cioè il proprio potere.

Nella dottrina dello Stato di diritto, viceversa, il potere sovrano esisteva. Era lo Stato, prima di ogni altra cosa se stesso. In questa propria assoluta sovranità esso trovava il limite della legge (che proveniva dal sovrano con il concorso delle camere rappresentative); ma si elevava a piena compiutezza nel governo, responsabile di fronte al sovrano e non di fronte al parlamento, che occupava quindi tutto lo spazio non espressamente sottrattogli dalla Costituzione. Incredibile a dirsi, una posizione secondaria occupavano i giudici, ai quali pure tanto peso dava la dottrina. Essi erano relegati non all'applicazione del diritto e quindi alla sua creazione, come in Inghilterra, ma al mero controllo della legittimità. Certo a questa idea della supremazia del diritto si deve in gran parte la creazione dei tribunali amministrativi: ma non si considerò — e purtroppo ancora non si considera — che essi sono la vigente testimonianza della rinuncia al diritto per la legge, come la travagliata storia dell'eccesso di potere da un lato, e dall'altro il bisogno sentito di creare una Corte costituzionale, in contorta forma garante del « diritto » al suo sommo livello, inequivocabilmente dimostrano.

Non si possono indagare qui le molteplici storture costituzionali determinate dalla sovrapposizione di due così eterogenei principi. Preme qui rilevare solo come dalla affermazione della generale supremazia del diritto (cioè della legge) derivò la stessa limitazione concettuale della amministrazione: che anche essa, come i giudici, anziché venir considerata come potere, strettamente legato al governo è

retto da regole proprie, fu ridotta a mera « esecuzione della legge ». L'evoluzione si svolse impercettibilmente, ad es. da Laband (per il quale era ben limitato l'ambito in cui l'amministrazione doveva conformarsi alla legge) a Zanobini ed ai più recenti studiosi tedeschi, Jesch e Rupp ad es., per i quali l'intera attività amministrativa deve sottostare alla legge.

Il risultato e l'equivoco sono palesi. L'equivoco è che legge e diritto sono confusi tra loro, senza considerare che anche in assenza di norme l'amministrazione non può essere dispensata dall'osservare il diritto, quel diritto lungamente ricercato negli studi sulla discrezionalità amministrativa. Il risultato è che la forma della divisione dei poteri era ed è divenuta strumento per nascondere sotto la maschera della « osservanza della legge » la unità del potere statale, accentrato nelle mani del parlamento e del governo, di cui ormai era ed è caduta la profonda distinzione « classista » su cui una volta si fondava la loro separazione.

4. - Segue: *le conseguenze per il potere esecutivo.*

Il successo di questa ibrida formula, che ha ridotto la divisione dei poteri a mera formula organizzativa, ha avuto due conseguenze di grande rilievo per il problema che si va discutendo — vale a dire, la posizione costituzionale dell'amministrazione.

La prima è stata la frattura dell'esecutivo in due tronconi, concettualmente separati l'uno dall'altro: il governo cioè, e l'amministrazione. Se una data Costituzione, infatti, organizza lo Stato secondo il criterio della divisione dei poteri, questo significa, come si è già accennato, che l'esecutivo non trova i propri limiti in altri poteri (che in realtà, essendo anch'essi statali, non sono isolabili dal primo), ma nel diritto. L'esecutivo dunque versa in questa singolare e contraddittoria situazione: da un lato soggiace totalmente alla legge — al diritto creato dal Parlamento —, perché questo vuole la teoria; ma dall'altro resta se stesso, resta il potere statale fondamentale e più semplicemente uno, che decide e provvede liberamente, con il solo vincolo e limite esteriore del diritto. L'esecutivo viene insomma diviso nei due settori corrispondenti ai due momenti, astrattamente identificati, della soggezione alla legge e del potere statale fondamentale.

Da un lato appare cioè il governo, che opera in regime di libertà, appunto come potere (è straordinariamente significativo che il governo imperiale dovesse godere della fiducia dell'imperatore e non del Parlamento). Dall'altro si evidenzia come entità autonoma l'amministrazione, l'apparato cioè sottordinato al governo, per il quale si realizza in maniera piena il precetto della conformità dell'azione al diritto. L'amministrazione sottostà dunque al governo, sottostà al diritto, sottostà al Parlamento: brevissimo è il passo per invertire il rapporto e trasformare la soggezione alla legge in sua esecuzione.

Ma, compiuto questo passo, si compie anche lo snaturamento del potere. Del potere statale è infatti mantenuta l'unità, posta a premessa di tutto il discorso; è invece persa l'unità dell'esecutivo, scisso in governo in senso stretto ed in pubblica amministrazione. Della pubblica amministrazione è anche persa di vista la funzione reale e storica, che è di guida e di indirizzo della comunità, quale operante e vivente apparato dello Stato — quale Stato operante e vivente. La sola cosa che rimane è questa metafisica idea di Stato associato alla legge, che si ammanta di una oscura e spesso irresponsabile autoritarietà ([1]).

([1]) A questo proposito sono di estremo interesse le considerazioni di G. JELLINEK, *Die Entwickelung des Ministeriums in der konstitutionnellen Monarchie*, originariamente pubblicato nella *Grünhuts Zeitschrift*, 1883, p. 304 segg., poi nei *Gewählte Reden und Aufsätzen*, Berlin, 1911 (ora riedito da *Scientia*, Aalen, 1970, II, p. 89 segg.), con le quali, dopo aver dimostrato come la moderna struttura dei governi sia nata dalle due radici, francese, rivoluzionaria e napoleonica, mirante a costituire un apparato amministrativo centralizzato, ed inglese, che ha a suo fondamento la costituzionalizzazione, e cioè la proiezione verso l'esterno di un consiglio del re prima, di un gabinetto poi, giunge infine a sostenere che negli Stati storici (quelli ricchi di una tradizione di governo salda e monarchica) il gabinetto non può che essere di nomina regia, ed il parlamento non può che concorrere in qualche, ben specificata materia, all'opera di governo; mentre negli altri, in cui la corona deve la sua presenza alla « aus vulkanischen Mächten herausgeborenen neue Ordnung », è giusto che il governo nasca dalla maggioranza parlamentare. In sostanza dunque al fondo del pensiero di Jellinek c'è la convinzione che sia impossibile una divisione dei poteri, e che il vero problema sia quello dei rapporti di fiducia nell'ambito dell'organizzazione (o dei soggetti?) che detiene il potere. Di qui l'idea sulla posizione del Cancelliere imperiale (e sulla posizione di « Behörden » dei ministri), solo responsabile di fronte all'imperatore (pp. 138-139). V. anche per un'analitica esposizione delle varie forme di governo di tipo ministeriale, HINTZE, *Die Entstehung der modernen Staatsministerien*, in *Staat und Verfassung*, Göttingen, 1962, p. 275 segg.

La seconda conseguenza che deriva dalla riduzione sopra detta della divisione dei poteri a principio di organizzazione è che, abbracciata l'idea di un'amministrazione che esegue la legge, si è data vita ad una realtà che non esiste, quale è appunto la funzione amministrativa di esecuzione delle leggi.

Non occorrono molte parole per dimostrare questo. Il primo rilievo, e forse il fondamentale per la sua semplicità, è che l'amministrazione ha una vita propria, che naturalmente e necessariamente si trasfonde nell'azione, in termini vuoi positivi, vuoi negativi. Ogni « esecuzione della legge » postula cioè una pianificazione di attività e di interventi, al termine dei quali soltanto l'« esecuzione » avviene; richiede, in altre parole, tanto la definizione di linee generali di azione, quanto l'adozione di provvedimenti organizzativi; esige un'adesione dell'apparato al processo di « esecuzione » in termini puramente psicologici; da questa adesione anzi addirittura dipende. Tra legge e sua presunta esecuzione vi è insomma un vastissimo spazio, occupato dall'apparato, non già una meccanica trasmissione, una meccanica trasformazione dello *iussus legis* in atto. Del resto — si tornerà in seguito sul tema — al vertice dell'amministrazione sta sempre un organo politico, il ministro, a sua volta membro del governo: ciò che chiaramente mostra quanto stretto ed organico sia il legame che corre tra momento politico e momento amministrativo del potere esecutivo.

In secondo luogo, per poter affidare all'esecutivo la mera « esecuzione » di leggi, la situazione storica dovrebbe essere così semplice, da consentire alle leggi di avere un contenuto concreto, immediato, tale appunto da richiedere solo un'attività di esecuzione per tradurle in pratica. Occorrerebbe cioè che vi fossero una completa autosufficienza dell'individuo ed una sua estraneità ai fini dello Stato, per limitare l'attività statale ai compiti che trascendono le capacità individuali, quali mantenere l'ordine pubblico, amministrare la giustizia, assicurare la difesa, costruire opere pubbliche. Lo Stato non dovrebbe svolgere alcuna politica sociale ed in un certo senso avere interesse alle proprie leggi ed alla loro osservanza cioè all'ordine sociale e morale, cui mirano. In queste ipotesi si può immaginare, sia

pure con qualche sforzo (perché ad es. già nel curare l'ordine pubblico c'è la necessità di valutazioni, rimesse integralmente all'« esecutivo »), che esso sia soltanto « attuazione » dei precetti della legge.

Ma basta che la presenza dello Stato sia richiesta da una situazione di squilibrio o di recessione economica o che lo Stato divenga protagonista di una qualche politica sociale, perché diventi anche impossibile limitare la funzione dell'esecutivo all'esecuzione delle leggi. Sorge così infatti la necessità di un'azione che, per « eseguire » la legge, valuti e decida sulla sua interpretazione, sulle condizioni e sulle modalità per la sua applicazione, quindi al tempo stesso operando in veste « amministrativa » (nel senso europeo del termine) e giurisdizionale; di un'azione che nell'ambito dei fini si organizzi e si prefissi una serie di fini parziali, coordinati in un piano più vasto, dunque ponendosi verso se stessa anche come legislatore; di una azione preventiva e repressiva sollecita, assolutamente irrealizzabile mediante il ricorso degli interessati al giudice (come nell'esempio degli USA sopra cit.), e che quindi integri le lacune del potere giudiziario consentendo di raggiungere fini preclusigli; di un'azione insomma che in primo luogo si rivolga a chi agisce per consentirgli di agire in base alla legge da « eseguire ». Si può ben dire che si pone la necessità di ristabilire continuità tra la legge e la vita, immettendo nella legge l'elasticità, l'immediatezza, la duttilità di cui il suo stesso essere legge è negazione. Più semplicemente forse, si pone la necessità di un organico potere statale.

In termini più generali, bisogna dire dunque che il rapporto legge-amministrazione solo in qualche raro caso può risolversi in termini di mera « esecuzione ». Questo può accadere ad es. nel caso in cui siano imposte certe prestazioni esattamente determinate alla comunità: si tratta di riscuotere. Di norma, la legge conferisce un potere all'amministrazione, e questo esclude *ex se* che il suo esercizio possa configurarsi come traduzione della norma in realtà. L'esercizio del potere è qualche cosa di diverso, è attività amministrativa sul fondamento della legge, non esecuzione di essa. Vi sono poi attività che non possono dirsi esecutive di leggi perché la legge manca, o perché l'attività non rientra in alcun modo in un rapporto legge-amministrazione, ragionevolmente concepibile come « esecuzione ». Esempio tipico di ciò è l'attività c. d. di alta amministrazione, o che si risolve

non nell'adozione di provvedimenti specifici, ma nell'emanazione di norme, alle quali gli organi amministrativi subordinati dovranno attenersi nell'adozione di provvedimenti specifici.

La dottrina ovviamente ha rilevato l'esistenza di questo campo di attività amministrativa che sfugge all'idea di esecuzione. Si è parlato così di attività ed anzi di atti politici, sottratti come tali ad un principio di legalità strettamente inteso; e si è cercato conforto per questa tesi nel fatto che si tratta di attività poste in essere da organi di vertice dell'amministrazione, così che, in sostanza, la necessaria determinazione politica del contenuto dei provvedimenti amministrativi (o di certi loro presupposti, di certi loro elementi) naturalmente porterebbe l'attività all'infuori dello schema di una rigida « esecuzione della legge ». Ma questo è un modo di aggirare il problema, non di risolverlo. Tutti gli organi, governo compreso, hanno una loro funzione da svolgere: e queste sono tutte, nel loro insieme, funzioni dell'amministrazione. L'attività di guida, di indirizzo, di coordinamento, di direttiva è certamente diversa, in termini di contenuto, rispetto all'attività di chi opera secondo la direttiva o l'indirizzo: ma la differenza tra le varie azioni e funzioni cessa qui, al livello del contenuto dell'azione svolta, senza che se ne possa trarre alcuna differenza sostanziale: le une e le altre interagiscono e solo dalla loro fusione nasce l'attività amministrativa del concreto, cioè la costruzione di una strada, la concessione di licenze edilizie, la derivazione di acque, l'iniziativa economica pubblica. In altre parole, l'attività amministrativa del reale si compie, in quanto è stata guidata, cioè è stato esercitato il potere di governo e di indirizzo. È arbitrario volerne astrarre due momenti, attività di guida e attività conforme alla guida, per considerare amministrativa solo quest'ultima [2].

---

[2] Come si dirà in seguito, nasce di qui il grave problema se la legge stessa del parlamento non abbia carattere amministrativo, non si inserisca cioè nella dinamica direttiva-azione concreta, in cui si può risolvere l'azione concreta e puntuale. Non solo, ma ancora più grave, si affaccia il problema come dell'unità dei poteri dello Stato, così della loro divisione e quindi del contenuto della legge. Si può cioè distinguere sostanzialmente la legge dalla direttiva governativa? E che si possa o non si possa, vi è una ragione per distinguere tra legge e direttiva, addirittura tra governo e parlamento? Tornano alla memoria le pagine di DONATI, *I caratteri della legge in senso materiale*, ora in *Saggi di*

5. - *Che cosa è l'amministrazione?*

In conclusione, nella concreta attività amministrativa la volontà della legge si fonde con un'altra volontà, determinando un risultato diverso, veramente nuovo. La legge non è dunque una *ratio* che superi

---

dir. pubbl., I, Padova, 1966, p. 43 s., che sembrano lontanissime nel tempo, come in fondo anche quelle di Esposito, *Validità delle leggi*, Milano, 1934.

In effetti, se si affronta il problema qui sopra discusso dal punto di vista della legge da seguire, le conclusioni non mutano. Cosa è infatti questa legge da eseguire? Certo si può dare una risposta formale e dire che la legge è l'atto del parlamento emanato secondo una certa procedura; ma è chiaro che questa risposta è insoddisfacente – è appunto formale – perché nulla dice di che cosa sia o voglia essere la legge. Ma cercare che cosa sia questa legge è impresa disperata, e sono ben note le difficoltà nelle quali si è imbattuta la dottrina quando ha cercato di definirne i caratteri: si sono invocate generalità ed astrattezza, come tipiche della legge, ma è stato necessario riconoscere sia che esse non ricorrevano sempre, sia che sono proprie anche di atti diversi, che non sono leggi dal punto di vista formale (si pensi da un lato all'approvazione di certi contratti per legge o alla concessione di benefici individuali, dall'altro ai regolamenti), sia che un atto « non muta natura sostanziale per il fatto che sia rivolto ad una generalità, invece che ad un individuo »; si è parlato di una volontà innovativa della legge rispetto all'ordine precedente, ma anche questo non è vero solo per essa, sia perché in termini generali non c'è atto che ne sia privo (se non fosse in qualche modo innovativo non ci sarebbe bisogno di compierlo), sia perché non ogni legge innova (si pensi alla costituzione di una commissione d'inchiesta mediante legge); ci si è scontrati con la legge che il senso comune sente come fondamentale, la legge di bilancio, e si è dovuto risolvere l'irresolubile problema di una volontà che per essere stata esercitata deve volere qualche cosa, mentre non vuole nulla. Ma vi è un fenomeno ancor più difficile da spiegare, quello della delega legislativa al governo e del suo potere di emanare decreti aventi forza di legge in determinate circostanze: cioè dell'attività legislativa del governo. Se infatti il problema può essere risolto dal punto di vista formale invocando la previsione di questa sua competenza legislativa nella costituzione o, dal punto di vista sostanziale, richiamandosi alla necessità come fonte di legittimazione, l'esistenza e l'inevitabilità di questa competenza non sono meno gravi per la dottrina tradizionale della legge, perché comportano il trasferimento – o il riconoscimento? – al governo di un potere che si dovrebbe ritenere di esclusiva spettanza del « legislativo ». Si vorrebbe dire che proprio il fatto che la Costituzione equipari questi atti del governo alla legge e quindi risolva d'autorità il problema è grave. Che cosa è infatti questa legge che il governo, come « governo » (ma che cosa significa di nuovo questa espressione?) può emanare e che poi, in quanto facente parte dell'esecutivo, deve eseguire?

la *voluntas* e stia in suo luogo; è un elemento del volere concreto, che esprime una volontà razionale, ma anche irrazionale, formatasi nell'ambito della lotta politica tra coloro che possono volere pubblicamente, per l'intera nazione. È una volontà, quindi, per sua natura di contenuto variabile, di volta in volta, secondo le necessità, le passioni e le pressioni del momento, generale, singolare, speciale, interpretativa, innovativa o — come si dicevano le leggi di bilancio — « meramente formale »; che in queste sue variazioni caratteristiche serve a risolvere situazioni contingenti, ritenute bisognose di una disciplina generale, speciale etc. È soprattutto una volontà che per tradursi in atto ed incidere nella realtà deve, come si è detto, fondersi con una altrui volontà di operare con essa, di predisporre la necessaria organizzazione, di dotarla di mezzi e di personale etc.: è una volontà insomma il cui contenuto reale si determina solo dalla riflessione e dalla volizione dell'apparato su se stesso e la legge, perché da questo momento e da esso soltanto nasce l'azione « esecutiva » della legge.

Certo questo è un considerare la legge da un punto di vista strumentale — veramente come « atto giuridico », che può anche, ma non necessariamente, essere fonte del diritto — che nega quindi alla legge ed al parlamento la posizione di vertice nell'ordinamento loro assegnata da una lunga tradizione di pensiero ([3]) ([4]). Ma su questo

---

([3]) È per altro da rilevare che la stessa logica interna del sistema che culminava nel parlamento è stata posta in crisi dalla atipicità imposta alle funzioni del legislatore dalle esigenze della programmazione. Benché infatti Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., II, p. 656 osservi che nel programma si « esprime in modo tipico l'indirizzo voluto imprimere alla politica economica, che non potrebbe venire in nessun modo sottratto al Parlamento », e che « data la necessità della concordanza delle due camere sullo stesso testo, quale è attestata dalla promulgazione, la volontà stessa deve trovare nella legge la sua forma necessaria », non si può fare a meno di rilevare che una legge, la quale impegni il parlamento (ed i parlamenti futuri: come nel caso che il parlamento fosse sciolto od il programma si estendesse per un periodo di tempo che comprende in sé la scadenza del parlamento che lo ha approvato) ad una azione futura è una legge anomala: non può avere contenuto concreto (ed in effetti essa prevede ad es. che si produca un certo reddito, ma chiaramente non lo può « volere », perché non ha senso); non disciplina una materia, per vasta che questa posta essere, ma detta principi da seguire nella sua futura disciplina

non deve sorgere equivoco. È innegabile che formalmente la legge nella costituzione vigente sia un atto con efficacia vincolante (anche se, come è stato ben messo in luce, è dubbio che si possa parlare di una gerarchia tra l'efficacia dei diversi tipi di atti), che come tale richiede un'attività ad essa subordinata, quando nel suo ambito si agisca. Ma il porsi come direttiva dell'azione concreta; e viceversa lo svolgersi dell'azione nel suo ambito (e quindi in subordine ad essa), non costituiscono, come in fondo si vorrebbe, un momento unico, che dalla posizione della legge si estende fino alla sua esecuzione. Al contrario, si tratta di due momenti distinti ed autonomi, scaturenti da una distribuzione di competenze, storicamente determinata, nei quali si determina il reggimento della comunità. Né la legge cioè pone un perenne ed astratto diritto ([5]), né l'amministrazione la esegue. In

di essa; in definitiva non vincola nessuno, essendo ben noti i casi di disapplicazione della legge di piano (ad es. si pensi agli investimenti – pubblici! – per la c. d. Alfa Sud, decisi dopo che il piano aveva disposto di non procedere a nuovi investimenti nel settore automobilistico). Mortati stesso riconosce, implicitamente, l'anomalia della legge di piano, là dove dice che deve assumere la forma di legge, data la necessità di una volontà uguale, espressa dai due rami del Parlamento. La forma della legge non è dunque il *necessarium*, ma un *accidens*, nel senso che il parlamento, a norma di costituzione, non può avere volizioni esternamente rilevanti se non in quanto siano espresse in forma di legge. Vi è cioè – e trapela dalle parole di Mortati – un *quid novum*; questo è la volontà stessa del piano, che modifica la funzione del parlamento e quindi la sua volizione. Merita osservare incidentalmente che gli statuti regionali prevedono tutti espressamente che il consiglio regionale deliberi, oltre che le leggi, anche intorno ai programmi.

Su questi problemi letteratura naturalmente vastissima. V. ad es. BARBERA, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Milano, 1968; PREDIERI, *Note sulla legge di approvazione del programma quinquennale di sviluppo*, in *Diritto dell'economia*, 1966, p. 355.

([4]) Su questi argomenti è fondamentale la sottile e penetrante critica di ESPOSITO, *Validità della legge*, cit., e *Legge*, cit., p. 728 seg., da cui conclude che la superiorità della legge sul regolamento, la qualifica della legge (eventualmente costituzionale) come la suprema manifestazione di volontà dello Stato « sono utili come descrizioni empiriche ed approssimative della posizione di fatto che assume la legge nell'ordinamento giuridico, ma sono inesatte quando siano intese in senso tecnico o giuridico, e pericolose, quando siano sfruttate per trarne una qualsiasi illazione sostanziale » (*Legge*, p. 730).

([5]) Osserva a questo proposito ESPOSITO, *Legge*, cit., che della legge si

funzione delle esigenze della comunità, sentite, interpretate e risolte in sede di governo in senso lato (al livello cioè delle rappresentanze parlamentari da un lato, del governo in senso stretto dall'altro, per non dire del complessissimo problema dei partiti), all'esecutivo vengono fissati limiti, poste direttive, conferiti poteri, che l'esecutivo stesso ordinariamente sollecita e richiede: in relazione ad essi, ed alla volontà che ne ha, agisce e « governa ». Esso è dunque un momento autonomo che si pone come azione accanto alla legge, in concorso ed eventualmente in contrasto con essa; non è cioè il momento che rende effettiva la legge, ma il momento che realizza la « funzione di governo », cioè svolge nell'ambito della comunità l'azione, richiesta dalla intrinseca necessità della comunità di essere governata; sta con la legge in un rapporto non di dipendenza e di esecuzione, ma di eguaglianza, nell'ambito delle diverse sfere di competenza e di cooperazione nella decisione.

Si può tornare così alla questione dalla quale si sono prese le mosse — che cosa siano amministrazione, esecutivo, governo — per cercare di risolverla all'infuori del pregiudizio costituito dalla sua interpretazione secondo le categorie, tra loro interpolate, di « separazione dei poteri » e di « stato di diritto ». Amministrazione è la organizzazione in cui lo stato-apparato — e cioè l'insieme coordinato degli organi attivi dello Stato — si articola per realizzare la propria politica, cioè per raggiungere i propri obiettivi ([6]), nell'ambito del rapporto

può solo dire che essa « più di ogni altro atto dello Stato implica una riaffermazione del valore del diritto ».

([6]) Si pone qui il gravissimo problema di che cosa sia lo Stato – anzi, di chi sia lo Stato. Chiaramente è impossibile affrontarlo, perché il discorso dovrebbe estendersi oltre ogni ragionevole misura: basti dire che occorrerebbe indagare e chiarire tutto il problema degli organi. Si può forse dire questo, in via di ipotesi, per giustificare le contraddizioni deliberatamente lasciate irrisolte nel testo: che lo Stato sembra essere questa organizzazione del potere, e risolversi in essa, collegato da un rapporto che per ora non si saprebbe dire se non storico con la comunità. Forse quando si è fatta la ben nota distinzione tra Stato-apparato e Stato-comunità – che tanta luce ha portato al problema – potrebbe essere rimasta nello sfondo l'idea di uno « Stato in sé », si vorrebbe dire, da analizzare: lo Stato in sé invece non esiste, se non nelle due proiezioni, metafisica di destino o Provvidenza, storica di potere e quindi di uomini. Lo Stato della storia è dunque solo potere, è solo uomini, è solo la loro organizzazione, è gli uomini che organizzati sono lo Stato.

fiduciario tra governo in senso stretto e parlamento. Ma essendo questo, l'amministrazione si può ulteriormente specificare come l'apparato burocratico il quale raggruppa in sé le funzioni e le attività più diverse, che vanno dall'operare nell'ambito di una norma o di un certo complesso di norme, « eseguendole », allo stabilire criteri e direttive, vincolanti per gli organi subordinati; dalla definizione di ambiti interni di competenza alla fissazione « politica » del rapporto concreto tra legge ed amministrazione tramite la strutturazione burocratica dei vari servizi, alla richiesta al parlamento di nuovi strumenti di azione, cioè di nuove leggi che consentano di estendere il controllo a nuove materie o di adeguarlo a nuove esigenze.

Chiaramente questo deve essere spiegato ed illustrato. La dottrina italiana e si vorrebbe dire europea non si è mai fermata sul tema se non per analizzarlo dal punto di vista formale (schemi di organizzazione) o puramente astratto (ad es. con la teoria della funzione amministrativa). Essa è quindi di scarso ausilio. Ma sulla scorta della dottrina americana che lo ha studiato con il pragmatismo che la caratterizza, è possibile osservare che nella amministrazione si svolge un continuo processo di scelta di valori e di guida verso la loro realizzazione, tanto come spinta verso una legislazione conforme ad essi, quanto come indirizzo e guida verso un'azione concreta, quotidiana, si vorrebbe dire, che li traduca in pratica. Questo sforzo si traduce in attività di pianificazione, cioè nell'elaborazione delle linee generali delle cose da fare per raggiungere gli obiettivi fissati, nella organizzazione formale dell'autorità, nella sua direzione e nel suo coordinamento, sostenuto, a livello inferiore, da un'attività, che, nell'ambito degli obiettivi e dei programmi, elabora dal punto di vista tecnico gli schemi organizzativi, assegnando compiti e responsabilità, e procede lungo la scala burocratica dall'assegnazione di essi in linea generale fino agli incarichi specifici agli individui. All'assegnazione ai vari livelli corrisponde un'attività di controllo delle opere compiute ([7]).

([7]) Questo schema di attività è stato ripreso da GRAVES, *Public Administration in a democratic society*, Boston, 1950, il quale a sua volta lo riprende da un saggio di L. GULICK e C. URWICK, *Papers on the science of public administration*, 1937.

La detta schematizzazione è stata criticata da M. SCHEFEER, *Public Administration: Plumbing, Platonism and Poligamy*, in *Public Administration Review*, 1967, pp. 467-468, il quale suggerisce uno schema articolato in dodici punti. Ma non sembra che le differenze siano sostanziali. È pertanto parso opportuno attenersi ancora allo schema di Gulick ed Urwick, che è considerato lo schema classico delle attività dell'esecutivo. Per l'importante posizione di DIMOCK & DIMOCK, *Public Administration*, cit., v. *infra* nel testo.

Due autorevoli studiosi americani (Dimock e Dimock) hanno contrapposto a questa ricostruzione delle funzioni dell'esecutivo un altro schema, che fa centro sull'attività logicamente anteriore all'azione, vale a dire, sul pensiero: hanno sostenuto quindi che sono funzioni dell'esecutivo il pensare all'ambiente nel quale si deve operare, sotto il profilo interno (strutturazione dell'apparato) e quello esterno; ai tempi in cui si può operare, alle persone della cui attività ci si vale ed a quelle cui l'attività stessa si dirige, cercando di favorirne il consenso alla propria politica.

Più che proporre una ricostruzione alternativa rispetto a quella classica, sembra che gli AA. cit. ne abbiano felicemente colto una lacuna, perché se indubbiamente una cosa è l'attività ed un'altra il pensiero necessario per realizzarla, altrettanto vero è che un'attività senza pensiero da cui nasca non ha senso e che un pensiero non seguito da attività resta quello che è, cioè mero pensiero. È ragionevole dunque ritenere che l'attività amministrativa vada identificata in termini di funzioni *lato sensu* organizzative, in essa svolte, e in termini di pensiero, che ispira quell'attività, per darle un senso ed un indirizzo.

In questo modo si chiarisce di che cosa consistano e come si svolgano, momento per momento, in termini di attività e di pensiero umano, i vari compiti assegnati agli uffici, dal governo in senso stretto alle diramazioni periferiche dell'autorità. « Processo politico » ed amministrativo si sovrappongono, costituendo l'insieme unitario di governo dello Stato, nel quale sono elaborati gli obiettivi dell'azione ai suoi vari livelli, da quello, puramente politico, del governo in senso stretto, a quello della quotidiana azione degli organi burocratici professionali. Tutti concorrono in questa azione, perché tutti in diverso modo partecipano al potere, ciascuno limitato solo dalla competenza

obbligata degli altri; vi è quindi uno scambio continuo di legislazione e regolamentazione che, decisa dall'« alto », viene imposta agli organi inferiori per la sua esecuzione; di sua accettazione, così come di opposizione ad essa; e soprattutto di richiesta continua di nuova legislazione che consenta agli organi attivi un'azione più elastica ed aderente alla realtà.

Capitolo II

IL PROBLEMA GIURIDICO DELL'AMMINISTRAZIONE

Sommario: 6. Premessa: l'ordine giuridico dell'amministrazione. — 7. I tentativi di soluzione: le riserve di legge. — 8. Le norme positive della Costituzione. — 9. La legislazione ordinaria. — 10. Il principio di legalità. — 11. Fondamento e limiti del principio di legalità. — 12. Conclusione.

6. - *Premessa: l'ordine giuridico dell'amministrazione.*

Appare chiaro da quanto si è detto, che il complesso apparato di cui consta l'esecutivo può essere studiato da diversi punti di vista. La sola circostanza che nei meandri della sua organizzazione il potere prenda forma e vita — diventi atto — impone di studiare i rapporti tra uomini ed uffici, dal vertice alla base, attraverso cui esso si determina. In questa serie di rapporti tra uomini, investiti, secondo una certa terminologia, di « *munera* » pubblici, stanno il reggimento effettivo dello Stato, la guida della comunità, la funzione di governo: sta, si potrebbe dire, la vita dell'esecutivo e del suo potere. Questo è tipico compito delle scienze tecniche sperimentali, quali la psicologia sociale, la scienza dell'organizzazione, che indagano dove risieda il potere, come si trasmetta, come venga potenziato, influenzato, diminuito nell'ambito dell'amministrazione — come quindi in termini umani si svolga la funzione di governo [1].

Analogamente, la scienza dell'organizzazione studia il fenomeno

---

[1] Cfr. Crozier M., *Le phénomène burocratique*, Paris, 1963; Merton R., *Burocratic structure and personality*, in *Social Forces*, 1940, p. 560 segg.; Michels R., *Sociologia dei partiti politici*, trad. it., Bologna, 1969. Si vedrà in seguito quali aspetti della pubblica amministrazione siano posti in luce dalla dottrina or ora citata.

amministrazione per indagare e chiarire le regole tecniche cui la pubblica amministrazione come organizzazione deve sottostare per raggiungere i fini prefissi, di una certa azione da svolgere.

Ma, in questa sede, preme affrontare il problema dell'esecutivo sotto un altro profilo, che è quello giuridico. Da quanto si è venuto dicendo qui sopra è in definitiva emerso che l'esecutivo è il potere statale per eccellenza, che gli altri limitano e controllano. L'applicazione pratica della divisione dei poteri negli USA (dove l'esecutivo è nato dalle esigenze concrete) e la stessa teoria dello Stato di diritto (ove il diritto viene invocato contemporaneamente a tutela dell'unità del potere statale e del cittadino) lo dimostrano con ogni chiarezza. In un regime costituzionale ispirato al diritto, è dunque necessario che anche per esso, come per qualsiasi soggetto, viga un ordine giuridico, da quale derivi la sua *ad hominem proportio*, nel quale cioè, come ogni altro soggetto dell'ordinamento, anche l'esecutivo trovi la propria misura, la propria disciplina, — in una parola il proprio ordine.

Ora, come si era accennato fin dal principio, due dei tre poteri dello Stato, legislativo e giudiziario, sono sottoposti ad una penetrante disciplina procedurale della propria azione, che non si esaurisce nel prescrivere termini e modalità per l'azione. Al contrario, essa tocca il cuore stesso dell'azione, inserendovi il contraddittorio tra le parti — attore e convenuto o imputato, partiti politici —, nell'esercizio del potere, giudiziario o legislativo. Questi due poteri insomma non possono agire se non in quanto le voci contrapposte siano state ascoltate — e quindi il giudice indipendente o il parlamento sovrano abbia potuto sapere tutto quello che è possibile sapere, e sentire tutti gli argomenti a favore e contro un certo provvedimento. Questa disciplina costituisce veramente il fondamento morale e politico del potere esercitato dagli organi di cui si tratta, poiché esprime una reciproca subordinazione delle parti agli organi e degli organi alle parti, questi essendo impegnati ad accettare la decisione dei primi e gli organi non potendo agire senza le parti. Forse si può addirittura dire che sta qui il fondamento democratico del potere; certo è comunque che per questa via è attuata una profondissima disciplina di due poteri fondamentali dello Stato, che non possono operare all'infuori di essa. Ora se il legislativo e il giudiziario sono due poteri essenziali dello Stato, altrettanto vale sicuramente per l'esecutivo, come si è cercato di dimostrare: esso per altro non sembra soggiacere alla disciplina dettata per i primi due. Di qui dunque l'esigenza di procedere ad individuare l'ordine giuridico proprio dell'amministrazione ([2]).

7. - *I tentativi di soluzione: le riserve di legge.*

Tale indagine dell'ordinamento italiano si presenta assai complessa. L'assenza di una legge generale impone di ricercare nell'intero suo ambito quali siano i principi che disciplinano l'esecutivo. Come è ovvio, si deve iniziare l'esame dalla Costituzione; e in essa da quelle sue caratteristiche disposizioni che si rivolgono *contro* l'esecutivo, con l'intento di costituire una difesa del cittadino contro di esso, affidando al parlamento la disciplina (normativa) delle materie in cui l'esecutivo stesso può dover operare. Come è chiaro, si fa riferimento alle c. d. riserve di legge. Il problema che si pone è se esse valgano a costituire (o richiedere che sia costituito) l'ordine giuridico dell'esecutivo di cui si parla.

Ciò si deve escludere. Da un lato vi è una constatazione empirica, nel senso che gli articoli della Costituzione che le prescrivono sono relativamente pochi. Singoli momenti della vita, nella massima parte sviluppo degli antichi concetti di « libertà e proprietà » sono il loro oggetto. Il campo di azione delle riserve è dunque limitato e di fronte a questa ristrettezza numerica sta l'infinita, sempre crescente estensione dei campi in cui l'amministrazione agisce, senza bisogno, dunque, di una previa norma di legge. Questo solo fatto esclude che la Costituzione possa avere semplicemente pensato di valersi delle riserve come dello strumento, con cui regolare l'esecutivo in via generale e costringerlo nell'ambito di un ordine giuridico rigoroso. Come

---

([2]) Il carattere, accennato nel testo, del contraddittorio è trascurato dagli studiosi più recenti del problema: così ad es., GIANNINI, nel volume dedicato al procedimento del suo *Diritto amministrativo*, p. 820, che pure esamina la prospettiva procedimentale unitaria dei poteri dello Stato.

Singolare per altro la posizione di BENVENUTI, che pur cogliendo esattamente il *proprium* del « processo » non ne determina coerentemente il valore; e ciò benché auspichi la massima estensione del processo nell'ambito dell'amministrazione (*Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1952, pp. 118 seg., 144).

se ciò non bastasse, le poche riserve prescrivono che con legge si dettino le norme relative ad un certo oggetto, cui l'amministrazione non può sostituire le proprie. Sennonché questo significa solo che i provvedimenti dell'autorità, quando verranno emanati, dovranno essere conformi ad una legge. Nulla è detto sul modo in cui l'amministrazione deve emanarli; e cioè sulle garanzie date al cittadino che, nel rendere operanti i limiti alla libertà di stampa, di manifestazione del pensiero, di culto, di istruzione, etc. l'amministrazione sia governata da una perentoria disciplina della sua stessa azione, e, quindi, del risultato di questa. In altre parole, la riserva di legge non controlla i presupposti dell'azione concreta; così che ben sarebbe possibile ad es. un provvedimento limitatore della libertà personale, formalmente fondato sulla legge, ma del tutto arbitrario in fatto. Non si debbono dimenticare a questo proposito le accorate osservazioni di Battaglia, sulla tragicità di cui possono rivestirsi le procedure, nell'assenza di qualunque violazione nella norma penale.

Bisogna dunque concludere che le riserve di legge, in quanto tali, non possono costituire lo strumento costituzionale di disciplina dell'amministrazione, sia perché troppo ristretto è il loro ambito, sia perché esse regolano i provvedimenti formali e non le procedure dell'autorità ([3]).

([3]) Sembra che la stessa conclusione debba valere anche per un ordinamento, quale è quello configurato per la Germania federale dal *Grundgesetz*, nel quale è affermata l'assoluta supremazia del parlamento. Anche se in ipotesi questo comportasse la costante necessità di conferimento espresso di poteri del legislativo all'esecutivo (come ritiene JESCH, *Gesetz und Verwaltung*), per ogni attività di questo, occorrerebbe pur sempre verificare in qual modo i poteri conferiti vengono disciplinati. Come si è cercato di chiarire nelle pagine precedenti (cap. I) nessuna disciplina normativa vale a costituire una disciplina dell'attività amministrativa se di questa sono presi in considerazione solo i fini ed i risultati: non vale quindi neppure se – sempre come si deduce dalla lettura di Jesch – in determinati casi viene ristretto l'ambito delle valutazioni discrezionali, mediante una serie di precisazioni sugli elementi di fatto che devono costituire il presupposto dell'azione. Bisogna ritenere che il non avere considerato questo tratto fondamentale dell'attività amministrativa – dicasi pure il suo carattere creativo – costituisce il limite fondamentale dell'indagine di Jesch (come di quella successiva di RUPP, *Grundfragen*). Egli ritiene che l'estensione della riserva di legge all'intero campo dell'attività amministrativa costituisca la innovazione fondamentale portata dalla struttura democratica dello Stato. La

Ma vi è di più. Il quadro costituzionale nel quale il problema delle riserve di legge originariamente si era posto — e che il costituente ha ritenuto di poter continuare anche nell'ordinamento attuale — è oggi profondamente mutato. In seguito all'accresciuto esercizio delle proprie competenze normative da parte del parlamento, infatti, la esigenza di riservare ad esso la disciplina di determinate materie si è affievolita — si vorrebbe dire politicamente affievolita. La regola è che il parlamento legiferi, e che quindi la sua legge sia lo strumento normativo tipico. Questo ha portato e porta a conseguenze grandissime, che sostanzialmente consistono in un nuovo assetto dei rapporti tra potere esecutivo e legislativo — e quindi ad un nuovo ordine di problemi, prima ancora che di diritto costituzionale, di vera dottrina generale dello Stato. In termini inversi rispetto a quanto la storia aveva pressoché sempre mostrato, la esperienza odierna dello Stato indica infatti una nuova commistione di funzioni legislativa ed esecutiva, che tendono a concentrarsi nelle mani del legislativo ([4]).

Preme chiarire insomma che in questo modo le riserve sono state in gran parte private del loro contenuto poiché la legge del parlamento, necessaria per adempiere ai precetti costituzionali che la richiedevano, è stata utilizzata con sempre maggior frequenza in altri campi; così che la materia « riservata » è venuta via via appiattendosi e confondendosi con le materie non qualificate (non « riservate »),

---

realtà è invece che l'amministrazione, finché resta regolata dall'esterno mediante leggi, è sempre non democratica ed autoritaria, così che nessun significato può avere la generalizzazione dell'esigenza della legge (avvenuta del resto in linea di fatto in tutti o quasi tutti gli ordinamenti per necessità pratiche precise); la vera democratizzazione può avvenire solo penetrando all'interno del potere ed assoggettando l'esercizio di questo (sia pure limitato e prefissato dalle leggi) ad una collaborazione con coloro cui il potere stesso si rivolge. Senza di questo si resta sempre nell'ambito di una concezione del potere esecutivo vecchia ormai di secoli. Al limite si può dire che in Jesch vi è la stessa insensibilità al problema della vera democratizzazione dell'amministrazione che si trova ad es. in CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, 271. V. comunque, sul problema, più ampiamente il § seg.

([4]) Il legislatore cessa infatti di essere vincolato alle proprie leggi. Vedi SCHMITT, *op. cit.*, p. 139; F. SATTA, *Diritto, legge, decreto-legge*, in *Il diritto degli italiani*, a cura di F. SATTA, Milano, 1979, p. 17.

ma parimenti regolate con leggi del parlamento. Questo ha avuto due conseguenze. Anzitutto, la legge e la riserva hanno mutato valore. Sottoposta a frequente utilizzazione, la legge ha subìto una erosione del suo carattere tipico, così che non è più istituzionalmente generale ed astratta. Essa ha così dunque perso il proprio valore di garanzia, costituito dal carattere necessariamente generale delle sue disposizioni. Come ulteriore conseguenza della perdita del carattere di generalità non è più sufficiente fermare l'attenzione sulla riserva che rinvii alla legge (presupponendone caratteri che non deve più necessariamente avere); sulla legge, sulle leggi concrete si deve portare lo sguardo per verificare se esse dettino la disciplina dell'amministrazione della quale si parla.

Per comprendere il senso di questo assunto, a prima vista paradossale, è necessario considerare che le prime norme costituzionali sulle riserve di legge avevano a loro premessa un equilibrio dei poteri assai ben determinato. Il compito di reggere la società spettava allo Stato e per esso al governo. Il governo non aveva bisogno di legittimazione, si vorrebbe dire, in quanto traeva origine direttamente dal sovrano, che agiva *suo iure*, che era *suo iure*, si dovrebbe dire. Le varie Costituzioni avevano portato alla limitazione di questo potere in un solo senso: che cioè accanto al potere governativo veniva collocato un potere legislativo. Era attribuita a questo la funzione legislativa, e riservata in alcune materie, essenzialmente relative a taluni fatti fondamentali nella vita dello Stato (confini, guerra, tasse) e agli ambiti della libertà e della proprietà individuali. Vi erano dunque questi elementi: un governo, indipendente dal parlamento e responsabile solo di fronte al sovrano per la direzione della società e dello Stato; un parlamento astrattamente dotato di competenza normativa generale, di fatto in essa limitato ad alcune materie, ad alcuni temi soltanto. Ora il fatto caratteristico — ed alla luce della nostra attuale esperienza di governo del tutto incomprensibile — è che questa formula in sé e per sé non definiva nettamente gli ambiti della competenza governativa rispetto a quella parlamentare. Al governo infatti venivano continuamente riconosciute competenze normative, quanto meno in materia di organizzazione dello Stato (ma in realtà assai più vasta). Si determinava così un concorso di competenze, la cui esatta demarcazione poteva essere oggetto di discussione dottrinale, ma il cui equilibrio dipendeva dall'equilibrio tra le forze governativa e parlamentare.

In questo quadro ed in questo soltanto, della « forza » del governo concorrente con quella del nuovo parlamento, devono essere collocate e possono essere comprese le riserve. Esse ponevano un limite alla competenza normativa del governo; avevano quindi ed hanno un valore ed un significato direttamente proporzionali al potere detenuto ed esercitato dal governo. Quanto maggiore è infatti la sua capacità di attuare il proprio indirizzo politico tanto più significative sono le limitazioni apposte dalla Costituzione al suo potere. Ma è anche chiaro che se il governo perde potere — come automaticamente accade se la sua esistenza sia fatta dipendere da una maggioranza parlamentare e non da una diversa più stabile investitura — le riserve non possono avere diverso destino, divengono pleonastiche, in quanto affidano alla maggioranza parlamentare un potere che essa già detiene.

La dottrina giuridica del secolo scorso — ma lo stesso discorso vale forse anche per quella attuale ([5]) — non ebbe consapevolezza di questo valore relativo delle riserve, quasi di indice di certi rapporti di potere tra governo e parlamento. Al contrario, essa le interpretò come norme delimitatrici della competenza — quindi come vere e proprie norme giuridiche — il cui contenuto dipendeva non da rapporti di forza, ma dalla pura e semplice interpretazione. Fondamento di questo era il rispetto sconfinato — ai nostri occhi facente davvero parte della storia — per il governo, al quale senza discussione alcuna si riconosceva la competenza normativa nell'ambito di ciò che non era diritto, cioè, come minimo, nell'ambito dell'organizzazione dello Stato. Di qui le complicatissime discussioni sui limiti della compe-

([5]) Si veda ad es. il libro di DI GIOVANE, *Le riserve di legge*, Torino, 1970, che alle riserve stesse nel mutato ordine costituzionale attribuisce la funzione di dare al Parlamento compiti di direttiva in determinate materie. Questo poteva andare bene un secolo fa, e non oggi, di fronte al dilagare della legislazione in tutti i campi. L'opera di ANSCHÜTZ cui si fa riferimento nel testo è *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der Gesetzgebenden Gewalt*, 2ª ediz., Tübingen, 1904. Ampio, ma non nitidissimo resoconto delle dottrine sulla competenza normativa del Parlamento e del governo in JESCH, *op. cit.*, pressoché *passim*.

tenza del parlamento e del governo: ristretta la prima (e corrispondentemente estesa la seconda) ora al campo delle aggressioni in materia di proprietà e libertà, ora a quello della disciplina di esse, ora all'emanazione di « *Rechtssätze* », diretti dunque ad un ambito nel quale il *Recht* potesse valere, e distinti dal « *nicht-Recht* ». Tipico è ad es. in questo Anschütz. Egli condusse una violenta campagna contro i sostenitori ad es. della dottrina che le competenze normative del legislativo fossero enumerate nella Costituzione e che, in generale, con le più diverse motivazioni, al governo spettasse un potere normativo proprio, concorrente con quello del parlamento. Ciò nonostante, dopo aver così penetrantemente sostenuto la competenza legislativa generale, fondata sull'emanazione dei *Rechtssätze*, più e più volte ripete che queste sono le norme che disciplinano i rapporti di libertà e proprietà. Veramente si vorrebbe muovere a lui la critica inversa rispetto a quella formulatagli da Carl Schmitt: e cioè che pur nella penetrante visione che ebbe della funzione del parlamento non seppe condurla a compimento, fino ad affermarne la piena, esclusiva competenza normativa. Il suo concetto di legge — che esattamente Schmitt qualifica politico e democratico — aveva un solo difetto: quello di non essere fino in fondo politico e democratico e quindi di non avere saputo cogliere la natura, puramente politica e storica, del problema della ripartizione di competenze tra governo e parlamento.

Tutto ciò conduce ad una sola conclusione, rilevante per il discorso che qui si va facendo. Essa chiaramente è che i mutati rapporti nell'ambito delle forze che reggono lo Stato non possono essere ignorati più a lungo. Il governo non esercita più il potere illimitato che esercitava prima delle rivoluzioni liberali. È passato più di un secolo e questo lo ha assoggettato al Parlamento. La sua forza — il suo potere — ha un orientamento diverso, come si è cercato di dire, che sta nella necessità dell'apparato amministrativo per la conduzione dello Stato e della società in concreto. Questo comporta dunque che la riserva di legge altro non esprime, se non la quotidiana realtà, della disciplina normativa. monopolio del parlamento.

Appare così necessario procedere ad esaminare la normazione positiva per verificare se essa ponga la disciplina dell'amministrazione di cui si tratta. Bisogna però prima esaurire l'analisi delle norme costituzionali, che dovrebbero aver posto precetti, immediatamente vincolanti l'amministrazione ad una certa disciplina della sua attività.

Le norme della costituzione che a questo fine rilevano sono quelle degli artt. 23, 57, 97, 103, 111, 113.

8. - *Le norme positive della Costituzione. L'imparzialità.*

Queste norme possono essere divise in due gruppi. Il primo, di più semplice ed immediata evidenza, comprende gli artt. 103, 111, 113. Essi dispongono, rispettivamente, che il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti dell'amministrazione pubblica; che tutti i provvedimenti giurisdizionali debbono essere motivati; che le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti sono impugnabili in Cassazione solo per motivi attinenti alla giurisdizione; ed infine che tutti gli atti amministrativi sono impugnabili di fronte al giudice senza esclusione alcuna, né sotto il profilo degli atti, né sotto il profilo dei motivi deducibili.

Queste norme costituiscono certamente un caposaldo del nostro ordinamento. Esse infatti consentono il sindacato su tutti gli atti dell'autorità amministrativa, nessuno escluso, quindi compresi gli atti c. d. politici; e prescrivono che i provvedimenti con cui il sindacato viene esercitato debbano essere motivati. In effetti, sorrette dalla lunga tradizione di tutela giurisdizionale offerta dal Consiglio di Stato e dal giudice ordinario, queste norme offrono al cittadino una fortissima garanzia contro l'eventuale arbitrio della pubblica amministrazione a suo danno.

Ma come offrono a lui una notevole garanzia, così anche non sono sufficienti a dare una garanzia adeguata, se così si può dire. Esse non danno, cioè, né possono dare, la sicurezza che il cittadino è in rapporto con un'amministrazione « disciplinata », ovvero, che egli partecipa con essa, al suo stesso livello, ad un ordine giuridico che entrambi li ricomprende. Questo ordinamento resta esterno all'azione amministrativa perché opera repressivamente. Esso interviene cioè quando la lesione degli interessi si è compiuta, consentendo la tutela giurisdizionale contro l'atto illegittimo. Il privato deve cioè invocare *contro* la pubblica amministrazione l'esistenza di una sanzione — di

un ordinamento sanzionatorio, secondo una nota terminologia; le norme degli artt. 103, 111 e 113 non collocano privato ed amministrazione in un ordinamento che si applichi ad entrambi in maniera uguale. È un sistema che opera, insomma, quando i privati riconoscono di non avere più altro mezzo per tentare di soddisfare i loro interessi. Il ricorso al giudice costituisce veramente un'*extrema ratio*, cui si rinuncia, quando si teme una qualche ritorsione in futuro.

Il secondo gruppo di norme richiede più approfondita analisi, anche perché esse non ripetono tralaticiamente principi dello Stato di diritto, e mirano invece maggiormente a cogliere la sostanza dell'azione amministrativa. Si intende fare riferimento da un lato agli artt. 23 e 53 Cost., dall'altro all'art. 97.

Gli artt. 23 e 53 pongono una riserva di legge per le imposizioni fiscali (« prestazioni patrimoniali o personali »), statuendo altresì che il sistema tributario deve colpire tutti i cittadini in relazione alla loro capacità contributiva e deve essere ispirato a criteri di progressività. L'art. 97 dice che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in maniera da assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, e da determinare responsabilità e competenze degli impiegati. La tensione verso l'imparzialità (ma anche verso una certa concezione della medesima) è sottolineata dal terzo comma, sull'obbligo del concorso per l'assunzione al pubblico impiego.

Ora queste norme non riescono a creare un sistema ed un ordine, cui l'amministrazione debba sempre attenersi nell'esercizio dei suoi poteri. Gli artt. 23 e 53, infatti, appaiono indirizzati più al legislatore che all'amministrazione (questo solo è certamente il senso delle enunciazioni sulla generalità e sulla progressività dell'imposizione fiscale); ma anche quando si rivolgono all'amministrazione, o si risolvono in una proposizione generica o si esauriscono in limiti negativi. È generica così la disposizione che vuole il carico fiscale adeguato alla capacità contributiva, in quanto, di fronte alle valutazioni del reddito individuale che l'amministrazione deve fare per accertare l'imposta in concreto dovuta, nulla è detto (né si potrebbe dire in sede di costituzione) sul criterio di tale valutazione. La capacità contributiva resta insomma enunciazione di principio. Lo stesso dicasi per l'art. 23, che vieta di imporre prestazioni patrimoniali se

non in base alla legge. Da un lato questo ha contenuto puramente negativo, nel senso che pone un divieto; dall'altro è del tutto generico, perché il malgoverno della legge — cioè l'imposizione in concreto di una prestazione sulla base della legge — può benissimo tradursi, in fatto, in una imposizione patrimoniale del tutto priva di fondamento nella legge.

Analoghe considerazioni debbono farsi per l'art. 97: che ha anch'esso contenuto generico, nel senso che è impossibile dire con precisione che cosa significhino buon andamento ed imparzialità o, se si vuole, quale significato giuridico possano avere.

Che cosa è infatti buon andamento? Come lo si definisce, lo si individua e misura, in modo da stabilire se una legge sull'amministrazione sia conforme alla Costituzione e se sia conforme alla Costituzione un rapporto amministrazione-legge, tra una data amministrazione cioè ed una data legge? La sola ipotesi ragionevole è che il costituente abbia voluto deliberatamente inserire nella Costituzione una norma meramente programmatica, direttiva, finale, addirittura una « formula in bianco », il cui contenuto sarebbe stato compito della scienza dell'amministrazione determinare, secondo il progredire delle tecniche amministrative. Buon andamento potrebbe così farsi coincidere con efficienza, che l'infinita varietà di problemi posti dalla gestione della macchina amministrativa statale non consente di definire con formule e con schemi generalmente validi. Ma potrebbe farsi coincidere altresì con economicità della gestione; o addirittura con pronto adeguamento dell'apparato ai fini assunti dal potere politico, quindi con una inversione di quel che, con la parola successiva a « buon andamento » — imparzialità — la Costituzione prescrive. In astratto nessuno di questi sensi in cui la parola può essere usata è estraneo alla Costituzione; di qui la conseguenza, inevitabile, che il concetto di buon andamento è stato formulato così, quasi più per doveroso omaggio a quel che la pubblica amministrazione dovrebbe essere che per espressa volontà di una amministrazione organizzata in un dato modo. Si può dire, volendo essere apparentemente più precisi, che questo articolo ha affidato al legislatore il compito, come di fissare i fini dell'azione statale, così di predisporre gli strumenti necessari ad essa, seguendo in ciò criteri di efficienza, di economicità, di prontezza dell'adeguamento dell'apparato — in una parola, criteri

capaci di assicurare il « buon andamento dell'amministrazione ». Si tratterebbe dunque di una specie di delega tecnica al legislatore.

Questo ridurre il problema del buon andamento ad una pura questione di tecnica dell'amministrazione e dell'organizzazione non vale però a costituire una soluzione. Se anche infatti nell'amministrazione deve essere tenuto presente il momento della tecnica organizzativa, questo non può esaurire il discorso al livello della somma problematica dello Stato. Come si è più volte detto, il problema dell'amministrazione è il problema del potere fondamentale dello Stato. È quindi nella sua profonda natura politico, nel senso che è il problema della *polis*. In questo quadro anche la tecnica trova la sua collocazione, nel senso che suggerisce gli strumenti con cui realizzare una certa disciplina costituzionale del potere. Ma è ad essa preclusa, per definizione, la possibilità di compiere direttamente la scelta tra questi strumenti; ed anzi si deve dire che ove ciò accada, in realtà significa che ci si trova di fronte ad una ben precisa decisione politica il cui contenuto è quello di escludere l'amministrazione dal rapporto con la società ovvero, dal punto di vista inverso, di escludere la società dalla partecipazione al potere. L'esempio dell'amministrazione prussiana e della sua evoluzione tra la fine del '600 e l'inizio dell'800 dispensa da ogni ulteriore discorso (6).

Nella formula dell'art. 97 sul buon andamento nessun principio costituzionale relativo alla materia che qui interessa può dunque leggersi (7). Ma lo stesso sconfortante risultato si consegue dall'analisi

(6) Su questo argomento v. il volume di H. ROSENBERG, *Aristocracy, Bureaucracy, and Autocracy - The prussian experience 1660-1815*, Boston, 1958, ad es. p. 208 della edizione Beacon Press, 1968.

(7) In GIANNINI, *Dir. amm.*, cit., 84 si osserva che il principio del buon andamento non può essere esposto perché ne mancano applicazioni giurisprudenziali. Questo non può essere condiviso. Anzitutto la mancanza di decisioni giurisprudenziali non può dispensare il giurista dalla propria interpretazione; ma soprattutto spetta al giurista dare al giudice l'ispirazione che gli manca. In questo senso è pregevole il tentativo di G. BARONE, *La partecipazione del privato al procedimento amministrativo*, Milano, 1969, il quale dal buon andamento vorrebbe trarre l'esigenza di partecipazione del cittadino alla funzione amministrativa.In realtà nulla dimostra che questa partecipazione necessariamente determini un miglior andamento rispetto a quello che si avrebbe in sua assenza. Come si cercherà di dimostrare l'esigenza della partecipazione ha tut-

del secondo principio enunciato nell'art. 97, relativo all'imparzialità. Essa non trova, infatti, nella Costituzione una specificazione tale, che valga ad erigerla a « principio disciplinatore dell'attività amministrativa ».

Brevissime considerazioni sono sufficienti. Intuitivamente, imparzialità di un soggetto significa suo uguale atteggiamento nei confronti di tutti. Ora per la pubblica amministrazione questo può avere due significati. Da un lato, può stare ad indicare che essa deve rivolgere la stessa attenzione a tutti coloro con cui viene in contatto nell'ambito della sua funzione di cura di interessi pubblici. L'istanza di un grosso complesso industriale, addirittura di una impresa di stato, deve godere dello stesso trattamento dell'istanza di un *quisque de populo*, senza caratterizzazione alcuna. Il potere deve essere, come anche si dice, obiettivo; deve conoscere funzioni ed interessi pubblici da curare e non uomini; deve essere « governo di leggi e non di uomini ». Chiaramente il fatto stesso che un interesse sia ad esso affidato rende questo pubblicamente rilevante, e quindi parimenti rilevanti gli interessi del complesso industriale, del potente insomma e del *quisque de populo*. In questo senso quindi imparzialità ed eguaglianza coincidono e si può dire che l'imparzialità altro non è che l'uguaglianza vista dalla parte del potere anziché dalla parte del cittadino.

Sennonché questo, quanto è attraente e suggestivo in astratto, altrettanto è povero di significato nella realtà. In essa ricco e povero, o per meglio dire soggetto qualificato e non qualificato si differenziano, se non altro perché sono portatori di interessi — pubblicamente rilevanti — di rango e consistenza diversissimi. Al limite, si può dire che la differenza tra chi vuole realizzare un tronco autostradale e chi chiede il riconoscimento della pensione di guerra o di un certo grado di invalidità è che il primo è portatore di un certo interesse pubblico nella sua totalità ed il secondo *pro quota* soltanto, e cioè per un milionesimo. Questa diversa consistenza dell'interesse pubblico di cui cia-

t'altro fondamento, sostanziale, morale, si vorrebbe dire, chiaramente del tutto diverso da quello di buon andamento (tecnico).

Sul tema v. anche NIGRO, *La funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, 1966 e anche BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1966, p. 95 segg. A Nigro si deve il riferimento dell'imparzialità all'organizzazione.

scuno è portatore non può non riflettersi sul trattamento accordato, che è certamente « privilegiato » per il portatore dell'interesse più consistente. Questo discorso potrebbe essere approfondito, al fine di caratterizzare le funzioni statali proprio in base alla diversa estensione che hanno gli interessi presi in considerazione nell'azione statale: nel senso che dalla diversa estensione deve trarsi una competenza legislativa o amministrativa dello Stato per la loro cura. Tutto ciò sarebbe qui palesamente fuor di luogo. Basti dire ora che la disparità di trattamento, la parzialità, la disuguaglianza sono istituzionali nell'agire amministrativo, nel senso che non è possibile che ogni soggetto, interessato all'azione dello Stato, riceva dallo Stato stesso (dall'esecutivo) identico trattamento.

Si affaccia così il secondo significato in cui l'imparzialità può essere intesa: cioè come pari considerazione e quindi come equiordinazione di interessi qualitativamente omogenei. Essa non pretende cioè trattamento uguale di ogni possibile tipo di interesse; ma richiede che se più interessi per così dire dello stesso rango sono proposti all'azione amministrativa ciascuno di essi riceva pari considerazione. L'imparzialità si articola così in una serie pressoché infinita di gradazioni, ognuna corrispondente ad un gruppo o ad una categoria di interessi. Questo è stato detto molto bene in uno studio di A. Cerri nel quale si è sostenuto che l'imparzialità consisterebbe nell'obbligo di ponderare tutti e soli gli interessi previsti dalla legge (e di agire poi secondo parametri generali) ([8]). Anche questo però, giusto in astratto, in realtà non coglie il punto centrale del problema e quindi non pone il principio del quale si parla. Nella realtà infatti deve sempre riconoscersi la prevalenza di un interesse su un altro. La ponderazione di tutti e soli gli interessi previsti dalla legge e quindi resi pubblici non è sufficiente a garantire (e addirittura a costituire)

([8]) In questo senso, è in sostanza lo studio di CASSESE, con la sua ampia analisi della giurisprudenza del Consiglio di Stato; per questa via indubbiamente al principio di imparzialità (per meglio dire: al principio, cui Cassese dà il nome di principio di imparzialità) è conferito un contenuto concreto; sennonché questa concretezza deriva *aliunde*, non già dal testo stesso della Costituzione. Si può osservare che i giuristi sentono meno il buon andamento solo perché non conoscono la scienza dell'amministrazione, che dà le stesse precise indicazioni per ricostruire una serie di elementi costitutivi dell'efficienza.

questa imparzialità dell'azione, perché nulla è detto del modo in cui gli interessi verranno ponderati. La pari considerazione sembra dunque essere solo una formula verbale, esattamente come formula verbale è l'imparzialità. Per acquistare significato e per divenire operante deve trasformarsi in qualche cosa di diverso: esattamente, deve trasformarsi nel meccanismo imperativamente imposto all'azione amministrativa perché la pari considerazione, la ponderazione di tutti e soli gli interessi previsti dalla legge si realizzi. Deve diventare cioè, come lo sviluppo dell'indagine più limpidamente rivelerà, una regola di procedura.

Incidentalmente si può osservare anche qui quel che si rilevava più sopra, e cioè che la stessa legge gradua variamente gli interessi che, pur astrattamente rilevanti, possono trovare soddisfazione a condizione che non ve ne siano altri, « più rilevanti », « più pubblici ». Evidentemente obbligo di ponderare, valutare, considerare, non significa nulla di preciso, finché non si possa dire che il suo contenuto sta in un certo procedimento, istruttorio e decisorio, dal quale derivi necessariamente una pari ponderazione, valutazione, considerazione degli interessi in gioco. Di questo procedimento la Costituzione certo non parla.

È dunque univoca la conclusione che si deve trarre da questo esame delle norme della Costituzione. Né in quelle sulla imposizione tributaria, né in quelle sull'organizzazione amministrativa essa ha dettato princìpi che disciplinano nel suo profondo svolgersi l'azione del potere esecutivo.

L'amministrazione non può, infatti, gravare i cittadini di imposte secondo le proprie esigenze di mezzi finanziari, ma può (e deve) farlo solo se ed in quanto tali esigenze siano state tradotte in norme di legge. Dal pari, essa non può disporre liberamente di sé, organizzandosi secondo l'autonoma valutazione delle proprie esigenze, ma deve agire nell'ambito di una organizzazione fissata con legge, onde garantire all'azione, che nascerà dall'amministrazione, i caratteri dell'imparzialità e dell'efficienza. Nel complesso è dunque posta una norma avente questo contenuto: che i momenti fondamentali e pregiudiziali dell'azione amministrativa, relativi alla provvista di mezzi e di personale ed alla propria organizzazione, non sono lasciati alle cure dell'amministrazione stessa, ma devono svolgersi secondo dispo-

sizioni di legge (o secondo una procedura concorsuale prestabilita per l'assunzione di personale).

Certamente così gli artt. 23, 53, 97 Cost. acquistano un senso che altrimenti non avrebbero (all'infuori di quello storico della riserva dell'art. 23). È chiara però anche la conseguenza che se ne deve trarre e che in effetti, per l'art. 97, è stata tratta: cioè che la Costituzione ha mirato a *disciplinare l'organizzazione amministrativa* e quindi si rivolge solo mediatamente all'attività, che l'organizzazione deve porre in essere. In altre parole, la Costituzione ha voluto evitare che l'esecutivo potesse autoorganizzarsi, determinando le proprie strutture operative secondo le esigenze e le volontà di potere dominanti in esso; ha così prescritto che la legge disciplinasse le linee di questa organizzazione, al fine politico-giuridico di costringerla ad una azione efficiente ed imparziale. Ma questo fine, pur essendo il solo che interessi il cittadino nel suo rapporto con il potere, è perseguito in via del tutto mediata, come si diceva. Nulla di specifico è prescritto all'amministrazione relativamente al modo in cui deve esercitare il suo potere nei confronti del cittadino, cioè al modo in cui deve agire. Si dice solo che deve essere organizzata in modo che siano assicurati la sua imparzialità ed il buon andamento (9).

(9) Sull'imparzialità v. NIGRO, *La funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., la cui tesi è stata criticata da chi scrive in *Principio di legalità*, al quale sia consentito rinviare. Per altro ad essa sembra ora necessario aderire – come è chiaro dal testo –, benché tale adesione implichi il riconoscimento di una scarsa significatività dell'imparzialità nell'ordinamento costituzionale dell'amministrazione, appunto perché essa è riferita anziché all'attività all'organizzazione (come appunto sostiene Nigro nello studio citato). Importante è il libro di CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1970, sopra cit. Di esso si è riferita la tesi centrale, ma è tutto da considerare attentamente, anche per la ricchezza di riferimenti bibliografici. Debbono vedersi anche BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit.; ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, con accuratissime analisi; nonché CASSESE, *Imparzialità amministrativa*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 1968, p. 126 segg. Insuperata sembra però la tesi di ESPOSITO, in *La Costituzione italiana*, che riconduce l'imparzialità alla pubblicità, cioè, in termini attuali, alla « trasparenza » dell'amministrazione. Su di essa sia di nuovo consentito rinviare a *Principio di legalità* di chi scrive.

Si deve osservare che da diversi anni nella legislazione è possibile trovare una soluzione al problema della considerazione degli interessi mediante l'inserzione dei loro rappresentanti negli organi amministrativi che li curano. Il feno-

Ma questo palesemente equivale a dire nulla o quasi nulla, perché l'unitario potere statale — la cui presenza nell'ordinamento repubblicano è svelata, tra l'altro, da questa equivoca formula della Costituzione — con ogni forza tende a conservarsi e a perpetuarsi e quindi ad imprimere all'esecutivo la struttura più idonea a questo scopo.

9. - *La legislazione ordinaria.*

A queste negative conclusioni si potrebbe contrapporre che se la Costituzione non ha dettato una esplicita e penetrante disciplina dell'esecutivo, lo stesso risultato è stato raggiunto dalla legislazione

meno è limitato, in quanto si riferisce solo alla composizione degli organi collegiali di enti pubblici (previdenziali soprattutto) e dei ministeri, in cui siedono ad es. rappresentanti del personale designati dalle associazioni sindacali più rappresentative. Bisogna per altro dire che questo non risolve affatto il problema, almeno nel senso in cui, a quel che sembra, il problema stesso si pone e va risolto. Infatti l'inserimento di un rappresentante di interessi nella struttura di potere di un ente lo rende parte dell'ente, eliminando quindi il vantaggio della presenza dell'« estraneo » nell'organo; e poi, soprattutto, forse, questo non incide in alcun modo nelle procedure di azione dell'oragno, il quale continua nelle sue forme tradizionali, riservate, in cui l'imparzialità è affidata ad esso e ad esso soltanto.

Per una importante ed illuminante chiarificazione di quel che è imparzialità di un ordinamento che, pur senza aperture a terzi, pure sull'imparzialità si fonda, si veda ROBSON, *Justice and administrative law*. La conseguenza che inevitabilmente si trae da questo libro è che non deve esistere differenza alcuna tra « amministrazione » e « giurisdizione », entrambe dovendo operare con gli stessi criteri. L'apertura a terzi è più che mai presente.

Infine, per la comprensione della struttura data alla nostra amministrazione, si deve sempre tenere presente MAX WEBER, *Economia e società*, il quale ha interpretato con straordinaria chiarezza il mito dell'amministrazione imparziale ed efficiente, dell'amministrazione « galantuomo » di Spaventa. Ma l'impossibilità di riscontro di questa concezione dell'amministrazione nella realtà è stata ormai e definitivamente chiarita da più recenti indagini sulla sociologia dall'amministrazione. Di essi si dirà in seguito, nel testo. Per tutti, basti richiamare qui la acutissima e penetrante indagine di CROZIER, *Le phenomene bureaucratique*, Paris, 1961, ora tradotto anche in lingua italiana (*Il fenomeno burocratico*, Etat-Compass, Milano, 1970). Ivi richiami a R. MERTON, *Bureaucratic structure and personality*; Ph. SELZNICK, *T. V. A. and the grass roots*, che, tra tutti, sembrano, da due diversi punti di vista, aver recato i più importanti contributi alla comprensione del fenomeno amministrativo.

ordinaria: la dilatazione dello « Stato di diritto » ha infatti portato ad una così capillare presenza della legge, che, di fatto, l'amministrazione non può più agire senza il suo fondamento.

A prescindere dal fatto che questo è vero solo in parte (tutta la materia bancaria e valutaria ad es. è disciplinata solo in via amministrativa, con norme che attribuiscono all'amministrazione solo poteri), e che anche una limitata eccezione toglie validità al principio, bisogna fortemente dubitare che la legge, come tale, istituisca un rapporto di subordinazione dell'amministrazione a sé. Questo è certamente possibile in astratto: la legge può imporre all'esecutivo di operare in un certo modo. Si deve anzi dire che quando la legge fa così effettivamente lo disciplina. Di norma però la legge, frutto, come si dice, di una volontà politica, pone un certo obiettivo, la cui concreta realizzazione postula necessariamente l'esistenza e la capacità operativa dell'apparato: postula cioè un'organizzazione, la cui disciplina è dettata in altro modo, e di cui rileva solo la capacità di agire.

Detto questo però è anche detto tutto: tra legge ed amministrazione non si instaura un rapporto di supremazia-soggezione, ma di parità e di cooperazione, perché se anche la legge « vuole » qualche cosa, e prescrive all'esecutivo di realizzarla, la concreta realizzazione dipende solo ed esclusivamente dall'esecutivo. Tutto quello che la legge consente con il solo fatto della sua approvazione è un controllo formale dell'esecutivo, nel senso che questo non può adottare atti in contrasto — formale — con la legge. Quanto questo non costituisca « disciplina dell'amministrazione » è inutile dire.

Ci si deve naturalmente domandare se in realtà la dilatazione della funzione normativa non abbia condotto ad un risultato diverso, non meno importante, e cioè ad un coordinamento tra legislativo ed esecutivo, tale che da esso, in definitiva, scaturisca la disciplina di quest'ultimo. Si tratterebbe in sostanza di spostare l'attenzione dal rapporto legge-amministrazione intesa come attività amministrativa per concentrarla sul rapporto tra potere e potere, assumendo quasi come punto di avvio quella autonoma vita dell'esecutivo che aveva condotto ad escludere un rapporto di subordinazione dell'amministrazione alla legge. Possono cioè instaurarsi rapporti tali tra parlamento ed esecutivo, che da essi segua l'ordine giuridico di quest'ultimo?

La risposta è ad un tempo ardua e semplice. È ardua dal punto

di vista storico e politologico. I rapporti tra parlamento ed esecutivo si atteggiano assai diversamente se l'uno e l'altro traggono origine da ambienti sociali eterogenei ed in qualche modo in conflitto tra loro, se procedono l'uno dall'altro o se addirittura su entrambi sovrasta un'altra forza, quale può essere il partito egemone o l'organizzazione dei partiti secondo il modello italiano. In questa prospettiva, il problema del coordinamento tra legislativo ed esecutivo altro non è che il problema dell'asse lungo il quale si svolge il potere nella collettività. Di esso è certo soltanto che tende, non si sa se resistibilmente o irresistibilmente, a concentrarsi nelle mani di chi è in grado di organizzare l'oligarchia e quindi di assoggettare al proprio volere i procedimenti formali degli organi costituzionali. La difficoltà di un'indagine che miri a cogliere il « coordinamento » storico di esecutivo e parlamento in chiave di esercizio reale del potere non ha bisogno di essere sottolineata. Si può soltanto dire che essa è un po' estranea al tema che si va qui studiando.

La risposta è viceversa semplice, ove si ponga mente a che cosa è esecutivo, apparato, organizzazione per l'esercizio del potere. L'esecutivo è quello che è, tale che solo un titanico volere del parlamento può giungere a scardinarne le fondamenta e ad assoggettarlo a sé, a configurarne (e ad imporgli) una disciplina giuridica. Naturalmente nulla impedisce che questa volontà vi sia. Ci deve essere però; deve divenire realtà, se così si può dire, cioè penetrare nell'esecutivo, trasformando le basi della sua organizzazione, nel senso che queste, anziché essere orientate (come naturalmente sono) a costituire ed accrescerne il potere, devono determinarne una struttura, che consenta la superiorità del parlamento e non dell'esecutivo stesso. Come è palese, questo può essere fatto solo una volta, con una volontà *ad hoc* ([10]),

([10]) L'esperienza successiva alla prima stesura di questo scritto ha mostrato il singolare sforzo del Parlamento di affermare la propria autorità nei confronti dell'esecutivo mediante la creazione di organi interparlamentari con compiti di amministrazione attiva. È il caso della commissione di vigilanza sulla RAI, del comitato per la programmazione industriale, del comitato agricolo, della commissione di controllo sulle nomine negli enti pubblici etc. A quanto sembra, il risultato è stato negativo, nel senso che queste strutture operative, per la loro natura intrinsecamente precaria, non sono riuscite ad imporsi all'amministrazione – ovvero, vi sono riuscite in senso negativo, impedendo il regolare svolgimento dell'attività, assoggettato a più pesanti condizionamenti politici.

sorretta da una grandissima chiarezza di idee e da una ancor maggiore forza politica. Senza di ciò, il confronto tra esecutivo e parlamento non può risolversi che a favore del primo, perché il momento in cui la disciplina diviene reale, comando concreto, rimane monopolio dell'esecutivo, affidato agli oscuri processi attraverso i quali la sua volontà (non già quella della legge!) si determina in atti e comandi.

È chiara la conclusione. Se la volontà del parlamento di attuare una subordinazione dell'esecutivo a sé può attuarsi solo mediante una ristrutturazione dell'esecutivo, che ne ispiri l'organizzazione a princìpi diversi da quelli elaborati dall'esecutivo stesso per consolidare il proprio potere, è impensabile che un coordinamento tra esecutivo e legislativo possa produrre l'ordine giuridico del primo, senza l'atto di volontà che lo riorganizza. L'esecutivo condiziona sempre a sé il parlamento e la legge.

10. - *Il principio di legalità.*

La dottrina classica naturalmente rifiutava — ed anzi, più esattamente, neppure concepiva — conclusioni di questo genere. Essa parlava e tuttora parla di un principio, il quale presiederebbe a tutta l'attività amministrativa, determinandone quell'ordine giuridico che qui si va cercando. Questo principio prende il nome di *principio di legalità.*

Sennonché, determinare il contenuto concreto di questo principio è estremamente difficile. Si può addirittura dire che non se ne può neppure individuare un significato comunemente accolto. Le formule tramandateci dai classici sembra che si esauriscano in affermazioni, non si sa se ipotetiche o ottative, come se cioè si volesse un certo modo di essere della realtà: in cui appunto l'amministrazione dovrebbe agire sempre secondo la legge e secondo essa soltanto.

Nelle pagine che precedono si è cercato di chiarire come questo tipo di proposizione sia intrinsecamente inidoneo a porre gli elementi su cui possa fondarsi l'ordine dell'amministrazione, poiché la lascia arbitra di quel momento cruciale, che è l'applicazione della legge in concreto, cioè la determinazione del suo effettivo volere. È necessario ora dire che anche superando questo rilievo preliminare, e quindi accettando l'idea di poter affidare all'amministrazione il momento cruciale in cui il suo ordine si manifesta, è impossibile dire con esattezza come la legge dovrebbe disciplinarla. Appena si affronta questo tema, infatti, si deve constatare che il principio di legalità, il principio della soggezione dell'amministrazione alla legge, viene concepito in due modi pressoché antitetici: nel senso cioè che mentre taluno limita la necessità di esplicita previsione normativa solo per determinati provvedimenti dell'amministrazione, altri la afferma invece, incondizionatamente, per tutti i suoi atti.

Naturalmente, si potrebbe imputare questo contrasto a mere diversità di opinioni, ciò che è proprio della riflessione della dottrina. Quando però ci si avvicini alle singole posizioni assunte sul tema, appare subito che il contrasto ha ben altre radici che non una semplice differenza di opinioni. Dietro l'interpretazione più o meno estensiva del principio di legalità, infatti, si nasconde una grave incertezza sulla funzione odierna dell'amministrazione e sul suo modo di adempiere ai compiti che le sono affidati. Non il principio di legalità, cioè, come creazione dottrinale, ma la legge, l'amministrazione — cioè i termini del rapporto — sono in crisi, e da questa crisi discende quella del principio di legalità. Esso sembra travolto dalle cose, superato dalle realizzazioni positive e conseguentemente privato di un contenuto concreto e vitale.

Come si è accennato, autorevole dottrina nega che il principio di legalità abbia validità generale, estesa a tutta l'attività amministrativa; ne limita in conseguenza la portata ai soli atti che incidono in diritti privati, puntualizzando — si dice — una dialettica tra autorità e libertà; afferma così che tutta l'attività amministrativa, che non esprime tale dialettica, resta all'infuori di esso: addirittura sostiene che a questa attività non ha ragione di venir applicato. Resterebbero così fuori del principio di legalità funzioni fondamentali dell'amministrazione e meglio direbbesi dello Stato odierno, quali la programmazione (finché non si esprima in provvedimenti ablatori o autorizzatori), l'attività di diritto privato e quella in cui l'assenso della controparte è idoneo a superare l'efficacia del principio ([11]). In termini

([11]) Questa è la tesi di GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1965, p. 94 seg., ove leggesi anche l'ultima osservazione, sulla idoneità del consenso a superare l'efficacia del principio di legalità. Quest'ultima è però

generali si afferma insomma che non è vero, perché non è reale, che la amministrazione possa agire solo in quanto la legge preveda puntualmente la sua azione. Storicamente si constata che alla regola della « previa norma » sono sottoposti solo certi tipi di attività, quelle appunto che si qualificano per il fatto di incidere in diritti di terzi, esprimendo nei confronti dei loro titolari l'esercizio dell'autorità: non la « funzione » dunque, ma solo il « provvedimento » sta in un rapporto di puntuale e rigorosa dipendenza rispetto alla legge.

In effetti dell'esattezza di questa constatazione non si può dubitare. Nella concezione più rigorosa che se ne è avuta, come generale soggezione dell'amministrazione alla legge, in ogni suo atto e momento, il principio di legalità è praticamente irrealizzabile, e probabilmente mai è stato realizzato: non solo, infatti, vi sono atti che si sottraggono ad esso, risultando essi dal concorso di attività di privati e della pubblica amministrazione, onde è impensabile una loro previsione tipica ed astratta; ma esso è irrealizzabile ed irrealizzato anche perché, pur nell'ambito degli atti, definiti come ablatori, la mutevole realtà impedisce al legislatore di formulare ipotesi generali precise, che l'amministrazione debba soltanto « riempire », interpretare, ponendosi rispetto ad esse come organo esecutivo ([12]): al contrario, il legislatore è costretto a riconoscere libertà di azione all'amministrazione, e quindi a ridurre talvolta la propria funzione a mere attribuzioni di competenza o a disciplinare l'intervento del potere pubblico, genericamente inteso, solo in termini di larga massima. Basti pensare, da un lato, alle ordinanze di necessità ed urgenza, che se anche si possono astrattamente ricondurre nell'ambito del principio di legalità (in quanto in esse l'amministrazione godrebbe soltanto di

già in O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1918, pp. 98, 108 e in JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 1948, p. 514.

([12]) Cfr., nel senso che l'amministrazione non si limiti a eseguire « la legge », BACHOF, *Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen Deutschen Verwaltungsrecht*, in *Staatsbürger und Staatsgewalt*, II, Karlsruhe, 1963, pp. 3 seg., 17. Ma è affermazione ricorrente. Basti pensare alla concezione della pubblica amministrazione di CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1920, I, ad es. p. 363 segg., da un lato, e di MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien und Berlin, 1927, spec. p. 99 segg., a proposito delle *Ermächtigungsnormen*.

una vastissima discrezionalità) certamente costituiscono, in concreto, esercizio di un potere riconducibile alla legge solo nel senso che in essa vi è l'attribuzione di competenza, non certo che essa o i suoi precetti vengano in qualche modo « eseguiti »; dall'altro, ad es. ai piani regolatori, in cui tutto è tipico, tutto è previsto, salvo che nel punto cruciale delle localizzazioni territoriali delle varie zone: questo solo basta a renderli in pratica quasi atti « liberi ».

Questi esempi, quasi banali, dimostrano come il principio di legalità non possa venir concepito in senso rigoroso. Comunque si esamini la realtà, non si sfugge all'alternativa o che la legge stessa ammette una deroga al principio, autorizzando l'amministrazione a determinare il contenuto dei suoi atti, o che ci sono numerosi casi in cui esso si riduce a mero principio di competenza, nel senso che solo un dato organo può adottare un dato tipo di atto.

La conclusione che da ciò si deve trarre è duplice. È ormai palese che il principio di legalità, vuoi nella concezione ampia che se ne è proposta, vuoi in quella ristretta, non è in grado di descrivere il complesso rapporto che corre tra amministrazione e legge. Come si è detto, né la legge può porsi nei confronti dell'amministrazione come l'atto che questa debba eseguire, né, viceversa, all'amministrazione può essere tolto un margine più o meno vasto di attività autonoma, che determina il contenuto concreto del provvedimento. Su quest'ultimo profilo ci si è già soffermati più sopra.

Ciò non toglie però — e questo è il secondo profilo — che il principio di legalità, se pur non riesce a descrivere in termini organici un rapporto di soggezione dell'amministrazione alla legge, ben valga a mettere in luce l'esigenza che i suoi atti siano « legittimi » ([13]). Esso si risolve cioè nel principio, oggi sancito dall'art. 113 Cost.,

([13]) È difficile dire esattamente che cosa significhi questa esigenza. Cfr. RESTA, *La "legittimità" degli atti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, pp. 28 seg., 37 seg., che critica la interpretazione della nozione, come assenza di incompetenza, violazioni di legge, eccesso di potere, riducendola al significato di perfezione dell'atto giuridico (pp. 38 e 46). Cfr. anche la critica di CANNADA-BARTOLI, *Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1955, IV, 201 a Resta; ma su tutto il tema del passaggio dall'idea di conformità alla legge a quella di non-difformità v. EISEMANN, in *Etudes et docum. du Conseil d'Etat*, 1957, II, p. 27 seg., che dà alla questione un'altra luce, in relazione al problema qui discusso.

che contro ogni atto amministrativo è data agli interessati tutela giurisdizionale.

Il rispetto della legge, infatti, non può avere alcun altro significato, se non quello di garantire il cittadino da indebite aggressioni nella sua sfera giuridica; questa garanzia si attua, dando a chi sia leso da atti dell'autorità, la possibilità di impugnarli e di impugnarli a causa di una violazione di legge. Il principio di legalità dunque finisce con l'esprimere *ex parte administrationis* — cioè come regola del suo agire — quel che il principio di azionabilità esprime *ex parte civis* — cioè come canone della sua reazione: come quest'ultimo principio, cioè, dice che ogni atto lesivo è impugnabile per violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere, così il primo afferma che l'amministrazione, quando deve incidere nella situazione giuridica del cittadino, deve agire senza incorrere né in violazione di legge, né in eccesso di potere, né in incompetenza ([14]).

Sorgono così però anche dubbi sulla permanenza di un valore del principio di legalità autonomo rispetto a quello ideale che gli era stato originariamente riconosciuto. Si era voluto esprimere con esso l'esigenza di una certa tutela del cittadino contro la pubblica amministrazione; raggiunta questa nel diritto positivo e garantita anche nella Costituzione (art. 113), il principio di legalità nella sua concezione classica è divenuto, se così si può dire, pleonastico, nel senso che la conseguenza concreta cui portava — la tutela del cittadino contro la pubblica amministrazione — non si fonda più su di esso, ma è legge costituzionale: non perché vige il principio di legalità, insomma, c'è tutela, ma questa è data, perché c'è la Costituzione. Realizzato nelle leggi e nella Costituzione (e come in Italia in tutti i paesi civili) il principio di legalità ha perso il significato ideale che aveva nelle trattazioni degli scrittori classici ([15]); esso si limita a descrivere,

([14]) È la nota concezione, assai ampia, che ha Giannini nei confronti degli atti autoritari: sono tali non solo le espropriazioni (atti cioè c. d. ablatori), ma anche le autorizzazioni e le concessioni, in quanto violerebbero il principio di uguaglianza in favore di uno anziché di altro soggetto: cfr. *Atto amministrativo*, voce dell'*Enc. del dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 157 seg., 164.

([15]) Si vedano ad es. le appassionate pagine di DUGUIT, *Droit constitutionnel*, III, Paris, 1930, p. 732 segg. Anche in riferimento alla nota precedente, si leggano le pagine di MORTARA, *Commentario delle leggi e del codice di procedura civile*, I, Milano, 1923, n. 19 seg. (p. 24 seg.): lo Stato deve sempre agire secondo diritto ed in questo agire può esercitare la forza senza autorizzazione della funzione giurisdizionale: ma a condizione che egli non urti contro diritti del singolo. È chiaro comunque che l'espressione « diritti » ha un significato diverso rispetto a quello che ad essa si dà oggi.

ed anche in maniera approssimativa, come si è accennato, una situazione di fatto esistente: come entità distinta da questa situazione, diversa dalle norme costituzionali in cui si incarna, esso è divenuto, si può dire, inutile ([16]).

Del resto, in linea di fatto, la tutela giudiziaria offerta dal Consiglio di Stato e dal giudice ordinario sta raggiungendo ormai il punto di saturazione, al di là del quale estenderla ulteriormente non significa nulla, o se mai, fa pagare carissimo prezzo per un piccolo vantaggio con danni enormi, essenzialmente con il rallentamento ulteriore della procedura. Nessuno può negare che il sindacato di eccesso di potere (che, in quanto mira ad estendere il sindacato di legittimità sull'esercizio di potere discrezionale, palesemente è quello che qui viene in gioco) sia già assai penetrante nella applicazione che ne ha fatto la giurisprudenza, e che in esso il giudice della legittimità abbia un eccellente strumento per penetrare proprio nell'esercizio della funzione, come si dice, oltre i limiti costituiti dall'atto singolo. Se si volesse andare innanzi, e quindi estendere il sindacato giudiziario sull'amministrazione, accadrebbe questo: che il Consiglio di Stato verrebbe a giudicare nel merito, cioè in ordine a valutazioni discrezionali di opportunità: per far questo però, chiara sarebbe l'insufficienza delle sue strutture — né veramente si saprebbe come integrarle in maniera soddisfacente — in quanto occorrerebbe dargli modo di conoscere tutti i motivi, di tutti i generi, che l'amministrazione ha dovuto considerare. Lo si sostituirebbe insomma alla amministrazione ed alle parti nell'esercizio della discrezionalità e nella individuazione del fatto, con la conseguenza che si sommerebbero in lui le due funzioni di giudice ed amministratore: cosa, come è sempre stato sostenuto, pericolosissima.

A questa conclusione non ci si può sottrarre asserendo che, data l'esistenza dell'art. 113 Cost., il nuovo valore del principio di lega-

([16]) Cfr. DICKINSON, *Administrative justice and the supremacy of law*, 1927, p. 37.

lità starebbe nel vincolo del legislatore ad emanare leggi, che permettano la effettiva realizzazione della tutela del cittadino nei confronti della p. a. e quindi pongano i criteri positivi, in base ai quali il giudice possa, poi, svolgere il giudizio sull'atto amministrativo ([17]).

Si deve certamente dare atto che questa impostazione del problema trae origine dall'aspirazione a rendere operante la tutela dell'art. 113 Cost., imponendo il rispetto di questa norma anche al legislatore, visto che l'amministrazione già necessariamente cade nell'ambito dell'art. 113 (oggetto di tutela sono i suoi atti): affermare quindi, come si fa, un significato dell'art. 113 anche per il parlamento, costituisce certo assai importante precisazione.

Sennonché anche con questa diversa impostazione la profonda crisi del principio di legalità non si risolve. Si resta sempre nell'ambito della concezione di esso come strumento di garanzia del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione; si dà a questo principio — cioè a questa garanzia — un più preciso volto, chiarendosene i termini, e, in un certo senso, sottraendone l'estensione alla discrezionalità del legislatore. Ma in fin dei conti, ben poco, se non nulla, si aggiunge a quanto già si poteva e doveva evincere dall'art. 113 — come la Corte costituzionale ha in realtà fatto, allorché ha dichiarato la illegittimità di leggi per l'eccessivo ambito della discrezionalità lasciata all'amministrazione, che impediva un efficace controllo ([18]). Ci si limita infatti, in sostanza, a dire che attribuzioni

([17]) CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966. Ma questa esigenza è già in THOMA, *Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft*, in *Jahrbuch für öffentliches Recht der Gegenwart*, 1910, pp. 204-205, 212 seg. Ma v. anche CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 130 seg.

([18]) CARLASSARE, *op. cit.*; CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, cit., in nota a Corte cost., 2 marzo 1962, n. 13. La Corte ha detto che la regione non poteva imporre un vincolo di bellezza naturale su tutto il proprio territorio senza procedimento amministrativo, in quanto ciò violava il principio generale dell'ordinamento che ne pone la necessità. La Corte ha osservato che la possibilità di derogare a questo principio spetta solo ad un legislatore nazionale. La Corte ha anche dichiarato l'illeceità dell'art. 2 del t. u. delle leggi di pubbl. sic. (sent. n. 26 del 1961). Cfr. anche CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale* (art. 24 Cost. e *due process of law*), in *Giur. cost.*, 1961, p. 1284. Si vedrà più avanti quale portata abbia questo problema nei paesi in cui il procedimento amministrativo è veramente sentito come esigenza di una buona funzione amministrativa. Cfr. comunque fin d'ora DAVIS (K. C.), *The requirement of opportunity to be heard in the administrative process*, in *51 Yale Law Journal* (1942), p. 1093 segg.

globali di potere (le c. d. *Globalermächtigungen* della dottrina tedesca) non sono più ammissibili, perché non permettono una soddisfacente tutela; ma a questo si deve di nuovo opporre che vi sono situazioni, in cui una previsione specifica di fattispecie condizionanti l'esercizio di poteri è semplicemente impossibile, data la natura stessa delle cose; e che di fronte al chiaro dettato dell'art. 113 Cost. la tutela deve essere realizzata in ogni occasione in forza della norma positiva: così che anche il riferimento del principio di legalità alla legge, più che alla amministrazione, finisce con l'avere valore eminentemente descrittivo, di ciò che è già, bene o male, diritto positivo. Tutto questo naturalmente può essere migliorato e reso più efficiente, ed in questo senso l'istanza, l'esigenza della legalità del legislatore ha pieno valore.

Ci sono però tre osservazioni decisive. Anzitutto questo « miglioramento » delle leggi non potrebbe risolversi altro che in una loro formulazione più analitica, per limitare così la possibilità di valutazioni discrezionali: rimedio peggiore del male, come è ben noto, perché conduce ad una amministrativizzazione della legge, cioè ad una perdita di quei suoi essenziali caratteri che sono la generalità e l'astrattezza. Si può poi legittimamente dubitare che a ciò possa conseguire un miglioramento della giustizia resa dal giudice amministrativo, dato che esso già si vale dell'eccesso di potere come strumento di sindacato sulla legittimità-opportunità. Vi sarebbe un miglioramento solo per i giudizi di fronte al giudice ordinario: ma di fronte ad esso sono rari i casi in cui veramente si fa questione di vizi di eccesso di potere, sui quali ritiene di non poter pronunciare. Il vantaggio concreto che si potrebbe dedurre dalla interpretazione del principio di legalità di cui si parla, sembra insomma modesto. La terza osservazione è che, ragionevole fin che si vuole, questa interpretazione del principio di legalità trova i suoi limiti nella prospettiva in cui si colloca, di una estensione della funzione *repressiva* di attività amministrative *contra ius*. A prescindere così dal rilievo generale che

tra repressione e prevenzione è preferibile la prevenzione (questo si risolve nel problema di far sì che gli atti amministrativi siano impugnati il meno possibile), con questa impostazione si tiene sì conto di una rilevantissima esigenza del cittadino, la sua tutela, ma si trascura del tutto l'ugualmente grande esigenza della amministrazione di provvedere secondo le necessità concrete che si presentano, cioè di non essere schiacciata da leggi troppo analitiche.

In conclusione, dunque, anche l'interpretazione del principio di legalità nel senso che esso impegni ugualmente l'amministrazione ed il legislatore, imponendo a quest'ultimo di concepire e formulare le leggi in modo da consentire la massima tutela giurisdizionale del cittadino, non è soddisfacente: non vale cioè a cogliere un significato del principio di legalità più preciso di quello che si proponeva con riferimento ai soli atti dell'amministrazione. Ma soprattutto non riesce a proporre un significato del principio adeguato alla società di oggi, e dotato, rispetto ad essa, della stessa forza ideale che aveva il principio di legalità nell'amministrazione all'epoca in cui si assisteva ai primi tentativi di assicurare al cittadino tutela giurisdizionale contro la pubblica autorità [19].

---

[19] È opportuno precisare fin d'ora il fine cui mirano queste considerazioni: non è sufficiente concepire il principio di legalità in funzione di una tutela repressiva, rivolta cioè al controllo successivo (e sanzionatorio) della conformità a legge degli atti amministrativi, ma al contrario occorre fare svolgere ad esso una funzione positiva, per la realizzazione « preventiva » della legalità dell'azione amministrativa. In questo senso si dice pertanto che esso non ha più la forza ideale che aveva un tempo: il fine « sociale » che l'aspirazione alla legalità deve oggi raggiungere è diverso da quello che si aveva cinquanta anni or sono, con la conseguenza che sono recessive le interpretazioni odierne della legalità a quel fine legate. Il problema è assai sentito nella dottrina anglosassone. Cfr. per tutti GELLHORN, *Federal administrative proceedings*, Baltimora, 1941, p. 43, il quale testualmente dice che « è penetrato profondamente nel pensiero giuridico contemporaneo il punto che, per quanto uno possa porre i giudizi sopra gli altri uomini, la revisione giudiziaria di cattive decisioni amministrative è un povero corrispettivo per buone decisioni amministrative in prima istanza. Il problema sta nello sviluppare metodi che garantiscano piena ed onesta considerazione per le varie questioni, così che la determinazione adottata non sia « arbitraria » ma rifletta una deliberazione saggia ed informata ». Cfr. anche LAWSON e BENTLEY, *Constitutional and administrative law*, London, 1961, pp. 79-80; Corte cost., 2 marzo 1962, n. 13, cit. (in *Giur. cost.*, 1962, p. 128).

11. - *Fondamento e limiti del principio di legalità.*

Il fatto è che il principio di legalità, in tutte le formulazioni che ne sono state proposte, costituisce sempre e soltanto sviluppo di un principio costituzionale ben preciso, che è quello della *riserva di legge* [20].

Già si è accennato a questo tema (*retro*, n. 6). Qui bisogna aggiungere soltanto che il postulato costituzionale che certi atti si possano adottare solo se una legge lo consenta — ovvero, in altri termini, solo se la materia, in cui si intende provvedere, sia stata preventivamente disciplinata con un atto del parlamento — ha un significato politico ben preciso.

---

[20] V. ad es. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, 1961, pp. 170 seg., 204 seg., il quale dice che la legalità vige anche per gli atti che conferiscono vantaggi ai cittadini, argomentando dalla funzione « distributrice » assunta dallo Stato (p. 174), correggendo la motivazione delle stesse conclusioni di IMBODEN, ad es. *Der Verwaltungsrechtliche Vertrag*, Basel 1958, p. 64 segg.; RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen 1965, p. 109 seg. pone in rilievo il valore creativo di diritti soggettivi che ha la legalità nello Stato moderno, giungendo poi alla stessa conclusione di Jesch (sull'estensione della riserva di legge agli atti che conferiscono vantaggi) con l'argomento che ci si deve adeguare al mutato valore della formula « Freiheit und Eigentum » cui originariamente era limitata la riserva per gli « Eingriffe » (pp. 113 segg., 140 seg.); GIACOMETTI, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zürich 1960, p. 302 seg. ritiene che invece ha valore il significato obiettivo della legalità; Eisenmann, che essa ha limitata vigenza (si ricordi il suo discorso tra conformità e corrispondenza tra norma ed atti amministrativi). Orbene: si riduca tutto questo al nocciolo, cioè si sfrondi di tutti gli aspetti, costituenti mera interpretazione della realtà: si ritrovano qui in pieno, variamente prospettate, le posizioni di Laband o Mayer e gli altri da un lato (Eisenmann), di Merkl, di Thoma, di Duguit dall'altro (Giacometti, Rupp, Jesch), entrambe in sostanza di ispirazione individualista, anche se la seconda ispirata ad una più completa visione dei rapporti tra amministrazione e legge (come dice PIERANDREI, *op. cit.*, p. 60). Il problema ed il punto di partenza di questi autori è cioè sempre lo stesso, di fissare un limite all'azione della pubblica amministrazione. V. però la originale impostazione di CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, cit., I, *passim*, ad es. p. 363 segg. il quale nega che vi sia una competenza propria dell'amministrazione; essa ha competenza generale, come tale subordinata sempre al Parlamento; e, nello stesso senso, di FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1928, p. 130 segg.

Posto infatti che è connaturale alla pubblica amministrazione l'essere assoggettata ad una disciplina, onde poter svolgere un'azione preordinata al raggiungimento di determinati fini, l'origine delle riserve di legge si deve cercare nel momento in cui questa disciplina ha cominciato ad assumere rilevanza nei confronti dei privati: ovvero — ciò che è lo stesso — nel momento in cui i privati hanno assunto rilevanza rispetto all'azione amministrativa, imponendole il rispetto di determinate regole. Come è a tutti noto, questo momento sta nella vittoria delle rivoluzioni liberali contro lo Stato, c. d. assoluto, che trasformarono il suddito in cittadino, in soggetto di diritto, libero, come lo Stato, di fare tutto ciò che non era proibito, cioè, ancora, libero di non essere impedito o limitato dallo Stato in queste manifestazioni della sua esistenza.

Non vi è alcun dubbio che in questa vicenda si debba ravvisare l'aspirazione, davvero meravigliosa, a far esprimere la collettività intera mediante un breve atto del Parlamento, al quale si attribuiva nientemeno che la capacità di creare diritto; ma in una prospettiva storica non ci si può nascondere che dietro il nuovo « Stato di diritto » che sorgeva da questa limitazione dell'esecutivo c'era una realtà ben diversa da quella che si voleva vedere: non un'amministrazione ed una comunità, la cui nuova coesistenza quasi nascesse dalla legge, ma una amministrazione da sempre portatrice reale del potere ed una comunità, da brevissimo tempo assurta a giuridica esistenza ([21]). L'amministrazione aveva fini suoi, come fini loro — di mera libertà ed autonomia — avevano i cittadini. Venivano a fronteggiarsi, si può dire, due libertà, la libertà tradizionale dello Stato, come autorità e la libertà dei cittadini, come autonomia. Quando queste due libertà si scontravano — ma solo allora — la legge ne disciplinava i rapporti.

Ora il tratto saliente di questa vicenda, dalla quale è nato il diritto pubblico odierno, è che il nuovo ordine nei rapporti tra Stato e cittadino non fu — e non è — caratterizzato dall'insorgere di una

([21]) De Stefano, *Il problema del potere*, Milano, 1962, afferma che mai forse lo Stato fu così assoluto come al tempo del *Rechtsstaat*. V. però anche O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., I, p. 54 seg., che fa derivare direttamente il *Rechtsstaat* dallo stato di polizia, dicendo che ne aveva ereditato un aspetto fondamentale, l'autoritarietà.

collaborazione tra loro, una volta divenuto lo Stato acefalo, si potrebbe dire: al contrario, lo Stato continuò a vedere di fronte a sé un cittadino non collaboratore, ma nemico e viceversa, al massimo, nella miglior interpretazione possibile, un « altro da sé », sovrano nel suo ambito come lo Stato. Questo è stato colto assai acutamente in un saggio di De Stefano ([22]), ove è rilevata la straordinaria trasformazione del rapporto cittadino-città, dalla Grecia antica allo Stato moderno, con il passaggio del singolo, parte della città, che raggiunge il vertice di se stesso nel godimento dello *status activae civitatis*, al singolo, avversario della città, divenuta Stato, espulso dal novero dei governanti, che raggiunge — mira a raggiungere e poi effettivamente raggiunge — il vertice di se stesso in se stesso, in una sfera cioè, la più ampia possibile, in cui lo Stato non possa entrare. Questo rapporto di autorità e libertà è divenuto ormai, ben si potrebbe dire, un luogo comune, tanto se ne parla: ma è fondamentale rendersene conto, per obiettivare la esperienza che viviamo nel nostro secolo o meglio nei nostri anni. Contro lo Stato il cittadino rivendicava, si può dire, se stesso, in una sua nuova autonomia rapitagli dall'impero romano, dal cristianesimo, dall'impero medioevale, dalle varie formazioni cittadine, regionali e nazionali, in varie forme, con vari nomi, ma con la stessa sostanza fino allora; ma la caratteristica dominante di questa riscossa fu che l'affermazione del cittadino contro lo Stato non si risolse in un tentativo di demolirlo, di eroderlo dall'interno per trasformarlo profondamente al fine di realizzare una nuova partecipazione alla *res communis omnium* e quindi anche sua; al contrario questa affermazione si attuò sì contro lo Stato, ma sostanzialmente rispettandolo, cioè mantenendone fermi la struttura e la organizzazione ([23]), e semplicemente sostituendo il generico cittadino (cioè chi

([22]) De Stefano, *Il problema del potere*, Milano, 1962. Ma v. già Capograssi, *L'autorità e la sua crisi*, Roma, 1924 (ora in *Opere*, Milano, 1959). V. anche Smend, *Staat und politik*, 1946, ora in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin, 1955, p. 370.

([23]) Cfr. tutto il quadro di B. Croce, *Storia d'Europa nel secolo XIX*, Bari, 1932, pp. 16 segg., 18-19. V. a riprova le suggestive pagine di L. Stein, *Verwaltungslehre*, I, Stuttgart, 1869, p. 295. Dice Stein, p. 295: nel governo (ma a seguito delle sue precisazioni si può ora dire l'amministrazione) « si concentra tutto quello che lo Stato vuole e può; nella vita pratica concreta, per-

riusciva a rendersene rappresentante) a chi prima deteneva il potere ([24]). È assai difficile rendersi conto delle ragioni per cui questo avvenne, se per troppo odio, per troppa tradizione di disinteresse nei confronti della *res communis*, per troppa filosofia dell'individuo o semplicemente per l'effetto abbacinante svolto dalla parola « libertà ». Certo è soltanto che nella sostanza non cambiò molto: caddero molti assolutismi, caddero alcuni reati politici, si affermarono alcune libertà, anch'esse politiche; ma il vecchio e possente Stato, forte della sua realtà contro gli idealismi liberali, in un certo senso divorò i suoi conquistatori, trasformando coloro che si erano impossessati del governo in creature sue, in detentori del potere popolari, in luogo di quelli precedenti sovrani.

Non si può qui certo approfondire questo tema. Preme solo rilevare la profonda verità delle parole dello Statuto albertino, che si proclamava concesso « per certa scienza e regia autorità »: il vecchio Stato si spogliava di un fardello che non poteva più portare ma, alleggerito, continuava a vivere e ad imperare. L'attività amministrativa — il nocciolo della vita pubblica — rimase propria della pubblica amministrazione; fu sentita, si vorrebbe dire (ma proprio questo « sentire » è storicamente significativo), come attività di un soggetto sempre estraneo alla comunità, indipendente da questa e se anche rivolto alla sua cura, certamente in perenne, potenziale conflitto con

tanto, tutti gli altri momenti appaiono subordinati a questo grandioso tutto che è lo Stato (lo aveva definito « ein mächtiges, wohlgeordnetes Ganze », *n. d. a.*), ed esattamente in misura tanto più elevata, quanto più profondamente penetra nell'essenza della vita dello Stato, quanto più esattamente valuta i rapporti concreti, più rapidamente e convenientemente li amministra e disciplina. Essa è pertanto la vera forza conduttrice nella vita dello Stato e nessuna costituzione, nessuna istituzione può toglierle questa posizione, se è spiritualmente in grado di mantenerla. Può per questo fare del bene senza fine, nel complesso e nei confronti dei singoli. Ma può fare anche molto male ... Il primo di questi mali comprende tutto ciò con cui essa toglie al popolo la sua autonomia e la sua intraprendenza, così sacrificando alla felicità ed al benessere il bene sommo, il libero sviluppo della cittadinanza dello Stato ».

([24]) Nell'introduzione del libro di H. Cross, *The people's right to know*, New York, 1954, si leggono le seguenti frasi: « Public business is the public's business. The people have the right to know. Freedom of information is their just heritage. Without that, the citizens of a democracy have but changed their kings » (p. XIII).

i suoi singoli componenti, cioè con coloro che in concreto la formano ([25]). Lo Stato, l'amministrazione, preesiste assolutamente al singolo nelle forme di vita e di organizzazione sue proprie; il popolo arriva allo Stato; ottiene il controllo delle leve del comando ([26]); ma si può veramente dire che esse non divengono mai sue a titolo originario. Gli appaiono piuttosto sempre concesse nella misura in cui riesce a prendersele, e pare che egli sia (in realtà è) pienamente contento di questo stato di cose, di questa intrinseca limitazione della sua vittoria, perché non ha alcun interesse a stravincere, ad assumersi l'immenso peso della responsabilità amministrativa del paese, che renderebbe ogni cosa pubblica e quindi pubblica, dedicata alla *res communis omnium*, in ogni singolo momento la sua vita ([27]). È molto più comodo lasciare il governo ed il potere politico-amministrativo ad altri, a chi sia disposto a divenire ed in fatto divenga altro da sé (o renda il « potere » altro da sé, ciò che forse è più vero: cioè privato quel che più profondamente è pubblico), conquistandosi quel potere mediante una « equivoca operazione da basso personale » ([28]). Questo terzo, questa associazione di terzi — Stato e suoi amministratori — agisce per suo conto. Il cittadino preferisce tenersene al di fuori ed averne solo mediatamente il controllo.

Questo è il significato storico delle riserve di legge e, con esse, del principio di legalità: si delineano sfere intangibili; si determinano limiti alla capacità di aggressione; se ne disciplina, dall'esterno,

([25]) Anche se non se ne possono condividere le conclusioni (che risolvono il problema dei rapporti tra Stato e comunità nell'assorbimento e asservimento della seconda al primo), meritano di essere meditate le pagine di U. Spirito, *Liberalismo*, v. *Encicl. it.*, XXI, p. 36 segg., in cui è limpidamente esposta la genesi della contrapposizione di assoluto ad assoluto, di cittadino a Stato.

([26]) È veramente notevole che Laband, contrapponendo amministrazione a legislazione, finisca con il dire che la seconda è una attività dello Stato, condizionata dalla presenza di rappresentanze popolari; condizionamento che invece manca nell'ambito dell'amministrazione. Cfr. *Staatsrecht des Deutschen Reichs*, cit., II, pp. 9 segg., 173 segg. In generale v. la sua trattazione della legislazione in I, p. 298 segg.

([27]) L'idea ricorre in tutta l'opera di Capograssi, *L'autorità*, cit., e di De Stefano, *Il problema*, cit.

([28]) Capograssi, *Saggio sullo Stato*, Roma, 1918, ora in *Opere*, cit., I, p. 134.

l'esercizio; non si entra nel cuore dello Stato, per gestirlo direttamente e mutarne il modo di essere e lo stesso ruolo. Basti dire che di « compiti dello Stato » si continuò a parlare, come se nulla fosse successo; laddove in una concezione liberale e democratica il problema non ha senso, perché la comunità fa per i suoi membri tutto ciò che appare storicamente utile ed opportuno, in quanto lo fa *con* essi e *per* essi, non già contro di essi. L'autorità è un compito affidato, non già un'investitura.

La mancata estensione della rivoluzione — ovvero, la sua limitazione al momento politico, e quindi del controllo indiretto — ha dato vita a tutti i problemi che hanno tormentato la scienza del diritto pubblico nell'ultimo secolo. Solo sul presupposto della reciproca estraneità di cittadino e Stato e del loro latente conflitto è possibile comprendere come sia sorto il problema giuridico delle libertà, che è il riconoscimento e la riduzione in formule giuridiche dell'impotenza dei cittadini di fronte allo Stato: incapaci di renderlo proprio, si limitano ad opporgli loro diritti individuali (che prima liberamente calpestava), chiedendogli una sua corrispondente « limitazione »: non sanno insomma — o non vogliono — divenire essi stessi « lo Stato ». Di fronte allo Stato si afferma l'individuo, non la comunità, e quindi all'individuo naturalmente limitato si riduce la vittoria. Nasce da questo presupposto — e solo in base a questo presupposto si spiega — il problema dei rapporti tra autorità e libertà, risolto con l'atto di fede nel « giudice »: quindi sempre come problema del caso singolo, affidato ad un organo che neppur lontanamente aveva il prestigio — e quindi il valore sociale pur nelle decisioni singole — del giudice inglese, cui ci si ispirava ([29]). Da qui ancora è nato il problema

([29]) È da dire che taluno fu conscio di questo stato di cose: GNEIST, *Der Rechtsstaat* (tra. it. a cura di I. ARTOM, *Lo Stato secondo il diritto*, nella Biblioteca di Scienze politiche, diretta da Brunialti), VII, Torino, 1891, pp. 1109, 1302 segg., osserva che in uno Stato « nel quale tutte le funzioni superiori vengono esercitate per mezzo di impiegati, il corpo degli impiegati non può essere che il padrone od il servo della società. Se, con l'abolizione dell'assolutismo, cessa la tirannide degli impiegati, essi diventano i servitori dei partiti politici che sorgono dal seno della società e si alternano al governo ». Cfr. anche il discorso di Gneist riportato nelle relazioni stenografiche del XII Juristentag, Berlino, 1874, vol. II, p. 221 segg. La soluzione che Gneist propone è quella degli uffici onorari inquadrati in un *self-government* di tipo inglese, nel quale il funzionario onorario svolga esercizio autonomo di funzioni governative (p. 1306). Intorno a Gneist però il silenzio fu totale ed è davvero incredibile, con il senno di poi, che a nessuno sia venuto in mente di rovesciare la situazione ed anziché limitare lo Stato con leggi, con tribunali, con organi politici ed amministrativi di controllo, di far assumere al popolo stesso le redini di questo apparato. Si può dire che nessuno sentiva questo, come in fondo poco lo si sente oggi, ad ogni livello. Al livello pratico, si crede sempre che l'amministrazione sia qualche cosa che appartiene ad altri (l'esperienza di autoamministrazione dei comuni italiani insegna) ed è spesso poco sentita come poco pulita. Al livello dottrinale recentissimi autori – Rupp ed Jesch – continuano ad insistere sui *Grundrechte*, sui diritti fondamentali, garanzia del cittadino contro lo Stato, cioè contro il nemico. La naturale, istituzionale libertà dell'amministrazione, sentita ed affermata da Laband, con poderosa intuizione, non è stata toccata da tutti i meccanismi di giustizia amministrativa che si sono elaborati; e lo Stato era e resta estraneo al cittadino, che ha bisogno di protezione: questa gli è data (ci si illude sia data) dalla legge e dalla riserva di legge. Si sarà trattato di andare un po' più avanti o più indietro su questa strada (e quindi ad es. di rendere agibili anche le pretese del cittadino ad un *facere* della amministrazione, come voleva DUGUIT, *op. cit.*, II, p. 738 seg.); ma la realtà era ed è sempre la stessa, del cittadino che scindeva e scinde le sue posizioni da quelle dello Stato.

È assai utile a questo proposito leggere DICEY, *The law of the constitution* sull'origine dei diritti fondamentali in Inghilterra (ad es. nell'ediz. a cura di E. C. S. WADE, London, 1939, rist. 1956, p. 195 segg.). Queste norme che in altri paesi « naturalmente fanno parte di un codice costituzionale, non sono (in Inghilterra) la fonte, ma la conseguenza dei diritti singoli, come definiti e garantiti dalle Corti », così che « the constitution is the result of the ordinary law of the land ».

della legge, che doveva concorrere a regolare questo conflitto, ma di cui Laband già diceva che lascia l'amministrazione sostanzialmente libera ([30]). Di qui infine sono nati i problemi — dottrinali, ma di grandissimo rilievo storico, per il solo fatto che si siano posti — dell'atto amministrativo e della discrezionalità amministrativa, come problemi dell'agire dell'amministrazione, da ridursi negli schemi e nell'idea di

([30]) *Staatsrecht*, cit., II, p. 179. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, 1924, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, cerca di superare questo affermando un'efficacia costitutiva della legge rispetto all'amministrazione. Ma in realtà il superamento non avviene, perché il discorso ha carattere nominalistico: questa altro non è che una concezione rigorosissima del principio di legalità, in cui il legame dell'amministrazione alla legge estranea è spinto fino ai limiti estremi. Ma se la legge non vi fosse, l'amministrazione esisterebbe comunque, e potrebbe assolvere alle proprie funzioni in modi del tutto arbitrari.

autorità, e della conciliazione di due confliggenti realtà, della legge e del principio democratico con l'immanente autorità della organizzazione amministrativa. Ma di qui soprattutto è nato il principio di legalità come affermazione di un'esigenza di controllo e di disciplina ad opera della volontà comune — la legge — sulla pubblica amministrazione.

12. - *Conclusione.*

La conclusione che si deve trarre dalle considerazioni che precedono è che, dunque, un sistema giuridico di disciplina dell'amministrazione non è stato trovato e non esiste nel nostro ordinamento: ed è bene ripetere che non esiste relativamente a quel punto essenziale del rapporto tra amministrazione e cittadini, che è la determinazione del concreto precetto della legge, quando se ne faccia, come si dice, applicazione, o quando la si « attui ».

Questa conclusione trova due ordini di conferme.

La prima risale alla natura stessa dell'amministrazione, nei suoi termini per così dire di fatto. Essa è un immenso apparato, costituito da migliaia, forse decine di migliaia, di uffici, organi, enti, che vanno dai ministeri con la loro complessa organizzazione formalmente disciplinata, ai comuni, grandi e piccoli, alla infinita varietà di « enti pubblici ». Di fronte a questa molteplicità del reale amministrativo è impensabile che un meccanismo di coesione non esista, e che quindi non sia possibile ridurre in qualche modo « all'ordine » questo immenso complesso. Un tale meccanismo in effetti esiste, anche se oggi si cerca di negarlo e di affermare in sua vece l'esistenza di sistemi diversi di coordinamento e di direzione. Il meccanismo di cui si parla è la gerarchia; e proprio il fatto che essa disciplini uffici ed enti sotto il profilo dei loro reciproci rapporti senza curarsi dei rapporti con i cittadini, dimostra che la disciplina essenziale dell'amministrazione — del momento in cui essa esercita l'autorità — non è né cercata, né, tanto meno, attuata.

Il secondo ordine di conferme discende dal modo in cui l'azione dell'amministrazione è stata affrontata e studiata dalla dottrina. Come è noto, i temi fondamentali sono tre, del procedimento e dell'atto amministrativo, del potere discrezionale, e della giustizia amministrativa. Ebbene, il modo in cui a questi temi ci si è avvicinati dimostra chiaramente che tutto, dall'indagine scientifica all'elaborazione giurisprudenziale, è stato rivolto a far salvo un nucleo centrale, che è proprio quello in cui si determina il rapporto tra amministrazione e privati: in cui cioè, come si è detto, si esercita il potere, dando, attraverso l'atto, contenuto concreto alla norma.

Come si è detto e ripetuto, infatti, il problema centrale di un'indagine sull'azione della pubblica amministrazione non può non investire i modi in cui si forma la sua volontà. Si tratta in sostanza — è il caso di dire — di vedere come, in una società libera, la libertà partecipi all'esercizio del potere, poiché in essa sta l'essenza odierna della democrazia; bisogna vedere se essa si compie anche nell'amministrazione ([31]).

Ebbene, la dottrina italiana non ha mai affrontato questo problema. I temi fondamentali che essa ha indagato in relazione all'attività amministrativa riguardano le sue determinazioni (cioè gli atti ed i provvedimenti amministrativi) ed i modi formali in cui vengono posti in essere (cioè il procedimento), le valutazioni che con gli atti si compiono (cioè la discrezionalità) e la tutela giurisdizionale contro gli atti. Per paradossale che possa sembrare, questi temi sono stati affrontati come se si volesse evitare di cogliere il nucleo centrale della questione, di come si formi o vada formato l'atto amministrativo, e di come si realizzino in esso il giudizio di opportunità e la giustizia. Quest'unico problema è stato così scomposto nei quattro grandi temi sopra accennati, senza mai ridurli ad unità. In tal modo, la dottrina è giunta a veri e propri punti morti. Non si capisce che cosa sia la discrezionalità: si parla per essa addirittura di una sorta di libertà dell'amministrazione, variamente limitata, o ci si perde in analisi logiche del processo di formazione del giudizio discrezionale; il procedimento si evolve anarchicamente nella legislazione, nella più totale mancanza di idee del legislatore in ordine a principi generali da seguire per esso, sotto la disorganica pressione di gruppi interessati alla formazione di atti amministrativi che li riguardino; nei confronti della giustizia amministrativa serpeggia un profondo senso di insod-

([31]) Cfr. Mc Mullin Turner, *Democracy in administration*, in *17 American political Science Review*, 1923, p. 229 seg.

disfazione, e si parla di riforme che non si realizzano — o, ancor peggio, che si realizzano solo per quanto attiene al personale.

Perché questo sia accaduto non è facile dire. Indubbiamente si possono addurre ragioni di ordine metodologico, nel senso che la scienza del diritto amministrativo ha recepito la prospettiva statica del diritto privato, preferendo così studiare i problemi dell'« atto » piuttosto che quelli dell'« attività ». Ma la ragione profonda per cui il vero problema dell'amministrazione — come si forma l'atto amministrativo, come si attua la libertà in esso — non è mai stato affrontato dalla dottrina è che probabilmente essa sentiva quella libertà già pienamente tutelata dalla legge, senza vere e dirette minacce. La tutela della libertà sembrava cioè intrinseca all'ordinamento visto nel suo complesso, automaticamente derivante dal semplice fatto dell'esistenza di una legge a disciplina dell'amministrazione. Di fronte a questa certezza, a questa fede, tutti i problemi della tutela della libertà si riducevano al livello di questioni puramente pratiche, tecniche, relative al modo di reprimere gli abusi dell'amministrazione, qualora avesse superato i confini impostile: cioè a questioni di tutela giurisdizionale, appunto repressiva, del cittadino contro di essa. La libertà si realizzava da sola, si potrebbe dire; onde gli sguardi si concentrarono non sul processo della sua realizzazione e quindi sul problema di conseguirla in fatto, ma sulla legalità già realizzata — non sul formarsi dell'atto amministrativo ma sull'atto, non sull'esercizio del potere discrezionale ma sulla sua essenza, non sulla giustizia nell'amministrazione ([32]) ma sulla *giustizia* contro di essa; non sulla pro-

([32]) Dice O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., I, all'inizio del capitolo intitolato al « Rechtsschutz in Verwaltungssachen » (p. 122 segg.) che la distinzione tra tutela giuridica dei diritti soggettivi del diritto civile e del diritto amministrativo sta nel fatto che per i primi esiste uno speciale « Einschreiten der öffentlichen Gewalt », mentre per i secondi, anche se esiste un apposito apparato di tutela, è sempre presente l'ordinaria attività amministrativa, già preordinata per la loro tutela; analizza poi questa tutela interna all'amministrazione, che si realizza nel suo « ordentlicher Gang » e ravvisa i punti salienti nell'audizione degli interessati, che alcune volte è obbligatoria, ed in una buona organizzazione amministrativa; dice poi che vi è la possibilità di una « cooperazione giuridicamente significativa » del singolo ad un atto amministrativo che lo concerna: questa consiste nei ricorsi gerarchici, nel ricorso giurisdizionale e nella tutela concessa dal giudice ordinario. Impostato il problema in termini di

fonda legittimità dell'atto, ma sui suoi vizi. La formalizzazione del problema che ne seguì fece sì che ci si disinteressasse completamente del problema degli interessi sostanziali e quindi del solo vero problema, che è l'amministrare bene.

tutela interna all'amministrazione, si risolve in tutela *contro* l'amministrazione, cioè a carattere non collaborativo. Cfr. anche il celeberrimo discorso di S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, ripubblicato tra l'altro nella *Riv. dir. pubbl.*, 1939, I, p. 222, e la altrettanto conosciuta opera di RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, che in realtà tratta della tutela contro di essa.

Capitolo III

LA GERARCHIA

Sommario: 13. La gerarchia come principio ordinatore. — 14. Gerarchia e coordinamento. — 15. Effetti della gerarchia. — 16. La segretezza.

13. - *La gerarchia come principio ordinatore.*

Si tocca così, dunque, il problema centrale dell'esecutivo, che è quello della sua organizzazione.

Per orientarsi in questo difficile tema, è necessario tornare alle origini del sistema costituzionale contemporaneo, e cioè a quei due modi di essere dello Stato, espressi dalle concezioni dette della divisione dei poteri e dello Stato di diritto. Si è visto più volte nelle pagine che precedono come esse avessero ben poco in comune, almeno nelle loro formulazioni originarie. Per l'esattezza anzi si dovrebbe dire che esse si sviluppavano in direzioni tra loro opposte, quelle cioè della negazione del potere statale unitario e della sua affermazione. In linea di fatto però, assai più che in linea teorica, vi era qualche cosa che operava in entrambe e che poi consentì l'incontro e l'interpolazione tra esse, di cui si è parlato. Questo elemento comune, chiaramente espresso in entrambe anche se con significati e fini diversi, era che il reggimento dello Stato, il governo, fosse materia riservata a pochi, sottratta alla ingerenza di terzi estranei ad esso. Naturalmente per la dottrina della divisione dei poteri il senso di questo assunto era che il governo doveva appartenere alla classe cui questo settore del potere statale era attribuito (al limite ridotta ad una sola persona, il sovrano), mentre per la dottrina dello Stato di diritto significava solo che il governo dello Stato era un affare di Stato, dunque riservato a chi lo Stato impersonificava, il sovrano. Per diverse vie co-

munque si giungeva allo stesso risultato: una parte del potere statale, o un aspetto di esso se si preferisce, veniva esercitata da coloro che ne erano incaricati in base al loro titolo di legittimazione, senza che nessuno avesse titolo per interferire.

Dal punto di vista organizzativo del potere pubblico che qui ora rileva tutto ciò portava ad una conseguenza, comune ad entrambe le teorie. Poiché la funzione di governo non poteva essere esercitata direttamente e personalmente dal sovrano, era necessario che egli si valesse di un apparato il quale svolgesse le varie attività inerenti alla gestione della comunità e dello Stato; esso doveva cioè essere al servizio del sovrano, ed essere strutturato in modo da realizzare ed assicurare al massimo grado tale incondizionata disponibilità. Questo implicava una serie di conseguenze. Anzitutto l'attività che l'apparato svolgeva non poteva considerarsi sua propria, ma esclusivamente del sovrano (ed infatti per lungo tempo la si ritenne materia riservata alla competenza normativa sovrana, extragiuridica); non poteva pertanto avere competenze proprie, nel senso giuridico del termine, cioè attribuitegli in via riservata e vincolante, anche per il sovrano; infine, punto qui fondamentale, la volontà sovrana doveva poter trascorrere dal vertice alla base, senza incontrare ostacoli. Solo un modello organizzativo impostato su una continuità di rapporti di subordinazione-sopraordinazione poteva consentire (l'illusione) che il potere si riassumesse in capo al sovrano, discendesse lungo le linee dell'organizzazione ed operasse nella realtà, per tornare infine al vertice nella simbolica forma del provvedimento ministeriale. Merita di essere incidentalmente ricordato che questo tipo di struttura è stato posto da Max Weber a base del suo « quadro mistico » di una amministrazione improntata alla massima efficienza.

Questa struttura degli apparati amministrativi sviluppata secondo il principio di subordinazione-sopraordinazione, per consentire un fluido e continuo trapasso degli ordini (si consenta questo uso totalmente atecnico dell'espressione) dal vertice alla base, non è mai stata smentita, nel senso che fino ad oggi i modelli amministrativi continuano a svolgersi secondo questa idea, della progressione della funzione amministrativa dal vertice al basso. L'amministrazione dello stato è organizzata secondo la struttura ministeriale, e tale struttura è addirittura prevista dalla stessa Costituzione. Questo significa che

l'amministrazione è stata ed è concepita tuttora come un sistema di organi ed uffici che debbono avere una unità, e che la trovano nell'esistenza di un organo di vertice, il ministro. Una tale organizzazione, che attribuisce al ministro la responsabilità politica per tutto quello che avviene nel ministero cui è preposto, postula *ex necessitate* che vi sia la possibilità giuridica di risalire a lui dal più periferico e secondario ufficio dell'amministrazione, e quindi che vi sia un continuo rapporto di subordinazione-sopraordinazione tra organi ed uffici. Anche la legge di riforma dell'amministrazione (D.P.R. 30 giugno 1972, n. 748), che, introducendo il concetto di dirigenza, ha inteso attuare un maggiore decentramento ed affidare maggiori responsabilità ai vari uffici, espressamente prevede che al ministro resti attribuito il potere di annullare d'ufficio gli atti posti in essere dagli organi inferiori.

Il grande rivolgimento determinato dall'attuazione dell'ordinamento regionale ha ulteriormente esaltato questo sistema organizzativo, per paradossale che questa affermazione possa sembrare. Mentre infatti l'ordinamento burocratico seguito alla riforma del 1972 dava a certi uffici talune competenze autonome, nei cui confronti il ministro aveva solo poteri specifici, repressivi, di intervento, il trasferimento degli uffici statali alle regioni ha fatto cadere queste « riserve di amministrazione »: con la conseguenza che tutti gli uffici dipendono direttamente dall'assessore e dalla giunta, cioè da un organo politico, spesso collegiale, anziché individuale. In questo modo la direzione degli uffici è ancor più pronunciatamente politica; e conseguentemente maggiore il vincolo di subordinazione che viene loro imposto. Si è attuato in sostanza lo stesso sistema in vigore per i comuni, in cui la burocrazia ha una mera funzione di supporto degli organi collegiali, ed in cui, quindi, si attua in pieno il principio della dipendenza degli uffici.

Un sistema diverso si è voluto realizzare nella scuola, inserendo nella sua organizzazione una serie di organi collegiali con rappresentanze di genitori ed allievi. A parte il fatto che questo sistema non entusiasma nessuno, come prova l'assenteismo alle elezioni da un lato, e l'opposizione ad esse da parte di certe componenti dall'altro, certo è che si è così determinata la politicizzazione di una sede istituzionalmente tecnica, quale è la scuola. Si versa quindi in un campo

del tutto estraneo a quello di cui si parla, che riguarda la direzione amministrativa della collettività, cioè l'indirizzo, il controllo e la disciplina delle attività che in essa si svolgono.

Per questi motivi, sembra che il principio gerarchico debba essere ancora considerato come il vero principio ordinatore dei pubblici poteri nel sistema italiano di oggi. Esso si presenta come la sua vera struttura logica, come l'« a priori » dei rapporti di subordinazione-sopraordinazione. La gerarchia appare cioè come un vero e proprio modo di essere degli apparati, che si estende dai rapporti individuali tra gli addetti (ciò viene generalmente riconosciuto) ai rapporti tra gli stessi uffici, con una incredibile genericità di contenuti: genericità tale, anzi, che ha fatto dubitare molti studiosi se essa sia più, come qui si sostiene, il principio ordinatore dell'esecutivo.

Ma questa genericità è un tratto caratteristico della gerarchia, non la sua negazione. A prescindere dai rapporti tra gli addetti ad un ufficio (per i quali la gerarchia assume un significato particolare, quasi personale), essa designa la subordinazione di un ufficio od organo ad un altro, nella progressione dai livelli minimi a quelli massimi dell'organizzazione. Questa subordinazione si articola dunque in più livelli: lo stesso ufficio cioè può essere protagonista di più rapporti gerarchici contemporaneamente, nel senso che può dipendere da un ufficio superiore ed esercitare poteri gerarchici sull'inferiore, o dipendere da più uffici superiori, a loro volta legati tra loro, o, ancora, in questa situazione, esercitare poteri su più uffici dipendenti, a loro volta legati da rapporti di subordinazione tra loro. Altre ipotesi ancora sono raffigurabili, e basta dilettarsi di configurarle. Ora è evidente che i rapporti, tra diversi organi ed uffici, ciascuno parimenti subordinato rispetto all'altro, possono avere contenuti diversi: basti pensare soltanto alla modifica che determina l'attuazione del decentramento rispetto ad un ufficio periferico: esso può emanare atti, che prima erano attribuiti all'ufficio superiore, oppure può continuare ed emanare quelli già attribuitigli, ma con carattere di definitività (cioè non più soggetti a ricorso gerarchico), oppure ancora può divenire protagonista di una nuova vicenda gerarchica tipica nel proprio interno, riproducendo quella che si svolgeva prima tra sé ed il superiore centralizzato. Il Ministero dei lavori pubblici offre innumerevoli

esempi di questo genere di rapporti nell'organizzazione del genio civile e dei provveditorati alle opere pubbliche.

Di fronte a questa pluralità sconfinata di rapporti gerarchici che percorrono tutta l'amministrazione, è impossibile stabilirne contenuti tipici, vale a dire, individuare strutture tipiche del rapporto di subordinazione. Vi possono essere discipline di questo rapporto che ricorrono con maggiore frequenza, mentre altre sono episodiche o semplicemente più rare: ma la considerazione scientifica di questi fenomeni non consente di andare oltre e di convertire la constatazione statistica in regola giuridica. La regola giuridica infatti non esiste, e la conoscenza delle determinazioni positive della gerarchia che si possono avere deriva esclusivamente dalla loro rilevazione empirica, dalla mera constatazione che il rapporto di subordinazione in un caso, in dieci casi, in cento casi si è determinato in un modo e in dieci o venti o cento altri in un modo diverso.

Se si volesse approfondire questo discorso sul piano dogmatico, si potrebbe dire che la dottrina ha avuto la tendenza a considerare la gerarchia alla stessa stregua di un diritto conferito dalla legge o dalla Costituzione, del quale occorre fissare i tratti, il contenuto, la estensione, i limiti, in generale la disciplina giuridica. Ma questo è fuorviante e procede da un errore di prospettiva, perché se è vero che nel concetto di gerarchia si raccoglie una serie vastissima di poteri e doveri, questi non solo non sono sempre tutti presenti, quando si dice che tra due uffici corrono rapporti gerarchici, ma soprattutto non conseguono dal mero fatto dell'esistenza di un potere gerarchico, ma dalla disciplina che a questo potere dà la legge. I poteri gerarchici in concreto sono quelli e solo quelli che pone una certa legge, relativa ad un certo complesso di uffici. La gerarchia potrebbe essere insomma definita come uno *status*, di cui non ha senso determinare tutti i possibili contenuti.

Una singolare riprova di questa indeterminatezza istituzionale del contenuto della gerarchia si rinviene nelle pagine ad essa dedicate da Giannini, nel suo « Diritto amministrativo ». Dice questo scrittore che il contenuto tipico e costante della gerarchia consiste in un potere di direttiva, mediante provvedimenti generali e speciali, nonché in quelli di controllo e di risoluzione dei conflitti tra gli organi subordinati. Prosegue subito dopo elencando una serie di ipotesi, in cui la gerarchia si presenta assai più contorta: ad es. perché vi è avocazione o perché non vi è, perché vi è codipendenza, o potere di decisione del ricorso gerarchico etc. È chiaro quale è lo sforzo compiuto da questo autore. Egli ha cercato di fissare i requisiti minimi della gerarchia, cioè gli elementi caratteristici, che ricorrono sempre nei rapporti di subordinazione. In questo la sua sintesi iniziale è certo pregevole. Senonché quando, subito dopo, rileva che in altri casi la gerarchia si presenta assai più complessa, chiaramente i concetti si confondono: « gerarchia » non è più una mutevole realtà, di cui si cercano, se vi siano, tratti comuni; essa diviene rapporto giuridico, diviene come un « diritto soggettivo », di cui si cerca la disciplina: in contrasto con la premessa.

La dottrina da qualche tempo viene sottoponendo a critica il concetto di gerarchia, negando che essa svolga ancora il ruolo di principio fondamentale, che ispira l'organizzazione dei pubblici poteri. Si osserva così che la vita amministrativa mostrerebbe un fenomeno nuovo, rispetto a quelli tipici delle situazioni inquadrabili nella gerarchia: la esistenza cioè di uffici, dotati di competenze « riservate », che l'organo superiore non potrebbe violare; si rileva anche l'esistenza di funzioni, quali il coordinamento, affidato ad organi diversi dal superiore gerarchico — ad es. comitati interministeriali —, che non consistono in ordini, e che quindi si presenterebbero come « extra-gerarchiche », come un *quid proprium*, caratteristico dei tempi attuali.

Come è palese, queste dottrine muovono dal presupposto che tipica della gerarchia sia la possibilità di violare la competenza di un organo od ufficio sottordinato, così che l'esistenza di competenze non violabili o l'adozione di strumenti di direzione che non realizzano la violazione della competenza, in quanto non consistono in provvedimenti tipici di violazione, in ordini cioè, indicherebbe il venir meno del vincolo gerarchico.

A tutto ciò si può replicare in via generale osservando che proprio la necessità di invocare eccezioni al sistema gerarchico per affermare che l'ordinamento dell'amministrazione non presenta questo carattere dimostra che l'amministrazione ha ordinariamente questa struttura, e che vi sono, se pure vi sono, eccezioni, di cui del resto nessuno sostiene che costituiscano la regola. Nessuno può dire cioè che è oggi venuta meno la struttura piramidale dell'amministrazione;

che i ministeri (e le regioni e i comuni e gli enti pubblici maggiori) si sono scomposti in una serie di organismi con competenze e responsabilità proprie, con gli organi di vertice attuali portati a svolgere solo funzioni di indirizzo e di coordinamento, della cui attuazione solo gli organi, non più inferiori, ma competenti per materia e per territorio, sarebbero responsabili. Nessuno parimenti può dire che si sia attuato un vasto regime di autogoverno. Allo stato attuale delle cose, il solo fatto della inserzione di un ufficio nell'organizzazione rende quasi impensabile l'attribuzione ad esso di competenze riservate, perché così lo si porrebbe al di fuori dell'organizzazione stessa; se l'ufficio ha una competenza, questa fa parte del complesso al quale partecipa e da questo è necessariamente condizionata.

Ma anche indipendentemente da questi rilievi, si deve dire che le obiezioni sopra riferite sono infondate. Non è vero infatti, a proposito della prima, che vorrebbe fondare il superamento della gerarchia nell'esistenza di competenze riservate e che quindi pone nella violazione della competenza dell'organo inferiore il *proprium* del potere gerarchico, che la competenza riservata contrasti con la gerarchia. Si vorrebbe dire che è vero quasi l'inverso, e cioè che la gerarchia presuppone la competenza dell'organo inferiore. Quando vi sia violazione della competenza — cioè si sia in presenza di poteri di avocazione — bisognerebbe quasi dire che il problema della gerarchia non si pone neppure, in quanto appare una assoluta continuità di azione dal vertice alla base (la velleità di una tale continua azione), e cioè l'assurdo tentativo di ridurre l'amministrazione ad un unico soggetto, quasi secondo le imaginifiche configurazioni di certi studiosi della fine del secolo scorso. La volontà vera è una sola, e la gerarchia diviene immanente, non criterio ordinatore dei pubblici poteri, ma quasi loro mero ordinamento interno dei rapporti tra il personale ed il capo dell'amministrazione. L'esempio fatto da un autorevole studioso (Amorth), della potestà che ha il superiore gerarchico di rivedere i provvedimenti dell'inferiore anche se questi siano conformi alle direttive impartite, lungi dal negare la gerarchia (perché, si argomenterebbe, non avendo l'inferiore commesso alcuna violazione di norme o istruzioni, il superiore esercita un potere che non è di controllo, né di avocazione, né di annullamento di ufficio, insomma non tipicamente gerarchico), ne mostra tutto il penetrante carattere. Essa appare trascendere se stessa, nel senso che il superiore, sindacando il provvedimento dell'inferiore, in realtà per questa via sindaca le proprie istruzioni: dispone cioè nella maniera più integrale dell'amministrazione, addirittura disponendo delle norme. A prescindere da questo caso limite però, e quindi con riferimento a casi di competenza propria degli organi (come nell'ipotesi del decentramento), non sorge dubbio sulla potestà del superiore di dettare istruzioni sullo svolgimento del servizio, che l'inferiore può anche espletare in nome proprio. E questa capacità di dare istruzioni integra compiutamente il rapporto di gerarchia tra organi inferiori e superiori.

Neppure è vero che manifestazione tipica della gerarchia sia l'ordine, che il superiore può impartire all'inferiore, e che, quando esso sia sostituito da altri strumenti, la gerarchia si attenui ed anzi si alteri. L'ordine è un mezzo specifico, per raggiungere un fine determinato; è quindi soggetto, si vorrebbe dire, ad una condizione tecnica di validità, nel senso che ha giustificazione, in quanto effettivamente sia il mezzo migliore per raggiungere quel dato fine. Se così l'unità dell'apparato — fine proprio della gerarchia — non può essere mantenuta solo mediante l'emanazione di ordini (ad es. perché l'ufficio « inferiore » ha una competenza tecnica che sfugge al superiore) non vi è possibilità di scelta: altri strumenti creatori di unità devono essere elaborati in sostituzione degli ordini (ad es., direttive generali in luogo di disposizioni specifiche). Questo però non implica affatto che il principio gerarchico venga meno. Al contrario, esso si adegua a mutate esigenze, con ciò dimostrando la propria vitalità.

14. - *Gerarchia e coordinamento.*

Come si è accennato, vasta dottrina ritiene che l'esistenza, oggi, di una funzione di coordinamento affidata ad organi dalla struttura complessa, collegiali, ed addirittura interministeriali, anziché al superiore gerarchico, abbia incrinato la struttura tradizionale della gerarchia, che sarebbe sostituita da più complessi rapporti e funzioni: una di queste sarebbe il coordinamento appunto, autonomo rispetto alla gerarchia. La questione è palesemente delicata, perché se fosse vero che il coordinamento costituisce manifestazione di attività amministrativa « agerarchica » ci si troverebbe di fronte ad un importante prin-

cipio di organizzazione, che effettivamente prescinderebbe dalla gerarchia.

Per risolvere questo problema bisogna anzitutto premettere che la gerarchia è, per sua natura, anche coordinamento. Questo discende dal fatto che la gerarchia rappresenta la tendenza del potere verso la propria unità organizzativa, che si raggiunge in mille modi, tra cui anche il coordinamento tra gli uffici. L'unità insomma può essere raggiunta con provvedimenti che hanno altro contenuto; la gerarchia si pone come una più vasta categoria che nel proprio ambito raccoglie, accanto a poteri di controllo, di avocazione, sostituzione etc., anche quelli specifici di coordinamento. Se dunque il coordinamento nell'ambito di un ministero è espressione della gerarchia che caratterizza la sua organizzazione, il problema se il coordinamento sia qualche cosa di estraneo ed autonomo rispetto alla gerarchia si pone solo per le forme di coordinamento non ministeriali. Si tratta infatti di stabilire se il coordinamento disposto dal capo di una amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri ordinari sia qualitativamente e quindi giuridicamente diverso dal coordinamento disposto da altri organi, fondamentalmente collegiali anziché monocratici, che non hanno diretto potere di supremazia nei confronti di un dato apparato amministrativo.

La diversità del coordinamento svolto da organi collegiali rispetto a quello attuato dall'ufficio sopraordinato è stata colta nella diversa natura della volontà espressa dall'uno e dall'altro: solo nel primo vi sarebbe cioè una volontà dalla formazione complessa, nella quale diversi interessi sono presenti e concorrono a determinare la linea di azione dell'apparato o degli apparati, su cui in qualche modo prevale l'azione dell'organo che coordina. Si qualifica anche come diversa la posizione dei singoli membri che partecipano all'organo coordinante, nel senso che essi liberamente (salvi rimedi di carattere politico) accetterebbero la decisione collegiale, impegnandosi alla sua attuazione. Nell'organo individuale ci sarebbe invece una volontà unica, quella del capo — o dell'organo che egli rappresenta — trasmessa immediatamente agli inferiori ed assicurata dal loro dovere di obbedienza, perché la loro azione si svolga in modo conforme. L'esempio più significativo di questa diversità sarebbe costituito dal caso delle direttive imposte alle persone giuridiche: l'autonomia riconosciuta a

queste organizzazioni — appunto con l'attribuzione ad esse della personalità giuridica — testimonierebbe dell'impossibilità di concepire un rapporto di immediata continuità, come quello che si svolge tra il capo di un'amministrazione ed il suo apparato burocratico.

Il punto cruciale della questione sta, chiaramente, nella natura e nel contenuto concreto, precettivo, degli atti di coordinamento. È sostanzialmente pacifico in dottrina che esso si esprima mediante direttive, con cui si mira ad imporre un indirizzo all'azione dell'amministrazione o delle amministrazioni. Esso cioè consta, se così si può dire, di due aspetti. Da un lato vi è la determinazione di questo indirizzo, e quindi la sua scelta. Dall'altro vi è la traduzione di questa scelta in precetto, in atto cioè che valga ad imporre all'amministrazione l'indirizzo voluto. Nei confronti dell'amministrazione, quindi, il coordinamento costituisce un atto di autorità cui essa deve adeguarsi, uniformando la propria azione concreta all'indirizzo deciso. Si vorrebbe dire che è naturalmente atto di autorità, perché, come sarebbe impensabile stabilire fini e criteri uniformi se non ci fosse anche il potere di un determinato organo di imporre il suo giudizio nei confronti di coloro che debbono successivamente agire, così è difficilmente pensabile una vasta organizzazione dalle competenze complesse, ripartite e variamente collegate tra loro, priva di un qualche strumento capace di ordinarne l'azione. Questo carattere autoritario degli atti nei quali si concreta il coordinamento non è dunque peculiare ad un tipo di esso, ma è naturalmente proprio di ogni sua forma, in quanto senza questa intrinseca autoritarietà non è possibile ottenere che l'amministrazione segua una determinata linea di condotta.

Le forme di coordinamento che sembravano così diverse, gerarchico e *lato sensu* collegiale, in realtà hanno dunque un essenziale elemento comune: e che questo sta nell'esigenza che il contenuto, che l'atto di coordinamento vuole realizzare, si esprima in forma autoritaria, come precetto — direttiva — nei confronti delle amministrazioni sottordinate, che alla direttiva debbono conformare la loro azione.

Se così è, l'ambito, nel quale le due forme di coordinamento di cui si parla potrebbero divergere, si riduce al solo profilo della formazione dell'indirizzo: quanto alla attuazione, infatti, l'una e l'altra forma si manifestano come atti di un'autorità che si pone in posizione sopraordinata nei confronti di autorità sottordinate. La differenza nella

formazione dell'indirizzo sta, come si è accennato, in ciò, che in un caso sembra che la volontà decidente sia una sola, mentre nell'altro questa appare complessa, arricchita dal concorso di diversi interessi.

Ma anche questo profilo dell'attività di coordinamento è inidoneo a sorreggere la conclusione che nei due casi il coordinamento abbia natura diversa. Anzitutto l'esigenza del coordinamento nasce allorché determinate materie presentino rilevanza per diversi ministeri, e siano quindi suscettibili di interventi da parte di più di uno di essi. Deriva da ciò la necessità di unificare le competenze, quantomeno di vertice, e quindi, se così si può dire, di creare un organo, nel quale i diversi profili, su cui le varie amministrazioni sono indotte a concentrare la loro attenzione, trovino reciproci completamenti ed integrazione. Ora chiaramente questo avviene al livello dei capi delle amministrazioni interessate o dei capi dei singoli uffici delle amministrazioni che esercitano la competenza nella materia: in altre parole, allo stesso livello, formale e sostanziale, di coloro che, nell'ambito di un ministero, dettano l'indirizzo per l'esercizio di una certa competenza. Questo toglie valore al fatto che le decisioni di indirizzo siano attuate in sede collegiale. Essa non realizza altro che la somma di tutti coloro che possono esprimere una volontà di indirizzo nell'ambito delle loro amministrazioni; mira a creare un orientamento uniforme tra i vari che potrebbero sorgere; ma non è per sua natura diversa.

Ma vi è un altro argomento, forse ancor più specifico: ed è che gli interessi, portati nella sede collegiale, sono sempre interessi « ministeriali », se così si può dire, di cui già sono portatrici le pubbliche amministrazioni. Accade così che l'ipotetica apertura ad influenze esterne, presupposta dall'affermazione che nei provvedimenti collegiali sono presenti più interessi diversi, in realtà deve essere mutata nell'altra, che sono presenti interessi di più amministrazioni. In sede collegiale si svolge cioè non una discussione tra interessi privati contrapposti o semplicemente diversi, tra cui si può individuare la via di quello c. d. pubblico; ma vengono valutati diversi interessi che già, per effetto della loro recezione da parte dell'amministrazione, si pongono come « pubblici ». Si ripetono e perpetuano così i profili funzionali della struttura amministrativa a base gerarchica, secondo la quale la conoscenza della realtà è acquistata dalle unità amministrative inferiori e la decisione presa al livello degli organi superiori (1) (2).

Si può ben dire, a mo' di conclusione, che la prova più forte della vigenza della gerarchia come principio ordinatore dei pubblici poteri sta proprio nel tentativo di superarla mediante una interpretazione evolutiva del coordinamento. È stato infatti necessario fermare lo sguardo solo sul meccanismo formale, attraverso il quale l'attività di coordinamento si svolge senza scendere oltre a vedere chi siano i protagonisti di questa attività, di queste « conferenze » da cui nascono le linee dell'azione, toccate dal coordinamento. Ove ciò si faccia, si accerta che questi protagonisti sono le amministrazioni stesse, attraverso i loro rappresentanti; le quali dunque svolgono ed esauriscono il coordinamento entro di sé (anche se formalmente in una sede esterna), portandosi dietro tutto il bagaglio di tradizioni — ma anche prevenzioni, pregiudizi, preclusioni — proprie dell'amministrazione. La gerarchia dunque muta volto, ma non sostanza, o, per meglio dire, si arricchisce di un nuovo momento, non già se ne priva.

15. - *Effetti della gerarchia.*

Si può così cercare di rispondere alla domanda con cui si era chiuso il capitolo precedente, se cioè un ordinamento amministrativo fondato su un meccanismo gerarchico di rapporti che si svolgono nel suo interno possa costituire quell'ordine giuridico dell'amministrazione

---

(1) Cfr. quanto riferisce W. Cary, *Politics and the regulatory agencies*, New York, 1967, a proposito del coordinamento informale tra *agencies* attuato con incontri tra i loro capi.

(2) La regione Umbria (e forse qualche altra regione) ha pensato di cambiare le cose, cambiando i nomi. Nelle due leggi sul personale e sugli uffici (nn. 33 del 1973 e 34 del 1975) essa ha istituito la figura del coordinatore con il compito di « organizzare l'attività degli uffici ai fini dell'attuazione delle direttive impartite dal presidente della giunta regionale » etc.; è scelto tra i « responsabili di settore », i quali a loro volta organizzano i « responsabili di materia »; agli uffici sono poi addetti « istruttori », « collaboratori tecnici », « operatori ». In che cosa tutto ciò si distingua dal regime gerarchico del quale si è parlato non è dato comprendere. La differenza sta nella previsione di riunioni collegiali periodiche (trimestrali) e di assemblee, per l'impostazione dell'attività e la sua organizzazione. I risultati concreti sono per altro del tutto negativi sul piano dell'efficienza, secondo quanto si è potuto apprendere.

cui essa deve partecipare come soggetto, e che né la Costituzione, né la legislazione ordinaria avevano costituito.

Ancora una volta, la risposta deve essere negativa, per molteplici ragioni.

La prima e fondamentale è che quest'ordine, realizzato dal principio gerarchico, riguarda l'amministrazione come organizzazione e non i suoi rapporti con i terzi. Esso non costituisce cioè quel sistema obiettivo, in cui si sostanzia l'idea stessa di ordine.

La determinazione del contenuto delle competenze — e quindi dei rapporti in concreto tra ufficio sopraordinato e sottordinato — è lasciata, assai più che alla legge, al rapporto che in concreto si instaura tra gli uffici. Ciò deriva dal fatto, naturale, che la legge, nel dettare le linee dell'organizzazione, determina i poteri gerarchici in termini solo generici, nella misura cioè necessaria per individuare gli uffici, più che i loro rapporti. Questi nascono, si sviluppano, e quindi determinano l'organizzazione solo in concreto.

Ma anche nei casi in cui i poteri gerarchici sono più esattamente delimitati, l'ordine della legge si arresta ad un livello formale, cioè ad una determinazione di competenze e, a volte, in termini generalissimi (« motivi di grave interesse », « nell'interesse dell'amministrazione » e simili), di presupposti. Di un ordine sostanziale da realizzare con l'applicazione di queste norme nulla è detto; ma è evidente, e non richiede dimostrazione, che esso sta esclusivamente nella valutazione più saggia, più lungimirante, più completa che può compiere il superiore. Ora certamente i poteri così descritti dalla legge — di annullamento d'ufficio, di decisione del ricorso gerarchico, di approvazione etc. — costituiscono altrettanti istituti del diritto pubblico, ampiamente elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Senonché basta riflettere brevemente su di essi per rendersi conto che queste sono mere attribuzioni di potere, che non determinano direttamente l'ordine dell'amministrazione. Questo deriva dal loro esercizio, ed è dunque esattamente l'inverso di un ordine obiettivo, che regoli *ex se* l'attività di un suo protagonista, l'amministrazione. L'ordinamento che queste norme pongono è meramente subiettivo e riposa sulla volontà dei titolari di posizioni di vertice. Addirittura si può dire che esso non tocca l'amministrazione in quanto tale, poiché ne fa parte e muove, come si diceva, dal presupposto della sua chiusa struttura

piramidale, che svolge in se stessa la propria disciplina ed in se stessa vuole trovare il proprio ordinamento.

Ma soprattutto il sistema di disciplina espresso dal principio gerarchico chiude l'amministrazione in se stessa e la isola dal contesto sociale in cui opera. La mancanza di questo contatto è assai grave, poiché la priva della partecipazione — e quindi dell'aiuto e del controllo — da parte della comunità.

Per comprendere in quale modo ciò avvenga, occorre considerare che l'attività amministrativa, preordinata alla emanazione di provvedimenti regolatori della vita associata, si articola in due momenti fondamentali, che sono quelli dell'istruttoria e della decisione. Si può dire che questo non è del tutto preciso, e che in realtà le fasi sono più numerose, come hanno dimostrato le analisi di Sandulli, Benvenuti e Giannini; ma la maggiore articolazione proposta da questi scrittori riguarda più l'analisi dogmatica del procedimento amministrativo che l'identificazione di momenti fondamentali di esso. Anche alla stregua di tali ricerche, quindi, è possibile applicare il criterio di ricercare solo i punti di massima rilevanza del procedimento; e questi non possono essere che l'istruttoria e la decisione.

Entrambe, istruttoria e decisione, hanno nella legge una disciplina pressoché inesistente. Nella assoluta maggioranza dei casi essa si limita a determinare competenze istruttorie ed a regolare rapporti tra organi diversi, con diverse funzioni (ad es., tra organi di amministrazione attiva e consultiva), senza dettare precise norme sui modi e sulle condizioni dell'istruzione e della decisione ([3]). Quasi non vi sono così regole sulla prova, rimessa all'integrale discrezione dell'amministrazione; non vige il principio del contraddittorio; non quello del *iudicare iuxta probata et alligata partium* (salva l'eccezione per il procedimento disciplinare del pubblico impiego e per pochi altri casi).

([3]) Questo è detto naturalmente con riferimento a quanto già osservato, sull'efficacia delle norme sostanziali. Si intende cioè dire che l'*istruttoria* non è disciplinata che in rari casi in maniera più puntuale di quello che si risolve nella determinazione delle competenze, non già che la legislazione amministrativa si esaurisca in questa funzione. Che poi la mancanza di disciplina dell'istruttoria si rifletta in maniera determinante sulla stessa efficacia della legge (in sostanza vanificandola o riducendola grandemente) è un altro discorso, che già si è fatto e che nelle considerazioni che seguono nel testo trova ulteriore conferma.

L'istruttoria e la decisione dunque si svolgono secondo regole non scritte, incerte, casuali; le quali comunque, in ogni caso (ripetesi, salve le rare eccezioni) traggono origine solo dall'amministrazione e possono quindi derivare i propri principi ispiratori solo dagli stessi principi che presiedono al funzionamento dell'apparato. Poiché, come si è cercato di dimostrare, tale principio è quello gerarchico, le norme di cui si parla riflettono (e non possono non riflettere) il concetto che l'autorità inferiore dipende da quella superiore, la quale è, se così si può dire, « più competente » della prima. In uno schema ideale dunque all'autorità superiore dovrebbero essere rimesse tutte le decisioni, e ad essa, per informarla e metterla in grado di decidere, dovrebbe dirigersi l'istruttoria dell'inferiore.

In realtà naturalmente (v. gli artt. 153 segg. del t. u. pubblico impiego) al « superiore » non vengono portati meri « dati », cioè tutta la serie di notizie acquistata in sede istruttoria, ad opera dell'amministrazione o su iniziativa delle parti, allo stato grezzo si vorrebbe dire; al contrario, viene portata l'attività di un ufficio inferiore nel suo risultato, cioè sotto la forma di una relazione o anche, semplicemente, di una selezione dei documenti e dei fatti acquisiti, cioè i documenti ed i fatti considerati o voluti considerare significativi dall'ufficio.

Ne derivano due importanti conseguenze. La prima, più semplice, è che l'ufficio istruttore gode della massima libertà nella determinazione del fatto. Certamente, come le recenti interpretazioni del principio di imparzialità vorrebbero dimostrare, l'ufficio, in quanto amministrazione, è vincolato a tenere presenti tutti i fatti afferenti a tutti — e soli — gli interessi considerati dalla legge. Ma non è chi non veda e sappia come nella realtà questo precetto sia di facilissima evasione, per il semplice motivo che l'individuazione dei fatti e del loro rapporto con gli interessi previsti dalla legge è rimessa ad una valutazione soggettiva. Questa valutazione dell'ufficio, svincolata da qualsiasi regola sulla prova, dall'obbligo del contraddittorio, nonché dall'onere di provare le proprie deduzioni sul fatto pone quindi una prima volta l'amministrazione in una posizione di « libertà » nell'agire, in quanto essa del fatto ha piena disponibilità.

In secondo luogo, l'attività degli uffici istruttori si svolge nell'ambito di un rapporto di subordinazione-sopraordinazione. L'ufficio

istruttore è cioè esposto all'esercizio di tutti gli innominati poteri gerarchici da parte dell'ufficio superiore di cui si è fatto cenno nei paragrafi che precedono. La sua attività non ha dunque carattere definitivo. Essa è strumentale rispetto a quella del superiore — funge, si può ben dire, da mediatrice tra il fatto e l'ufficio superiore, « libera » rispetto al primo, subordinata rispetto al secondo. Accade così allora che il superiore, nell'esercizio dei citati suoi poteri gerarchici, può sempre sindacare l'attività istruttoria compiuta dall'inferiore e per questa via, indirettamente, e sempre senza vincolo alcuno a regole probatorie, modificare il dato di fatto sul quale esso stesso provvederà. Chiara è la conclusione: nel quadro schematico dal quale si sono prese le mosse (e che ammette fortunatamente alcune eccezioni, ma molto minori e più sporadiche di quanto si potrebbe pensare) l'amministrazione gode di una libertà rispetto al fatto che si svolge a due livelli: come disponibilità diretta di esso in prima istanza da parte degli uffici addetti all'istruttoria, per l'assenza di norme sulla prova a carico dell'amministrazione per le sue affermazioni in punto di fatto; come disponibilità indiretta di esso, attraverso il sindacato del superiore sull'attività dell'inferiore, che si traduce in influenza sull'accertamento della realtà da questi compiuto.

Il fatto per gli uffici non è come è, quello che è, ma quello che si vuole che sia, come pare opportuno che sia: al punto che, come è tristemente noto, vengono rappresentate realtà inesistenti o celate quelle imperiosamente presenti. Attraverso la disponibilità del fatto, dunque, l'amministrazione è posta in grado di disporre dell'applicazione della legge, in quanto l'individuazione dei presupposti per essa è esente da qualunque disciplina. Nessuno dal di fuori può costringerla a vedere ciò che non vuole vedere; e ciò che essa vede, ciò che costituisce il presupposto dell'illusoria e mitica « esecuzione della legge », si determina attraverso oscuri, misteriosi giochi di forze dei quali nessuno è testimone, nessuno sa nulla, nessuno parla (4) (5) (6).

---

(4) Recentemente BARONE, *La partecipazione del privato*, cit., ha cercato di dimostrare che in moltissimi casi l'amministrazione si deve valere della collaborazione del privato per acquistare conoscenza della realtà, cioè per svolgere adeguatamente l'istruttoria: egli fa questo attraverso una accurata analisi della legislazione e della giurisprudenza. Ma non si può dire che abbia avuto suc-

16. - *La segretezza.*

Con le considerazioni che precedono è forse toccato il nocciolo del problema. Se il procedimento di istruttoria e di formazione delle

---

cesso. I casi che elenca sono sporadici, e tutti orientati nello stesso senso, cioè che il privato può essere ammesso a proporre osservazioni. Si dimostra quindi quasi il contrario di quel che si sarebbe voluto concludere: poiché la sostanza della partecipazione del cittadino all'attività amministrativa appare malcerta, sembra che con ogni possibile evidenza contro i rari casi elencati da Barone si erga la realtà della vita amministrativa che rifugge da qualsiasi rapporto ufficiale, disciplinato e pubblico con gli interessati e con i controinteressati. Il consistente numero di norme individuate con ammirevole pazienza da Barone prova insomma che esse non sono state sufficienti a rovesciare la situazione ed a prevalere su altri, ben radicati principi. *Motus ... vetere exoritur semper novus ordine certo* sembra di sentir ripetere. Bisogna anche osservare che è dubbio il valore delle citazioni di giurisprudenza fatte da Barone. Esse riguardano casi di specie, in cui la partecipazione del privato era statuita *ex lege* e non derivano che in pochissimi casi (revoca di provvedimenti favorevoli) dall'applicazione di principi generali.

(5) Sono fondamentali a proposito di questi procedimenti, sembra, R. MERTON, *Bureaucratic structure and personality*, cit., e CROZIER, *Le phénomene bureaucratique*, Parigi, 1963. Crozier in particolar modo, con una affascinante lucidità, muove dall'esame di concrete strutture amministrative, di cui individua le caratteristiche, sottolineando come esse, nella realtà, dimostrino l'allontanamento dall'idea che le ispira (un modello di efficienza articolato sugli schemi di Max Weber); egli osserva altresì come Merton, GOULDNER (*Patterns of industrial bureaucracy*) e SELZNICK (*The TVA and the grass-roots*, cit.) già si allontanino dagli schemi interpretativi di M. Weber. Sembra per altro che, per i profili qui rilevanti, veramente innovatori siano solo Merton e Crozier. Il libro, importantissimo, di Selznick investe diversi profili, su cui ci si fermerà in seguito.

(6) In altra occasione chi scrive aveva osservato come di questo rinchiudersi dell'amministrazione in se stessa offra paradossale testimonianza il vizio di eccesso di potere, deducibile come mezzo di ricorso di legittimità al Consiglio di Stato. Questo eccesso di potere mira a colpire *ex post* proprio l'unilateralità dell'azione amministrativa, nel senso che non censura una violazione di limiti esterni ad essa, posti insomma alla sua azione, ma l'azione in sé, come eccedente regole di buona condotta, di equilibratezza, di pari trattamento tra gli amministrati etc.: addirittura può colpire la conoscenza dei fatti dell'amministrazione, con l'eccesso di potere per travisamento dei fatti. Questo ricorso è reso necessario dal tipo di amministrazione che opera in Italia ed in Francia: cioè unilateralmente, creando dal suo interno il provvedimento. Ed infatti in altri paesi – nei quali il giudice possiede, tra l'altro, maggiori poteri – il vizio

decisioni costituisce infatti il centro dell'azione amministrativa, chiaramente anche la sua disciplina ed i principi cui si ispira costituiscono il fulcro, intorno al quale gravita la vita amministrativa del concreto. Da quel che si era osservato quindi, già si potrebbero trarre tutte le possibili conseguenze sulla disciplina (sull'assenza di disciplina) dell'amministrazione. La delicatezza del tema è però tale, che sembra conveniente fermare un momento ancora l'attenzione su due fenomeni che offrono piena prova dell'incapacità della gerarchia di costituire l'ordine giuridico dell'amministrazione. Si fa riferimento da un lato all'incerta disciplina della segretezza amministrativa, dall'altro ai gruppi di pressione ed alla corruzione.

Può apparire strano che questi due fenomeni siano collegati tra loro. Si potrebbe infatti osservare che la segretezza, vincolando l'amministrazione a tenere riservati gli elementi del decidere, le consentirebbe una più facile e maggiore imparzialità. Gruppi di pressione per un verso e corruzione per un altro sono poi una realtà inevitabile ed insuperabile, così che ben poco senso avrebbe imputare la loro presenza ad una struttura amministrativa gerarchica piuttosto che ad es. decentrata. Né l'una né l'altra osservazione coglie però nel segno. Non la prima, perché la segretezza dell'amministrazione è un mito, esattamente come l'età dell'oro. Essa è assolutamente irrealizzabile in misura piena, e come subito si vedrà la sua violazione è addirittura necessaria; così che se essa sia imputabile ad un certo sistema amministrativo, bisogna dedurne che esso prevede la propria violazione ... rimessa, si vorrebbe dire, al proprio prudente giudizio. Non la seconda, perché se anche i gruppi di pressione e corruzione sono mali inevitabili, quel che si deve fare è creare le condizioni meno — e non più — favorevoli per essi: ed un regime gerarchico e segreto rende invece particolarmente facile il loro operare dietro le quinte.

Che tutto ciò sia imputabile alla struttura gerarchica dell'amministrazione appare poi subito, ove si consideri la dinamica della gerarchia in sede istruttoria e decisoria: nel riservare ad uffici di diverso

---

ha rilievo più scarso; esso appare compensato in fase procedimentale, dalla previa partecipazione degli interessati alla formazione della conoscenza dei fatti. Diversissimo è l'« *ultra vires* »: ad es. H. W. R. WADE, *Administrative law*, Oxford, 1967, p. 45 segg.

rango l'una e l'altra, senza necessari, formali, e vincolanti rapporti con gli interessati, cioè con la società ed il mondo circostanti, senza precise regole istruttorie, l'amministrazione viene sottoposta ad una duplice, contraddittoria pressione. Da un lato, essa tende a svolgere nel suo interno, integralmente riservato, le procedure di istruzione e decisione. Dall'altro viceversa essa ha bisogno di rivolgersi informalmente verso l'esterno, onde acquistare le notizie di cui ha perentorio bisogno. Nonostante la tendenza verso il monopolio dell'attività istruttoria, infatti, la necessità di cooperare con la società che la circonda è totalmente ineliminabile dalla vita dell'amministrazione. In definitiva essa non riesce ad avere conoscenza della realtà senza che coloro che sono a diretto contatto con essa la rappresentino; ed in ogni caso il rapporto con costoro conduce ad avere una visione più completa, quale è quella che risulta dalla considerazione di più angoli visuali. Ben si può dire quindi che la sua necessità è implicita nella natura stessa dell'attività amministrativa.

Cospirano dunque, in sensi inversi, la tendenza alla segretezza ed alla sua violazione, entrambe ugualmente giustificate. Ne nasce, come è naturale, una soluzione di compromesso. L'amministrazione è cioè resa arbitra della propria riservatezza, e nell'ambito di questa — sotto il suo manto protettore, si vorrebbe dire — sviluppa i contatti con l'esterno. Nella più volte denunciata assenza di disciplina procedurale, l'amministrazione entra in contatto con gli interessati « dietro la porta chiusa », come dice l'espressione americana, ovverossia con un apporto conoscitivo e con un'influenza su chi deve decidere di cui è impossibile valutare la consistenza. Può darsi cioè che l'amministrazione riceva gli interessati in regime di parità tra loro, al fine di chiedere ugualmente a tutti notizie ed informazioni; ma è anche possibile e di regola accade che « dietro la porta chiusa » il procedimento si svolga tra alcuni soggetti soltanto, di cui neppure si sa se siano o non siano qualificati. Le conseguenze sono palesi. La valutazione di tutti gli interessi, — di tutti gli elementi di fatto necessari a qualificare quegli interessi in relazione alla legge da applicare — anziché trarre obiettività dal riferimento alla realtà che le molteplici rappresentazioni degli interessati rendono sicura, si subiettivizza sempre di più, nel senso che persino il dato fornito agli uffici per la

loro valutazione è privo di certezza, suggerito di nascosto, senza contraddittorio.

Avvenimenti di questo genere sfuggono a qualsiasi controllo ed è inutile dire quale gravissimo danno arrechino ad un rapporto chiaro e sicuro tra pubblica amministrazione e comunità. Soltanto due conseguenze dovrebbero essere brevemente puntualizzate. La mancanza di ogni pubblicità fa sì che l'azione degli interessati ai procedimenti amministrativi divenga estremamente insidiosa, in quanto è impossibile sapere come, dove, quando si svolgerà. In altre parole, viene esaltata la possibilità dell'incontrollato sottogoverno, malattia endemica di tutte le amministrazioni che, superate le dimensioni di una gestione « familiare » (come le presuppone un regime fortemente gerarchico) non si vogliono adeguare alle esigenze della comunità che governano.

Ma accanto a questo tipo di conseguenza della chiusura dell'amministrazione — che inserisce nel suo funzionamento elementi ancora più incontrollabili di quanto non sia già in linea di principio lo svolgimento riservato della funzione amministrativa — un'altra se ne deve porre in luce: e cioè che l'essere al centro di complessi giochi di interessi variamente organizzati fa sì che l'amministrazione acquisti una possibilità di manovra tra i confliggenti interessi che si risolve, chiaramente, nell'assunzione da parte sua di un enorme potere *extra ordinem*, legato cioè non allo svolgimento della sua funzione di gestione e cura degli interessi pubblici, ma alla posizione di arbitro che può assumere tra interessi privati legati e subordinati ad essa non perché privati, ma perché costretti ad esprimersi nel silenzio e quasi clandestinamente. L'autorità cioè, nell'amministrare, può rendere « favori »: e chiaramente questa possibilità, per il principio di giustizia distributiva che reca con sé, è in grado di tacitare eventuali opposizioni e quindi di rinsaldare il sistema di potere — di incontrollato potere — dell'amministrazione.

Capitolo IV

I PROBLEMI TRADIZIONALI DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

a) L'atto ed il procedimento amministrativo

Sommario: 17. L'atto amministrativo ed il problema della sua formazione. — 18. Il procedimento amministrativo: *a*) le origini; *b*) l'esperienza austriaca; *c*) l'esperienza U.S.A. — 19. La dottrina italiana: *a*) il procedimento come atto complesso; *b*) il procedimento come fenomeno tipico.

17. - *L'atto amministrativo ed il problema della sua formazione.*

Si era detto (v. *retro*, n. 12) che dalla mancanza di disciplina del momento essenziale, in cui l'amministrazione, con il proprio « atto », determina la portata concreta della legge, deriva l'impostazione tradizionalmente data ai problemi relativi alla sua attività: che sono quelli dell'atto e del procedimento amministrativo, della discrezionalità e della giustizia.

Primo e fondamentale è certo quello dell'atto e del procedimento. Ogni manuale di diritto amministrativo dedica vasta parte a questi temi. Le meno recenti trattazioni hanno decine e decine di pagine in cui si ricerca una definizione dell'atto amministrativo e la si illustra. Oggi questi concetti generalissimi sono maggiormente acquisiti (anche perché in sostanza è stata abbandonata la metodologia che imponeva questo tipo di ricerche); si susseguono comunque classificazioni, sistemazioni, definizioni, rivolte a mettere in luce che cosa sia mai questo « atto amministrativo », come si atteggi, quali caratteristiche abbia. Si dice così che esso è una manifestazione autoritaria di volontà, di scienza o di altro, posta in essere dalla pubblica amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni; che nell'ambito di questo

generalissimo concetto si dovrebbero individuare vari tipi di atto, con diversi caratteri ed effetti; tra essi spiccherebbe il c. d. provvedimento amministrativo, al quale è riservata la capacità di incidere in situazioni giuridiche soggettive, modificandole, creandole, estinguendole. Si indagano poi i caratteri propri di questi atti e provvedimenti, e si cerca di fissare il loro regime giuridico: debbono essere tipici, si dice, e nominati, nel senso cioè che la pubblica amministrazione non li può creare *ad libitum*, ma deve rimanere nello schema di essi che la legge ne traccia — il tipo appunto —, e li può utilizzare solo per il fine in vista del quale sono stati posti a sua disposizione, e non per altri: non potrebbe così, ad es., usare l'espropriazione per fini fiscali o il provvedimento disciplinare per esprimere *a priori* un giudizio di inidoneità nei confronti di un dipendente che aspira alla promozione. Il discorso continua con l'esame di una serie di altri aspetti degli atti, che vanno dal modo in cui la « volontà » delle pubbliche amministrazioni si atteggia in essi (atti collegiali, di concerto etc.), alle loro forme, a certi loro contenuti tipici (concessioni, autorizzazioni etc.).

Nello stesso ordine concettuale, viene studiato il procedimento. Nella più vasta trattazione che se ne è fatta in tempi recenti (il secondo volume del *Diritto amministrativo* di Giannini, del 1970), premessa una disamina sui modi tipici in cui il procedimento si articola — in fasi, ad es., dall'iniziativa all'istruttoria ed alla decisione — e sull'incidenza che ciascuna di esse ha rispetto al giudizio che la pubblica amministrazione si deve formare, si traccia un quadro di una serie di procedimenti, tipici anch'essi: dichiarativi, autorizzatori, concessori, ablatori, di secondo grado etc. Qui addirittura, anzi, i modi di essere tipici dei provvedimenti — espropriazioni, autorizzazioni etc. — vengono trasferiti sul piano procedimentale, anch'esso eretto così a tipicità.

Bisogna apertamente riconoscere che così, in definitiva, si rappresenta la realtà solo sotto un profilo formale e forse mai sostanziale. Certamente cioè il termine « atto di concerto », ad es., descrive un unico atto posto in essere grazie al concorrere di due o più diversi ministeri, nei quali si forma una volontà di ugual contenuto in ordine a tale atto; ma altrettanto certamente questo concetto descrive soltanto il modo esteriore in cui, in molti casi, le varie leggi prescrivono che si adottino gli atti amministrativi dello Stato, senza dire — né

poter dire — alcunché neppure in ordine alle ragioni per cui in certi casi il concerto è disposto. Talvolta, poi, il profilo sostanziale degli atti è addirittura coperto da quello formale, per raggiungere così una fittizia unità. Tipico è il caso delle c. d. concessioni — atti con cui l'amministrazione conferisce al cittadino qualche cosa che egli prima non aveva. Portano questo nome le concessioni edilizie, di suolo pubblico, di cittadinanza, di derivazione di acque pubbliche, di onorificenza, etc. etc.: chiaramente ognuna di esse costituisce un mondo a sé, in termini giuridici ed economici, nessun rapporto potendo sussistere tra la concessione di un titolo di cavaliere e di gestione del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani.

Questa astrattezza, e quindi questa mancanza di riferimento ad una realtà esattamente individuata, raggiunge il massimo livello quando si parla, in generale, di atti e di provvedimenti amministrativi: dei quali, come si è accennato, si dice che incidono autoritariamente in situazioni giuridiche dei terzi, creandole, modificandole, estinguendole. In questo modo, quindi, tanto la concessione di un suolo pubblico, quanto l'espropriazione di un suolo privato, vengono condotte ad unità, sotto il profilo che in entrambi i casi si incide in situazioni di terzi, una volta creando diritti, e l'altra sopprimendoli. Con questo però si trascurano due punti essenziali. In primo luogo non si considera che nella realtà delle cose è ben diversa la situazione di chi ottiene la concessione di cittadinanza o di gestione di un servizio pubblico e di chi invece subisce l'espropriazione o viene promosso. Queste oggettive diversità vengono annullate — letteralmente azzerate — con il concetto di modifica di situazioni giuridiche soggettive: ma non è chi non veda che la vita, la società e quindi il diritto constano di « atti » di mille tipi, non già di inerti e quasi asettiche « modifiche di situazioni giuridiche ».

In secondo luogo, non si considera che se, con ogni suo agire, l'amministrazione in qualche modo non influisce sui terzi e sulle loro posizioni giuridiche, mestier non era amministrare: in effetti, il verbale della Guardia di finanza « amministra » — ed incide nella posizione dei terzi — quanto l'ingiunzione dell'ufficio fiscale, adottata sul presupposto del verbale; l'ordinanza di sospensione dei lavori, quanto il verbale dei vigili che accerta la violazione delle norme urbanistiche. Naturalmente si amministra ed incide nelle posizioni dei terzi

in modi diversi, profondamente diversi, perché diverse sono situazioni, esigenze, competenze; tutti questi « atti » comunque incidono nelle posizioni dei terzi, perché ciascuno cospira, con gli altri, verso un risultato comune, che è l'amministrare un certo settore della vita associata, attribuito alla competenza dell'apparato amministrativo.

Per rendersi conto delle ragioni di questa astrattezza, che ha portato la dottrina ad enucleare alcuni momenti dell'agire amministrativo in cui si perfeziona la modifica delle situazioni giuridiche soggettive (appunto gli atti ed i provvedimenti), trascurando quindi il problema sostanziale, di come si agisce, con quale qualità, e con quali regole dell'azione, sono necessari due ordini di considerazioni.

Anzitutto si deve considerare che il concetto di atto amministrativo ha un'origine culta. Esso sorse cioè nell'ambito di quel metodo di indagine giuridica, legato all'idea della codificazione del diritto civile, che prende il nome di pandettistica. Con un incredibile sforzo di astrazione, gli istituti del diritto civile erano stati analizzati e scomposti nelle loro componenti logiche e formali. Erano state enucleate ed individuate le « situazioni giuridiche » facenti capo al soggetto che partecipava al rapporto, che quindi aveva « diritti », « poteri », « aspettative », « facoltà », « diritti potestativi », « doveri », « obblighi di soggezione » etc. etc. Analogamente erano stati scarnificati gli strumenti attraverso cui si svolgeva la vita giuridica, ravvisando in essi « fatti giuridici », « atti giuridici », « negozi » etc. etc. Il contratto di compravendita, insomma, che trasferiva un bene del venditore al compratore contro pagamento del prezzo, consentiva la seguente analisi: con un « atto giuridico bilaterale », classificabile come « negozio giuridico », si crea in capo al compratore il « diritto soggettivo » al conseguimento del bene ed in capo al venditore al conseguimento del prezzo, con una quantità straordinaria di « facoltà », « aspettative » e « diritti », collegati alle situazioni giuridiche fondamentali.

Quando, così, nel periodo culminato in Italia con la legge del 20 marzo 1865, n. 2248, all. *E* e poi con la legge sul Consiglio di Stato, la pubblica amministrazione venne portata di fronte ai giudici, nessun altro strumento meglio del concetto privatistico di « atto giuridico » poteva servire per descrivere, e addirittura individuare, ciò che essa aveva fatto e di cui ci si poteva dolere: fossero concessioni di

cittadinanza o di aree cimiteriali, espropriazioni o divieti di importazione, sempre « atti giuridici » dell'amministrazione erano: e contro questi suoi atti giuridici, atti amministrativi, sempre ci si poteva dolere e difendere, come nei confronti di chiunque avesse, appunto, posto in essere « atti giuridici » (1).

L'atto amministrativo, con la sua astrattezza, è dunque figlio di questo singolare incrocio, tra la teoria pura del diritto privato e le nuove aspirazioni costituzionali, che miravano a portare di fronte al giudice l'amministrazione per ciò che essa aveva fatto — per i suoi « atti », appunto. L'idea dell'atto amministrativo nacque, si può dunque precisare, negli ordinamenti dell'Europa continentale dalla famosa divisione dei poteri e dall'introduzione dello Stato di diritto, in cui valse ad individuare il tipico modo in cui il potere esecutivo dello Stato partecipava alla vita della nazione: il modo cioè in cui, secondo la concettuologia che si seguiva, « voleva » in essa.

Tale origine, riconosciuta dai classici, è stata recentemente negata (2) dicendo che la tripartizione dei poteri ed il principio dello Stato di diritto non potevano giustificare *ex se* la creazione della categoria « atto amministrativo », come dimostrerebbe l'esempio della Gran Bretagna, in cui questi principi non avevano mai dato vita alla categoria degli « atti amministrativi ». I principi suddetti avrebbero operato soltanto come « l'occasione che portò alla soglia di coscienza dei giuristi l'atto amministrativo », che per altro « già esisteva nel diritto positivo allo stato criptico ».

Ma non è questo il punto. Fondamentale è che, se davvero la problematica dell'atto amministrativo preesisteva allo Stato di diritto « allo stato criptico », lo Stato di diritto la abbia rivelata e la dottrina abbia potuto ereditare dallo Stato c. d. assoluto questo strumento interpretativo. Per i classici insomma — da Laband a O. Mayer,

(1) È oggi veramente incredibile lo sforzo dei vecchi manuali per stabilire il collegamento tra i principi del diritto privato sugli atti giuridici ed i loro elementi e gli atti amministrativi. V. per tutti CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, 1918 (ora Padova, 1960, con note a cura di MIELE). V. per altro SALANDRA, *Diritto amministrativo*, con un'impostazione assai più moderna.

(2) GIANNINI, *Atto amministrativo*, voce dell'*Enc. del dir.*, cit., pp. 157, 159.

a W. Jellinek fino ai più recenti studiosi — l'idea che l'amministrazione provvedesse unilateralmente si conciliava perfettamente tanto con l'idea dello Stato di diritto quanto con l'avvenuta conquista che si credeva ne avesse fatto il popolo. Anche nella dottrina dello Stato di diritto è cioè sempre presente, come realtà della quale non si dubita, la posizione unilaterale di potere dello Stato in generale, della pubblica amministrazione in particolare, verso il cittadino, in forza della quale si prevale sulla sua « volontà », o se ne affievoliscono o degradano le situazioni giuridiche, non solo di « diritto soggettivo », ma anche, secondo quanto si afferma in taluni recenti studi, di « interesse legittimo », riducendole a situazioni « strumentali », che permettono di chiedere la tutela giurisdizionale di annullamento. La estraneità di Stato e cittadino, cioè, si è riflessa nella teoria e nella pratica dell'atto amministrativo e per questa via è giunta fino ai nostri giorni.

Ma non vi è dubbio che nell'esasperazione del profilo autoritario degli atti amministrativi si annidi una singolare contraddizione. Affermata cioè la libertà come valore fondamentale, che determina il modo di essere della collettività, non vi è possibilità di giustificare l'attribuzione di uno strumento così autoritario all'apparato statale, così radicalmente contrapponendo le esigenze collettive a quelle individuali: non vi possono essere esigenze collettive nelle quali il singolo possa non ritrovare, sia pur mediatamente, anche un'esigenza sua (3). L'autorità come puro comando può costituire cioè solo una *extrema ratio*. La contrapposizione tra privato e collettivo può darsi, solo eliminando dalla concezione dell'interesse privato qualunque profilo, si potrebbe dire, pubblicistico; ma proprio questo è inammissibile, perché l'individuo non è mai solo, ed anzi dalla pluralità degli uomini nasce la stessa possibilità e ragione di un « suo » diritto (4). Tutto questo è

(3) Cfr. per riferimenti su questo punto il già cit. CAPOGRASSI, *Considerazioni sullo Stato* (in *Opere*, III, p. 365).

(4) Cfr. ad es. FLEINER, *op. loc. cit.*, nel senso che il diritto soggettivo sia una realizzazione, in forma individualista, del risultato voluto dalla legge: è legittimo domandarsi a questo punto che cosa sia la soggettività. Cfr. anche CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo*, voce dell'*Enc. del dir.*, XII, 1964, p. 659 seg., *passim*, ad es. p. 687, sull'unità di soggettività ed obiettività e sul loro reciproco convertirsi. Tutta la *voce* va attentamente meditata; ma è evidente-

ben noto al diritto privato: tutte le volte in cui l'interesse privato è stato studiato, pur in sé e per sé, non si è mai dubitato del rilievo spettante nell'ambito di esso al concorso di interessi collettivi. Si pensi all'antichissimo divieto di atti emulativi ([5]); si pensi alle limitazioni della proprietà privata per ragioni pubblicistiche, che si considerano sempre, allorquando si parla di proprietà ([6]), ma sembra si dimentichino quando si parla di atti amministrativi che incidono nella proprietà ([7]); si pensi al principio della solidarietà, affermato genericamente nella Costituzione, ma ora applicato anche nel campo specifico del diritto civile ([8]), con tutti i limiti attivi e passivi che porta ai diritti individuali, astrattamente intesi. Si consideri addirittura che le moderne dottrine del diritto soggettivo hanno sempre accompagnato alla considerazione dell'elemento soggettivo (« signoria della volontà » etc.) la limitazione costituita da questa tutela « concessa » dall'ordinamento ([9]) quindi previo il riconoscimento che esso ne era meritevole: il rapporto con l'interesse pubblico non potrebbe essere più chiaro. Ora — singolare vicenda — tutto questo, così ben cono-

mente impossibile fermarsi qui sul problema. Cfr. soltanto ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, p. 149 seg. e BARBERO, *Diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, c. 1.

([5]) Cfr. ASTUTI, *Atto emulativo (diritto intermedio)*, voce dell'*Enc. del dir.*, IV, 1959, p. 29, spec. p. 31.

([6]) Basti pensare ai piani regolatori ed ai regolamenti edilizi comunali che incidono in maniera determinante nel contenuto del diritto.

([7]) Mentre in realtà hanno portata tale che determinano la giurisdizione del giudice amministrativo. È coerente con la concezione più rigorosa dei diritti soggettivi CANNADA BARTOLI, quando propone il proprio criterio di distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi, ai fini della ripartizione delle competenze tra giudice ordinario ed amministrativo (cfr. *La tutela giudiziaria del cittadino contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1964, tutto il cap. II, p. 79 seg.). Si è più inclini a condividere la tesi di PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., II, p. 238, dove equipara le situazioni soggettive dei privati di fronte all'amministrazione nel caso di provvedimenti concessori, autorizzatori ed ablatori: anche la proprietà, dunque, partecipa del rapporto di soggezione delle figure soggettive private.

([8]) Per tutti RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1965, *passim*.

([9]) Per la critica di questo concetto di « concessione di tutela » cfr. CESARINI SFORZA, *op. loc. cit.* Per una rassegna di concezioni e definizioni del diritto soggettivo, cfr. ORESTANO, *op. loc. cit.*

sciuto nell'ambito puramente interprivato, sembra sia stato dimenticato nel momento in cui il privato diviene davvero elemento di un più vasto quadro, cioè si confonde e si trasforma nel pubblico; il coordinamento tra interesse puramente egoistico del singolo ed interesse pubblico (così inteso, anche esso parimenti egoistico) è stato perso di vista. Di qui la loro contrapposizione, cioè il conflitto di autorità e libertà, tra autorità di ciò che è pubblico e libertà di ciò che è privato.

Nasce di qui, come si accennava (*retro*, n. 11) l'impostazione in termini formali dei problemi dell'atto amministrativo. Estraneo il cittadino allo Stato, assicurata la sua libertà dalla legge, tutto il problema si ridusse a quello dei rapporti tra la legge e l'atto amministrativo — o tra l'atto amministrativo e la legge: atto che si forma secondo la legge, che ha gli effetti voluti dalla legge, che esprime la discrezionalità nei limiti fissati dalla legge. Si vedrà subito a quali punti morti abbia condotto questa impostazione.

18. - *Il procedimento amministrativo.*

a) *Le origini.*

La dottrina sul procedimento amministrativo può essere ripartita in tre periodi. Il primo potrebbe essere definito come fase dell'indistinzione e dell'irrilevanza del procedimento amministrativo: da un lato infatti non si dava peso al fatto che nell'ambito della pubblica amministrazione ogni atto si forma e viene ad espressione secondo una procedura, nella quale si formulano pareri, si stipulano accordi, si compiono accertamenti ([10]); dall'altro viceversa il termine « procedura, procedimento » veniva usato, con riguardo all'amministrazione, per trattare del sindacato giurisdizionale sui suoi atti ([11]).

([10]) Si consideri ad es. la « partizione della materia » delle espropriazioni di MEUCCI, *Instituzioni*, cit., p. 549: premesso che la si può riguardare da un punto di vista sostanziale (essendo una vendita in cui il consenso è supplito dalla legge, può essere studiata nella causa, che tale consenso supplisce e nell'obbietto, cioè cosa e prezzo) o formale (cioè sotto il profilo del procedimento), Meucci dice che tratterà l'istituto sotto il profilo sostanziale e non formale, benché questo sia quello più ragionevole e seguito dalla legge, « come più razionale e conforme al nostro istituto ».

([11]) Ancora ad es. MEUCCI, *op. cit.*, pp. 96 seg. e 109 seg., sui conflitti.

Questo sembra certo singolare ai nostri occhi; si spiega però ricordando che nell'epoca della quale si parla l'attività amministrativa era considerata retta da norme interne, non costituenti diritto (in quanto non stabilivano rapporti giuridici [12]), immeritevole quindi di giuridica considerazione [13]. Sempre ai nostri occhi sembra però naturale che si arrivasse ad un superamento di questa indifferenza verso l'attività amministrativa « interna »: ed in effetti già nello scrittore che aveva negato sostanzialmente ogni rilievo all'aspetto procedimentale dell'attività amministrativa [14] si trova un ultimo capitolo dedicato alle forme del diritto amministrativo, che comincia con queste parole: « Il complesso delle norme del diritto pubblico che regola i modi di azione dell'amministrazione costituisce il diritto delle forme amministrative. Ogni norma essendo un diritto, la forma, regolata da norme è anch'essa un diritto, e non dicesi formale se non per relazione ad un altro diritto o rapporto giuridico, cui accede come forma a materia, come accessorio a principale. Nel suo contenuto la forma è un atto amministrativo, che accede ad un altro, di cui è garanzia, determinazione o modalità ». Aggiunge che, scomparsa con l'introduzione della giurisdizione amministrativa una trattazione delle forme amministrative come proprie del contenzioso amministrativo, questa va fatta sotto il profilo « di modalità dell'azione amministrativa », che « non si può scompagnare dal diritto materiale, se non astraendola in una parte generale, come nel sistema che noi seguiamo ». « In questo senso una trattazione generale delle forme fu inusitata sinora, se se ne eccettua un cenno del Manna. Noi la crediamo una necessità per la logica e non cosa indifferente per lo sviluppo scientifico del

(12) Per tutti LABAND, *Staatsrecht*, cit., II, pp. 180 seg. e 198. Laband distingue tra *Rechtsverordnungen* e *Verwaltungsverordnungen*. In generale, nelle trattazioni questi profili dell'attività vengono trattati separatamente da quelli attinenti alla disciplina sostanziale degli atti. Laband ad es. (p. 190 seg.) distingue tra *Verfügungen* ed altri atti, da un lato, ordini di servizio dall'altro, che coordinano l'azione dei funzionari, senza porre un collegamento tra gli uni e gli altri. Cfr. anche ad es. O. MAYER, *D. Verwaltungsrecht*, cit., p. 92 seg., v. però p. 122, a proposito del *Rechtsschutz* e delle sue forme negli affari amministrativi; MEUCCI, *Instituzioni*, pp. 76 seg. e 146 seg.

(13) MEUCCI, *op. cit.*, p. 549, considera ad es. puramente interna la dichiarazione di pubblica utilità nell'espropriazione.

(14) *Instituzioni*, cit., p. 601 seg.

diritto amministrativo. Nel diritto amministrativo l'impero delle forme è più largo per la special natura del soggetto operante, che è l'ente il quale non manifesta la volontà e non esplica l'azione sua se non per congegni formali, anzi non opera e non afferma la sua esistenza, né è capace, se non per la rappresentanza e nelle forme determinate da legge ». Se anche poi le forme nel pensiero di Meucci comprendevano cose assolutamente eterogenee, cioè tanto i modi di essere e manifestarsi degli atti quanto i modi, le fasi attraverso cui un atto viene a compimento, pure il primo passo verso il superamento dell'irrilevanza dell'attività interna era compiuto.

b) *L'esperienza austriaca.*

Si vedrà subito come per questa via dell'analisi formale dell'atto amministrativo si sia incamminata la dottrina italiana. Prima di esaminarne gli aspetti più salienti, occorre però fermarsi brevemente su un modo completamente diverso, opposto anzi, di affrontare il procedimento amministrativo, in chiave cioè giurisdizionale o quasi giurisdizionale [15]. Esso si biparte in due filoni, austriaco ed americano.

Non è facile definirne esattamente i termini. Il primo approccio è naturalmente quello offerto dall'impostazione normativistica del problema degli atti dello Stato: come, si può dire, è atto di esecuzione della legge la sentenza, così nel fondo è anche atto di esecuzione il provvedimento amministrativo (pur se poi se ne distingue per un maggior contenuto di creatività suo proprio) [16]; con la conseguenza che dovendosi attuare — e imporre — in entrambi i casi una norma nei confronti dei privati, è ragionavole fare ricorso allo stesso tipo di garanzie giuridiche per coloro, nei cui confronti la norma deve essere attuata. Prima tra queste è il contraddittorio con la pubblica amministrazione [17].

(15) Su questo v. con notevole acutezza PASTORI, *La procedura amministrativa, Introduzione generale*, in *La procedura amministrativa* (edito dall'ISAP, a cura di PASTORI), Vicenza, 1964, p. 16 seg.

(16) Ad es. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, 1952, p. 260; *Dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1966, p. 262.

(17) Un accenno è in O. MAYER, *op. cit.*, p. 122; KELSEN, *Teoria generale*, cit., p. 283; PASTORI, *op. loc. cit.*

Tale prospettiva, da cui ci si pone, presta il fianco a più critiche. Anzitutto si può osservare che in essa lo Stato rimane « autorità », staccato — si vorrebbe dire quasi per definizione — dalla comunità e che gli si impongono semplicemente modi di azione, atti a garantirne l'obiettività e l'imparzialità. La sua straniazione dalla comunità appare anzi portata al massimo livello, perché si cerca di farlo agire come giudice, nascondendo sotto una esaltazione della sua capacità di essere astratto e gelido applicatore di ugualmente gelide ed astratte norme la realtà di uno Stato che per tradizione esercita compiti « suoi » e non può quindi essere che « parte ». Questa pregiudiziale di fondo rende scettici sul reale valore che può avere un contraddittorio tra due parti, quando una di esse è chiamata a decidere. Essa fa quindi dubitare che sia davvero ragionevole voler applicare al procedimento amministrativo gli istituti nati nel processo civile ([18]), per realizzare il contraddittorio in tutti i suoi aspetti (ad es. la cosa giudicata delle pronunce emanate in seguito ad esso, che altro non sono che i provvedimenti, atti quindi di « parte »), ove proprio la realtà del contraddittorio appare mal certa. Si può quindi dire che in fondo, forse, nel procedimento austriaco sono stati introdotti più nomi, norme, problemi che reali esperienze e risultati derivati dal modello del processo civile, per una diversità di situazioni di partenza che non si può cancellare con espedienti nominalistici o con applicazioni di teorie generali del diritto e dello Stato: alla base di tutto si può dire che in realtà è assai dubbio — fuor della grigia teoria e nella verde realtà — che atto amministrativo e sentenza siano proprio la stessa cosa.

c) *L'esperienza U.S.A.*

Il secondo approccio all'interpretazione in termini giurisdizionali del procedimento amministrativo è offerto invece dall'esperienza di tipo americano. Qui il punto di partenza è nel senso che la comunità sia completamente capace di autoregolarsi e che quindi lo Stato non abbia ragione di occuparsi di essa. Ove un suo intervento si renda necessario, questo deve considerarsi come *extra ordinem* ed aberrante;

([18]) Ad es. HERRNRITT, *Das österreichische Administrativ Verfahren*, che sembra un autentico manuale di diritto processuale civile.

poiché deriva da situazioni di squilibrio derivanti dal comportamento di singoli (come si è detto sopra, n. 1, in America questi interventi cominciarono per la necessità di porre freni alle imprese ferroviarie che commettevano gravi abusi nei confronti degli utenti) ([19]), si svolge anche come intervento nei loro confronti: ad essi quindi deve essere data la possibilità di difendersi. Si è infatti di fronte ad una aggressione nei loro diritti. Questa difesa si realizza mediante una struttura sostanzialmente giurisdizionale data al procedimento ([20]).

Non c'è bisogno di sottolineare la differenza tra l'impostazione austriaca e quella americana del problema. In Austria, la realtà è la presenza dello Stato, alla cui azione si apportano limiti, frutto di considerazioni di teoria generale; in America la realtà è l'assenza dello Stato, il cui apparire viene quindi disciplinato, in maniera da garantire e tutelare tutti coloro nei cui confronti deve operare. Il punto di contatto tra i due sistemi è solo il meccanismo concreto cui l'uno e l'altro hanno fatto ricorso, una struttura del procedimento contraddittoria, « quasi-judicial », come viene definita. Ma nulla di più, perché l'uno e l'altro apparato vanno visti nella prospettiva storica in cui si collocano e queste prospettive sono ancorate l'una ad una premessa di teoria generale, l'altra ad una premessa pratica, di funzionamento dell'apparato burocratico.

Ne deriva una importante conseguenza. Essa è che mentre il

([19]) Cfr. LANDIS, *The administrative process*, New Haven, 1938, p. 9 seg., sulla Interstate Commerce Commission (ICC).

([20]) Sulle vicende dell'evoluzione del procedimento amministrativo degli U.S.A. cfr. fondamentalmente W. GELLHORN, *The federal administrative proceedings*, Baltimora, 1941, p. 41 seg., il quale descrive sia l'evoluzione del problema del funzionamento delle *Agencies* verso la sua soluzione in termini giurisdizionali, sia il superamento di questa. Cfr. anche P. WOLL, *Administrative law. The Informal process*, Berkeley and Los Angeles, 1963, cit., pp. 15 seg. e 21 seg., e con un notevole inquadramento storico LANDIS, *The administrative process*, cit. Il punto specifico della struttura giudiziale del procedimento e del suo valore dal punto di vista costituzionalistico è incredibilmente controverso. Per un esame della questione in termini realistici e quindi all'infuori del mito della tripartizione dei poteri (che si riteneva violata) cfr. J. A. G. GRIFFITH & STREET, *Principles of administrative Law*, London, 1967, p. 142 seg. Tra gli altri scrittori, cfr. ad es., per la situazione polemica in cui si inserisce, COMMONS jr., *Representative Advisory Committees in Labour Law Administration*, in *19 American Labour Law Legislation Review*, 1929, pp. 331 e 335.

sistema austriaco trova i limiti entro cui può svilupparsi nella premessa teorica dell'equiparazione tra sentenza ed atto amministrativo ed in quella storica di un certo tipo di stato autoritario, il sistema americano è invece condizionato esclusivamente dalle esigenze pratiche cui deve sopperire: esso si sottrae a qualunque condizionamento teorico ed aprioristico ([21]) (quanto meno ne ha la possibilità) e può quindi continuamente plasmarsi e rendersi aderente a nuove esigenze della realtà ([22]). Questo in effetti è avvenuto, proprio con il superamento delle procedure formali, di stampo giudiziale, mentre in Austria sono rimasti in piedi (come nel resto dell'Europa continentale) gli schemi dipendenti da una concezione autoritaria e carismatica dello Stato — e soprattutto da una storia così imposta.

Tutto questo non deve però far dimenticare il valore storico dell'esperienza austriaca. Nell'ambito di una certa tradizione intorno allo Stato, essa mostra il tentativo di staccare la formazione dell'atto amministrativo dall'intimo dell'autorità, per restituirla ai suoi veri soggetti, ai suoi veri autori, che sono stati visti nelle parti, cioè negli interessati all'atto. Questo è, come si comprende, importantissimo, perché costituisce il primo tentativo compiuto verso una obiettiva-

([21]) Esplicitamente in tal senso, sulla struttura che deve avere un ufficio amministrativo al quale siano affidati compiti di governo di un settore industriale, LANDIS, *The administrative process*, cit., p. 11 segg. Ma è importante osservare che l'attuale evoluzione della procedura amministrativa americana è stata vivacemente avversata in base al preconcetto teorico che solo la procedura di tipo giudiziario, cioè formale, fosse adatta ad un regime amministrativo fondato da un lato sulla idea del *laissez faire* e dall'altro sulla tripartizione dei poteri: cfr. ad es. P. WOLL, *The informal process*, cit., p. 15 seg., che riferisce le reazioni dell'American Bar Association ad un progetto di riforma, in cui il procedimento era reso più semplice ed adatto alle concrete esigenze. Si vedano per altro le concretissime raccomandazioni fatte dall'ATTORNEY'S GENERAL, *Report on the administrative procedure of the agencies*, Washington, 1941 (doc. del Senato, 77° Congresso, I Sessione, n. 8), p. 43 seg., per lo svolgimento di procedure formali.

([22]) Cfr. LANDIS, *op. cit.*, p. 12 seg.; GELLHORN, *The federal administrative proceedings*, cit., pp. 43 seg. e 57: lo *hearing* non è altro che uno dei possibili metodi per acquistare conoscenza delle cose ed assicurare la giustizia. Va visto anche WOLL, *Administrative Law. The informal process*, cit., pp. 31 segg. e 166 segg. Sotto un angolo visuale più specifico, in quanto mira a determinare i limiti in cui è necessario consentire un *hearing* v. K. C. DAVIS, *The requirement of the opportunity to beheard*, cit. (in *Yale Law Journal*, 1942), p. 1093 segg.

zione — si vorrebbe dire, verso una vera pubblicizzazione — del procedimento amministrativo. Di fronte a questo, l'equivoco in cui si è caduti, attribuendo all'amministrazione il compito di decidere in causa propria, perde gran parte del suo peso, in quanto non si rivolge più ad una dottrina, ma investe una esperienza giuridica concreta. Come tale, questa è esperienza vera del procedimento amministrativo, della quale occorrerà tener conto, quando si tenterà di fissare i principi di una sua disciplina, nell'ambito dell'ordinamento italiano ([23]).

19. - *La dottrina italiana.*

a) *Il procedimento come « atto complesso ».*

Come si è detto, la dottrina italiana ha seguito un'altra via. Questa è consistita nello studiare le fasi dell'atto amministrativo dal punto di vista formale, « dinamico », intendendo questa espressione nel senso in cui essa è stata usata da Meucci cioè come susseguirsi di atti.

A tale proposito si devono fare alcune osservazioni. La prima è che in realtà non è esatto parlare di « formazione » dell'atto amministrativo, come oggetto dello studio della meno recente dottrina; nel concetto di formazione è compresa l'idea di qualche cosa che non è, e pian piano, in qualche modo, giunge ad esistenza; ora questo atteggiamento della dottrina nei confronti dell'analisi dell'atto amministrativo è relativamente tardo, e soprattutto — ciò che è assai significativo — costituisce una tappa, forse meglio un filone, della evoluzione dottrinale, di cui non tutti si resero conto ([24]). Il « vero » punto

([23]) Sul procedimento amministrativo contenzioso in Italia cfr. SANDULLI, *Procedimento amministrativo*, in *NNDI*, XII, p. 1021; per la valutazione di questo tipo di procedimento nell'ambito di un più generale quadro del procedimento amministrativo, cfr. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1967, *Introduzione*, a cura di Pastori.

([24]) V. questo ad es. in FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di O. Ranelletti*, 1931 (cit. da *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, 1937, p. 453 seg.), p. 468 seg. Dice Forti: « La nozione di atto complesso riguarda la parte sostanziale dell'atto (volontà), quella del procedimento si riferisce alla formazione di questa nel suo regolamento esteriore. Si pensi a provvedimenti da emanarsi su proposta di un altro organo (dello stesso soggetto) che danno vita appunto ad un atto complesso, formato da più comportamenti

di partenza fu un altro, e cioè l'analisi non della formazione dell'atto, ma dell'atto sotto il profilo dell'atteggiamento e della posizione che in esso avevano le « volontà » espresse dai vari organi intervenuti nella sua formazione ([25]). Queste « volontà » vennero proiettate tutte su uno stesso piano, e quindi viste non come atti concorrenti alla formazione di un altro atto (con il problema della autonomia di ciascuno di essi o della sua giustificazione solo in relazione all'atto finale — cioè in una prospettiva teleologica), ma come volontà autonome, ridotte ad unità da ... ([26]): come è noto, qui è difficile rispondere e precisare che cosa fosse il fattore unificante; per semplicità si può forse dire che esso consisteva nell'unità dell'effetto imputato dall'ordinamento al complesso di volontà, che costringeva la dottrina a ricercare il modo in cui le varie volontà si atteggiavano in vista dell'effetto loro unitariamente attribuito ([27]). La dottrina elaborò per questo fenomeno (cioè: per il modo in cui vedeva il concorrere di organi diversi o addirittura di enti diversi nella formazione di una volontà unitaria) la teoria del c. d. atto complesso, distinguendo questa complessità in interna ed esterna (Borsi e Romano) ([28]) o respin-

consecutivi ». V. per altro quanto poi scrive a proposito dell'autorizzazione statale ad un provvedimento comunale e dell'atto procedimento. La concezione realmente significativa del procedimento è quella in senso lato, al contrario di quello che ritiene Forti. L' incertezza sembra essere anche in BRACCI, *Dell'atto complesso in diritto amministrativo* (1927), ora edito a cura di Cantucci, Firenze, 1961, pp. 87 segg. e 110. Cfr. però con assoluta chiarezza CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, ediz. a cura di Miele, Padova, 1960, pp. 500 seg., 557 e 573, con la nozione formale di procedimento.

([25]) BRONDI, *L'atto complesso in diritto pubblico*, in *Scritti per Schupfer*, Torino, 1898, p. 5; DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, p. 26 seg.; DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Archivio giuridico*, 1903, pp. 1-105 (ora in *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, 1966, p. 387 seg.); BORSI, *L'atto amministrativo complesso*, in *Studi Senesi*, 1903, p. 1 segg.

([26]) V. però BRACCI, *Dell'atto complesso*, cit., p. 100.

([27]) Sono preziose per questa chiarificazione le pagine di FERRO - LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1966, p. 52 seg., che esamina il problema dall'interno della dottrina civilistica, inserendolo in una rigorosa prospettiva storica.

([28]) BORSI, *L'atto amministrativo complesso*, cit., p. 17 seg.; S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1901, p. 47. Dice Borsi che l'idea dell'atto complesso in diritto amministrativo corrisponde a due realtà, in rela-

gendo questa distinzione ([29]) ovvero qualificandola in termini di complessità uguale o ineguale (Donati e Borsi) ([30]), o, ancora, esigendo l'uguaglianza delle volontà (Bracci) ([31]) ed in genere variamente individuando gli atti riducibili ad unità in nome della complessità.

Si potrebbero fare molte osservazioni su questa dottrina, il cui elevato grado di astrattezza la rende oggi così estranea e faticosa: queste non sono però essenziali in questa sede ([32]). Sono più che sufficienti due rilievi. Da un lato si deve osservare che la dottrina dell'atto complesso, nel senso di atto, formato da più volontà ridotte ad unità dalla identità di contenuto o da altri elementi, si è spinta abbastanza avanti negli anni, quantomeno fino alla *Validità degli atti amministrativi* di De Valles ([33]); De Valles critica il concetto di atto complesso, e dice che vi si ricomprendono troppe cose eterogenee; ma poi nella sostanza la sua sistemazione dei modi in cui le volontà possono manifestarsi nell'atto amministrativo ripete la impostazione classica della teoria dell'atto complesso ([34]). Dall'altro, viceversa, va osservato che essa è stata abbandonata insensibilmente, quasi senza accorgersi che, via via che diverse soluzioni venivano prospettate, in realtà non si suggerivano modifiche o emendamenti nell'ambito della dottrina tradizionale ([35]), ma se ne rovesciavano letteralmente i presup-

zione al modo in cui si forma (complessità interna) ed all'efficacia giuridica dell'atto (complessità esterna). Nella complessità interna la persona giuridica appare come soggetto unico, in quella esterna i soggetti sono più.

([29]) DONATI, *Atto complesso*, cit., p. 398 seg., nota 4.

([30]) DONATI, *op. cit.*, p. 394 sg.; BORSI, *op. cit.*, p. 47 seg. BRONDI, *op. cit.*, invece parla di « dichiarazioni unitarie di volontà comune », quindi equiparando le dichiarazioni stesse (*L'atto complesso*, cit., p. 48).

([31]) BRACCI, *Dell'atto complesso*, cit., p. 107. Su questi temi si devono sempre tenere presenti le pagine di SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., *Introduzione*.

([32]) È sufficiente rinviare a MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1933, III, c. 380, ed a SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., *passim*, spec. p. 196 seg.; FERRO - LUZZI, *I contratti associativi*, cit., cap. III.

([33]) Roma, 1917, p. 33 segg.

([34]) *Op. cit.*, p. 26 seg., per l'impostazione del problema; cfr. anche p. 35 seg.

([35]) Come quando ad es. si cercava di stabilire quali fossero i rapporti tra atto complesso e procedimento.

posti: al punto che questo rovesciamento cominciò addirittura nel momento in cui fiorivano le polemiche sull'atto complesso del diritto amministrativo, senza che di ciò si avesse coscienza. Prese l'avvio forse con Cammeo che nel *Corso* adottava il termine di « operazione amministrativa » ([36]), di origine francese, per esprimere il concorso di più volontà nella formazione dell'atto amministrativo; ma continuò con altri autori, avviando così la discussione dall'atto complesso — cioè dalla pluralità di volontà — alla « operazione amministrativa » e al procedimento, cioè al formarsi della volontà. L'atto complesso certamente rimase in piedi e se ne cercarono i punti di contatto o di differenziazione rispetto ai procedimenti amministrativi ([37]); ma quel che importa rilevare è che, in questo modo, l'angolo visuale venne spostato, permettendo così alla dottrina di iniziare l'indagine sull'atto amministrativo dal suo interno, cioè nella fase della vita amministrativa preliminare alla « manifestazione della volontà ». Si creò così il concetto di « atto procedimento » (Forti) ([38]); si precisò che il procedimento si distingueva dagli atti complessi per la mancanza di omogeneità tra gli atti che lo componevano (Miele) ([39]); o perché in esso « i singoli atti agiscono in rapporto all'atto finale come fatti », così che « non le singole volontà si considerano, ma gli effetti che da queste sono prodotti » ([40]); si affacciarono le prime sistemazioni del procedimento amministrativo in quanto tale ([41]): tutto ciò preludeva alla definitiva chiarificazione del problema, cioè alla risoluta affermazione che una cosa sono gli atti, comunque questi vengano considerati e qualificati — complessi, collettivi, accordi, contratti, atti-procedimento — ed un'altra, completamente diversa, i procedimenti: di natura sostanziale i primi, di natura formale i secondi, attinenti cioè gli uni al negozio (alla qualificazione di una fattispecie negoziale), alla formazione di una fattispecie gli altri ([42]). Il merito di questa chiarificazione che ha veramente posta una pietra miliare nella scienza del diritto amministrativo, spetta, come è noto, a Sandulli ([43]).

([36]) Cfr. *Corso*, cit., p. 502, nota 1. V. anche De Valles, *Validità*, cit., p. 23 seg.; Bracci, *Dell'atto complesso*, cit., p. 109, nota 49; Sandulli, *Procedimento*, cit., p. 28, attribuisce carattere sostanziale alla nozione, quindi criticandola. Questo, almeno per Cammeo e per Bracci non sembra però esatto: cfr. *Corso*, cit., p. 500 seg.; *Dell'atto complesso*, cit., pp. 109 e 110.

([37]) Per tutti Bracci, *op. cit.*, p. 111 seg.

([38]) Forti, *op. cit.*, p. 467.

([39]) Miele, *Alcune osservazioni*, cit. (in *Foro it.*, 1933, III, 380).

([40]) Bracci, *Dell'atto complesso*, cit., p. 109.

([41]) Fondamentale Cammeo, *Corso*, cit., pp. 500 seg. e 557; ma anche Ranelletti, *Le guarentigie della giustizia nella publica amministrazione*, Milano, 1934, p. 117 (la prima edizione è del 1921-1924); Lucifredi, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milano, 1941, p. 135 seg.

b) *Il procedimento come fenomeno tipico.*

Sandulli dice in sostanza questo: che non si possono considerare come due entità uguali o almeno commensurabili procedimento ed atto complesso, perché il procedimento vale a designare « lo svolgersi di un fenomeno verso la sua conclusione » e quindi individua non « la serie di fatti che nel corso di tale svolgimento trovano la loro concretizzazione », quanto piuttosto il modo del loro svolgersi ([44]). Si tratta quindi di vedere attraverso quali momenti o fasi si passi nelle varie ipotesi concrete di attività amministrativa ([45]), indagando il valore funzionale delle singole attività giuridiche, costituenti le varie fasi del procedimento, in rapporto le une con le altre e con l'effetto finale che si ha di mira ([46]). In relazione a quest'ultimo effetto il procedimento si individua, ed in relazione ad esso va studiato. Ne deriva la conseguenza che se anche i procedimenti possono essere visti come autonomi, in relazione alla fattispecie che attraverso di loro si forma, questa fattispecie poi non può essere assunta come, si potrebbe dire, fattispecie conclusiva — cioè « manifestazione di volontà » dell'amministrazione —, in quanto essa a sua volta può dover essere inserita in un procedimento, in vista di un altro effetto. Sandulli ([47]) fa l'esempio di un procedimento rivolto all'emanazione di un parere, che va

([42]) V. a questo proposito già la critica di Borsi, *L'atto amministrativo complesso*, cit., p. 47, a Brondi a proposito degli *atti amministrativi a complessità ineguale*, superata poi dall'idea della complessità. Cfr. spec. p. 52 seg.

([43]) Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.

([44]) Sandulli, *Il procedimento*, cit., p. 36.

([45]) Sandulli, *Il procedimento*, cit., p. 39.

([46]) Sandulli, *Il procedimento*, cit., pp. 37-39.

([47]) *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 42-43.

inserito nel procedimento per il rilascio di una autorizzazione, che presuppone quel parere; la quale autorizzazione va a sua volta inserita nel procedimento di acquisto di beni da parte di una persona giuridica. I procedimenti sono autonomi, ma gli effetti possono interagire. Ben si può dire che in questo modo è dato il colpo di grazia alla teoria degli atti complessi del diritto pubblico, in quanto ogni svolgimento procedurale che genera una « manifestazione di volontà » deve a sua volta venir inquadrato in un procedimento più vasto.

In questa prospettiva — cioè per avere ricondotto il punto di partenza di ogni esame dell'atto amministrativo alla formazione di una fattispecie, e non già al concorso di volontà, uguali o disuguali od omogenee — la posizione di Sandulli è veramente insuperabile, perché, come si accennava sopra, egli ha posto la dottrina di fronte alla realtà delle cose, cioè al fatto obiettivo che l'atto amministrativo è una manifestazione di volontà dell'amministrazione — meglio: una manifestazione di volontà dell'amministrazione cui l'ordinamento riconnette determinate conseguenze —, che semplicemente proviene da essa. Come tale, non ha senso studiarla sotto il profilo sostanziale, come se cioè le volontà operassero nel procedimento per loro forza intrinseca, ma occorre studiarla semplicemente in relazione alla disciplina che la legge detta per la formazione della fattispecie (che addirittura neppure occorrerebbe chiamare atto): da un punto di vista formale, quindi, lasciando all'amministrazione il compito di dare contenuto ai singoli atti del procedimento, quindi di esercitare concretamente il potere.

Ed in effetti, questo inquadramento dato da Sandulli al problema della formazione dell'atto amministrativo non è stato superato. Si intende qui fare riferimento ai due studiosi che recentemente si sono occupati *ex professo* del procedimento, Benvenuti e Galeotti. Innanzitutto è da dire che essi muovono chiaramente da premesse del genere di quelle poste da Sandulli, cioè dall'idea di qualche cosa — e poi poco conta che si tratti di atto o fattispecie — che si forma successivamente, e di cui rileva questo formarsi graduale. Galeotti poi critica Sandulli nel senso che, a suo avviso, la costruzione di questo autore sarebbe eccessivamente formale e statica, e la integra, rilevando che nel procedimento « il prodursi del primo atto induce, per così dire, l'energia giuridica sufficiente al dispiegamento di tutto il ciclo

procedurale, mettendo in moto l'una dopo l'altra, o più esattamente l'una in conseguenza dell'altra, le attività di cui può comporsi il procedimento » ([48]), così che, in sostanza, nel procedimento la combinazione successiva degli atti si presenterebbe come giuridicamente necessitata, anziché meramente eventuale ([49]); Benvenuti poi integra — o per meglio dire giustifica — il concetto di procedimento mediante l'idea di funzione, nel senso che questa sarebbe il potere giuridico, attribuito dalla norma, nel suo trasformarsi in atto, seguendo forme e presupposti vincolanti, la cui inosservanza vizia la funzione ([50]). Egli distingue poi procedimenti e processi, nel senso che i primi sarebbero rivolti a perseguire un interesse prevalentemente proprio del soggetto agente, i secondi invece interessi di soggetti diversi da quelli cui compete l'emanazione dell'atto alla cui formazione partecipano con atti processuali propri, nei quali recano questo loro interesse ([51]).

Ora è evidente che con queste due prospettazioni ulteriori del problema del procedimento amministrativo non è stata ad esso arrecata maggiore luce. Non la reca Galeotti, la cui configurazione di una « energia giuridica » che verrebbe liberata dal primo atto del procedimento lascia assai perplessi, così come lascia assai perplessi l'idea che ogni atto del procedimento si caratterizzi per il fatto di vincolare i successivi. A prescindere infatti da profili meramente terminologici (che cosa è mai l'« energia giuridica »?), un dovere dell'amministrazione di svolgere e condurre a termine il procedimento può derivare dalla legge e solo da essa, non già dal fatto di aver posto in essere il primo atto del procedimento ([52]). Nell'ambito di uno stesso tipo di

---

([48]) GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957, p. 48.

([49]) GALEOTTI, *op. cit.*, p. 55.

([50]) BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959, pp. 89-90; ma prima, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 118 seg.

([51]) BENVENUTI, *Appunti*, cit., pp. 118-119. Non coincide con questa la distinzione di FORTI, *Atto e procedimento*, cit., tra procedimenti in senso stretto ed in senso lato.

([52]) Cfr. LA VALLE, *Profili giuridici dell'inerzia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, pp. 360 seg., 392 e nota 63. Acutamente La Valle ricostruisce l'inerzia amministrativa come inadempimento di un dovere posto da una norma di relazione; nel precisare questo dovere, egli osserva che deve essere conferito

procedimento, poi, sono possibili in concreto ritmi diversissimi; questo dimostra ancora che l'amministrazione è legata alla norma ed alla fattispecie in concreto, non già ai propri atti procedimentali. Neppure infine si può dire che ogni atto del procedimento vincoli i successivi, perché ognuno di essi concorre a formare, non già determina, la volontà amministrativa: si pensi ad es. ai pareri che solo raramente sono vincolanti; sono poi nominativamente individuati i casi nei quali un atto del procedimento ha efficacia definitiva nei confronti degli altri possibili e successivi: ciò accade per taluni atti negativi, cui si riconosce l'efficacia di precludere l'ulteriore svolgimento del procedimento. Essi però in realtà si pongono come l'atto finale del procedimento, in un certo senso sostituendo quello che ordinariamente si sarebbe dovuto emanare.

L'idea di Galeotti di questa energia giuridica liberata dall'atto iniziale del procedimento potrebbe spiegarsi solo ricorrendo al concetto di funzione, proposto da Benvenuti (per altro criticato come non essenziale da Galeotti stesso); nella configurazione di un potere che, attribuito dalla norma, si svolge verso la realtà, si potrebbe facilmente giungere a concepire una qualche doverosità immanente, operante quindi sugli atti del procedimento, l'uno nei confronti dell'altro. Ma d'altronde la pur suggestiva idea di funzione non persuade.

Il discorso è abbastanza difficile. Che l'osservazione dell'esperienza, prima e più che giuridica, politica e storica, suggerisca la necessità di un concetto nel quale sia compreso l'agire amministrativo non come semplice svolgersi verso il compimento di una fattispecie o l'emanazione di un atto che dir si voglia, ma nell'unità che deriva ad esso dalla cura affidatagli di organici gruppi o sistemi di interessi della comunità, non si può negare. Così come non si può negare che proprio per cogliere questa realtà sia stato elaborato il concetto di funzione ([53]) di cui trattasi, per esprimere il procedere del potere verso

un potere non discrezionale né nell'*an*, né nel *quando*. Nella stessa prospettiva di fondo (per il profilo che qui viene in rilievo) v. anche DANIELE, *L'obbligo dell'amministrazione di provvedere*, in *Rass. del Consiglio di Stato*, 1959, II, p. 330 segg., che esamina i casi in cui questo obbligo sussiste; LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, p. 96 segg.

([53]) Importanti trattazioni della funzione sono, oltre che naturalmente in Benvenuti, nei luoghi citati, in GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, 1970,

l'atto, della competenza attribuita per una certa ragione verso, si vorrebbe dire, quella ragione, cioè verso concreti interessi, che esigono l'esercizio della competenza. Se dunque funzione esprime questo dinamismo della realtà amministrativa (si può ben dire, riduce in termini giuridici la Handlung, agiuridica, di cui parlava Laband), non si può non accedere ad essa. La competenza, ricostruita sulla base degli artt. 26 e 45 del T. U. sul Consiglio di Stato si mostra quindi, secondo la sua profonda natura, come funzione, come ragione di vita della pubblica amministrazione. Ma quali conseguenze ne derivano? Ognuno sente che si è qui — anzi si potrebbe essere — di fronte ad una intuizione, capace di rovesciare l'atteggiamento tradizionalmente assunto nello studio scientifico della pubblica amministrazione: basti dire che si potrebbe sviluppare questo concetto di funzione, fino a cancellare la limitazione, ad esso arrecata dall'idea di trasformazione del potere in atto, e a ricondurre a funzione qualunque attività compiuta in adempimento del dovere, che crea l'attribuzione di competenza, quindi addirittura a rendere superflua la stessa categoria dell'atto amministrativo ([54]). Si potrebbe infatti dire non che l'amministrazione agisce mediante atti, ma per l'adempimento di una competenza, quindi mediante attività di ogni genere, tra cui anche, in certi momenti mediante atti. Insomma, questo concetto potrebbe essere veramente il punto d'avvio di una ricostruzione del sistema del diritto amministrativo. Sennonché questo non è stato fatto. L'intuizione non

p. 68 segg.; PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, p. 312 segg.

([54]) Questa possibilità di sviluppo del concetto di funzione è in GIANNINI, *op. cit.*, I, p. 68 segg.; si può dire – scrive Giannini – che tra diritto amministrativo e funzione non vi è implicazione necessaria, ma solo un collegamento storico e positivo (sul concetto di diritto amministrativo di questo A. cfr. il *Corso*, p. 32). Ora il collegamento storico di diritto amministrativo e funzione che noi vivremmo può servire ad approfondire il tema dell'atto amministrativo, proprio in nome della « rilevanza giuridica dai moventi della sua origine alla sua fine di conseguimento del risultato » che ha la parte dell'attività amministrativa qualificabile come funzione (GIANNINI, *Corso*, cit., I, p. 68 segg.); ci si può cioè chiedere se rilevante non sia proprio questo punto, « conseguimento del risultato », e che questo sia tale da rendere superflua una classificazione degli strumenti in termini ad es. di provvedimento.

è svolta ([55]). Se ne sono fatte soltanto alcune applicazioni alla teoria dei vizi dell'atto amministrativo ([56]), anche assai suggestive, ma che rimangono applicazioni in un sistema precostituito: basti pensare che nella trattazione istituzionale di Benvenuti al tema della funzione seguono le discussioni sugli atti amministrativi ed i loro vizi, sul provvedimento, sull'autonomia, sull'autarchia, sull'autotutela, sostanzialmente nell'ambito delle stesse premesse logiche da cui muoverebbe qualunque autore che pur non si valesse del concetto di funzione. È un'intuizione, insomma, oltremodo suggestiva, rimasta però senza conseguenze; come tale quindi non soddisfa, e ben si può comprendere che sia stata fatta oggetto di critiche ([57]), rivolte essenzialmente a dimostrare che, così come viene prospettata, è inutile, nel senso che costituisce un doppione di quanto già altrimenti rilevato con più tradizionale terminologia.

Il fatto, cui ora si è accennato, che cioè Benvenuti dopo aver trattato della funzione amministrativa propone ancora la dottrina dell'atto amministrativo (degli atti di amministrazione, come egli precisa), mostra in pieno come l'idea di funzione applicata a premesse tradizionali non possa condurre ad una revisione della teoria del procedimento amministrativo. Tale funzione si inserisce sì tra potere ed atto, collegandoli: ma la realtà che si accetta e vuole spiegare è sempre costituita da volizioni dell'amministrazione che si formano svolgendosi secondo forme prefissate. Questa realtà accettata domina la scena, lasciando sì vivere indisturbati i concetti (funzione) ma imponendo che, quando si proceda ad un esame concreto, questo si svolga secondo i parametri che essa fissa. Nati da una realtà formale, l'atto

([55]) BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. di dir. pubbl.*, 1949, I, p. 1 seg.; PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., II, p. 329 seg., che parla di regole non scritte – *extra legem* (*latae*) – della funzione.

([56]) Cfr. ad es. l'utilizzazione che ne fa GIANNINI, *op. cit.*, p. 96, riguardo alla estensione del principio di legalità: non è possibile che nello Stato moderno la sola assenza di norme espresse che impongano il ricorso a procedure formali sia sufficiente ad escludere l'applicazione del principio di legalità: e del resto Giannini, conformemente a tutta la sua impostazione, finisce con l'inserire la funzione nella dialettica autorità-libertà. L'idea di funzione invece potrebbe servire proprio a superare questa dialettica.

([57]) GALEOTTI, *Contributo*, cit., p. 31 seg., spec. nota 34 di p. 32.

amministrativo, questi parametri sono anch'essi formali. Il risultato è che quando Benvenuti, pur impostando il problema del procedimento sulla base della distinzione tra procedimenti in senso lato e processi, lo analizza, è costretto a ricalcare le orme di Sandulli. Come in questo scrittore il procedimento era scisso in fase di iniziativa, fase costitutiva, fase integrativa dell'efficacia, così Benvenuti distingue le fasi iniziali, istruttoria, decisoria ed esecutoria (non in via coattiva, che è esplicazione di un potere diverso) ([58]). Ma con questo non si supera il metodo proposto da Sandulli. Si rilevano certo diversi momenti e fasi in cui si articola la formazione dell'atto, ma nulla è detto di questa formazione. L'atto nel suo nascere e determinarsi nel contenuto concreto resta impenetrabile a questo tipo di analisi.

Che così sia del resto è fatale. Se ci si pone dal punto di vista dell'atto formato, non si può rilevare altro se non come a tale atto si sia giunti; e questo accade, sia perché si parla di atto, sia perché esso è posto come dato, come elemento del mondo obiettivo, mentre in realtà è tale solo come risultato di una serie di astrazioni progressive, che dall'ordine di demolizione o dalla concessione di lido marino o di miniere o dal provvedimento del Comitato interministeriale dei prezzi sono risalite alla configurazione di un « atto amministrativo », ancor meglio, di un « atto di amministrazione ». Come tale, qualunque cosa se ne può predicare e lo si può con uguale esattezza analizzare sotto il profilo degli elementi che costituiscono la fattispecie e della loro successione nel tempo, rispetto ad essa, come, in via ad un tempo più generale e particolare, sotto il profilo delle attività che si compiono nel procedimento. *Nihil obstat*, per la semplice ragione che non si giunge a dire nulla che colpisca nel vivo l'azione amministrativa. Essa si svolge, protetta dietro l'usbergo delle procedure di volta in volta disposte dalla legge, lasciando liberi gli studiosi di formulare una teoria del procedimento, vale a dire, di classificare e ordinare i dati concreti, posti dal legislatore.

Di ciò — di questa impossibilità di giungere al cuore dell'azione amministrativa muovendo dal punto di vista dell'atto già compiuto

([58]) BENVENUTI, *Appunti*, cit., pp. 121-122, per altro pone i controlli all'infuori del procedimento, nell'ambito di una semplice operazione che segue propri procedimenti.

anziché del suo sostanziale formarsi — si hanno due prove, che investono la nozione stessa di cui ci si vale per analizzare la formazione « formale » dell'atto, cioè il procedimento.

La prima prova, immediata, è che di esso né Sandulli, né chi ha svolto e criticato il suo pensiero, ha dato una definizione, nel senso che non ha precisato che cosa debba intendersi per procedimento, rispetto ad altre successioni di atti ([59]): Benvenuti sì cerca di limitarla introducendo, come si è visto, il concetto di funzione (sicché procedimento è lo svolgimento di attività per l'esercizio della funzione), ma questo è generico, in conseguenza della genericità che deve imputarsi, come si è detto, a questo concetto.

La seconda è che se si segue la dottrina — anzi, il punto di partenza della dottrina in esame — effettivamente dare una nozione di procedimento è impossibile, nel senso che è impossibile trovare un criterio formale che qualifichi un susseguirsi di atti rispetto ad altri consimili. L'unico criterio possibile è quello proposto da Sandulli, di riferirsi alle fattispecie ed agli effetti che da esse si vogliono conseguire; questo però è evidentemente idoneo a distinguere un singolo procedimento da un altro, non già a qualificare come procedimento — cioè come organico susseguirsi di fatti ed atti — una successione rispetto ad altri possibili collegamenti di atti. Se si segue il ragionamento di questi autori, procedimento dovrebbe essere qualunque serie di attività amministrativa, al termine della quale si producano effetti giuridici, e che non consti *uno actu*. Ma si svolga questo ragionamento fino alle sue conseguenze: tutto quello che avviene nell'ambito dell'amministrazione, se ed in quanto in qualche modo si concluda, è procedimento: è tale dunque il « meccanismo » (si usa deliberatamente questa espressione priva di significato tecnico) che occorre seguire per compiere un pagamento, come il « meccanismo » che si segue per irrogare una sanzione disciplinare o per far demolire una casa, o per fissare un prezzo. Ma se così è, non ci si può sottrarre ad una considerazione, che cioè la parola procedimento è del tutto anodina, e vale semplicemente a designare una serie di atti collegati da uno scopo o come altrimenti si voglia definire questo elemento di unione tra essi: procedimento cioè, si può dire, sta a designare semplicemente una successione formale di atti, resa obbligatoria dalla legge, con la sola conseguenza che la « violazione del procedimento » rende illegittimo l'atto finale per violazione di legge. L'obbligatorietà non è dunque caratteristica, che possa dirsi propria del procedimento. Oppure, si può dire che la obbligatorietà distingue le successioni di atti che formano procedimenti da quelle che, non essendo obbligatorie, non sono tali: ma allora se ne deve trarre la conseguenza che la nozione stessa di procedimento è inutile, perché riunifica fenomeni già di per sé vicini l'uno dall'altro, in forza della loro previsione da parte della legge: si limiterebbe cioè a definire ciò che è giuridicamente rilevante rispetto a ciò che non lo è, rinvenendo però sempre il criterio di rilevanza esternamente al procedimento.

Queste considerazioni, poi, trovano ulteriore conferma ove si esamini il vizio stesso di violazione di legge, in cui si rileva la violazione delle norme sul procedimento. Come è noto, questo vizio è stato definito in termini di vizio residuale, nel senso che esso è ciò che rimane, esclusi l'incompetenza e l'eccesso di potere. È un vizio cioè senza fisionomia; ma questa sua mancanza di fisionomia non significa, se non che è senza fisionomia il tema cui esso prevalentemente si riferisce, la violazione della norma del procedimento: e ciò, in quanto tra la violazione di questa e la violazione di una norma qualsiasi non vi è una differenza, che la dottrina sia riuscita a porre in luce. Il procedimento stesso, dunque, è senza autonoma fisionomia, e non sembra presentarsi altrimenti che come la risultante di una serie di disposizioni di legge. Si potrebbe addirittura accedere alla concezione negativa di chi parla di procedimenti in relazione al provvedimento (espropriativo, concessorio etc.), senza quindi riconoscere al fenomeno procedimentale alcuna funzione sua propria, se non di generica garanzia del cittadino verso l'amministrazione, come, secondo questo Autore, proverebbe la circostanza che i procedimenti

([59]) La precisazione di Sandulli, che esclude dal procedimento i presupposti, è anch'essa, evidentemente, solo formale. Né è significativa la delimitazione di FORTI, *Atto e procedimento*, cit., p. 468. In genere non sono significative le distinzioni basate sulla qualificazione delle volontà (si pensi agli atti a complessità interna ed esterna di Borsi, uguale e diseguale di Donati etc.). Neppure è significativo BRACCI, *Dell'atto complesso*, cit., p. 109. V. però GASPARRI, *Studi sugli atti complessi*, Pisa, 1939, che riferisce l'identificazione del procedimento all'effetto condizionante che svolgono in esso i vari atti rispetto ai successivi.

sono tanto più complicati, quanto più profondamente il provvedimento deve incidere nei diritti del cittadino (così Giannini). La funzione del procedimento viene insomma ridotta al rango di freno imposto all'amministrazione, del tutto ignorando il problema della formazione del provvedimento dal punto di vista sostanziale. Ma, in questo modo, si può ancora e conclusivamente aggiungere, la nozione di procedimento conserva un valore puramente descrittivo, dal quale non deriva alcuna conseguenza che non sia già contenuta in altri principi, che vigono nell'ordinamento: e per tutti vale il principio della tutela contro ogni pretesa amministrativa, nel senso che questa tutela si risolve nella possibilità di far valere le « violazioni di legge » — cioè di procedimento.

Il fatto è che ad un risultato migliore non si poteva pretendere di giungere muovendo dalla premessa data — essere oggetto di analisi un fatto, l'atto amministrativo, che può scomporsi negli elementi che lo hanno generato —, in quanto tale impostazione è formale, e si pone deliberatamente al di fuori del processo formativo degli atti di amministrazione. Il solo rilievo che il procedimento amministrativo può invece avere investe questa formazione del volere amministrativo, cioè l'amministrare, inteso come amministrare pubblicamente la cosa pubblica. Il procedimento non può dunque porre problemi di classificazione e di qualificazione incentrati sul susseguirsi di atti, perché esprime un'esigenza relativa alla formazione sostanziale dell'atto; come garanzia verso l'amministrazione, anteriore e non successiva all'atto ([60]).

b) La discrezionalità

SOMMARIO: 20. La discrezionalità: la dottrina tedesca. 21. *Segue*: la dottrina francese.

20. - *La discrezionalità: la dottrina tedesca.*

Per chiarire il problema della discrezionalità è essenziale tornare alle sue origini. Come è ben noto, nella seconda metà del secolo

([60]) Cfr. Corte costituzionale, 2 marzo 1962, n. 13, in *Giur. cost.*, 1962, p. 126, e CRISAFULLI, *Principio di legalità e " giusto procedimento "*, *ivi*, pp. 130 e 142; anche Corte cost., 18 gennaio 1958, n. 4. Già si è citata la letteratura anglo-americana sul tema.

scorso, dopo vasti dibattiti dottrinali e politici, nei principali paesi dell'Europa continentale vennero introdotti istituti di giustizia amministrativa, a tutela del cittadino contro la pubblica autorità ([61]). Questi si caratterizzavano essenzialmente per un profilo: per essere cioè per la prima volta nella storia estranei alla struttura organizzativa del « potere esecutivo ». In un periodo nel quale la dottrina della separazione dei poteri era al vertice del proprio successo, questo dava adito ad una grave difficoltà teorica, nel senso cioè che questi organi competenti a giudicare delle controversie nelle quali fosse parte la pubblica amministrazione potevano in qualche modo sopraffarla, sostituendo quindi alla decisione del potere esecutivo la statuizione del potere giudiziario ([62]). Non rilevano in questa sede le vicende in concreto avute dall'idea di tutelare il cittadino contro la pubblica amministrazione e quindi le fasi di questa realizzazione; quindi non rileva sottolineare la scelta fatta tra giudice speciale e giudice ordinario, ed il superamento, meglio l'integrazione di questo, mediante l'istituzione di un giudice amministrativo, competente per le materie (per gli « interessi » anzi) non tutelabili dalla giurisdizione del primo ([63]). Significativo è qui un altro punto; vale a dire, che l'equilibrio tra i poteri,

([61]) La storia dei rapporti tra potere esecutivo e giudiziario è ampiamente riferita in quasi tutti i manuali di giustizia amministrativa. Con speciale ampiezza v. la prima parte del primo volume di *Staatsbürger und Staatsgewalt*, cit.; VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei cittadini verso l'autorità amministrativa*, in *Trattato Orlando*, III, p. 279 segg., e per l'Italia p. 354 segg.; sempre per l'Italia anche CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s. d., p. 37 segg. Ma soprattutto v. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, *passim*. Per tutti, v. oggi NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 1979.

([62]) È singolare notare che ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, s. d., in *Trattato* da lui diretto, III, pp. 635 e 636, dice che una simile sopraffazione, teoricamente possibile, in Italia non si verificò mai, perché i giudici interpretarono le leggi del 1865, liberali, in senso autoritario, per varie ragioni (legami di carriera all'esecutivo etc.): « ma ... la verità è che l'autoritarismo è, direi, quasi germogliato naturalmente dai sentimenti dominanti nel corpo della magistratura italiana ... Per la sua formazione, per la sua costituzione interna, il magistrato appare un « funzionario », il quale lungi dal considerarsi in antagonismo con il « funzionario » dell'ordine amministrativo, vede in questo piuttosto un collega ed un compagno ».

([63]) Cfr. ad es. per queste vicende ORLANDO, *La giustizia*, cit., p. 638 segg.

da un lato del giudice comunque costituito, dall'altro dell'« esecutivo », venne trovato nella limitazione del sindacato del giudice ad una parte soltanto dell'attività amministrativa, quella che si riferiva all'osservanza delle leggi ([64]). Ci si trovò così di fronte ad un problema singolare: mentre infatti era, in astratto, facilmente definibile che cosa fosse legittimità (la legge stessa ammetteva il sindacato per violazione di legge, eccesso di potere, incompetenza), in concreto poi appariva difficile uscir fuori dal generico, e quindi, nel complesso fenomeno dell'attuazione della legge ad opera della pubblica amministrazione, dire fino a che punto vi fosse un discendere, puramente logico, dalla norma all'atto, e a partire da quale punto invece iniziassero (e in che cosa consistessero) le valutazioni soggettive dell'autorità che portavano all'emanazione, in concreto, di un provvedimento con un dato contenuto.

Ora, questo problema — anzi questa serie di problemi —, posto dall'esistenza di un sindacato di mera legittimità sugli atti amministrativi, venne affrontato secondo due direttrici diverse e due diverse sensibilità, che a loro volta traevano origine da esperienze giuridiche e — è il caso di dire — culturali, tra loro appunto ancora profondamente diverse. Questi due modi di affrontare il tema furono quello tedesco e poi italiano, da un lato, quello francese dall'altro.

In Germania, l'indagine venne impostata nel senso che, data l'incontestata ed incontestabile esistenza di un giudizio di opportunità dell'amministrazione (espressione della fondamentale sua libertà, rilevata da Laband), si cercò di chiarire in quali termini questo si inserisse nel procedimento di attuazione della legge (della sua esecuzione), a quale norma rispondesse e quindi quale fosse questa norma che la p. a. osservava mentre eseguiva la norma giuridica positiva; ovvero come, ancora, data l'identità di funzione del giudice e dell'amministrazione, si distinguessero l'opera dell'uno e dell'altro, cioè in cosa si differenziassero il giudizio (e la esecuzione della legge) della p. a. ed il giudizio (e l'esecuzione, l'attuazione concreta della legge) compiuto da un giudice; in buona sostanza, infine, ci si domandò che

([64]) Cfr. ad es. VACCHELLI, *op. cit.*, p. 364 segg.; CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 434 seg.

cosa mai questo potere discrezionale fosse, ed in che cosa consistesse ([65]).

Così definito il problema, l'attenzione venne concentrata su un punto fondamentale: che la legge, in molti casi, lascia alla pubblica amministrazione la possibilità di adottare un provvedimento, tra vari astrattamente possibili, assumendo un atteggiamento indifferente nei confronti della scelta in concreto effettuata. Questa possibilità di scelta, dunque, sembrava essere « libertà » dell'amministrazione di provvedere: ed in effetti questa parola « libertà » fu subito al centro delle indagini e delle polemiche, rivolte tutte a darle un contenuto giuridico preciso, cioè a limitarla ([66]). Tezner e Bernatzik, pur con formulazioni diverse, cercarono di eluderla, parlando l'uno (Bernatzik) di potere dell'organo che si risolve in dovere in quanto il funzionario

([65]) L'osservazione è in PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, voce *Enc. del dir.*, p. 66. Si deve però osservare che in questi stessi autori cui ordinariamente è attribuita una concezione della discrezionalità in termini di libertà si trovano spunti importantissimi per l'interpretazione del fenomeno come ineliminabile momento valutativo del funzionario: ad es. O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., I, p. 99, dice sì che vi sono atti il cui contenuto è determinato non dall'interpretazione della legge, ma da « una valutazione del bene comune (" interesse pubblico "), dell'equità, della opportunità (" Zweckmässigkeit ") [del funzionario] »; ma questo va ricondotto alla affermazione precedente, che la legge può lasciare all'amministrazione non il compito di dire quello che la legge stessa ha voluto, ma quello di disporre ciò che il funzionario « considera giusto » (ed anzi il tedesco è più restrittivo: « für richtig hält ») ed alla sua scelta per il termine *administratives Ermessen* anziché *freies Ermessen*. Cfr. anche nello stesso senso LABAND, *Staatsrecht*, cit., II, p. 178. Il fatto è che i concetti di cui oggi si vale la scienza del diritto mal si possono applicare ai classici. Essi avevano una visione organica e semplice insieme dei problemi; nell'ambito di questa usavano certi concetti, che da essa a loro volta traevano il loro significato. La scienza di oggi ha assimilato tutti questi problemi, se così si può dire, ed in luogo di una loro rappresentazione organica ha acquistato una conoscenza analitica di essi, ai vecchi autori sconosciuta. Ne è derivato però che gli stessi concetti di fondo – libertà ad es. – hanno un significato adatto al nuovo quadro generale che la scienza si prospetta: sotto gli stessi nomi si celano quindi concetti diversi. Si è parlato del resto di *Sinnvariierende Formeln* per definire questo fenomeno (A. Schüler). Cfr. sul punto, tra i tanti, ad es. JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff*, cit. (in *AöR*, 1957, p. 163 seg.), p. 183.

([66]) Ampia rassegna di opinioni dottrinali in GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano 1939; *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1940; MORTATI, *Discrezionalità*, voce *Noviss. Dig. it.*

è vincolato a perseguire l'interesse pubblico ([67]), mediante un apparato di sanzioni che qualificano reato o infrazione disciplinare la violazione di questo principio ([68]): il potere discrezionale quindi non sarebbe libero, ma « doveroso »; la garanzia dell'adempimento di questo dovere sarebbe di natura preventiva, e consisterebbe nel giuramento che gli impiegati prestano, nella loro posizione sociale, nella loro preparazione e nell'indipendenza che deve venir loro assicurata ([69]); il suo profondo significato, la sua profonda natura non sarebbero quindi quelli di una libertà o di un arbitrio soggettivi, ma starebbero nel non essere legati a precise norme giuridiche ([70]): appare il concetto di norma elastica, che poi doveva venir ampiamente ripreso. Tezner poi, in polemica con Bernatzik, sostenne che era vago il concetto di adempimento del dovere di agire nel modo ottimale ([71]); e, nello sforzo di una migliore analisi delle cose, cercò di dimostrare che vi è sempre la possibilità di adottare la scelta migliore mediante l'applicazione di norme tecniche, etc., relative all'interesse pubblico da curare: entrambi gli autori tendono ad avvicinare il procedimento logico dell'amministrazione verso l'attuazione della legge a quello del giudice ([72]), quindi a ridurlo ad una mera attività interpretativa ([73]). Gli Autori successivi hanno poi sfumato questi concetti, cercando di sfuggire alla genericità della « scelta migliore », del « pubblico interesse », sicura guida dell'amministratore. Jellinek ([74]) così cerca di

([67]) Importanti osservazioni su questo concetto di interesse pubblico in GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., p. 219.

([68]) *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886, pp. 39 segg. e 45.

([69]) *Op. cit.*, p. 41.

([70]) *Op. cit.*, pp. 39-40.

([71]) Ad es. *Zur Lehre des Freien Ermessen der Verwaltungsbehörden, als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichten*, Wien, 1888, p. 63 segg.

([72]) Cfr. anche ad es. HERRNRITT, *Grundlehren des Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1931, p. 291.

([73]) BERNATZIK, *op. cit.*, però, p. 42, ha una notevole osservazione (che è stata ripresa recentemente da FORSTHOFF, *Lehrbuch*, cit., p. 4), ove dice che la differenza tra giudice e amministrazione sta nel rapporto di essi con il fatto: la pubblica amministrazione avrebbe discrezionalità nell'apprendimento dei fatti.

([74]) W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Offenburg, 1948, p. 30 segg. Il pen-

riportare la discrezionalità all'amministratore, all'uomo amministratore si vorrebbe dire, alle prese con la realtà e con il provvedimento che deve adottare: la definisce quindi non in termini assoluti — cioè di astratto ed astrattamente operante interesse pubblico — ma concreti, come « intrinseco valore » di un provvedimento, del quale il funzionario si convince in seguito ad una esatta ed equilibrata interpretazione delle leggi e degli « unbestimmten Rechtsbegriffe » ([75]) in questa contenuti. Herrnritt ([76]), infine, definisce la discrezionalità in questi termini: come l'attribuzione di potere contenuta in una norma, rivolta a farla applicare al caso concreto secondo il criterio dei fini generali dello Stato ed in seguito ad una valutazione sul miglior modo per la realizzazione dei suoi propri specifici fini.

Nella dottrina tedesca più recente si assiste poi ad una singolare vicenda. L'idea di Jellinek — discrezionalità è la determinazione dell'intrinseco valore di una attuazione della legge — viene in sostanza accettata. Si va quindi in cerca dell'elemento che nella legge permetta di riconoscere la discrezionalità e quindi di stabilire in generale quali siano le parti di atto amministrativo sottratte al sindacato del giudice amministrativo. Preso lo spunto da un passo dello stesso Jellinek ([77])

siero di Jellinek è in realtà più articolato, perché egli perviene a questo concetto di discrezionalità dopo aver escluso i casi nei quali la legge affida all'amministrazione semplicemente compiti di interpretazione della norma, casi che anche essi si pongono come discrezionali senza in realtà esserlo. In questo senso l'ispirazione profonda di Jellinek (e questo vale specialmente con riguardo alla dottrina dell'*Unbestimmter Rechtsbegriff*) è in LAUN, nelle sue varie opere (ad es. *Actes du gouvernement*, in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1931, pp. 85 seg., 106 seg. e 151 seg.; precedentemente e con maggiore ampiezza, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, 1910), il quale muove dalla distinzione filosofica tra norme categoriche e disgiuntive. Dice Laun che vi è discrezionalità quando la norma lascia all'amministrazione un libero apprezzamento dell'opportunità dell'atto, con una scelta da compiersi tra diversi scopi; e che invece vi è *gebundenes Ermessen* quando occorre interpretare regole giuridiche e valutare l'atto in riferimento alla sua sottoposizione a queste regole.

([75]) Cfr. le ampie discussioni di Jellinek sulla *Zweckmässigkeit*, *Notwendigkeit* etc., parametri di giudizio per il funzionario: cons. ad es. *Gesetz, Gesetzesanwendung, Zweckmässigkeiterwägung*, Tübingen, 1913, p. 76 segg.; *Verwaltungsrecht*, cit., p. 34 segg.

([76]) *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, cit., p. 295 seg.

([77]) JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 30. Jellinek parla di pluralità di

(che dice tipicamente discrezionale la scelta lasciata dalla legge all'amministratore sul tipo di allevamento di mucche da realizzare) viene indagata la formula della legge, il suo suono quasi, si vorrebbe dire; e si propone così la ben nota distinzione tra norma (o momento della norma) che impone e consente una effettiva scelta discrezionale e norma (o momento di essa) che semplicemente l'amministrazione deve ricostruire nel suo significato giuridico esatto, adatto alla specie ([78]): la scelta del bovino da allevare per Jellinek configurerebbe discrezionalità, mentre sarebbero concetti giuridici indeterminati le espressioni ad es. « buio », « pericolo » e simili ([79]), che l'amministrazione deve semplicemente determinare nel loro significato concreto, in riferimento alla specie in cui si inseriscono. Non è qui possibile seguire la polemica svoltasi su questo tema della discrezionalità e del concetto giuridico indeterminato. Basti dire soltanto da un lato che questo genere di indagini ha come scopo la delimitazione del sindacato giurisdizionale del giudice sull'amministrazione (esse sono quindi sotto questo

significati (*Mehrdeutigkeit*) della norma fondatrice di vera discrezionalità in questo caso, rispetto a quelli in cui l'interprete deve farsi condurre dall'idea di non conseguire un risultato diverso da quello di qualsiasi altro interprete.

([78]) La definizione migliore dell'*unbestimmter Rechtsbegriff* è forse quella di JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen*, cit., p. 203: il problema dei concetti giuridici indeterminati è il problema degli elementi imponderabili incomunicabili, della percezione intuitiva di una situazione nel suo complesso, non riducibile allo scritto. Il concetto è esattamente criticato da RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen, 1965, p. 211 segg.; il quale sostiene la necessità di evidenziare tutti gli elementi in base ai quali una certa soluzione, un certo provvedimento viene adottato in base ad una norma: Rupp esclude che l'amministrazione possa avere il diritto di dire l'ultima parola in relazione ad una situazione di fatto, muovendo dalla premessa della speciale competenza tecnica del funzionario. Per questo dibattito dottrinale, oltre al già citato Jesch, cfr. ULE, *Zur Anwendug unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Gedächtnischrift Jellinek*, 1955, p. 309 seg.; R. KLEIN, *Die Kongruenz des Verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit*, in *Archiv des öff. Rechts*, 1967, p. 75 seg.; EHMKE, *Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe*, Tübingen, 1960; JESCH, *Recensione a Ehmke*, in *Arch. öff. Rechts*, 1960, p. 472; RUPP, *Grundfragen*, cit., p. 177 seg. In questi AA. citazioni della ulteriore letteratura, tra cui è particolarmente importante Flume.

([79]) Esempi in JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff*, cit., p. 166; v. anche pp. 181-182.

profilo qui secondarie); dall'altro che, benché la polemica ancora non sia del tutto sopita, sembra definitivamente risolta da un saggio di Ehmke ([80]), il quale in buona sostanza riconosce che il legame fondamentale dell'amministrazione non è a formule legislative, ma ad una serie di prescrizioni di carattere generale il cui rispetto è indagato dal giudice amministrativo; esso stesso quindi determina, di volta in volta, secondo la materia e la norma da applicare, l'ambito e l'intensità del controllo sulla fedeltà dell'amministrazione ai parametri sopra accennati. L'importanza della chiarificazione compiuta da Ehmke non ha bisogno di essere sottolineata. Essa semplicemente riconosce l'essenzialità del momento discrezionale (ma meglio si direbbe valutativo) della funzione amministrativa; non ne indaga l'essenza, ponendo invece le regole cui deve sottostare. Il problema dell'essenza della discrezionalità appare cioè superato.

Si tornerà in breve su questa dottrina. Per quanto riguarda la letteratura giuridica italiana, si deve dire che essa non presenta questa ricchezza di temi. Le posizioni fondamentali sono quelle di Giannini e di Mortati; Giannini ([81]) configura la discrezionalità in termini di valutazione di vari interessi (secondari) concorrenti con l'interesse principale, pubblico, da perseguire e quindi come scelta di uno tra quei primi, cui viene data soddisfazione in concomitanza con l'interesse pubblico; Mortati ([82]) viceversa riduce la discrezionalità configurando come vere e proprie norme giuridiche quelle a rigore non tali, ma tecniche o di esperienza o dettate dall'equità, che però ordinariamente l'amministrazione assume e deve assumere a criterio di guida della propria azione.

Si può già trarre un bilancio in ordine a questa dottrina. Dalla rapida rassegna svolta è emerso limpidamente che i suoi sforzi si sono svolti in due direzioni: da un lato si è tentato di chiarire quale fosse il procedimento logico attraverso il quale la pubblica amministrazione

([80]) EHMKE, *Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe*, cit., Tübingen, 1960, p. 43 seg.

([81]) GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., p. 235 seg.; *Il potere discrezionale*, cit.

([82]) MORTATI, *Discrezionalità amministrativa*, cit.; il pensiero di Mortati ha precedenti in Tezner e nello stesso Jellinek.

giunge ad emanare il provvedimento (ed in effetti si è parlato ad es. di analogia di questo procedimento con quello giudiziario o di comparazione di interessi, che si deve attuare); dall'altro si è tentato di giungere al cuore della discrezionalità, nel tentativo di definire che cosa sia mai questa valutazione dell'amministrazione attraverso la quale si giunge da una legge al provvedimento che la esegue, adeguando la legge ai fatti: i tentativi, tutti convincenti e tutti privi di reale significato, di Tezner, Bernatzik, Jellinek rendono testimonianza dell'ispirazione dogmatica e sistematica che ha condotto questa dottrina. Ora, il giudizio che si può esprimere sul complesso di questo formidabile sforzo di pensiero fatto dalla dottrina di origine tedesca sembra essere questo: che tutte le soluzioni, sul piano dell'interpretazione logica, come tutte le proposte, sul piano della ricostruzione sistematica, si possono accettare, nel senso che colgono tutte, almeno nelle loro linee fondamentali ([83]), un momento nel quale si esprime la discrezionalità o un aspetto di essa. È innegabile infatti che la discrezionalità si svolga attraverso la valutazione di più interessi concorrenti con quello fondamentale, che si risolva nell'interpretazione soggettiva di una norma, e che suoi criteri di guida siano l'interesse pubblico (quello fondamentale, primario), meglio ancora, l'interesse pubblico specifico, proprio della materia affidata alla competenza (oggetto della funzione, si direbbe oggi, secondo una diffusa terminologia); così come è innegabile che il concorso di tutti questi elementi, via via enucleati nel corso degli anni, si risolva nella riduzione della libertà di scelta, forse addirittura nella limitazione di essa ad un unico possibile provvedimento, che sia realmente il migliore ([84]). Ma se è

([83]) Si dice nelle linee fondamentali perché ad es. è chiaramente non vero che la mancata osservanza dell'interesse pubblico determina sempre reato o colpa disciplinarmente perseguibile, come vorrebbe Bernatzik (e Tezner lo ha criticato esaurientemente); così come è esagerato richiamare, come elemento costante della discrezionalità, la considerazione dell'interesse generale dello Stato (Herrnritt): questo può ricorrere, anche in molti casi, ma non certo sempre, in quanto ordinariamente bastano considerazioni di più modesto peso (equità, ad es.). Ampie critiche alle varie dottrine sono in GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1940, p. 15 segg. e *L'interpretazione*, cit., p. 207 segg.

([84]) Secondo l'astrattissimo ragionamento di Tezner.

così, è anche innegabile che la discrezionalità sia — o possa essere ritenuta, anzi — secondo la sua profonda sostanza, la valutazione che l'amministrazione compie dell'intimo valore di un provvedimento, in relazione ad un fatto e all'adeguata interpretazione — compiuta senza errori — di una legge; ma la si può anche definire, come è stato fatto, in termini di libertà, vincolata dalla osservanza di taluni principi generali, primi tra tutti, quelli della comparazione degli interessi secondari e della proporzionalità e dell'adeguatezza: in altre parole, è possibile tradurre in definizione quel che si era individuato come schema logico dell'operazione, del ragionamento discrezionale.

Questa pluralità di verità non può non lasciare perplessi. E non può non lasciare perplessi per la semplice ragione che la discrezionalità è unanimemente considerata come uno dei problemi cardinali dell'atto e dell'attività amministrativa. Il fatto che, di fronte ad essa, si possa parlare di sostanziale esattezza e conciliabilità di tutte le ricostruzioni che se ne sono tentate, fa legittimamente dubitare che queste non siano realmente giunte al cuore della discrezionalità o dell'agire discrezionale, che dir si voglia: nel senso che sembrano aver sì rilevato i modi nei quali il giudizio della p. a. può (e forse anche deve) svolgersi, ma soltanto modi, elementi che concorrono in esso e nei quali quello non può compiutamente risolversi. Il giudizio discrezionale sembra cioè risultare sì, come si diceva, da una comparazione degli interessi secondari nel loro concorso con il primario o dalla scelta della misura migliore per la cura dell'interesse pubblico; ma questa valutazione e questa scelta intorno a ciò che è migliore, questo tendere all'*innerer Wert*, per dirla con Jellinek, posto che infine debbono concernere dati elementi e non altri, sembra che si risolvano in se stessi, « in una serie di passaggi interni all'uomo, in cui si può fare applicazione di sentimenti così come di vere e proprie regole tecniche » ([85]). Sembra cioè che nell'attuazione della legge tramite l'emanazione del provvedimento vi sia un momento creativo ([86]), retto sì da regole, ma intrinsecamente creativo, come tale affidato esclusivamente a colui cui è data la competenza per compiere quella realizza-

([85]) BERNATZIK, *Die materielle Rechtskraft*, cit., p. 43.

([86]) Come rilevava BACHOF, in *Staatsburger*, etc.; ma v. già O. MAYER, *D. Verwaltungsrecht*, cit., I, p. 99.

zione della legge; e come tale, ancora, insuscettibile di scomposizione in proposizioni logiche, dalla cui somma algebrica si possa poi pretendere di trarre di nuovo la creazione esplicata nell'esercizio della funzione amministrativa. Si può dire cioè che il giudizio discrezionale deve svolgersi (o si svolge) secondo un dato criterio; ma la realtà è che esso si svolge, non in astratto, ma in concreto, ad opera di un funzionario o di una serie di funzionari, e non si esaurisce nella formulazione di una proposizione astratta, ma nell'emanazione di un provvedimento, cioè nella creazione di un *quid novi*, che concorre a determinare l'ordine sociale. Questo *quid novi* è una realtà nella quale giudizio, volizione, creazione concorrono insieme, divenendo tutt'uno, giudizio, volizione, creazione; essi, comunque svoltisi, cioè secondo gli schemi dell'una o dell'altra analisi dogmatica o secondo altri parametri ancora, si oppongono ad ogni ricostruzione che voglia sostituirsi alla loro inscindibile unità con la forza dell'essere realtà e creazione, che l'ordinamento accoglie nel suo seno e tutela, proprio perché in questa continuità di creazione sta uno degli elementi, su cui fonda la propria esistenza.

È addirittura inutile ricordare come questa tutela del momento « creativo » insito nell'attività amministrativa sia attuato, poiché è notissimo che questo avviene con la limitazione del sindacato giurisdizionale alla violazione di legge o di principi generali (le c. d. *règles de droit* degli studiosi francesi) ed al rispetto degli scopi fissati dalla legge nell'attribuzione del potere creativo (eccesso di potere).

Quel che si sosteneva più sopra, riguardo alla formalizzazione del problema della discrezionalità nella dottrina del diritto amministrativo, sembra a tal punto pienamente confermato. La realtà è costituita non da una valutazione discrezionale, che si possa analizzare, più o meno nello stesso modo in cui si è preteso di analizzare la valutazione del giudice ([87]), ma da un provvedimento (quindi neppure, come un tempo si diceva, da una volizione, ma semplicemente da un atto), al quale un certo contenuto è dato dal concorso di due elementi, la legge ed una valutazione (si può dire di opportunità ma è impre-

([87]) Ed in effetti, gli autori di questo indirizzo hanno frequentemente riportato il ragionamento della amministrazione a quello del giudice, riconoscendo alla prima solo qualche maggiore libertà, come si è detto.

ciso), che comprende e la legge e una realtà data, nella quale si deve incidere. In questa valutazione rilevano innumerevoli elementi, nessuno dei quali la esaurisce, per la semplice ragione che, anche fissato un determinato criterio che deve presiedere alla valutazione discrezionale poi in concreto di esso occorre fare applicazione, cioè « valutare ».

Se dunque si vuole indagare il problema della formazione dell'atto amministrativo, come qui si ritiene essenziale fare, è inutile portare l'esame sul problema c. d. della discrezionalità. Il provvedimento si forma, sì in dipendenza da quei criteri che sono stati individuati, ma secondo mille altri ancora, scaturenti dalla prassi amministrativa, dalle direttive ministeriali, da pressioni momentanee, che, facendo inclinare la bilancia degli interessi in un senso piuttosto che in un altro, tolgono contenuto o, secondo i punti di vista, ne danno uno, alle formule della comparazione degli interessi secondari, della scelta della miglior cura dell'interesse pubblico, dell'applicazione di norme tecniche e giuridiche etc. etc. La teoria della discrezionalità, rispetto alla concretezza di questo problema appare condotta (esaltata anche, se si vuole) ad un livello troppo astratto, appunto, come è stato detto, dogmatico, cioè rivolto ad indagare i profili generali dei modi attraverso i quali può esprimersi il volere amministrativo. Ma intorno alla bontà di questo volere nulla è detto; non solo, nulla può essere detto, perché per definizione questo settore che si è voluto astrarre dal provvedimento amministrativo è sottratto a qualsiasi sindacabilità ([88]).

([88]) Si pensi alle considerazioni di JESCH, *Unbestimmter Rechtbegriff*, cit., p. 211: finché si tratta dei presupposti dell'attività discrezionale si è nell'ambito dell'applicazione del diritto. « Qui si misura secondo criteri giuridici, qui viene posto il problema della giuridica esattezza (*der juristischen Richtigkeit*). Nell'ambito della discrezionalità, non ha senso domandare se una decisione è giusta o sbagliata; ogni decisione è per definizione giuridicamente esatta » (si ricordi anche PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, cit., p. 10 con sostanzialmente la stessa affermazione). Tutto questo discorso è esatto – *juristisch richtig* – ad un patto: che si accetti la conseguenza che vi sono ambiti di azione rilevanti per la comunità, i quali per definizione sono sempre esattamente svolti. Questa conseguenza è pacificamente accettata dalla dottrina che si è occupata della discrezionalità nei termini fin qui visti; ma non può essere condivisa, perché proprio in questo ambito si svolge il maggior numero di decisioni che impegna la comunità. Non si può ammettere che ad esse la comunità non parte-

21. - Segue: *la dottrina francese.*

Di questo ben si è accorta la dottrina francese. Fondata su un'esperienza giurisprudenziale assai più vigorosa di quelle tedesca ed italiana — madre quasi di queste — essa non è mai stata abbandonata a se stessa, se così si può dire, libera quindi di scegliersi temi di indagine, secondo suggerimenti più o meno filosofici; al contrario è stata continuamente richiamata alla considerazione dei problemi concreti della coesistenza di sindacabilità e di insindacabilità dell'amministrazione posti da una giurisprudenza che andava cercando una propria linea in relazione alle esigenze di giustizia che le si ponevano ([89]). In questa situazione, il compito imposto alla dottrina francese, quasi suo malgrado, è molto facilmente definibile; essa ha dovuto cercare sempre di interpretare e riordinare la giurisprudenza che, da autentico legislatore, ha a suo giudizio esteso o ristretto il potere discrezionale, concesso all'amministrazione — cioè ha ammesso ed escluso il sindacato del Consiglio di Stato nelle varie materie — nelle varie situazioni sottoposte al suo esame ([90]). Ora interpretare, ordinare, sistematizzare la giurisprudenza ha avuto un primo e fondamentale significato: che il potere discrezionale, come potere di valutare l'opportunità di una misura in date situazioni, non è mai stato posto in forse, ed ha costituito anzi, al contrario, la premessa di qualunque ragionamento

---

cipi e quindi rimanga estranea alla bontà delle decisioni stesse. Persino Rupp (*Grundfragen*, cit., p. 211 segg.) quando critica la dottrina dominante ed afferma la generale sindacabilità dell'attività amministrativa discrezionale in base alla semplice considerazione che, nelle Costituzioni odierne, il controllo supremo spetta al giudice e rileva che non si può parlare di un monopolio dell'amministrazione in ordine ai procedimenti in base ai quali giunge al provvedimento dall'unione di norma e fatto, riconosce l'unicità dell'amministrazione, che provvede e si limita ad estendere i controlli su di essa. Ma questa non è via che possa dare i frutti sperati, come si è detto fin dall'inizio (cfr. anche l'ultima pagina di Rupp per rendersene ulteriormente conto).

([89]) Cfr. VENEZIA, *Le pouvoir discretionnaire*, Paris, 1959, p. 7: « Né de l'instauration d'un contrôle juridictionnel sur l'action de l'administration, le " problème du pouvoir discretionnaire " s'est posé avec d'autant plus d'acuité que ce contrôle prenait plus d'ampleur ».

([90]) Allo stesso risultato teorico è pervenuto, come si è detto, EHMKE, *Ermessen*, cit., p. 46.

e di qualunque discussione. Nella dottrina francese cioè non è stata mai sentita la soluzione di continuità legge imprecisa-atto, colmata da un potere discrezionale che, in sostituzione del legislatore, la dottrina poteva cercare di disciplinare elaborando le regole per il suo esercizio ([91]); al contrario, questo potere discrezionale è stato considerato sempre come componente essenziale dell'amministrazione ([92]), quasi elemento strutturale di ogni amministrare, al quale dovevano essere portati limiti, in nome della legalità ([93]) e della tutela del cittadino contro di essa.

Si comprende subito la differenza di indirizzo assunta dalla dottrina francese rispetto alle altre dottrine europee continentali. Saldamente ancorata all'idea che l'amministrazione sia essenzialmente polizia ([94]), « animata da una volontà esecutiva libera, vincolata alla

---

([91]) Merita rilevare la differenza di impostazione tra due autori, né francese, né tedesco o italiano, ma formati rispettivamente alla scuola francese ed a quella tedesca: LOPEZ - RODO, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, in *Rev. droit publ.*, 1953, p. 572 (spagnolo) e MERIKOSKI, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, 1958 (finlandese). Per Lopez - Rodo l'amministrazione gode di un potere discrezionale connaturale ad essa (essa non è solo diritto, e la sua attività deve scorrere attraverso i canali del diritto, ma soltanto scorrere attraverso di loro, per raggiungere i suoi fini, così che vi è potere discrezionale oltre i limiti naturali che incontra ogni legge che la disciplini, p. 576 seg.: è chiara la eco di HAURIOU, *Précis élém.*, cit., p. 229); per Merikoski invece il problema della discrezionalità si svolge tutto sui binari della contrapposizione tra norme rigide e norme elastiche; la discrezionalità quindi consiste per lui nella possibilità di più provvedimenti compatibili con il diritto; lo sforzo per ridurre la discrezionalità consiste nel chiarire bene che cosa il legislatore aveva in mente quando parlava nella legge di « pericolo », « interesse pubblico », etc. (pp. 28 seg. e 35 seg.).

([92]) Cfr. ad es. BONNARD, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administrative etc.*, in *Rev. de droit publ.*, 1934, pp. 363 seg. e 36-365; WALINE, *Le pouvoir discrétionnaire etc.*, in *Rev. de droit publ.*, 1930, pp. 197 seg., 203 seg. Ma è affermazione ricorrente.

([93]) È singolare notare che ad es. DE LAUBADERE, *Droit administratif*, Paris, 1963, svolge due capitoli, l'uno dedicato alla « legalità »; l'altro ai suoi « contrappesi »: occorre tutelare l'amministrazione dalla legalità, sembra che voglia dire questa impostazione. Egli dice testualmente, p. 212: « L'observation de la légalité constitue, par définition, une gêne pour l'administration ». Soggiunge che si deve evitare, come l'arbitrio, ogni automatismo amministrativo.

([94]) Cfr. M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris 1939, p. 6.

legge, come ad un potere esteriore » ([95]), la dottrina francese ha riconosciuto che gli amministratori hanno sempre un margine di potere discrezionale, e che questo è necessario ed utile, per ragioni pratiche precise, essenzialmente perché il giudice non dà lo stesso affidamento della p. a. di saper decidere le questioni che si pongono, spesso lontano dalla sua sede, privo di abitudine a decidere questioni di carattere squisitamente amministrativo ([96]); ha quindi poi potuto, con piena concretezza, anche indagare dove — in relazione alla giurisprudenza del Consiglio di Stato ed alla logica — si annida il potere discrezionale, ed enucleare gli elementi dell'atto, e le parti di questo, che ne sono caratterizzate ([97]). Ma questa concretezza della dottrina francese non si ferma qui: non solo suo scopo è quello di cercare le regole che individuano il potere discrezionale in un atto amministrativo ([98]), come si è già visto, ma addirittura giunge a riconoscere che il concetto stesso di potere discrezionale è relativo, perché può benissimo darsi che il potere, affidato in determinati casi, possa poi venire meno, per effetto di qualche intervento del legislatore, che sostituisce la sua decisione a quella della pubblica amministrazione ([99]).

Il risultato è quello che suggerisce una recente e notevole opera ([100]). In questa, il problema del potere discrezionale viene anzitutto definito in termini di libertà di apprezzare la corrispondenza tra motivi e fine dell'atto, risolventesi nella libertà di apprezzare il fatto e

([95]) HAURIOU, *ivi*, p. 229; cfr. anche LOPEZ - RODO, *Le pouvoir discrétionnaire*, cit., pp. 572 seg. e 576.

([96]) Le considerazioni or ora esposte riassumono il pensiero di WALINE, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, in *Rev. droit publ. et de la sc. pol.*, 1930, pp. 197 seg. e 203 seg. Per una critica ad es. RUPP, *Grundfragen*, cit., p. 216 segg.; JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff*, cit., p. 231 segg.

([97]) Per una realistica disamina degli elementi discrezionali nell'atto amministrativo, cfr. BONNRAD, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recous pour excès de pouvoir*, in *R.D.P.*, 1923, pp. 363 e 372 seg. Ma questo si è sempre fatto: v. da ultimo VENEZIA, *Le pouvoir discretionnaire dans l'acte administratif*, cit., Paris, 1959, pp. 28 seg., 37 seg. e 45 seg.

([98]) WALINE, *op. cit.*, p. 223.

([99]) WALINE, *op. cit.*, p. 221.

([100]) VENEZIA, *op. cit.*, *passim*.

l'opportunità del provvedimento, in relazione alle sue conseguenze etc. ([101]); viene poi analizzato in relazione agli elementi dell'atto (fine, motivi, etc.) ed ai tipi di esso, e alle materie in cui può venir emanato l'atto stesso (espropriazioni, pubblica sicurezza, edilizia etc.); viene quindi valutato sistematicamente, e ricostruito nel senso che esso sarebbe uguale al potere, ordinariamente spettante all'imprenditore. Questo viene affermato in base alla premessa, discutibile certamente, ma in armonia con la tradizione francese, che l'attività amministrativa abbia, nel fondo, carattere imprenditoriale (di servizio pubblico), almeno nel senso che, come nel caso delle imprese del diritto privato, al capo di esse è conferito un potere di decisione non libero, ma vincolato al raggiungimento di un fine, alla cura di determinati interessi ([102]). Il potere insomma, se è dato, è discrezionale, e l'indagine sul potere discrezionale si deve risolvere nella mera indagine sulla sua esistenza.

Non è qui il caso di discutere analiticamente questa posizione dottrinale. Preme piuttosto tornare al problema da cui si muoveva — come si formi l'atto amministrativo per essere il migliore — per vedere se in generale l'orientamento ed il metodo di studio della dottrina francese possano valere a risolverlo.

Nell'accenno che si è appena fatto per riassumere il pensiero di

([101]) VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, cit., pp. 31 e 45. Ma merita di riferire *in extenso* un brano di Venezia, nel quale si esamina il rapporto tra legittimità e merito: « È accettabile, ragionevole un rapporto di causa ed effetto tra l'evento verificatosi ed il provvedimento adottato? Questo basta al giudice che, per decidere la questione, isola il fatto dal suo ambiente. Al giudice amministrativo basta constatare che alla occorrenza il ricorrente ha goduto di quel minimo di buona amministrazione cui ogni cittadino ha diritto, vale a dire, che si può difendere il comportamento assunto dalla pubblica amministrazione. Il Consiglio di Stato non cerca il buon fondamento del provvedimento adottato, ma la possibilità di questo fondamento; si limita a constatare che l'amministrazione basa nella natura del fatto addotto un valido fondamento della propria tesi e che la sua soluzione appartiene a quella cui poteva attenersi un amministratore " convenable " » (p. 28). Su questi temi è importante vedere AMORTH, *Il merito*, cit., che riesce a fondere l'indirizzo tedesco e quello francese.

([102]) VENEZIA, *op. cit.*, p. 105 seg. V. però HAURIOU, *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, in *Mélanges Carré de Malberg*; e, per l'origine di questa dottrina, DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, II, Paris 1928, pp. 365 segg. e 320 segg.

ispirazione francese sul tema — il potere in quanto è dato è discrezionale e l'indagine su di esso si risolve nell'indagine sugli elementi che conferiscono all'amministrazione un potere di valutazione — è già contenuto un giudizio negativo: l'indagine infatti non ha condotto ad altro che a riconoscere l'esistenza di questo elemento valutativo in ogni o quasi ogni atto di amministrazione, quindi a riconoscere che vi è qualche cosa che può anche venir autonomamente studiata, per scoprire il modo (o formulare ipotesi sul modo) in cui giunge a maturazione ed espressione il giudizio discrezionale della pubblica amministrazione. Bisogna anche dire che le ragioni di questo, per così dire insuccesso, sono semplici: la dottrina francese, anche quando nei tempi più recenti ha parlato della pubblica amministrazione e dei suoi compiti in termini di « service public » ([103]), è bene o male sempre rimasta ancorata all'idea autoritaria di essa, cioè all'idea dell'apparato burocratico centralizzato e possente che, al servizio del sovrano, cura gli interessi « pubblici » ([104]). Questo apparato, per il semplice fatto di esistere, doveva esprimere un proprio giudizio, fare proprie valutazioni; con grande senso della storia la dottrina francese ha accettato questa realtà, l'ha posta al centro del sistema « amministrativo », ed ha schiettamente riconosciuto che la legge non crea l'amministrazione, ma la intralcia ([105]). *La legalità ci uccide.* Esiste non il problema

([103]) Su quest'idea dell'attività amministrativa come *service public*, cfr. fondamentalmente M. HAURIOU, *Précis él.*, cit., p. 109 seg., il quale definisce il *service public* come « un insieme organizzato di funzionari che mettono in opera il potere e la competenza dell'amministrazione per rendere al pubblico un servizio regolare, continuo, che contribuisce alla polizia della comunità » (*police de la cité*: cfr. p. 111). Su Hauriou sono importantissimi J. RIVERO, *Hauriou et l'avénement de la notion de service public*, in *L'évolution du droit public*, Etudes à l'honneur de A. Mestre, Paris 1956, p. 461; e L. SPEZ, *La contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris 1966, pp. 134 seg. e 384 seg. Più vasta bibliografia – con osservazioni critiche assai penetranti – in POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, cit., p. 18 seg., note.

([104]) Cfr. ad es. ed a conferma di questo le due famose decisioni del Consiglio di Stato francese, Labonne (8 agosto 1919) e Heyriès (28 giugno 1918), in LONG, WEIL, BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, 1956, nn. 41 e 37, pp. 138 e 121. Su di esse, oltre al commento di Long, Weil e Braibant tutti gli AA.: ad es. VEDEL, *Droit administratif*, Paris 1958, p. 12 seg.

([105]) Cfr. DE LAUBADERE, *Droit admin.*, il quale ha due capitoli, uno sulla

di eseguire la legge, si potrebbe dire paradossalmente, ma di non violarla, per le conseguenze che ne derivano ([106]); non esiste quindi *il problema* della discrezionalità, da spiegare con sforzi logici, muovendo dalla legge verso la realtà, e quasi separando l'amministrazione che sta tra esse, ma il potere discrezionale, da individuare, limitare, garantire, perché se il giudice si sostituisse all'amministrazione nelle sue valutazioni farebbe peggio. Si potrebbe davvero dire che in questo sistema il problema della discrezionalità nel senso in cui se ne è parlato, non trova posto, e che quindi è inutile cercare lumi da qualche cosa che non c'è.

Ma è evidente che questa interpretazione è paradossale. Se il problema del potere discrezionale, così come si è posto nella dottrina tedesca, non ricorre in essa, ciò non significa che il fondamento dell'elaborazione dottrinale, « il potere discrezionale », sia stato in qualche modo cancellato dall'esperienza concreta, cioè dalla vita amministrativa: questo sarebbe assurdo, ed in effetti lo è, dato che, come si è riferito, la necessità del potere discrezionale dell'amministrazione

legalità, l'altro sui suoi contrappesi. Cfr. anche gli AA. cit. nella prima parte sul fine dell'amministrazione che trascende la pura applicazione della legge (PRESUTTI, RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, I, Padova, 1927, p. 125) o si limita a questa (ORLANDO e ZANOBINI). La frase « *La legalité nous tue* » è di O. Barrot.

([106]) La prova di questo che si afferma è offerta dalle c. d. *règles de droit* (intorno alle quali cfr. per tutti il già cit. De Laubadere, p. 198 seg.). Queste regole si possono ridurre, per comodità di discorso, ai principi che, secondo la terminologia italiana, si esprimono in termini di imparzialità amministrativa; la dottrina francese li sente come norme imposte dall'esterno alla pubblica amministrazione, esattamente come dall'esterno sono imposte al potere esecutivo le leggi. Ora significativo è questo: che esistenti nella dottrina italiana e tedesca quanto in quella francese, queste regole sono collocate nelle prime non all'esterno, ma all'interno della funzione amministrativa: al punto che, com'è noto, la violazione di queste regole non configura una lesione di norme di legge (o equiparate a questa), ma un autonomo vizio del provvedimento, l'eccesso di potere (si parla infatti di vizio della funzione). Questa diversa collocazione delle *règles de droit* rispetto all'azione amministrativa testimonia, come meglio non si potrebbe, della diversità del presupposto da cui muovono le due dottrine: amministrazione autoritaria, *naturaliter* persona, libera, la dottrina francese; amministrazione creata dal diritto, quindi permeata di esso, essenzialmente giuridica e quindi per necessità di cose persona, la dottrina di tradizione tedesca ed italiana.

viene riaffermata con ogni energia. I diversi termini in cui il problema viene posto hanno un altro significato, che sfugge alla prospettiva in cui si è ragionato in Germania ed in Italia: di riconoscimento cioè che la discrezionalità costituisce un momento ineliminabile dell'attività amministrativa, presente in ogni atto dell'autorità. Il potere discrezionale si risolve nell'atto, e quindi il problema del primo si risolve nel problema del secondo. La realtà, cioè, viene riconosciuta ed accettata per quello che è, come composta di atti, i quali sono valutazioni soggettive di opportunità. Il potere discrezionale è il potere di emanare atti amministrativi.

Ma se nessuno può negare il grandissimo valore di questo risultato, che riporta la tematica della discrezionalità dall'astratto al concreto — cioè al potere —, chiari ne sono anche i limiti. Essi stanno in ciò, che così si sanziona in pieno il distacco tra Stato apparato e Stato comunità, affidandone il legame o l'intima coesione, ad una sorta di atto di fede, nel senso che si deve necessariamente sperare che l'amministrazione amministri bene, soddisfacendo quindi nel migliore dei modi le esigenze della comunità.

Questo può anche giustificarsi in relazione alle speciali condizioni della Francia, forte di una tradizione amministrativa che non ha eguali in Europa; ma non può ammettersi su un piano storico più vasto, nel quale cioè sia presente non la società di ieri nella sua proiezione sul mondo di oggi, ma il mondo di oggi nella proiezione sul mondo di domani. Il mondo di oggi, riferito a ieri, può anche accedere ad un sistema amministrativo puramente autoritario, purché efficiente, ma sarebbe più che rinuncia al compito che incombe ad ogni scienza, veramente suicidio, affidare a questa autorità « che viene dal di fuori » ogni responsabilità, lasciando i privati alla loro tradizionale funzione di antagonisti, di oppositori, privi di qualunque responsabilità. In questa rinunzia a guardare in viso il domani, ad averne magari paura, ma ad additare alla comunità la via che occorre seguire per giungere ad una verità sociale, ad una reale vita comunitaria, cade la dottrina francese; per questo motivo i suoi risultati possono essere utilizzati solo in senso negativo, come critica di altri indirizzi, non già come fondamento per un tentativo di ricostruzione.

c) La giustizia amministrativa

SOMMARIO: 22. La giustizia amministrativa.

22. - *La giustizia amministrativa.*

La stessa impostazione di rapporti tra cittadino e Stato ha ispirato l'organizzazione della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione.

Si è visto fin qui come, coerentemente ad un generale indirizzo della scienza del diritto, il problema dell'attività amministrativa sia stato affrontato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in termini formali e statici, di « atto » e di « procedimento », cioè di attività compiuta ed esaurita — appunto già resa « atto » —, anziché in termini dinamici, di risultato da raggiungere: e si è rilevato come in conseguenza di questa impostazione formale l'unico problema reale, la formazione delle decisioni amministrative in concreto, sia stato scomposto in tre problemi autonomi, dell'atto (natura, tipi, effetti), del procedimento (struttura organizzativa operante rispetto all'atto), della discrezionalità (logica delle valutazioni soggettive contenute nell'atto). Le decisioni amministrative restano così affidate all'amministrazione, all'apparato autoritario e nel mistero di questo si nasconde la loro *ratio*.

È ora necessario osservare come l'impostazione formale-autoritaria che ha evitato l'indagine del problema di come veramente si formi l'atto abbia operato anche nel campo della giustizia amministrativa, impedendone la piena realizzazione, nel dichiarato intento di conservare l'amministrazione, quasi metafisicamente intesa, inviolata dalla pronuncia del giudice, ordinario ed amministrativo.

Non occorre certo lungo discorso per dimostrare come questa idea di garantire l'amministrazione da « sopraffazione », come dicevasi, del giudice, sia stata attuata nell'ambito della giurisdizione ordinaria.

A norma degli artt. 4 e 5 legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. *E*, il giudice ordinario può conoscere degli atti amministrativi solo limitatamente ai loro « effetti », in relazione all'oggetto dedotto in giu-

dizio; la revoca o l'annullamento, che eventualmente si debbano disporre per conformarsi al giudicato, sono di competenza dell'autorità amministrativa.

È palese che, con questa norma, quando nel 1865 si estese all'amministrazione la competenza dei giudici ordinari nelle « cause per contravvenzioni » e nelle materie « in cui si faccia questione di un diritto civile o politico », si aveva ben chiara l'idea che il giudice non avrebbe mai potuto varcare l'insuperabile soglia dell'amministrare, cioè del provvedere. A lui spettava soltanto conoscere dei diritti dei cittadini, che si assumevano lesi dall'amministrazione, non già disporre nei suoi confronti. Anche a prescindere dalle distorte applicazioni che si sono fatte e si fanno di questa norma, è *ictu oculi* evidente che con essa si spezzava (e spezza) il giudizio contro l'amministrazione impedendo al giudice (secondo l'opinione dominante) di condannarla a fare qualche cosa a ripristino del diritto violato e rimettendo ad essa e ad essa soltanto l'esecuzione di queste monche sentenze ([107]) ([108]). Si voleva cioè salvaguardare la decisione amministrativa (la discrezionalità) in qualunque modo, a scapito di qualunque cosa. Questo si è

([107]) Sulla giustizia amministrativa vi è stato un grande fiorire di studi in occasione del centenario delle leggi del 1865 e dell'unificazione: oltre al volume ad essa dedicato, nel quadro degli atti celebrativi, a cura dell'I.S.A.P. (ed. Neri Pozza, Vicenza), con saggi di vari AA., cfr. MIELE, *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, I, p. 1; SANDULLI, *La giustizia nella amministrazione*, in *Amministraz. civ.*, fasc. aprile - agosto 1961; GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963-1964; ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248, alleg. E*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1622 segg.; e, di chi scrive, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1965, p. 567 segg. V. ora NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979; F. SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, Padova, 1978.

([108]) L'idea di limitare alle sentenze dichiarative la competenza del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione risale a CAMMEO, ad es. *L'azione del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1905, IV, p. 23 segg. Per la critica di questa idea sia consentito rinviare per tutti allo studio di chi scrive, *Giurisdizione ordinaria*, cit., p. 598 seg., ed ora anche a FALCONI, *I poteri di decisione del giudice ordinario nelle controversie amministrative*, negli *Atti celebrativi*, cit., *La giustizia amministrativa*, p. 91 seg. Sull'esecuzione delle sentenze rimessa alla pubblica amministrazione cfr. F. SATTA, *Principi*, cit., p. 76 seg.

fatto, fermando la mano del giudice di fronte alla pubblica amministrazione e quindi sacrificando il cittadino al mito. Altro non c'è da aggiungere, se non che la Corte costituzionale non ha avuto il coraggio di far cadere l'art. 4, poiché esso consente di non dare tutela ai diritti dei cittadini.

Preme piuttosto spingere l'attenzione sul giudice amministrativo, del quale si dice che, investito del potere di annullare gli atti amministrativi, incide assai più penetrantemente del giudice civile nell'amministrazione. Questo è indubbiamente esatto, perché l'annullamento dell'atto che consegue all'accoglimento del ricorso è una realtà della quale non si può dubitare. Anche questo però è più apparente che reale, perché nonostante l'annullamento, l'amministrazione soccombente non viene colpita in misura adeguata alla sua soccombenza: e questo, in senso sia favorevole che sfavorevole ad essa ([109]).

È ben nota la struttura del giudizio amministrativo. Esso si svolge secondo la triplice direttrice di giudizio su atti amministrativi, iniziato su ricorso avverso di essi, risolventesi nel loro annullamento. In concreto questo significa che condizione essenziale perché possa venir invocata giustizia contro la pubblica amministrazione è che essa abbia agito (o si sia rifiutata di farlo, quando vi era giuridicamente obbligata) ed abbia agito con una manifestazione di volontà univoca, l'« atto amministrativo » appunto. Tutto quello che precede (ad es. i celebri atti preparatori) resta all'infuori della giurisdizione del giudice amministrativo e può essere preso in esame da questi solo in seguito alla rituale impugnazione del provvedimento finale, quale vizio di esso.

Questo già indica il primo profilo di crisi del sistema. Poiché l'idea che deve presiedere a qualunque sistema giudiziario è la sua efficienza, un meccanismo imperniato sull'impugnazione di atti può andare bene finché realmente l'*unico* modo in cui l'amministrazione

([109]) V. più ampiamente, F. SATTA, *Principi*, cit., p. 76 seg.; *L'esecuzione del giudicato amministrativo di annullamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, pp. 947 seg. e 983 seg. Sui motivi di ricorso v. A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, p. 355 seg.; LA VALLE, *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 20.

agisce in maniera rilevante per il mondo esterno è costituito dai provvedimenti amministrativi. Se viceversa l'amministrazione agisce unilateralmente in maniere diverse — cioè anche senza adottare provvedimenti — il sistema va in crisi, perché per difetto di un requisito formale, il provvedimento, ampi campi di attività rimangono esenti da sindacato giurisdizionale: non vi è infatti nulla che si possa « impugnare » ([110]). Aggiungasi che nel sistema del quale si parla solo il provvedimento è in grado di determinare quella lesione di interessi, che l'ordinamento considera giuridicamente rilevante e che consente di adire il giudice amministrativo. Nel caso di attività amministrative che non si concludono con un provvedimento, la tutela giurisdizionale non può dunque essere chiesta, perché alla mancanza (formale) di atto impugnabile si accompagna la mancanza (formale) di una lesione di interessi. Si può certo dire che questi interessi non possono trovare tutela nel giudizio, per ragioni di opportunità politica: ma il fatto è che essi non la trovano nemmeno in sede amministrativa. L'ordinamento sociale si pone così in contrasto con l'ordinamento giuridico. Da un lato vi sono questi interessi, rilevanti al livello sociale, che, pur evanescenti, pur diffusi, esigono tutela; dall'altro, l'ordinamento deve loro negarla, perché non possono venir ridotti nell'ambito dello schema, a favore del quale l'ordinamento giuridico concede la propria giustizia.

La crisi del sistema giurisdizionale presenta così un duplice aspetto. Per un verso vi sono interessi che non trovano tutela, perché « formalmente » non sono lesi, nel senso che ancora non lo sono; per un altro, appena un interesse è leso, deve chiedere tutela, a pena di decadenza. Uno degli aspetti della crisi della giustizia amministrativa sta in questa dilatazione enorme del contenzioso, cui corrisponde, nella fase amministrativa, la più completa mancanza di tutela. Il rimedio, che si è tentato, è, come è noto, quello di moltiplicare i giudici, senza preoccuparsi della causa: che è remota, ed affonda le sue radici nel rapporto tra ordinamento giuridico ed ordinamento sociale, in cui la giustizia amministrativa ha un ruolo puramente repressivo, da utilizzare *contro* le decisioni unilaterali ed autoritarie della pubblica amministrazione, non già per concorrere a formarle.

([110]) È notevole per altro che in tempi recentissimi sia stata ammessa l'impugnativa degli atti che concludono una trattativa privata, nella quale manca, per definizione, il provvedimento.

Il giudizio, rivolto contro un atto, muove da un ricorso. Questo significa che la parte deve dedurre contro il provvedimento specifici motivi di censura, che circoscrivono il *thema decidendum*; la fondatezza di uno solo di essi, formale o sostanziale che sia, provoca l'accoglimento del ricorso. Ma a questo vantaggio, a questa posizione di favore fatta al ricorrente, si accompagna un parimenti grande svantaggio: il giudice amministrativo infatti, è strettamente legato ai motivi di diritto dedotti dal ricorrente, così che esso in definitiva non tanto giudica della legittimità del provvedimento, quanto della fondatezza dei motivi ([111]).

Questo conduce al singolarissimo tipo di pronuncia che caratterizza le decisioni del giudice amministrativo in sede di legittimità, l'annullamento ([112]). All'infuori di alcuni casi del tutto marginali, esso

([111]) L'estensione del giudizio e quindi il giudizio stesso sono così rimessi alla parte ed al suo patrocinio. Questa idea deriva da un'analogia con il processo civile, nel quale il giudizio di legittimità segue ad un giudizio di merito e può quindi essere limitato a profili di puro diritto, una volta che il fatto è ormai stato ampiamente delibato; è ragionevole limitare il sindacato della Cassazione a motivi di puro diritto, dedotti dalla parte, con ciò quasi volendosi vedere che cosa essa ancora pretenda, dopo due grandi di giudizio. Nell'estendere all'attività amministrativa questo meccanismo, non si è considerato che nel procedimento amministrativo il « rechtliches Gehör », il contraddittorio, manca, e che il provvedimento è totalmente unilaterale, con tutte le conseguenze che ciò comporta. Rende piena testimonianza di ciò il motivo più singolare di ricorso che ci sia, l'eccesso di potere, che, trascesa la legittimità, affonda le sue radici nel merito. Il motivo è inconcepibile nel giudizio ordinario (ad es. di Cassazione) perché in esso il contraddittorio ha reso possibile la determinazione della materia ed ha vincolato il giudice ad essa, costringendolo cioè – si può dire paradossalmente – a prendere cura degli interessi delle parti. La sua esistenza nel processo amministrativo dimostra che il legislatore ha avuto piena coscienza di aver attribuito all'amministrazione unilaterale una virtù – l'assoluta imparzialità – che è assurdo, impensabile abbia. Ha organizzato ciò nondimeno tutto il giudizio su questa premessa, salvo poi rompere il sistema e felicemente contraddirsi, ammettendo l'impugnazione dei suoi atti proprio per essere ... unilaterali, cioè emanati in eccesso di potere!

([112]) Sulla portata dell'annullamento, variabile a seconda della motivazione da cui trae origine, cfr., oltre *L'esecuzione del giudicato amministrativo di annullamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 947 segg., *Principi*, cit., p. 76 seg., di chi scrive.

concede giustizia al privato contro la pubblica amministrazione semplicemente annullandone gli atti e lasciando ad essa la loro rinnovazione ([113]). Qualunque sia stato quindi il motivo di accoglimento del ricorso questo conduce sempre alla stessa conclusione, che è l'eliminazione dell'atto illegittimo, con la rimessione all'amministrazione degli incombenti ulteriori, rivolti a colmare la lacuna provocata dall'annullamento. La problematicità di questo strumento di decisione dei ricorsi sta nelle sue conseguenze, cioè nell'esecuzione che, senza alcuna disciplina, è rimessa alla pubblica amministrazione: essa infatti, parte in causa, deve provvedere nella situazione provocata dall'annullamento e l'ordinamento altro non dispone, se non che deve conformarsi alla decisione: ed anche questa statuizione è stata riconosciuta dopo notevoli incertezze, essendosi dapprima ritenuto che l'art. 26, n. 4 del t. u. sul Consiglio di Stato andasse coordinato con l'art. 4, comma II della legge abrogatrice del contenzioso amministrativo, e fosse quindi applicabile alle sole sentenze dei giudici ordinari ([114]).

La giurisprudenza e la dottrina hanno cercato di porre alcuni punti fermi nell'ambito del problema di dare esecuzione alle sentenze del giudice amministrativo ([115]): così ad es. si è detto che il contenuto del giudicato è insindacabile da parte dell'amministrazione e rende vincolata la sua attività, anche se prima era discrezionale e che l'amministrazione, in seguito all'annullamento di un atto amministrativo è tenuta solo a rinnovare la parte di procedimento dichiarata illegittima (la cui dichiarazione di illegittimità cioè ha provocato l'annullamento dell'atto); ma si è detto soprattutto che le decisioni di annullamento lasciano salve le ulteriori determinazioni della pubblica amministrazione, le quali possono anche pervenire a conclusioni non dissimili da quelle poste nel nulla, purché i nuovi provvedimenti siano

([113]) Tutto ciò determina problemi pratici notevolissimi. Su di essi e per le soluzioni trovate dal Consiglio di Stato, cfr. la Parte II della *Esecuzione del giudicato amministrativo*, cit.

([114]) Questo è stato sostenuto da ultimo da GUICCIARDI, *L'art. 27, n. 4 ed il giudicato amministrativo*, in *Atti del convegno sull'esecuzione del giudicato amministrativo*, Milano, 1962, p. 203 seg., ora anche in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 424 seg.

([115]) È importantissimo a questo proposito il volume degli *Atti del convegno sulla esecuzione del giudicato amministrativo di annullamento*, cit.

motivati da ragioni diverse da quelle per cui si era annullato. Questa giurisprudenza con la moltissima altra sul tema ha tutta lo stesso significato: il giudice amministrativo cerca di conciliare una certa concezione della pubblica amministrazione ed il principio generale dell'ordinamento che impone di dare esecuzione alle sentenze, perché la tutela da esse concessa non resti lettera morta; e questo fa, cercando di imporre all'amministrazione regole, mediante le quali ottenere che anche le proprie decisioni vengano eseguite.

Non sembri paradosso. La prima legge sul Consiglio di Stato e quella che la precedette di circa venticinque anni, sull'abrogazione del contenzioso amministrativo, muovevano entrambe dall'idea di « proteggere » il cittadino dall'amministrazione, cioè di imporre persino a questa l'osservanza del diritto. Ma l'amministrazione era e restava sovrana, non semplice soggetto che agisce per la cura di interessi generali e per questo è pubblico, per questo è autorità: essa era investita di un carisma suo proprio, quello di « potere esecutivo », contro il quale il potere giudiziario nulla poteva né doveva. Nacque di qui il sistema, così singolare, dell'autorità giudiziaria che dichiarava l'illegittimità degli atti lesivi di diritti soggettivi e dell'amministrazione che sola poteva eseguire questa pronuncia, « conformandosi » al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso ([116]); di qui nacque ancora il sistema del Consiglio di Stato che, quasi parte della stessa amministrazione (come in effetti storicamente era), poteva, con la sua IV Sezione « per la giustizia amministrativa » incidere più penetrantemente in essa, annullando sì gli atti, ma senza toccarne le valutazioni discrezionali: e quindi anch'esso pronunciare solo sulle questioni di mera legittimità degli atti, lasciando all'amministrazione il merito delle sue pronunce e l'esecuzione delle decisioni giurisdizionali.

Questo sistema sembra essere stato insensibile al tempo. Dopo cent'anni, la giurisdizione amministrativa è rimasta giurisdizione di

([116]) Su questo adeguarsi « in quanto riguarda il caso deciso », v., fondamentale, GUICCIARDI, *L'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 250 ed ora in *Studi di giustizia amministrativa*, cit., p. 371 segg. V. anche le relazioni di GIANNINI e di SANDULLI nel volume di *Atti del convegno sull'esecuzione del giudicato amministrativo*, cit.; e F. SATTA, *Principi*, cit., p. 310 seg.

mero annullamento (cioè incentrata su atti amministrativi per l'illegittimità che recano in sé) e non investe l'attività nel suo complesso; l'esecuzione delle sentenze è ancora quasi staccata dalle sentenze da eseguire, procedente per vie proprie, che poi tocca correggere e raddrizzare. Tra tutela giurisdizionale amministrativa della teoria e della realtà vi è insomma uno iato, una soluzione di continuità, che consiste in questo: le pronunce del giudice amministrativo non raggiungono in pieno l'amministrazione.

A conferma di quanto si dice basti considerare quello che avviene in materia edilizia, per le celebri questioni, conseguenti a diniego e revoca illegittimi della licenza (oggi concessione: ma la sostanza non muta). La giurisprudenza nega il risarcimento del danno così arrecato; ed a ragione, se si vuole, perché è esatto dire che il privato non ha un vero e proprio diritto alla licenza. Ma tolta questa possibilità di difesa del privato, il risultato è che i comuni con lo strumento delle licenze possono fare quello che vogliono, perché nel peggiore dei casi, dopo lungo tempo, il Consiglio di Stato annullerà il diniego di licenza o la revoca. Ma, salvi essendo sempre gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, dall'annullamento consegue che, se l'amministrazione non ottempera amichevolmente, il privato dovrà nuovamente instaurare un giudizio, sia pure per l'esecuzione del giudicato (ma il comune può negargli la concessione per un altro motivo ed allora occorre un nuovo giudizio di legittimità). Se il privato è ancora vittorioso, può darsi che venga nominato un commissario, con il compito di rilasciare la licenza. Ma se il comune *medio tempore*, approfittando della sua illegittimità, ha cambiato il piano regolatore, anche questo non serve a nulla. Chiara è la distonia tra la realtà — che esige un sollecito rilascio della licenza ed una sollecita definizione delle questioni ad essa relative — e la struttura degli strumenti che a tale realtà si rivolgono. Come è difficile ammettere che il comune debba corrispondere i danni a colui cui abbia negato la concessione edilizia, sbagliando in buona fede, così non si può tollerare che esso — ma in generale la pubblica amministrazione — possa fare il buono ed il cattivo tempo: cioè provvedere all'infuori della regola dell'imparzialità di cui si diceva sopra e semplicemente invece secondo il criterio di una *legibus soluta potestas*.

Capitolo V

IL DIRITTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Sommario: 23. Premessa. — 24. La posizione dell'amministrazione nell'ordinamento. 25. La responsabilità civile: i termini del problema. — 26. *Segue*: una proposta di soluzione. — 27. Procedimento e partecipazione. — 28. Conclusione.

23. - *Premessa.*

Il quadro tracciato nei capitoli che precedono pone una serie di gravissimi problemi. Apparentemente questioni di pura teoria generale, in realtà per altro la loro soluzione in un senso o in un altro ha conseguenze pratiche rilevantissime, in quanto determina il modo di essere dell'amministrazione nell'ordinamento, e quindi il suo diritto.

Il primo problema riguarda l'amministrazione. Chi è? è il caso di dire. È un soggetto che, investito di regia autorità, da una posizione precostituita e quasi ereditaria di potere dirige la vita della comunità e quindi è diverso da essa, diverso dai singoli che la compongono, e la cui azione indirizza, o è un soggetto come tutti gli altri — veramente come tutti gli altri — che si distingue dal privato per compiti e funzioni, non già per natura? Tutta la tradizione è nel primo senso, come le considerazioni qui sopra svolte hanno cercato di chiarire. Le conclusioni cui si è giunti, per altro, nella loro paradossale contraddittorietà, impongono di rivedere la premessa. Non è possibile infatti affermare la soggezione dell'amministrazione al diritto ed alla legge, come si fa da oltre un secolo, e lasciar fuori da questa soggezione il momento cruciale della determinazione concreta della legge, dello svolgersi dell'azione in concreto. Questa contraddizione dimostra *ex se, prima facie*, due cose: o che si è voluta affermare una solo parziale soggezione alla legge dell'amministrazione —

ciò che per altro storicamente non è vero; o che si è voluta affermare la soggezione di un soggetto affatto speciale, per il quale il termine ha un significato diverso. Il risultato è comunque sotto gli occhi, nel senso che la soggezione non è stata realizzata.

Il secondo problema riguarda la responsabilità dell'amministrazione. Alla fine del capitolo che precede si è accennato ad una vicenda frequentissima: il comune nega illegittimamente la concessione edilizia, e questo può non avere conseguenza alcuna, perché l'amministrazione non può essere condannata al risarcimento dei danni (si dice che le situazioni soggettive di chi è sottoposto all'esercizio di un potere, i c. d. interessi legittimi, siano irrisarcibili), ed alle conseguenze dell'annullamento giurisdizionale del diniego si può sfuggire in mille modi. In altri termini, questo pone il problema, difficilissimo, di pura teoria generale, ma dalle conseguenze pratiche rilevantissime, davvero fondamentali, se, come, e quando la pubblica amministrazione sia civilmente responsabile per gli atti che pone in essere *contra ius*. Come si vedrà, l'affermazione di principio della dottrina e della giurisprudenza è che l'amministrazione sia irresponsabile. In molti casi per altro, surrettiziamente, la responsabilità è riconosciuta, con qualche artificio logico-giuridico. Anche in questo campo, dunque, domina la contraddizione, di cui si diceva qui sopra, ed anzi aggravata: ché se è contraddittorio negare la responsabilità in regime di soggezione dell'amministrazione al diritto (il primo effetto di tale soggezione dovendo essere proprio la responsabilità), è due volte contraddittorio negarla in generale e, con una motivazione qualsivoglia, di quando in quando affermarla.

Con questo si tocca il nocciolo della questione. Una volta affermata la generale responsabilità dell'amministrazione per atti *contra ius*, resta il fatto che questo soggetto svolge un'attività diversa da quelle di tutti gli altri (solo l'amministrazione agisce — e non giudica — « applicando » leggi), e che su di lui, e quindi su tutta la collettività si scaricano conseguenze patrimoniali per sanzionare una condotta « di applicazione delle leggi » per la quale non esistono regole: non esiste cioè alcun sicuro punto di riferimento, oltre ai generici criteri di equità, imparzialità, buon andamento, dal quale si possa ricavare il parametro per la corretta « applicazione » della legge. Pertanto, il *summus ius* — la sottoposizione dell'amministrazione a responsabilità — rischia di trasformarsi in *summa iniuria*, nel senso che il comportamento, fonte della responsabilità, non appare colpevole con sufficiente chiarezza per la mancanza di una regola obiettiva, che diriga l'autorità nel difficilissimo momento in cui essa « provvede ». Quale è, quale deve essere dunque il diritto della pubblica amministrazione, che, assoggettandola alla legge, sottoponendola a responsabilità, le dia anche un parametro sicuro di riferimento, che le consenta di valutare proprio la responsabilità cui va incontro e quindi di evitare il danno?

A questi tre temi è dedicato il presente capitolo.

24. - *La posizione dell'amministrazione nell'ordinamento.*

Un primo punto è pacifico: e cioè che l'amministrazione sia un soggetto dell'ordinamento, cioè non gli sia in qualche guisa estranea. Questo è il presupposto di tutta la dottrina e di tutta la filosofia politica che si esprimono con il termine « Stato di diritto ». Il problema è un altro: sta cioè nel chiarire che cosa questo significhi in generale nell'ordinamento; come in questo quadro generale possa inserirsi la specificità dell'amministrazione.

Qualche riflessione teorica è necessaria.

Nell'indagare il problema dello Stato e del rapporto tra comunità ed apparato, Tosato [1] ha osservato che lo Stato è la risultante di uno *specifico collegamento* di popolo, governo, territorio, che li coordina nella loro contrapposizione, non già la mera compenetrazione di più elementi; questo specifico collegamento è rappresentato dal diritto, dall'ordinamento che lo Stato deve presupporre a sé, in quanto determina i rapporti reciproci tra governanti e governati e dal loro legame consente di dedurre quell'unità che è lo Stato. Questo diritto consente di distinguere l'autorità statale dal mero esercizio di imperio, dalla mera forza: « governo dello Stato non è un governo purchessia, che in fatto comandi e riesca in qualche modo ad imporsi, ma il governo che ha il *diritto* di comandare e di pretendere obbedienza »: il

---

[1] TOSATO, *Sugli aspetti fondamentali dello Stato*, in *Scritti in memoria di C. Esposito*, III, Padova, 1973, p. 1798.

popolo e il governo sono non elementi dello Stato, ma *soggetti dell'ordinamento*.

« Certo il diritto, scrive ancora Tosato, in quanto *ius positum*, non nasce per forza propria, per generazione spontanea, ma postula l'opera di un'autorità competente. Ma chi dice autorità competente, presuppone la norma che prevede l'autorità e ne determina la competenza. Ben si intende che l'autorità, che pone la fonte positiva suprema dell'ordinamento, non trova fondamento in una precedente più alta fonte positiva. Ma appunto perciò non si può, come già si è ricordato, evitare il ricorso ad una *norma suprema, non posta, ma presupposta* ».

Questa norma suprema, presupposta, fonte prima della giuridicità, non può essere un mero suono, né, tanto meno, può essere un mero artificio logico, che legittimerebbe qualunque reazione istituzionalistica o sociologica. Essa ha e deve avere un contenuto preciso, o quanto meno deve consentire di derivare da sé una serie di norme fondamentali dell'ordinamento, che all'ordinamento imprimono il suo proprio carattere. Questa « norma suprema » positiva presupposta, se così si può dire, dunque, non già il mero complesso delle norme positive, individua lo Stato e l'ordinamento in termini giuridici; ad essa occorre risalire.

« L'accertare questo presupposto, come dice Kelsen, è una funzione essenziale della scienza giuridica».

Per determinare natura e contenuto di questa norma suprema che individua l'ordinamento, il pensiero è naturalmente portato a riferirsi a quella particolarissima concezione (se si può consentire questa interpretazione terminologica) che ne hanno proposto Quadri e Mortati, cioè come struttura reale del potere nella società che determina l'ordinamento concreto attraverso il suo esercizio. Questo può senz'altro condividersi, ad una condizione però: e cioè che sia ben chiaro che il potere non è un *prius* rispetto alla società, ma un *posterius*, o se si preferisce elemento ad un tempo condizionante e condizionato. È condizionante certo, in quanto è potere; ma è condizionato, in quanto è il potere di una data società, nato in essa, rivolto ad essa; ed in tanto può vivere nella società ed essere giuridico, in quanto si traduca in suo ordinamento, viva come suo ordinamento. In altre parole, nel momento stesso in cui il potere si pone come

ordinante (e l'alternativa al potere ordinante è l'anarchia), per il fatto stesso di riferirsi ad una società che ha già un suo ordine, a questo soggiace: è logicamente e storicamente quindi preceduto dall'ordinamento di questa società.

È agevole così dire che cosa si deve intendere per norma fondamentale: disciplina reale del potere, essenza profonda dell'ordinamento, pensata e non voluta, perché vissuta, indagata, scoperta. Essa costituisce il fondamento ultimo della giuridicità di un ordinamento dato in quanto suo presupposto storico; non perché quindi ogni rapporto sia derivabile da essa, come dice Kelsen a proposito dell'ordinamento statico, ma perché il potere non può porre un sistema di norme positive in contrasto con essa, se non a condizione di creare un nuovo ordinamento. Ma questo significa creare una società che sia già altra da sé, che abbia già una diversa idea del proprio essere e quindi sia disposta a recepirla. Che abbia, insomma, una propria diversa norma fondamentale ([2]).

Ora paradossalmente, quanto è difficile discutere intorno alla natura della norma fondamentale per le implicazioni filosofiche che porta con sé qualunque discorso di tal genere, altrettanto sicura è la determinazione del contenuto positivo di essa, con riferimento all'ordinamento dato e quindi all'ordinamento italiano. Il principio democratico cui si ispira, il principio di uguaglianza che afferma, l'aspirazione alla giuridicità assoluta che lo permea, nel senso che nessuno è escluso, a priori per così dire, da un determinato rapporto; tutto ciò mostra che la norma presupposta dell'ordinamento può essere una sola, quella della parità e dell'uguaglianza di tutti i soggetti. È, si può forse più esattamente dire, la norma della parità e dell'uguaglianza di tutti i soggetti, che nella loro essenza non si possono differenziare l'uno dall'altro in alcun modo, perché tutti investiti della stessa qua-

---

([2]) « Non avrei voluto vivere in una repubblica di nuova istituzione, per buone che fossero le sue leggi, per timore che la costituzione del governo, diversa forse dalle esigenze del momento, non convenendo ai nuovi cittadini o i cittadini non convenendo al nuovo governo, lo Stato fosse soggetto a rivolgimenti e a crolli, fin quasi dalla nascita »: ROUSSEAU, *Discorsi sull'origine e i fondamenti della diseguaglianza fra gli uomini, Dedica* (in *Scritti politici*, a cura di Maria Garin, I, Bari, 1971, p. 120).

lità di soggetti dell'ordinamento; norma che, dunque, subordina a sé il potere, il quale non può esercitarsi in contrasto con essa, se non a condizione di creare un ordinamento ed una società nuovi, retti da un'altra norma, da un altro fondamento.

Merita chiarire questo punto. È ben noto con quanto impegno la dottrina e la giurisprudenza abbiano sviluppato il tema dell'uguaglianza, che nell'ordinamento italiano ha un'affermazione di rango anche formalmente costituzionale. È addirittura superfluo ricordare le articolazioni date al principio: l'uguaglianza non può considerarsi soddisfatta con la sua prospettazione nel senso formale di uguaglianza di fronte alla legge; deve avere contenuto sostanziale, nel senso di trattamento uguale di situazioni uguali, e differenziato per situazioni differenziate; impone un controllo di logicità sulla discrezionalità del legislatore, che non è arbitro di stabilire se e quando situazioni differenziate vi siano, queste dovendo apparire obiettivamente giustificate; opera anche nei rapporti di diritto privato; è stata colta ed evidenziata non solo nel testo della Carta costituzionale, in una serie di sue norme viste addirittura come sviluppo ideale dei due commi dell'art. 3, ma nella concretezza delle norme dell'ordinamento positivo destinate a realizzarla — o limitatrici di essa —, in cui ha inciso profondamente la giurisprudenza della Corte costituzionale.

Sennonché questa uguaglianza, così come posta dalla Costituzione e poi sviluppata da dottrina e giurisprudenza, lungi dall'esaurire il problema di una norma fondamentale di parità tra i soggetti di cui si diceva qui sopra, appena lo pone. Non può sfuggire infatti che l'uguaglianza è affermata nella Costituzione italiana con una norma di carattere, se così si può dire, garantistico, — di garanzia, appunto, di uguaglianza tra i cittadini, come l'art. 3 si esprime. Ora questa uguaglianza, che si vuole garantire, trova il proprio presupposto in due momenti storico-politici: da un lato certo nella « volontà » (per usare questa comoda espressione) del costituente di considerare tutti i cittadini uguali; ma dall'altro, nell'esistenza storica delle diseguaglianze da lui riconosciute ed accettate, nel momento stesso in cui ha « dato mandato » alla Repubblica di rimuovere quelle, anche di fatto esistenti tra i cittadini. In questo secondo momento il precetto costituzionale sull'uguaglianza presuppone qualche altra cosa a sé, storicamente data, posta da quella logica della storia che, come

con incredibile dolcezza diceva Saint-Exupéry, gli uomini possono ricostruire solo *ex post* e quindi soltanto *ex post*, paradossalmente, volere, esprimendo tale volontà in una norma costituzionale. E questa premessa storica del costituente, ciò che esso ha insomma potuto volere, è una società di uguali, è una società storicamente costituita da pari, che nella dialettica della propria vita crea certamente le disparità — le disuguaglianze di fatto dell'art. 3 — ma che in tanto le può creare e riconoscere come tali, in quanto nella sua profonda, naturale e storica essenza sia società di pari.

In questo senso sono quindi certamente esatti i rilievi di chi, come ad es. Mortati, si preoccupa di individuare i destinatari del precetto dell'art. 3 e li coglie nella cerchia più lata che sia dato trovare, legislatore, amministrazione, apparato giudiziario, privati: ma come sono esatti, così sono anche insufficienti, legati all'ottica, necessariamente garantistica, propria di qualunque interpretazione del precetto costituzionale come norma positiva, rivolta a qualcuno. Sfugge cioè loro che in tanto quel precetto è possibile (e può avere quel significato), in quanto esista la società storica che quell'idea abbia già realizzato, abbia già recepito e fatto propria, al punto di poterla esprimere parzialmente, come una norma costituzionale. Questo precetto dell'uguaglianza nella Carta costituzionale è insomma possibile in quanto già esista, e dunque gli preesista, un ordinamento giuridico storicamente imperniato sull'idea della parità dei soggetti. E questa parità dei soggetti nel suo storico compiersi, nel suo storico realizzarsi, è la norma fondamentale — ancora una volta storica — dell'ordinamento, nel quale nessun soggetto possa essere escluso dalla partecipazione al diritto, e nel quale quindi la giuridicità sia, come si diceva sopra, assoluta.

L'essere l'amministrazione un soggetto dell'ordinamento che soggiace al diritto significa dunque semplicemente questo: che essa soggiace all'intero sistema giuridico, e quindi anche al suo principio fondamentale, quello di uguaglianza.

È infatti impensabile che un ordinamento, improntato nel suo complesso all'idea di una uguaglianza dei soggetti — ovvero, ciò che in fondo è lo stesso, di una giuridicità assoluta — tolleri, per la contraddizione che ne deriverebbe, che qualcuno dei suoi soggetti gli resti estraneo, e quindi ad un tempo sia e non sia soggetto dell'ordi-

namento. Può ammettere la rivolta contro di sé, la propria negazione sul piano del fatto (che per altro fa propria in questa negazione con la qualificazione giuridica « negativa », come reato, come atto antigiuridico, come atto nullo), ma non può ammettere che qualcuno, dal proprio interno, si ponga come appartenente ad un mondo diverso, cui l'ordinamento è indifferente. Questo qualcuno deve essere assorbito nell'ordinamento, sia pure da esso stritolato, punito per questo atteggiamento: deve « essere » nell'ordinamento, ovvero l'ordinamento vuole essere in lui, sempre per la contraddizione di cui si è detto, dell'impossibilità logica di concepire qualcuno come estraneo all'ordinamento cui appartiene, altro da sé insomma. Il *servi legum sumus ut liberi esse possimus*, oltre all'enfasi, racchiude l'intuizione profondissima, e che forse solo oggi storicamente si realizza in Europa, che soltanto nell'ordinamento si compie la trasformazione dell'uomo in soggetto di diritto e quindi si realizza la sua dignità somma.

A questo lo Stato apparato non può sottrarsi. Se lo ha fatto storicamente, come è indubbio — e le tracce che noi portiamo di questa eredità ne sono la più eloquente testimonianza — anche storicamente questo è superato. Lo Stato non può più dettare le norme per i suoi sudditi, restando loro estraneo. Una serie di meccanismi positivi lo assoggettano alle stesse norme; la Corte costituzionale ha il potere di sindacare gli atti legislativi ed equiparati; i giudici hanno il potere di sindacare gli atti dello Stato apparato; neppure i giudici possono sottrarsi al giudizio. Lo Stato dunque è oggi profondamente inserito nell'ordinamento della collettività. Ne è un suo soggetto, secondo la terminologia che si usava qui sopra; *è soggetto di una comunità di pari.*

Per chiarire il significato di questa affermazione — e chiarire quindi che cosa significhi essere soggetto diverso rispetto agli altri, ma inserito in una comunità di pari, in un regime di uguaglianza —, occorre fermare brevemente l'attenzione sul concetto stesso di soggetto.

Il problema del soggetto viene abitualmente impostato facendo centro nell'art. 1322 cod. civ., che riconosce « autonomia contrattuale » alle parti, nel vastissimo senso che esse possono determinare liberamente il contenuto del contratto, utilizzando anche forme contrattuali non disciplinate specificamente dalla legge; e viene svolto come problema dell'autonomia privata, che sarebbe « autorizzata dall'ordinamento giuridico » (Santoro Passarelli), consisterebbe « nel porre in essere l'ipotesi di fatto di norme esistenti, dando vita e sviluppo, tra gl'interessati, a rapporti di quel tipo che esse norme prevedono e dispongono » (Betti), ovvero nella potestà di darsi un ordinamento giuridico (Santi Romano), riconosciuto dall'ordinamento giuridico statale, ad esso variamente collegato.

Ora non vi è dubbio che l'autonomia negoziale costituisca un aspetto essenziale della vita del soggetto nell'ordinamento; ma altrettanto certamente di un aspetto e di uno solo fra i tanti di essa si tratta. Nella sua totalità, la vita del soggetto è infinitamente più complessa, così come più articolata ne è la disciplina. Il soggetto muore ed in previsione di questo evento può disporre dei suoi beni; intesse, certo, rapporti con terzi, ma questi rapporti danno vita ad obbligazioni per le quali egli è tenuto a rispondere con tutto il suo patrimonio; può agire, nella più assoluta libertà, all'infuori di ogni negozio o di ogni intento negoziale, ma quest'azione incontra il suo limite nel terzo, che non può essere pregiudicato dalla libertà di alcuno; antica saggezza ha addirittura condotto a qualificare come « illecito », « quasi delitto » l'uso della libertà, che si tramuta in un fatto lesivo. Il soggetto, per usare il linguaggio e la logica di Kelsen, è tutto questo: è questo ordinamento, all'infuori del quale nulla può fare e nulla essere.

In altre parole l'ordinamento giuridico positivo indubbiamente pone limiti perentori all'attività del soggetto. Questi lo investono sia come tale, sia nei suoi rapporti con i terzi. Dal punto di vista del soggetto come tale, è disciplinata la sua capacità, sia come capacità c. d. giuridica — che si acquista al momento della nascita, art. 1, cod. civ. — che come capacità di agire. Su questa capacità giuridica — su questo essere soggetto dell'ordinamento, dunque — si innesta la disciplina della capacità di agire, cioè di porre in essere fatti e atti giuridici. In un quadro davvero mirabile il codice investe la capacità naturale del soggetto-persona fisica, sia sotto il generale profilo della capacità d'intendere e di volere (artt. 427, 428, 1425, 1441, 2046 per citarne solo alcuni), sia sotto quello dei fattori influenti su una capacità pure in atto posseduta (dolo, violenza, errore); il codice disciplina poi la capacità del soggetto, che non sia persona fisica, nel senso che subordina l'efficacia delle sue deliberazioni (a prescindere

dunque da qualsivoglia questione in ordine alla loro validità) all'osservanza di alcuni incombenti procedurali (maggioranza, regolarità della convocazione, ecc.), che costituiscono, per così dire, prerequisiti di validità delle delibere stesse.

Ora il punto fondamentale è che tutta questa millenaria disciplina (che ben a ragione ha fatto parlare di una extrastatualità del diritto privato) ha il proprio senso, la sua stessa ragion d'essere in un ben preciso elemento: che il soggetto che agisce, cioè, si impegna nella propria azione con tutto se stesso, e con tutto se stesso ne risponde. Forse questo precetto, che trova una singolare e quasi drammatica espressione nell'art. 2740 — « il debitore risponde dell'adempimento delle proprie obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri » — costituisce il fondamento ultimo del diritto nel senso che esprime il rapporto essenziale del soggetto con gli altri — fa quello che vuoi, ma pagherai. Per i limitati fini qui perseguiti, certo è solo che non sembra abbia senso parlare di un'autonomia negoziale, se essa sia scissa dalla responsabilità patrimoniale che costituisce la premessa — dicasi pura la garanzia — per il suo esercizio: basti pensare all'art. 2901 (azione revocatoria ordinaria). Il soggetto non può esercitare la sua autonomia se non impegnando se stesso: la misura di questa capacità di impegnarsi è la misura dell'autonomia. Ancora, l'art. 2901 insegna. C'è insomma una corrispondenza immediata tra capacità di agire e capacità di far fronte alle obbligazioni assunte nell'esercizio della capacità di agire. L'essere soggetto dell'ordinamento, l'essere capace, al di fuori di ogni astrazione, non significa altro che questo: essere capace di sorreggere la propria autonomia negoziale con la propria autonomia patrimoniale. E l'ordinamento, la società se si preferisce, questa corrispondenza quotidianamente verifica: il limite del credito è rappresentato dal soggetto concreto — dal suo patrimonio — che, ad onta dell'identità del nome, non è sempre lo stesso ma muta, muta fino al punto di estinguersi lasciando sopravvivere un mero nome. Questo nome non ha « capacità » concreta; è giuridicamente un non-essere, cui la società può arrivare ad aprire le porte ai suoi livelli minimi, cioè del baratto ([3]).

([3]) Tutto ciò che può suonare paradossale, ma non lo è, e trova un duplice ordine di conferme. Anzitutto nella prassi bancaria, in cui il credito può essere sempre revocato, senza che ne derivi eventualmente un diritto al risarcimento del danno. E quanti fallimenti sono derivati proprio da una improvvisa crisi di liquidità, innestatasi su una situazione economica in crisi! In secondo luogo, vi sono norme espresse del codice che sanciscono la possibilità di recedere dalla posizione di creditore: ad es. nel caso di ritardato pagamento di una rata del mutuo (art. 1819) o se l'inadempimento di una prestazione nel contratto di somministrazione è di tale importanza da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti.

Non è poi da dimenticare che la quotidiana esperienza non solo vede il « credito » concesso (si « concede » ad uno di essere debitore!) sulla base o di specifica garanzia patrimoniale o di un patrimonio e di un insieme patrimoniale tale, che sia esso stesso sufficiente garanzia – con ciò dunque rivelando come il momento patrimoniale, la responsabilità patrimoniale dunque, sia il presupposto dell'autonomia contrattuale – ma soprattutto vede venir meno il credito stesso quando il patrimonio si attenui. E togliere il credito altro non è che riconoscere che è venuta meno in concreto l'autonomia negoziale, a tutti attribuita in astratto; che è venuta meno, rispetto a un soggetto, la comunione di un certo ordinamento, sociale e giuridico ad un tempo – quello in cui aveva « credito », cioè poteva agire in quanto aveva il patrimonio ed era capace « passivamente »; che è venuta meno, paradossalmente, la sua soggettività.

Questo, è bene precisare, costituisce la più piena espressione, in concreto, della regola di uguaglianza di cui si è detto. Il principio giuridico generale ed astratto, infatti, si piega alla concretezza della vita, così come la vita si eleva ad esso: nel senso dunque che sul piano del reale, sul piano storico si vorrebbe dire, la « capacità » giuridica, la « soggettività » non conosce e non può conoscere altri limiti se non quelli che sono intrinseci al suo svolgersi in rapporto con altri: i quali chiedono garanzie, valutano insomma, nel suo complesso, l'individuo e la sua naturale capacità. Ma i limiti che questa capacità naturale incontra non possono essere mai — e non sono mai — limiti giuridici. La soggettività uguale per tutti semplicemente nel soggetto concreto si determina e puntualizza, come autonomia legata alla responsabilità.

Il significato di queste considerazioni è palese. Esso è che ogni soggetto dell'ordinamento soggiace, nella sua azione, a due regole fondamentali, che sono quelle della responsabilità verso i terzi e della illimitata estensione di tale responsabilità (il soggetto risponde con tutto il suo patrimonio). In questo sta l'essenza della *hominis ad hominem proportio* e quindi il fondamento stesso della libertà.

E poiché, come si è visto, l'amministrazione è un soggetto del-

l'ordinamento, giuridicamente uguale ad ogni altro, anch'essa, come ogni soggetto, risponde a titolo di responsabilità per la propria azione, e ne risponde senza limite alcuno derivabile dalla sua qualità di soggetto « pubblico ».

Si può così esaminare il problema della disuguaglianza « naturale » di un soggetto, determinata dall'investitura di un potere che abbia ricevuto.

Paradossalmente forse, il tema non pone più particolari difficoltà: non le pone nel duplice senso che si è chiarito come, da un lato, i soggetti non possano essere che uguali, e, dall'altro, la loro diseguaglianza costituisca il presupposto della giuridica uguaglianza, ed altro non esprima che la concreta personalità, la concreta « soggettività » di ciascuno. La disuguaglianza, dunque, si svolge all'interno della personalità, come suo modo di essere; il problema di essa, in quanto legata all'attribuzione o all'esercizio di un potere, altro non è che il problema di questo potere nell'àmbito della società.

Il tema è naturalmente vastissimo, ed è stato oggetto di infiniti studi. Ma se la conquista più recente e preziosa della moderna dottrina dello Stato sta nell'averne ricondotto il rapporto con la collettività al diritto, nel senso in cui ne parla Tosato, che « governo dello Stato non è un governo purchessia che in fatto comandi e riesca in qualche modo ad imporsi, ma il governo che ha il *diritto* di comandare e pretendere obbedienza » (4), è agevole dedurre che il comando ed il potere (di cui il comando è esercizio), altro non sono che elementi strutturali della società, da cui non si può prescindere: l'esercizio del potere dunque altro non esprime che lo svolgimento di una funzione nella società; funzione essenziale quanto si vuole, ma funzione, interna dunque e non estranea, non sovrapponentesi ad essa: funzione giuridica e non dispotica, non esercizio di arbitrio.

La contraddizione cioè che per secoli vi è stata tra soggetti, cioè sudditi, e sovrano, soggetto investito dal potere, e che li ha fatti collocare in posizioni sfalsate, di sopra e sottordinazione, non ha più ragione di essere. Una tale contraddizione, prima ancora che contrapposizione, muoveva, si potrebbe dire, da un equivoco, cioè dalla identificazione tra autorità e soggetti investiti di essa.

(4) *Op. loc. cit.*

Queste sono viceversa entità concettualmente diverse, l'una di ordine morale e sociale, l'altra, organizzativo e politico. Uno, il soggetto, svolge una serie di attività — amministra, governa, legifera, rende giustizia, ma anche parla e scrive —; l'altra accede all'azione del soggetto, che ne appare investito. Ma l'attività svolta è analizzabile nelle sue varie componenti, di comando, di indirizzo, di insegnamento, ecc., e a nessuna di esse è ontologicamente propria l'autorità: solo la tradizione, sempre sollecita nel vestire il bruto imperio — la disuguaglianza — di panni morali, ha suggerito ed imposto l'idea che il comando sia autorità. In realtà esso può esserne accompagnato, ma in termini giuridici altro non è che svolgimento di *attività* da parte di un soggetto: attività propria dell'uomo, nelle sue varie invenzioni, quando si tratti del soggetto persona fisica, attività consentita, voluta, autorizzata, che dir si voglia, quando il soggetto sia persona giuridica.

In altre parole, come si diceva, non è necessario che il potere si eserciti nella società dall'infuori di essa, in forza di un qualche carisma medievale (allora, giova ricordare, il re si sentiva un rappresentante del Signore, e questa concezione è finita da pochissimi anni). Questo è solo un modo storico di essere. Ma quando nello Stato si affermi la sovranità del diritto, è giocoforza dire che il potere nasce dalla società, si svolge ed esaurisce in essa. Chi ne è investito non è altro che un soggetto, un membro di questa società, un suo elemento strutturale necessario (come è per altro qualunque suo soggetto). Mutano soltanto le manifestazioni di questa soggettività, che non consiste nell'esercizio di autonomia privata, ma di autonomia pubblica, e cioè del comando, dell'indirizzo, del coordinamento, del controllo. A questo un soggetto è chiamato, così come ad altri compiti sono chiamati altri soggetti: il soggetto « padre », « figlio », « coniuge », « datore di lavoro », « notaio », ecc.

Queste sono dunque le conclusioni del discorso fin qui svolto: la pubblica amministrazione è un soggetto dell'ordinamento, che soggiace alla disciplina generale dettata per i soggetti; la differenza o la disuguaglianza che in esso si coglie, legata all'attribuzione del potere, altro non costituisce che manifestazione di una personalità contenutisticamente diversa, così come contenutisticamente diversa è la personalità di ciascuno. Si può dire insomma che l'esercizio del potere costituisca esercizio di una funzione, e non già postuli identificazione

tra titolare della funzione e funzione; elevando dunque a « potere » chi ne è investito.

25. - *La responsabilità civile: i termini del problema.*

Le considerazioni che precedono pongono con ogni chiarezza il problema della responsabilità civile dell'amministrazione per i danni recati nell'esercizio delle sue funzioni. Se l'amministrazione è autorità, nel senso di soggetto diverso dai cittadini, diverso dalla comunità nel suo insieme — Stato-apparato appunto, per dirla con Mortati —, una responsabilità per i danni provocati dai suoi atti è semplicemente inconcepibile. La posizione dei singoli nei suoi confronti è caratterizzata dalla soggezione; lo *iussus* che essa emana — il provvedimento amministrativo — per definizione, per principio, non può incontrare di fronte a sé situazioni precostituite del cittadino; può essere impugnato di fronte al giudice dell'annullamento, perché questa è la tutela specifica che l'ordinamento concede contro questi atti.

Intorno a questo chiarissimo presupposto, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato un vero e proprio sistema, dicendo che nei confronti della pubblica amministrazione in veste di autorità il cittadino non ha mai « diritti soggettivi » ma meri « interessi legittimi », i quali, comunque li si voglia ricostruire teoricamente, danno ingresso ad una tutela giurisdizionale di annullamento, e non di risarcimento. I danni arrecati con lesione di interessi legittimi, pertanto, sono, si dice, irrisarcibili.

Ora, questa teorica è accettabile ad una sola condizione: che al principio dell'irrisarcibilità della lesione degli interessi legittimi non siano mai ammesse deroghe, o eccezioni, comunque motivate. Il principio infatti non afferma, come comunemente si dice, che la lesione degli interessi legittimi sia irrisarcibile (cioè che siano irrisarcibili gli interessi, in quanto tali); ma, al contrario, che è irrisarcibile un danno solo perché recato da un certo soggetto, con un determinato strumento: dalla pubblica amministrazione, con gli atti amministrativi. La posizione infatti che un soggetto ha nei confronti dell'amministrazione è ... questa posizione — di soggezione, ad es., come si dice —, e nulla di più; il problema del risarcimento sorge in relazione ad un altro evento del tutto diverso, il danno, e di *questo* danno, non del-

l'interesse legittimo, si esclude la risarcibilità, dicendo appunto che è collegato ad un interesse legittimo. Nel momento in cui, di fronte ad un atto amministrativo, si dice, con una motivazione qualsivoglia, che esso ha provocato danni risarcibili, si nega il principio, e quindi si inserisce nel sistema una insanabile contraddizione.

In effetti, la teoria della responsabilità civile dell'amministrazione nel nostro ordinamento è caratterizzata dalla contraddizione or detta, si può dire fin dalle origini. Pur aderendo infatti, in linea di principio, all'idea che l'amministrazione operasse nei confronti degli amministrati *iure imperii*, la dottrina e la giurisprudenza cercarono di mitigare gli effetti di questa proposizione ravvisando ipotesi di atti posti in essere *iure gestionis*, come si diceva, vale a dire senza l'esercizio dell'*imperium*: ciò che è intrinsecamente contraddittorio, perché o l'*imperium* è una qualità del soggetto, ed allora tutto è comando, tutto è autorità; o non lo è, ed allora il soggetto è uguale a tutti gli altri ed i suoi atti, qualunque forma assumano, non possono che soggiacere alle regole generali sull'azione di qualunque soggetto.

Con terminologia diversa, che riflette comunque sempre la stessa impostazione, questa limitazione dell'area del danno risarcibile e, rispettivamente, irrisarcibile, fondata di volta in volta sulla natura dell'atto lesivo (di impero o di gestione), o della situazione lesa (diritto soggettivo o interesse legittimo) o sulla natura delle norme, nell'applicazione delle quali il danno è stato recato (norme di azione e di relazione), la contraddizione è giunta fino ai nostri giorni. In tempi recenti, ad opera della giurisprudenza, essa ha ricevuto una vera e propria esaltazione, nel senso che, con una acuta motivazione, è stata aggredita l'area stessa del danno irrisarcibile, vale a dire, di quello correlato alla lesione di interessi legittimi. La giurisprudenza viene cioè dicendo che anche quando si è sicuramente in presenza di una situazione di potere dell'amministrazione, cui corrispondano interessi legittimi dell'amministrato, il risarcimento può essere riconosciuto se l'amministrazione abbia agito con una tale macroscopica violazione di regole di prudenza e di diligenza da superare i limiti intrinseci ad ogni pur ampia discrezionalità. Già prima, è bene ricordare, questo era stato detto a proposito della discrezionalità c. d. tecnica, in cui la violazione di norme tecniche giustificava il risarcimento del danno.

Si è venuto così formando un sistema della responsabilità civile

della pubblica amministrazione assai complesso e, come si è detto, profondamente incoerente. Sono irrisarcibili i danni arrecati con lesione degli interessi legittimi. Per altro, la discrezionalità dell'amministrazione è sindacabile sotto il profilo della violazione delle regole generalissime di prudenza, diligenza e cautela, che si riassumono sotto il principio del c. d. *neminem laedere*. Gli interessi legittimi sono dunque al tempo stesso irrisarcibili e risarcibili. Inoltre, poiché nel nostro codice civile la responsabilità extracontrattuale è legata al presupposto della colpa o del dolo di chi abbia commesso il danno, il c. d. elemento psicologico della condotta è stato ravvisato proprio nella violazione delle regole non scritte, da cui nasce lo stesso *neminem laedere*. La colpa dunque ha assunto per l'amministrazione quel carattere assolutamente obiettivo, che in dottrina qualche Autore afferma in via generale per la responsabilità, ma che certo non è unanimemente accettato.

Sulla contraddittorietà di questo profilo della responsabilità civile applicata alla pubblica amministrazione è necessario fermare l'attenzione. In base all'art. 2043, perché sussista responsabilità devono ricorrere due presupposti: il danno ingiusto ed una condotta dolosa o colposa di chi lo ha provocato. Per quanto riguarda la condotta, le possibilità sono due sole. O si ritiene che la colpa dell'amministrazione debba essere del funzionario che ha posto in essere l'atto: ma allora tanto vale dire che la colpa non si può trovare mai, data l'articolazione degli uffici volta a spersonalizzare l'azione e l'apporto di ciascuno (si pensi al caso dei provvedimenti che si assumono con deliberazioni collegiali ma in base ad istruttoria degli uffici: dove si può trovare il filo che conduce alla colpa di Tizio o di Caio?). Oppure si ritiene che la colpa coincida con la violazione di norme di legge e di regolamento, in sostanza presumendo che tali violazioni siano « colpose »: ma questa interpretazione incontra l'insuperabile duplice ostacolo dell'art. 2043, il quale parla di condotta dolosa e colposa, laddove la violazione di norme positive si traduce in illegittimità degli atti che ne sono viziati, e del sistema positivo che contro l'illegittimità degli atti appronta tutele specifiche (annullamento, di fronte al giudice amministrativo). E ciò, a tacere del fatto che un atto deriva da una condotta, e non può quindi identificarsi con essa.

Questi artifici, questi veri e propri espedienti giuridici cui si è

fatto ricorso per affermare la responsabilità della pubblica amministrazione in una serie di casi « speciali » sono però di capitale importanza, al di là delle contraddizioni che li viziano. Essi dimostrano infatti che è ormai chiaramente sentita la necessità di individuare una responsabilità per colpa, propria della pubblica amministrazione, al di là della colpa del funzionario o della illegittimità degli atti. Essi dimostrano dunque l'esistenza di una vera e propria fame di giustizia, che si dibatte tra le contraddizioni di un principio tradizionale che la nega (l'amministrazione è irresponsabile) e di un più forte principio che gli si oppone, ma che non è ancora del tutto attuato, che la vuole soddisfare (l'amministrazione soggiace al diritto).

26. - Segue: *una proposta di soluzione*.

È palese che questa contraddizione può risolversi in un unico modo, che sta nell'individuare e nello sviluppare — nel *perducere ad consequentias* — la posizione dell'amministrazione nell'ordinamento. Se essa è esterna ad esso, « autovincolantesi » come diceva Jellinek, *nulla quaestio*. Gli sforzi fatti per affermare la sua responsabilità potranno essere curiosità storiche, ma sono giuridicamente aberranti. Non si può affermare la responsabilità, elemento tipico e fondamentale dell'uguaglianza, nei confronti di chi non è pari. Se viceversa essa è soggetto dell'ordinamento, la sua capacità di essere responsabile è *in re ipsa*, e si tratta soltanto di definirne i modi.

Non sembra possibile aggiungere altro sul punto se l'amministrazione sia o non soggetto dell'ordinamento. Non si può che ripetere che sembra addirittura impossibile pensare ad essa in termini di estraneità all'ordinamento e che se questo è avvenuto ed avviene rispetto a tante sue manifestazioni si deve soltanto ad una lunghissima tradizione ed alla resistenza che essa ha opposto alla giuridicizzazione dell'esecutivo.

Più delicato è il problema dei modi in cui si esprime la responsabilità dell'amministrazione. Il punto nodale sta nel fatto che l'amministrazione, nell'esercitare le proprie funzioni, può legittimamente esprimere comandi e quindi altrettanto legittimamente recare danno: che è dunque « danno giusto ». Il problema è dunque questo: quando il danno recato *iure* diventa *iniuria*? Quale è, in altre parole, il punto

in cui l'azione amministrativa acquista il carattere dell'antigiuridicità e quindi crea l'obbligo del risarcimento?

Le risposte date a queste domande sono due, ed entrambe inaccettabili. La prima, come si è già detto, è che l'amministrazione non è mai tenuta al risarcimento, perché agisce, secondo la nota formula, *iure imperii*; la sanzione della sua antigiuridicità sarebbe costituita dall'annullamento. Così però, come anche si è detto, il problema è semplicemente evitato e non risolto, dato che si nega addirittura l'esistenza di un danno, laddove, come si è chiarito al paragrafo precedente, la situazione di danno è una situazione di fatto, della quale si può negare la risarcibilità, ma non l'esistenza. Si ricade, in altre parole, nella posizione di principio respinta, che postula l'estraneità dell'amministrazione all'ordinamento e quindi la sua sottrazione al regime generale.

L'altra ipotesi, avanzata da qualche Autore è che, viceversa, sarebbero risarcibili tutti i danni provocati con atti illegittimi. Ma questa tesi è inaccettabile quanto l'altra, per una ragione in un certo senso inversa: per essere risarcibile il danno deve essere ingiusto; e fin qui l'illegittimità dell'atto può essere sufficiente a determinare l'ingiustizia del danno; ma deve anche essere provocato da un fatto doloso o colposo *ex* art. 2043 cod. civ. o da un altro fatto qualificato secondo una delle tante ipotesi di illecito dal codice: antigiuridico, in altre parole. Ora l'equiparazione di atto illegittimo e condotta antigiuridica anzitutto postulerebbe una dimostrazione che non è data (ed in realtà non si può dare); ma sopratutto, in termini di buon senso, sembra *ictu oculi* inammissibile una equiparazione siffatta, per la semplice ragione che la colpa ed il dolo, se anche non applicabili con assolutezza, perché ci sono tante altre ipotesi di antigiuridicità della condotta, che da essi prescindono, indicano comunque la necessità di una valutazione della *condotta* al fine di ammettere il risarcimento: e l'atto è il risultato di una condotta, non già la condotta stessa.

Occorre dunque vedere in che cosa consista l'antigiuridicità tipica della condotta dell'amministrazione. Il punto di riferimento è duplice, nel senso che è costituito da un lato dagli studi sulla discrezionalità e dall'altro da quelli sull'eccesso di potere. Si è vista l'evoluzione dei primi (§ 20), e non è certo il caso di ripetersi qui. Rileva soltanto che queste indagini hanno avuto di mira il punto, davvero

centrale, dell'attuazione della legge ad opera dell'esecutivo, per il quale hanno cercato di individuare regole generali, evidentemente preterlegislative. Questi studi, come si è visto, in definitiva si sono esauriti in uno sforzo logico, non veramente ricostruttivo, perché il momento valutativo discrezionale sfugge, quasi per definizione, all'imposizione di regole tassative. In effetti, sul piano giuridico questi sforzi si sono tradotti nel povero precetto dell'art. 97 Cost., il quale vuole che gli uffici siano organizzati secondo disposizioni di legge, in modo da assicurare l'imparzialità ed il buon andamento. Agli uffici dunque è lasciato il compito di assicurare queste qualità dell'azione amministrativa: qualità del complesso di attività, che necessariamente si manifesta nei singoli atti di esercizio della funzione.

Ora, se gli studi sulla discrezionalità sono approdati a questo punto morto — la buona attuazione della legge è affidata all'amministrazione, come cento anni fa — l'indagine sull'illegittimità degli atti ha portato a risultati di grandissimo rilievo. Anch'essi ricchi di una forte tradizione (la teoria dell'*excès de pouvoir* in Francia risale alla rivoluzione e si riferiva al potere giudiziario), nel corso degli anni hanno portato ad enucleare un *corpus* di ipotesi tipiche, che consentono di dire che un provvedimento, anche formalmente perfetto, è viziato nel suo momento valutativo. Trattasi delle notissime regole sul difetto e sull'illogicità della motivazione, sul travisamento dei fatti, sulla manifesta ingiustizia, sullo sviamento di potere. Collegate, come devono essere, ai precetti sul rispetto della legge e della competenza, queste ipotesi tipiche di distorsione della discrezionalità — figure sintomatiche, come vengono usualmente definite — consentono di dedurre una serie di regole positive, che devono essere osservate in quell'indefinibile momento dell'attività amministrativa, che segna il passaggio dal precetto astratto della legge al concreto provvedimento, nel quale cioè l'amministrazione « applica » la legge.

Quando cioè si dice che il provvedimento è sindacabile per travisamento dei fatti o falsità del presupposto o disparità di trattamento o illogicità e ingiustizia manifeste, altro non si dice se non che, nel valutare la fattispecie in vista dell'emanazione di un provvedimento, l'amministrazione *deve* considerare adeguatamente gli elementi di fatto, *deve* attenersi a criteri di razionalità e di giustizia, *deve* usare un metro uguale per tutti; e che la valutazione da essa compiuta sfugge

a sindacato, solo in quanto quelle regole siano state osservate. Questo, come si vede, non ha nulla a che fare con l'osservanza della legge: ha un carattere assolutamente generale, nel senso che investe ogni attività dell'amministrazione, nell'esercizio di qualsiasi tipo di funzione commessale, nell'applicazione di qualsiasi legge.

Chiara è la conclusione. Se il codice civile dispone che qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (art. 2043), le considerazioni che precedono consentono tanto di precisare l'ambito di risarcibilità del danno, quanto la sua ingiustizia, quanto, infine, i caratteri della condotta antigiuridica, quando autore del danno sia una pubblica amministrazione.

Danno risarcibile è, come si è già detto, il *danno* subìto, ciò che non ha alcun rapporto con il tipo di situazione cui si collega, diritto o interesse. Si risarcisce un danno, del resto, non già un interesse o un diritto.

Ingiusto diviene il danno quando l'atto che lo reca è illegittimo. Questo è semplice. Ma è risarcibile solo quando l'illegittimità si riferisca alla *condotta* (e non al solo atto), cioè al procedimento di valutazione, nel senso che in questo provvedimento non devono essere state rispettate le regole generali dell'azione amministrativa, relative all'adeguata considerazione dei fatti, alla giustizia nei confronti degli amministrati, al rispetto dello scopo legale del provvedimento adottato e via discorrendo. Solo quando questi tre elementi concorrano, e quindi sussistano danno, eccesso di potere ed illegittimità, deve considerarsi ammissibile il risarcimento del danno, a prescindere dal tipo di situazione giuridica, alla cui violazione sia riferibile la lesione.

27. - *Procedimento e partecipazione.*

Con questo però il discorso non può ancora dirsi concluso. Si è certamente affermata, infatti, la soggezione dell'amministrazione alla regola generale dell'uguaglianza e quindi della responsabilità e si è cercato di individuare l'elemento proprio, tipico e caratteristico dell'antigiuridicità della condotta di un soggetto che agisce autoritariamente. Sennonché questo quadro conserva ancora una impostazione negativa, nel senso che ci si è sforzati fin qui di cancellare i resti della

posizione di supremazia *extra ordinem* dell'amministrazione, quale erede dello Stato assoluto, e quindi di assoggettarla al diritto ed alla responsabilità. Ma finché il rapporto tra cittadini ed amministrazione resta ispirato al concetto della contraddizione, sia pure su un piede di parità giuridica, il diritto non è raggiunto. Diritto è certo, si vorrebbe dire, la lite, ma diritto è soprattutto il contratto, cioè il rapporto che le parti consensualmente istituiscono e soprattutto consensualmente osservano e conservano. A questa impostazione del rapporto tra privati ed amministrazione in termini di consenso, prima che di lite, deve essere dedicata qualche breve considerazione.

La concezione tradizionale della pubblica amministrazione afferma che essa persegue l'« interesse pubblico ». In uno dei prossimi capitoli si vedrà quanto questo concetto sia inconsistente, in sé e per sé si vorrebbe dire. Preme qui osservare che il termine si giustifica solo assumendo che qualcuno possa individuare un interesse da perseguire ed imporlo, affermando che è « pubblico », che deve prevalere sugli interessi particolari e privati. In una prospettiva storica questo è chiarissimo. Interesse pubblico è quello affermato dal sovrano: quello stesso sovrano che opera attraverso lo Stato, il quale a sua volta si autolimita con il diritto. *Ergo*, interesse pubblico è, per definizione, quello perseguito con la sua azione dalla pubblica amministrazione, qualsiasi cosa faccia, anche se soddisfa un interesse puramente privato o, addirittura proprio, in termini economici: si pensi alle concessioni di aree demaniali, che sono puri e semplici affitti, ma che invece, grazie all'« interesse pubblico », diventano rapporti di diritto pubblico.

Ora il nocciolo del discorso, a quanto sembra, sta proprio qui: ha ancora senso contrapporre l'interesse pubblico all'interesse privato nei termini assoluti in cui lo concepisce tuttora la dottrina? Indubbiamente vi sono casi in cui questo avviene, in cui cioè vi è un interesse che si deve affermare in contrasto con interessi privati, come nel caso delle espropriazioni, o dei piani regolatori. Ma altrettanto certo è che questo sacrificio di interessi privati avviene in una prospettiva ben precisa, che è quella della soddisfazione dell'interesse del maggior numero di individui che compongono la comunità. Il sacrificio dell'interesse di Tizio, cioè, è giustificato dalla soddisfazione dell'interesse di un maggior numero di persone, che viceversa ver-

rebbero sacrificate se venisse soddisfatto solo l'interesse di Tizio. Che poi questo « interesse pubblico » venga determinato politicamente, attraverso le istanze più complesse, nulla toglie alla sostanza del fenomeno: in regime democratico e libero, in cui nessuno ha il monopolio della scelta dei fini, « pubblico » non può essere altro che l'interesse che riesca ad essere comune al maggior numero di persone.

Bisogna prescindere qui dal problema della determinazione politica dell'interesse comune, poiché il discorso porterebbe troppo lontano. Si può viceversa osservare che, nel momento di attuazione della legge, la degradazione dell'interesse pubblico dal rango di valore quasi ineffabile a quello concreto e positivo di interesse comune al maggior numero di persone ha un significato preciso. Esso è che l'« attuazione della legge » non è più monopolio dell'amministrazione. Questo processo di determinazione del concreto è cioè comune tanto a chi agisce, l'amministrazione, quanto a chi è destinatario dell'azione, gli interessati appunto.

Questi concetti, di cui tanto si parla (trattasi della ben nota « partecipazione ») sono stati malamente intesi negli ultimi tempi. La legislazione più recente mostra cioè la tendenza del legislatore a democratizzare l'amministrazione inserendo in essa, a livello di organi consultivi e decisionali, rappresentanti degli amministrati. Il caso della scuola è tipico. Gli studenti ed i genitori designano loro rappresentanti in seno agli organi collegiali; le assemblee non si contano; nell'università il consiglio di amministrazione è composto in larga misura da elementi del tutto estranei all'università, di designazione sindacale, regionale, comunale etc. Bisogna dire senza mezzi termini che questo non ha alcun senso, e che non determina alcuna democratizzazione dell'organo: al contrario, provoca solo un decadimento della sua efficienza, direttamente conseguente all'avviamento di un processo decisionale nel quale incompetenti concorrono, quale autorità decidente.

Il criterio corretto per attuare la partecipazione è completamente diverso. Esso è che la comunanza del momento di attuazione della legge ad amministrazione ed amministrati deve significare che il *singolo* procedimento di attuazione deve essere comune all'amministrazione che procede ed ai *singoli interessati e controinteressati*: nel senso cioè che tutti coloro che hanno interesse ad un dato atto amministrativo devono essere ammessi a partecipare al processo della sua

formazione e a far valere quindi in esso le proprie ragioni — i propri interessi —, al fine di far determinare nel modo migliore il suo contenuto precettivo.

Tutto ciò ha capitale importanza. In primo luogo, farebbe cadere l'insulsa idea di una segretezza dell'amministrazione e dei suoi procedimenti. Segreto può essere ciò che altri non deve sapere, per non recare danno; non ha senso in un'amministrazione democratica.

Ma soprattutto questo consentirebbe all'amministrazione di procedere e di provvedere superando il drammatico isolamento in cui la chiude il monopolio procedimentale che, si può ben dire, le è inflitto. Essa oggi può sbagliare e sbaglia scatenando il contenzioso la cui mole è sotto gli occhi di tutti, solo perché agisce da sola, con una conoscenza dei fatti che assume da sola, ed in base a proprie valutazioni degli interessi: valutazioni che sono unilaterali, si noti, non solo e non tanto sotto il profilo del processo di valutazione, che non può non esserle riservato, quanto sotto il profilo dell'individuazione degli interessi, nel senso che li può supporre articolati in un modo, mentre in realtà possono esserlo in termini del tutto diversi.

In altre parole, dunque, si auspica qui che il conflitto di interessi che caratterizza la vita venga portato alla luce del sole anche nei rapporti tra privati ed amministrazione: e che venga portato alla luce in sede di formazione degli atti, per evitare che questo conflitto debba esprimersi in termini repressivi, cioè nella forma del ricorso al giudice contro gli atti posti in essere dall'amministrazione. Se un conflitto di interessi c'è, è compito dell'amministrazione cercare di comporlo; il ricorso al giudice contro la sua decisione deve essere puramente casuale ed episodico.

28. - *Conclusione.*

Questo concetto deve essere precisato ed in definitiva generalizzato. Ogni comunità si organizza attuando un suo ordine che nasce direttamente da sé e non si può concepire come posto dal di fuori, ad opera ad es. di un apparato quale « lo Stato ». Rare volte, si osserva, si è verificata una tale scissione tra popolo e titolare del potere che permetta di riferire la « volontà » di un certo ordinamento ad altri che al popolo, alla comunità stessi. Ogni comunità si organizza secondo

un certo criterio, « volendo » un dato tipo di ordine, che corrisponde al valore sentito come specialmente rilevante in un dato momento storico. Ora la società dei nostri tempi è figlia dell'idea di libertà. Ma non è figlia dell'idea di libertà nel senso, tra l'empirico ed il filosofico, che ogni comunità attua un ordine che è soltanto suo: lo è nel senso strettamente politico e positivo che si volle e si credette di poter realizzare un ordinamento nel quale il valore dominante, la nota caratteristica fosse la libertà di tutti e di ciascuno. Come bene ha detto Croce, questa era più che un'idea; era una vera e propria fede, fede nella capacità dell'uomo di essere naturalmente buono, naturalmente capace di autodisciplinarsi e di costituire dal proprio intimo un generale ordine pubblico.

È noto quante cose siano state fatte in nome di questa fede. Il fenomeno più evidente è costituito dalle garanzie della libertà. Tutti conoscono i diritti pubblici fondamentali, i famosi *Grundrechte* della dottrina tedesca (i diritti di libertà della tradizione italiana). Ogni possibile aggressione ad essi è sottoposta al controllo di un giudice; ogni rapporto ha anzi un giudice; tutto è quindi così garantito, da spingere taluno ad affermare che la suprema autorità non è più il potere politico, ma il potere giudiziario: lo stato di diritto si è evoluto in stato di giudici. Tutto è perfetto o quasi perfetto. Garanzie giuridiche formali proteggono sempre ed ovunque il cittadino.

Sennonché, nonostante l'esistenza di queste garanzie costituzionali del cittadino; non ostante la generalizzazione della tutela giurisdizionale, la società fondata sulla libertà ed affidata a questi istituti è andata in crisi. Vi è stata la soppressione pura e semplice della libertà, travolta dalla dittatura. I giuristi hanno tentato di trattare giuridicamente questo fenomeno, ma il loro sforzo, condotto su un terreno formale, è quasi assurdo: come ha osservato Carl Schmitt, la dittatura è una esigenza, meglio un fatto storico, frutto di una crisi: come tale la sua legge non è giuridica ma storica ed è quella che risulta dalla conciliazione, sempre sul piano storico, dell'incapacità della comunità di essere ordinata e di fare a meno della dittatura e del dittatore. I tribunali vengono adattati alle nuove esigenze (della dittatura e non della comunità, come si diceva più sopra) e giudicano secondo la giustizia del regime, cioè la famosa ragion di stato, oppure, più semplicemente se ne istituiscono di nuovi, tribunali rivoluzionari, rivestendo questi organi puramente politici della forma e del titolo giudiziario. L'ordine e la libertà sono persi, nel senso non che ciascuno sia materialmente impedito di fare quello che vuole, ma in quello assai più profondo che ciascuno può fare quello che vuole in quanto questo sia irrilevante — irrilevante per il dittatore. Il diritto è insomma perso nella sua sostanza e si riduce a legge. Questo, che è accaduto in numerosi paesi tra le due guerre mondiali e dopo e che continuamente può ripetersi, impone di dubitare della possibilità di un permanente equilibrio dell'umanità fondato semplicemente su un sistema di leggi.

E vi è stata, vi è l'anarchia, non già nel senso filosofico ([5]) dell'affermazione di valori morali fondamentali, e quindi individuali, sul potere, ma nel senso concreto dell'erosione dall'interno degli istituti che presiedono al mantenimento di un determinato ordinamento.

L'esempio più classico e generale è la corruzione, che si ha quando il rapporto si instaura non tra cittadino ed organo dello Stato, ma tra cittadino e titolare dell'organo che crede di essere diventato egli stesso lo Stato. Ma accanto a questo c'è la dilatazione senza fine del « pubblico », che finisce con il perdere la propria ragion d'essere, in una specie di generale indifferenziazione; c'è la crisi del privato, che abdica a sé ed alla propria dialettica con il pubblico, per farsi assorbire e coprire da questo; c'è la paralisi dovuta all'esasperata formalizzazione delle procedure, voluta a sua volta per spersonalizzare il giudizio e deresponsabilizzare chi deve provvedere; c'è la confusione dei ruoli, per cui chi comanda è irresponsabile e chi è responsabile non è in grado di provvedere. In tale situazione l'ordinamento entra in crisi. Gli individui non riescono più a sentire il rapporto tra se stessi e la comunità e tendono quindi ad affermarsi su di essa, come se ne fossero indipendenti. Come è oggi in Italia sotto gli occhi di tutti, la libertà si riduce quasi ad una situazione di mero fatto e tutto in sostanza si arresta, nell'incapacità di adeguare l'ordine della comunità alle esigenze della storia e nell'attesa di un nuovo ordine che misteriosamente, miracolosamente, o semplicemente con la forza venga a stabilirsi. Comunque sia, ad onta di istituti e di garanzie, di diritti

---

([5]) Cfr. una rassegna di dottrina in GUELI, *Anarchia*, voce dell'*Enc. del dir.*, II, Milano, 1958, p. 384 seg.

e di corti, la comunità nel suo complesso vive la crisi di se stessa e addirittura il proprio fallimento.

La conclusione è dunque che gli istituti giuridici, in sé e per sé considerati, non sono in grado di assolvere alla funzione che loro si assegna, di garantire e realizzare un ordinamento dato ([6]).

L'ordine si mantiene creandosi continuamente, cioè attraverso un continuo sforzo di tutta la comunità di adeguare la realtà ai principi da cui si « vuole » che sia ispirata. Si è detto, ed è straordinariamente suggestivo, che proprio in questo consiste la natura profonda del diritto, cui, espressione della verità suprema, i singoli e l'intera comunità si inchinano, sentendone e vivendone l'autorità (Capograssi). Certo è soltanto che la crisi dell'ordinamento e della comunità si determina, allorquando il diritto perde questa capacità di far adeguare a sé i singoli (cessa di essere per loro « autorità e verità ») ed i singoli quindi perdono la capacità di creare continuamente ed *ex novo* l'ordine. In questo senso, veramente arbitra del proprio destino e responsabile di questo è la comunità, somma di singoli, ed essa sola. Sono infatti comunità i singoli nel loro generico esistere ed agire ed usare per la loro vita il diritto della comunità; sono comunità tutti coloro che, singole persone fisiche, devono in un modo o nell'altro applicarlo e renderlo operante, quali giudici o titolari di organi amministrativi, cioè quali autorità del concreto. Ora se tutti i singoli hanno il senso del diritto — e ben si può dire che, almeno sotto questo profilo, senso del diritto e senso della comunità coincidono —, la comunità che realizza il proprio ordine, raggiunge la propria verità; se i singoli ne sono privi, se nella loro vita privata non si inserisce il pubblico, ed il pubblico non vive il privato, la comunità nel suo complesso fallisce i suoi scopi.

La conseguenza, di portata generale, che conclude il discorso, è dunque questa: la comunità non può affidare se stessa ad un sistema qualsivoglia di istituti, nell'illusione che essi possano mantenerla libera. Al contrario, essa deve vivere e conquistare ogni giorno questa libertà, attraverso l'autodisciplina dei singoli, attraverso il sacrificio dei singoli, secondo la stupenda espressione di Goethe, *nur der verdient sich Freiheit wie das Leben, der sie täglich erobern muss*. Questa proposizione trova piena applicazione nel campo specifico qui studiato, del ruolo e della funzione dell'esecutivo. L'ordine della società non può essere lasciato alla legge da un lato, all'amministrazione dall'altro; a garantire la « buona amministrazione » non basta che i giudici possano sindacare la legittimità e addirittura l'opportunità di ogni atto. È necessario rendersi conto che l'amministrazione, composta da cittadini, amministra per cittadini; e che in vista del singolo caso, del singolo conflitto concreto di interessi, amministrazione e cittadini, singoli interessati, operino per risolverlo e comporlo.

Questa è la condizione perché di un « diritto amministrativo » si possa parlare, come si parla di « diritto civile »: di diritto dei *cives* e della *civitas*, legati tra loro dalla civiltà.

([6]) Cfr. LOEWENSTEIN, *Verfassungsrecht und Verfassungsrealität*, p. 447 seg. per la definizione dei vari possibili tipi di validità di una costituzione. Deve essere rilevata l'analogia di conclusioni tra il filosofo Capograssi (*Saggio sullo Stato*, cit.) ed il giurista sociologo, nel senso che entrambi riconoscono la necessità di adeguare gli strumenti politici e di governo di un popolo alla sua effettiva maturità politica. Senza questa maturità, gli istituti giuridici restano « maschere sulla nuda forza » (LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 448); essi hanno solo valore semantico. Cfr. anche p. 474 seg., sul problema della risoluzione dei conflitti sociali e p. 480, ove nell'indicare i compiti della futura dottrina – indagare il rapporto di « causalità ontologica » tra forma di governo e struttura sociale – afferma che all'adempimento di questo compito osta la circostanza che gli studi di diritto costituzionale sono ancora monopolio dei giuristi, i quali ancora credono, in forza dell'« infermo positivismo del secolo scorso » che una buona costituzione sia sufficiente per risolvere pacificamente qualunque conflitto di potere. V. anche ORLANDO, *op. loc. ult. cit.*

Titolo II

PARTE SPECIALE

Alcuni problemi frequentemente discussi trovano diverse soluzioni, a seconda delle premesse da cui si muove nell'affrontarli. I capitoli che seguono mirano a verificare i concetti generali trattati nella prima parte sul piano applicativo, vale a dire sul terreno delle questioni specifiche, che postulano premesse di ordine generale.

Capitolo I

LA C.D. PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI

Sommario: 29. Pluralità di ordinamenti o unità dell'ordinamento?

29. - *Pluralità di ordinamenti o unità dell'ordinamento?*

Gli argomenti su cui si fa leva per sostenere la pluralità degli ordinamenti giuridici sono, con qualche variazione, sempre quelli addotti da Santi Romano: la pluralità di organizzazioni obiettivamente identificabili, le quali fanno quindi desumere la loro rispondenza, una per ciascuna, ad una serie di ordinamenti normativi diversi. Il ragionamento è semplice e chiaro.

Tutto questo in tanto però si può dire (ed è evidentissimo in Santi Romano) in quanto il termine di riferimento sia rappresentato — per adesione o per reiezione, non significa — dall'ordinamento statuale. Certamente, se all'ordinamento statuale come manifestazione fondamentale si guarda, è necessario ammettere che esistano altri ordinamenti, che statuali non sono. Ogni associazione, ad esempio, rappresenta un ordinamento non statuale, variamente riferibile allo Stato, per il semplice fatto che è una associazione nata al di fuori dello Stato.

Se però, proprio con riferimento al fenomeno associativo, si considera che esso è espressione di una previsione costituzionale, il discorso non può non mutare profondamente. Certo, infatti, la Costituzione esprime « diritto dello Stato »; ma come si è detto prima, a proposito dell'uguaglianza, questo presunto « diritto dello Stato » in tanto è possibile in quanto vi sia un ordinamento preesistente che quel diritto concepisce, che ha in sé quel diritto, e che ad un certo punto esprime — riesce ad esprimere e quindi imporre — come « diritto dello Stato ». Vi è cioè, come mirabilmente ha detto F. Vas-

salli, un diritto extrastatuale, ma non nel senso che esso sia estraneo al diritto dello Stato, quasi concorrente con esso, sibbene nel senso che esso del c. d. diritto dello Stato costituisce il fondamento ed il presupposto, la vera condizione di esistenza. Rispetto a questo diritto dei privati, a questo loro ordinamento, il fatto che esso storicamente venga recepito dallo Stato non vale a renderlo diritto dello Stato, come comunemente si ritiene, ma, al contrario, ad assorbire quel che potrebbesi dire diritto dello Stato — cioè il diritto inteso in senso strettamente normativo, il diritto nato dalla legislazione — nel diritto dei privati, come elemento cioè di ciò che essi vivono come (loro) diritto.

Rimane il problema di stabilire che cosa significhi questa espressione « diritto dei privati »; e indubbiamente essa non può venir intesa nel senso letterale del termine, quasi per esclusione, come diritto di coloro che non hanno alcunché in comune con il mondo del potere. Sembra però che due ordini diversi di considerazioni conducano a dare una soluzione inequivoca al problema: « diritto dei privati » è il diritto dei soggetti dell'ordinamento, di tutti i soggetti dell'ordinamento; è il diritto della comunità; il c. d. diritto dello Stato — posto cioè dallo Stato — altro non è che un elemento di questo generale ordinamento della comunità.

La prima considerazione da fare si riduce ad un richiamo di quel che, sulla base degli studi di Quadri e di Mortati, è diventato dottrina comune, e cioè la distinzione tra Stato apparato e Stato comunità. Come si è visto sopra, già Tosato ha ridotto questi due elementi dello Stato ad unità, per il tramite del diritto. Il suo ragionamento va forse portato più avanti, e legato alle affermazioni costituzionali sulla sovranità popolare, ecc., per dedurne che l'elemento unificante, che sopprime la *legibus soluta potestas*, razionalizzandola, è il diritto che nasce dalla comunità — la quale a sua volta si identifica come comunità in quanto ordinata — ed assorbe in sé la *potestas* o l'apparato, che dir si voglia. Il diritto in altre parole non nasce dall'apparato ma dalla comunità; l'apparato concorre a produrlo. Se così non fosse, sarebbe giocoforza riconoscere esatta — e insuperabile — la tesi di G. Jellinek, secondo il quale il diritto altro non sarebbe che l'autolimitazione dello Stato.

Ma decisivo è il secondo rilievo. La più elementare considera-

zione storica mostra che dai tempi della repubblica romana e della *polis* si è venuto via via scavando un solco se non sempre più profondo certo sempre più consolidato tra governanti e governati, cioè tra il mondo del potere ed il mondo « privato ». Qualche breve riunione di vita dei privati e del potere non altera il quadro storico complessivo; nel quale, da tempo immemorabile, un ristretto gruppo di eletti (o di *selecti*, più esattamente) si è disputato il governo di comunità, non tanto nei confronti delle comunità stesse, quanto nei confronti di altri sovrani o dominatori. Il permanere del diritto romano, quando di romano non c'era più nulla nel « potere » esercitato sulle comunità; l'idea, ai nostri occhi oggi addirittura inconcepibile, che taluno potesse portarsi dietro la sua legge, dichiarando quindi manifestamente di sottrarsi o di non curarsi del potere esercitato su un determinato territorio; non sono che esempi, sia pure tra i più significativi, di questo permanere ed evolversi della comunità secondo leggi proprie, del tutto estranee — ed indifferenti — all'avvicendarsi del potere.

Il grande cambiamento, fonte di tutti gli equivoci successivi che ancor oggi dominano il campo, avvenne con Napoleone: il quale per primo nell'epoca moderna concepì l'idea di incidere nel campo del diritto privato creando un « diritto privato statuale », cioè il diritto codificato (1). Si segnava così il passaggio dal diritto *dei* privati alla legge *per* i privati, e si ponevano le premesse per l'interpretazione successiva della funzione affidata ai parlamenti eletti, non come funzione comunitaria esercitata per delega popolare, ma come nuova funzione dello Stato, esercitata da un determinato suo organo. Ormai è pressoché del tutto ignorata (2) la polemica tra Anschütz e Gneist sui limiti della funzione legislativa parlamentare: ma è di enorme importanza, perché Anschütz, a differenza da Gneist, vide — e fu di fatto smentito — la straordinaria novità che si era introdotta con la creazione dei parlamenti. Mutava qualche cosa di fondamentale; la capacità della comunità di creare diritto con la forza della sua vita si esal-

(1) Su questo tema, cfr. per tutti, G. Solari, *Individualismo e diritto privato*[3], Torino, 1959.

(2) Essa venne segnalata anni fa a chi scrive dal prof. Tosato, che l'a. desidera pubblicamente ringraziare.

tava, nel senso che essa diveniva in grado di porlo addirittura con atti formali, con efficacia vincolante per tutti. L'ordinamento che ne nasceva doveva essere dunque — così come le rivoluzioni liberali imponevano che fosse — ordinamento della comunità, che prendeva il posto dei suoi dominatori, sconfitti, e ridotti al rango di monarchi costituzionali. Invece, e certo per merito della geniale idea di Napoleone, il passo non venne compiuto.

Il parlamento venne assorbito nelle strutture del vecchio potere e la legge divenne, anziché legge del popolo, legge dello Stato. Lo Stato codificò il diritto dei privati, il rendere giustizia divenne interpretazione della legge, l'ordinamento giuridico, quando si cominciò a pensare in questi termini, fu in primo luogo identificato nell'ordinamento statale, salva la pluralità degli ordinamenti, salvo cioè il riconoscimento di ordinamenti nati da altre forze, non identificabili nel potere statale.

Questo equivoco, se così si può chiamare una vicenda di portata storica quale è stata l'assorbimento della rivoluzione nel Leviatano che essa voleva distruggere, può e deve oggi essere superato. E deve esserlo, si noti bene, proprio in nome della piena attuazione delle aspirazioni libertarie che hanno condotto a scrivere le nostre Costituzioni, ma si sono poi paradossalmente contraddette quando hanno affermato che questo diritto costituzionale appena nato era diritto dello Stato. Era diritto della comunità, è diritto della comunità; la quale, per la prima volta dopo duemila anni di storia, ha cercato di superare la dicotomia tra sé ed il potere, lo ha fatto suo, ed ha esteso quindi al potere — al Leviatano — il proprio diritto.

La conclusione cui occorre pervenire è dunque chiara. Nel momento stesso in cui si riconosce l'esistenza di una norma fondamentale storica in una determinata comunità, nei termini di una norma di uguaglianza, non vi è più spazio per una pluralità di ordinamenti giuridici. L'ordinamento giuridico nasce più che da essa, con essa; gli ordinamenti particolari che possono darsi non esprimono altro che specificazioni e sviluppi di quel generale principio che tutto assorbe e unifica.

Capitolo II

L'INTERESSE PUBBLICO

Sommario: 30. L'interesse pubblico.

30. - *L'interesse pubblico.*

Si ripete tralaticiamente in dottrina ed in giurisprudenza che l'amministrazione opera per curare l'« interesse pubblico ». Questo, in linea di principio, è certamente da condividere, nel senso che è fuori di discussione che essa non persegua interessi propri, ma alieni: in verità non sempre, perché quando provvede alla propria organizzazione l'interesse curato è suo, e solo mediatamente si riflette sulla collettività. Sennonché da questa banale proposizione si traggono veramente le conseguenze più impensate. Ad es. si dice che se l'amministrazione consente ad un privato di pascolare le proprie pecore nei terreni di sua proprietà, che circondano un forte o una polveriera o un aeroporto, questo non è un affitto, ma una concessione, perché, parrebbe, le pecore sono fatte pascolare nell'« interesse pubblico »: con la conseguenza, ad es., che non si applicano le leggi agrarie. Oppure, nel giudizio amministrativo si consente che l'amministrazione sfugga al giudicato, perché, quando dovrebbe dargli esecuzione, sono mutate le circostanze, magari anche ad opera sua. Se l'amministrazione è condannata a pagare una somma di danaro, le entrate tributarie non sono pignorabili, sempre in omaggio all'interesse pubblico, vestito di qualche panno giuridico. I casi insomma non si contano.

Ora, questo concetto di interesse pubblico, che consente all'am-

ministrazione di sfuggire ai principi che si applicano a tutti, non ha alcuna giustificazione ed alcun fondamento in diritto (1).

Come è noto, si dice che interesse pubblico sia l'interesse della collettività globalmente considerata, cioè, in altre parole, un interesse che si esprime in forma collettiva, superiore ed estraneo all'interesse dei singoli o di gruppi di singoli. Esisterebbero così diverse gradazioni, per così dire, di pubblicità dell'interesse, a seconda della collettività cui si riferisce: pubblico, rispetto a quello degli individui, potrebbe essere l'interesse della collettività comunale; pubblico, rispetto ad un comune o ad un gruppo di comuni, l'interesse della regione o dello Stato. Questo tipo di analisi viene anche completato inserendo nel discorso ulteriori criteri di qualificazione ed individuazione degli interessi pubblici (ad es. generali e settoriali, globali e puntuali, ecc.); sostanzialmente comune è per altro il punto centrale di riferimento, nel senso che « l'interesse pubblico dato in attribuzione ad un pubblico potere costituisce per esso l'interesse primario » (2).

Ora è fuori discussione che gli interessi siano variamente qualificabili, variamente riferibili a comunità più vaste dei gruppi e dei singoli che le compongono. Altrettanto fuori discussione deve però essere che siffatta loro caratterizzazione ha natura puramente contingente ed empirica, sociologica insomma e non giuridica (3). Nel momento stesso, infatti, in cui si dice che l'interesse pubblico costituisce presupposto per l'esercizio di un *potere giuridico* — cioè per l'emanazione di un atto amministrativo e non di un atto libero e dunque, in termini giuridici, arbitrario —, si deve anche riconoscere

(1) Queste argomentazioni si rinvengono in varie forme in tutte le trattazioni di giustizia amministrativa, specialmente a proposito della giurisdizione ordinaria nei confronti dell'amministrazione. Ma v. anche ad es. la relazione di SANDULLI al Convegno di Napoli sull'adempimento del giudicato amministrativo, nel volume di *Atti* del Convegno stesso, Milano, 1962. Su questo specifico tema, criticamente, F. SATTA, *L'esecuzione del giudicato amministrativo di annullamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 947. In generale sulla « ragione politica della giustizia amministrativa », NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 21 segg.

(2) GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, 1970, p. 111.

(3) Per la loro giuridicizzazione non è sufficiente richiamarsi al fenomeno organizzativo, in forza del quale gli interessi sono attribuiti ad uno o ad altro organo. Interessi così sono e restano. Vedi GIANNINI, *op. cit.*

che questo interesse deve avere una tipicità: deve cioè essere in qualche modo preventivamente identificato. Questa identificazione per altro non può avvenire se non in forza di un atto logicamente anteriore, vale a dire di un atto normativo, il quale stabilisca in via generale che cosa è « pubblico interesse » in riferimento ad una data situazione e a determinate esigenze. Ove ciò manchi, il carattere pubblico è attribuito all'interesse dall'atto stesso che pretende di curarlo: ma questo, come ognun vede, è ragion di stato, è *vis principis*, che si legittima *ex se*, non è potere giuridico, giuridicamente esercitato in considerazione di un fine.

L'interesse della collettività può dunque specificarsi ed assumere un significato giuridico e non arbitrario solo in quanto si sia trasformato in previsione normativa: la quale consenta di agire — giuridicamente e non arbitrariamente — per la cura e la soddisfazione di esso. In definitiva, quando la meno recente dottrina affermava che gli atti amministrativi costituiscono atti di « esecuzione della legge » e si poneva il problema del loro rapporto con le sentenze, non diceva altro che questo: che mentre i privati possono perseguire qualunque interesse, non precluso da norme imperative, poiché hanno « poteri » intrinsecamente limitati, che si bilanciano reciprocamente, chi ha potere « illimitato » o comunque prevalente può perseguire solo interessi che siano già qualificati come pubblici, cioè trovino il loro riconoscimento in una previa legge. La predeterminazione dell'interesse, insomma, sostituisce la garanzia di equilibrio, costituita dalla naturale debolezza dei privati.

« Interesse pubblico » non può dunque costituire una nozione generica, come se si trattasse dell'interesse di un qualsivoglia soggetto, qualificato (reso pubblico) dalla natura pubblica di questi; al contrario, esso designa un interesse in quanto oggetto di una previsione normativa, quindi disciplinato da una norma, nell'ambito del quale e della quale l'amministrazione ha in concreto provveduto. Tra norma e provvedimento, pertanto, non c'è spazio per qualche cosa di diverso dall'una e dall'altro — cioè dalla proposizione generale e dalla disciplina concreta dell'atto. L'amministrazione, con le sue valutazioni, e non un identificato interesse pubblico, crea il nesso tra norma e provvedimento, tra proposizione generale o astratta e disciplina concreta. Per ricorrere ancora una volta alla terminologia di

Kelsen, « interesse pubblico » è l'interesse, in quanto disciplinato da una norma, e dunque questa disciplina.

Per paradossale che possa sembrare, l'analisi del significato che, nell'uso corrente e concreto ha il richiamo all'interesse pubblico, come elemento giustificatore di situazioni e soluzioni altrimenti inspiegabili, conferma integralmente quanto qui si è detto, e cioè che esso non è una categoria giuridica autonoma, neppure nelle vesti di una sopravvissuta ragion di Stato. Nell'uso concreto, infatti, interesse pubblico altro non è che un termine di comodo, con cui si esprimono sinteticamente ed implicitamente proposizioni giuridiche ben precise, alle quali, a volte, si connettono altrettanto precisi poteri discrezionali dell'amministrazione; esso mai, viceversa, assume autonoma rilevanza, come entità diversa dal diritto o dal potere discrezionale.

Si pensi ad es. alla frequentissima affermazione che, in nome dell'interesse pubblico, l'amministrazione può imporre vincoli alla proprietà privata ed in genere al cittadino. L'espressione « interesse pubblico » esprime qui chiaramente — e sinteticamente — due proposizioni di stretto diritto, una delle quali implica il riconoscimento di poteri discrezionali: l'amministrazione può imporre il sacrificio perché c'è una legge che lo consente; può imporlo in una certa misura a Tizio o a Caio, perché era suo potere valutare fatti, situazioni, interessi, e quindi provvedere in un senso, piuttosto che in un altro. L'interesse pubblico, come categoria autonoma rispetto alla legge ed al potere discrezionale, non ha spazio né, soprattutto, ragione di essere.

Si pensi ancora a quanto si è riferito sopra: prima della legge 28 gennaio 1977, n. 10, si diceva che, annullata una licenza edilizia, non ne derivasse l'obbligo di demolire l'edificio costruito in base ad essa e che si dovessero viceversa valutare gli « interessi pubblici » connessi alla demolizione o alla permanenza della costruzione. Anche qui l'invocato interesse pubblico non era che una sintesi verbale con cui si accoglievano, senza enunciarle, certe soluzioni di problemi giuridici ben precisi: se cioè l'esercizio dei poteri di polizia urbanistica avesse o non avesse carattere obbligatorio; se sul territorio comunale si potessero ammettere costruzioni erette senza licenza; se sulla antigiuridicità implicita alla carenza di licenza (conseguente al suo annullamento con efficacia *ex tunc*) dovesse influire il rapporto — di conformità, di difformità, parziale o totale — della costruzione realizzata

con il piano regolatore. L'affermazione che si dovesse valutare l'interesse pubblico prima di demolire significava esattamente questo: che l'annullamento della licenza non comportava l'automatico insorgere dell'obbligo di demolire, e che per disporre in concreto la demolizione occorreva preliminarmente stabilire se la costruzione fosse o non fosse sostanzialmente *contra ius* rispetto al piano regolatore. Anche qui, dunque, non c'è spazio per un « interesse pubblico » diverso dal diritto applicabile in concreto e dalla discrezionalità, inerente all'uso di qualunque potere giuridico.

Si consideri ancora l'affermazione che, per annullare d'ufficio un provvedimento dopo lungo tempo, è necessario valutare l'« interesse pubblico » all'annullamento stesso se ne deriva pregiudizio al cittadino. È chiaro che qui interesse pubblico significa che la scoperta della illegittimità non è da sola motivo sufficiente per rimuovere situazioni consolidate; e che si debbono valutare gli interessi concreti, dell'amministrazione e dei privati, in cui l'annullamento incide. Di nuovo, l'interesse pubblico, come categoria autonoma, non ha spazio.

In conclusione, si può dire che con la formula « interesse pubblico » si esprimono due concetti profondamente diversi. Il primo è quello generico di interesse della collettività; in termini giuridici questo significa interesse *lato sensu* politico che, allo stato attuale, non può essere soddisfatto e che quindi deve superare il lungo e complesso *iter* della sua trasformazione in disciplina giuridica positiva. Si pensi ad es. al problema degli alloggi di servizio degli ufficiali che vengono continuamente trasferiti da una parte all'altra d'Italia: c'è certo un'« interesse pubblico » a dare alloggio a queste persone; si tratta per altro di interesse che non può essere curato, finché una legge non disciplini la costruzione di tali alloggi.

L'altro concetto è quello di interesse della collettività, in concreto, curato con un provvedimento. « Interesse pubblico » in termini giuridici individua qui la valutazione discrezionale che l'amministrazione è chiamata a fare nell'esercizio dei propri poteri o nell'uso della norma, che dir si voglia. È certo una valutazione riservatale. Ma è una valutazione riservatale nei suoi limiti naturali, come valutazione concreta, in una certa situazione, nell'ambito di applicazione di una norma, non già come potere di valutare interessi generici, prima della loro consacrazione in norma: non già cioè come potere di valutazione politica.

Capitolo III

L'INTERESSE LEGITTIMO

Sommario: 31. Il problema. — 32. L'interesse legittimo e l'art. 113. Costituz. — 33. L'« orientamento » degli interessi.

31. - *Il problema.*

Gli artt. 24 e 113 della Costituzione, l'art. 26 del t. u. sul Consiglio di Stato e l'art. 4 della legge sui TAR concedono la tutela giurisdizionale amministrativa contro gli atti della pubblica amministrazione che abbiano leso « interessi » o « interessi legittimi ».

La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione è così distribuita fondamentalmente tra due giudici, l'ordinario e l'amministrativo. A norma della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. *E*, al primo sono attribuite le controversie relative a diritti civili o politici del cittadino, comunque possa esservi interessato un atto dell'amministrazione; al secondo, in base alle norme successive, le controversie contro atti che abbiano leso « interessi » di persone fisiche o giuridiche.

La categoria degli interessi legittimi sorse dunque dall'esigenza di dare un volto ed un nome agli interessi che, sprovvisti dell'immediata tutela di cui godevano i diritti soggettivi, pure trovavano protezione nel ricorso giurisdizionale amministrativo e, prima, nel ricorso amministrativo. Rispetto ai diritti tutelati dall'autorità giudiziaria ordinaria la loro caratteristica essenziale e tipica venne ravvisata nel fatto di essere tutelati in via subordinata, accessoria, accidentale rispetto ad altri interessi, predominanti, che erano gli « interessi pubblici » — anzi, l'interesse pubblico.

Non è il caso di riferire qui in dettaglio le posizioni assunte dalla

dottrina su questo problema, che essa stessa si era creato, della natura dell'interesse nei rapporti con l'amministrazione. Basta accennare agli indirizzi fondamentali assunti. Si disse che l'interesse legittimo designava una posizione del cittadino, tutelata solo mediatamente ed incidentalmente dalle norme, in contrapposizione con il diritto soggettivo, che appariva invece tutelato in via immediata e diretta. Un altro indirizzo vede nell'interesse legittimo la posizione differenziata in cui si trovano alcuni cittadini, rispetto agli altri, nei confronti degli atti amministrativi e della loro legittimità; variano i criteri per individuare questa differenziazione: che per taluno consiste nella soggezione ad uno specifico potere dell'amministrazione, in vario modo configurato ed articolato; per altri, nell'orientamento dell'interesse privato nella stessa direzione dell'interesse pubblico; e via discorrendo. Una terza corrente, con varie articolazioni, coglie nell'interesse legittimo una posizione processuale, come potere di reazione all'atto illegittimo. Si parla poi dell'interesse legittimo in chiave sostanziale o procedimentale che dir si voglia, come, ad es., potere di influire sul corretto esercizio del potere da parte dell'amministrazione. Si è infine sostenuto che l'interesse legittimo altro non sarebbe che l'interesse alla legittimità degli atti amministrativi.

Ora i tratti comuni che queste dottrine presentano tra loro sono due. Il primo è quello di essere tutte formulate applicando ad un tipo di riconoscimento di interessi, diverso da quello proprio degli interessi elevati a diritto soggettivo, il sistema logico dei diritti soggettivi stessi. In altre parole, come, con i diritti soggettivi, si poneva l'attenzione sul fatto che da parte del legislatore vi fosse il riconoscimento con la conseguenziale tutela di un dato tipo di interesse — ad es. la proprietà — così gli autori delle teorie in discorso sugli interessi legittimi, di fronte alla tutela concessa contro provvedimenti della pubblica amministrazione a chi non fosse titolare di diritto soggettivo, rilevavano che ciò che non era diritto altro non poteva essere, se non un interesse protetto meno intensamente del diritto [1], tute-

[1] Sul punto v. Cannada-Bartoli, *La genesi del diritto soggettivo affievolito nel pensiero di O. Ranelletti*, in *Studi in memoria di G. Zanobini*, I, Milano, 1965, p. 229 seg., prima tra gli altri Amorth, *Figura giuridica e contenuto del diritto soggettivo affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*,

lato appunto, non di per sé, ma in collegamento con un altro interesse pubblico, cioè occasionalmente, e dunque più fievole del diritto soggettivo. L'interesse legittimo si inseriva così nella gerarchia delle situazioni soggettive che si estendeva dal diritto soggettivo al potere, alle aspettative, alle facoltà.

Il secondo tratto comune di queste dottrine era — ed è — che esse non individuavano mai che cosa fosse questo interesse che si assumeva « occasionalmente » protetto. Si possono leggere veramente tutti gli scritti sul tema: l'interesse, parte fondamentale del binomio interesse-tutela, che dà vita all'interesse legittimo, non appare mai individuato, né mai appaiono individuati i criteri in base ai quali per altra via, si potrebbe giungere a quell'individuazione (2).

II, Padova, 1940, p. 195 seg. Sul punto citazioni bibliografiche sono sostanzialmente inutili: vedi per tutti ad es. RANELLETTI, *Principî di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, p. 430. Merita piuttosto rilevare che questo concetto della « protezione » di un interesse (che, come si vedrà più sotto, fu però inteso in maniera radicalmente diversa e assai vicina a quella che qui si sostiene: cfr. ORLANDO, *Principî di diritto amministrativo*, Firenze, 1921, pp. 40 seg., 417, ma v. anche 331 seg., 391 segg.) permise utili precisazioni sul rapporto tra questo interesse « occasionalmente » protetto e gli interessi « direttamente » protetti. Fondamentali a questo proposito sono i contributi di chi elaborò la categoria dei diritti soggettivi affievoliti (Ranelletti), su cui CANNADA-BARTOLI, *La genesi del diritto soggettivo affievolito nel pensiero di O. Ranelletti*, cit., e prima tra gli altri AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto soggettivo affievolito*, cit., p. 200 seg.: in questi aa. ulteriore bibliografia. Parimenti importanti sono gli studi di chi prospettò la possibilità di una doppia tutela del diritto soggettivo, come diritto soggettivo, ma anche come interesse che nel primo appariva contenuto: cfr. SCIALOJA, *Sui limiti della competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Giust. amm.*, 1891, p. 59; ORLANDO, *Rapporti tra la competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato e quella giudiziaria*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1891, p. 66 segg.; ID., *Ancora sui rapporti tra la competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato e quella giudiziaria, ivi*, 1892, p. 370 seg.; RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 1893, I, c. 470 segg.; MORTARA, *Ancora sui rispettivi limiti delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria e dell'autorità amministrativa*, in *Giur. it.*, 1897, I, 1, c. 1034; vedi anche D'AMELIO, *Il caso Laurens dopo 40 anni di giurisprudenza*, in *Scritti in onore di Cammeo*, I, Padova, 1933, p. 319 seg., in vario senso. Su tutto il problema cfr. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 443 seg., e BORSI, *La giustizia amministrativa*[5], Padova, 1935, p. 197 segg.

(2) Questo aspetto della genericità dell'interesse che si tutela è stato rilevato recentemente da CASETTA, *Diritto soggettivo*, cit., p. 615. Ma un rilievo

Non si dica che questo ha poco o nessun rilievo ai fini di un discorso sugli interessi legittimi. I diritti soggettivi, infatti, cui gli interessi legittimi sono contrapposti, come situazioni meno intensamente tutelate dei primi, nascevano intorno ad un ben individuato e specifico interesse: se questo era tutelato dalla legge si poteva parlare di un diritto soggettivo (3). Si pensi ad es. alla posizione del nudo proprietario rispetto all'istituito erede. Al primo la legge garantisce il consolidamento del godimento alla nuda proprietà; ha dunque un vero « diritto soggettivo »; il secondo può soltanto sperare che il testamento non venga revocato: ha dunque un interesse, esattamente individuato, certo, ma non protetto; non ha quindi alcun « diritto soggettivo ».

Ora se presupposto del diritto soggettivo era l'esistenza di un certo tipo di interesse ad un bene della vita, che la norma identificava e tutelava onde evitare che la sua protezione si conseguisse con la forza, può dirsi che nell'interesse legittimo vi sia una uguale situazione, con un certo tipo di interesse, che in certe circostanze si tutela? La risposta a questa domanda è una sola, in senso negativo. Interesse

del genere è già in ORLANDO, *Principî di diritto amministrativo*, cit., p. 391 (vedi però tutto il § 606).

(3) Che cosa fosse e sia appare chiaramente qualunque dottrina si voglia prendere in esame: da quelle classiche che definivano diritto soggettivo una signoria della volontà, o un interesse protetto etc., ed in cui chiaramente protezione e signoria in tanto erano possibili in quanto fosse predeterminata la volontà o l'interesse che si elevava a speciale rilievo giuridico; ma vale ugualmente nelle dottrine più recenti (v. per tutti BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1940, IV, c. 1 segg.) per cui il diritto consisterebbe in un *agere licere*: l'*agere*, che è lecito, è chiaramente un *agere* determinato che si articola in relazione ad un interesse, nella previsione della norma. (Per questo, si noti per inciso, sembra inconferente la critica che a questa dottrina muove ad es. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto del giudizio amministrativo*, cit., p. 86, sulle orme di altri autori, dicendo che Barbero lascia aperto il problema relativo all'individuazione dei singoli diritti rispetto alle facoltà che nel primo si comprendono: perché in realtà non si considera che Barbero pone l'accento su una sfera, in cui il soggetto può agire ed in cui questa libertà è tutelata. Non si fa quindi questione di facoltà o di diritti ma di un unico diritto: protetto, dice Barbero, è il *licere*). Ma lo stesso vale anche per le dottrine successive: cfr. ad es. la complessa suddistinzione di GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, p. 238 segg. Su questo punto della identificazione dell'interesse vedi già ORLANDO, *Principî*, cit., p. 331 segg.

presupposto dell'interesse legittimo non può certo essere l'interesse ad es. a ottenere una concessione amministrativa: questa infatti può rilasciarsi solo *secundum legem*, così che l'interesse ad essa si risolve necessariamente in un interesse alla legittimità degli atti; è quindi assolutamente generico. Né si può dire che l'interesse che si protegge è quello che sorge in relazione ad una determinata concessione, e che esso quindi si individua da una fattispecie più complessa della semplice norma, occorrendo in sostanza anche tenere conto dell'atto amministrativo che dovrà essere emanato: in primo luogo, infatti, è logicamente scorretto richiedere un atto concreto per individuare un interesse che, come quello da cui è ripreso lo schema logico che si vuole applicare, dovrebbe essere previsto in via generale (si parla infatti di diritto di proprietà e non di diritto di proprietà alla casa di via XX); ma poi non si vede come l'interesse di tutti gli aspiranti allo stesso bene o allo stesso provvedimento possa concepirsi uguale, visto che soddisfatto e quindi protetto in relazione a quello pubblico può essere uno solo. Bisognerebbe allora dire che la soddisfazione materiale dell'interesse esula dalla sfera in cui questo appare tutelato; se questo però si afferma si deve anche precisare che protetto è solo l'interesse ad avere il provvedimento favorevole o a non subire quello sfavorevole. Ma questo può essere emanato solo nel rispetto della legge, e soddisfa solo chi integri meglio le condizioni da questa poste.

Di fronte a tali rilievi, non si può non restare perplessi, specie se si consideri la certezza con cui la dottrina che si critica ha respinto le concezioni dell'interesse legittimo come interesse alla legittimità degli atti amministrativi, rivendicando ad esso la dignità di figura (o situazione) giuridica « sostanziale », dello stesso genere, anche se più fievole o inattiva, del diritto soggettivo. E si resta perplessi, perché sembra necessario riconoscere che questa idea dell'interesse legittimo, ricostruita sul concetto di riconoscimento, proprio del diritto soggettivo, è in realtà inammissibile, in quanto ad essa si è giunti non considerando la diversità di caratteri che presenta l'interesse nei rapporti interprivati (in cui è nato il diritto soggettivo) rispetto all'interesse nei rapporti amministrativi, in cui si pone come richiesta di soddisfazione con un provvedimento amministrativo.

E questa diversità sostanziale di caratteri è grande perché radicalmente diverse sono le situazioni disciplinate dalla norma. Nell'un caso infatti, il legislatore compone conflitti di interessi contrapposti disciplinando i rapporti tra privati secondo i suoi canoni di giustizia; nell'altro viceversa risolve il problema di attuare un certo ordine della realtà, per soddisfare esigenze dell'interesse pubblico. Certo, anche la disciplina dei rapporti interprivati è dettata nell'interesse pubblico, tale essendo quello di evitare che *cives ad arma veniant*; ma mentre nella normazione civile questo interesse è semplicemente un « motivo » del legislatore, che potrebbe lasciare questa disciplina ad altre fonti del diritto (ad es. alla consuetudine), nella normazione amministrativa l'interesse pubblico ha volto concreto, nel senso che si pone come esigenza di disporre, organizzare e disciplinare l'attività dell'amministrazione in una certa materia per certe precise esigenze di carattere collettivo. Ora può darsi che la norma detti una disciplina che non concerne in alcun modo interessi privati (anche se ciò raramente accade); certo è che quando li riguardi in qualche modo, i singoli possono trovare soddisfazione solo in quanto l'interesse pubblico si realizzi (la norma sia attuata) in maniera aderente all'indirizzo, al contenuto dell'interesse privato. La diversità tra l'atteggiarsi dell'intersese privato in questo caso, rispetto all'ipotesi in cui esso sia disciplinato dalla legge nel suo manifestarsi, è palese, così come palese è l'inammissibilità di una contrapposizione di diritti soggettivi e interessi legittimi, fatta al livello di un comune denominatore, la tutela più o meno intensa, fattane dalla legge.

Ora proprio questo è quel che le precedenti considerazioni sulla indeterminatezza dell'interesse nell'àmbito del concetto di interesse legittimo come occasionalmente protetto volevano porre in luce: l'interesse legittimo privato non può considerarsi un interesse tutelato, quale figura giuridica soggettiva, appunto perché, inserito integralmente in un interesse pubblico, manca ad esso una vera individualità, riconosciuta o riconoscibile dalla norma nel contrasto con un interesse pubblico dominante e bisognoso di cura. Al contrario, tutelato ed attuato in riferimento ad un « interesse pubblico », si determina, di volta in volta, in seguito all'emanazione di un provvedimento. Non è dunque pensabile che esistano gruppi, categorie di interessi privati, preventivamente riconosciuti dall'ordinamento in antitesi con l'interesse pubblico. Come è fluttuante questo interesse pubblico e nasce e si modifica nel tempo e con il mutare delle circostanze, così nascono

e si modificano gli interessi privati, assumendo i più vari contorni. Non è pertanto possibile parlare di « interessi legittimi » nello stesso senso in cui si parla di diritti soggettivi: perché manca appunto quella contrapposizione tipica di interesse ad interesse da cui derivano il riconoscimento e la tutela.

Valga del resto un esempio concreto. Si pensi da un lato alla situazione di un privato di fronte alla norma ad es. del codice della navigazione che disciplina la concessione del lido marino e di fronte ad una norma sulle espropriazioni. Né nell'un caso né nell'altro — di fronte alla norma cioè — si può ipotizzare una situazione del privato tutelata nei modi in cui si dice che siano tutelati gli interessi legittimi: le norme dicono semplicemente che l'amministrazione può concedere l'area demaniale e che può espropriare: si intende, che può espropriare un proprietario e concedere ad un richiedente. L'interesse legittimo sorge — cioè rispettivamente, il « niente » assurge ad interesse ed il « diritto » viene degradato — con la richiesta di concessione ([4]) e con lo svolgimento del procedimento di espropriazione. Ora la tutela di questo « interesse » ha un contenuto specialissimo. Il privato non può chiedere qualche cosa, che il giudice gli possa dare,

([4]) Cfr. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, pp. 1 segg., 28. Si potrebbe osservare che questo accade non soltanto con gli interessi legittimi ma anche in situazioni in cui vi è incontestabilmente un diritto soggettivo, che può essere fatto valere solo su domanda (ad es. domanda di certificato; di prestazione assistenziale da parte di un mutuato). Questa obiezione però non sembra cogliere nel segno, nel senso che non vale a dimostrare che anche il titolare di un diritto soggettivo non può invocare altro che un atto (e non provvedimento) dell'amministrazione, cosicché quindi diritto soggettivo ed interesse si differenzierebbero solo sotto il profilo delle intensità della tutela concessa, ovvero della considerazione di essi fatta nella legge: per la semplice ragione che manca qui uno dei presupposti della situazione di interesse legittimo, l'azione autoritaria della amministrazione rivolta in via immediata alla cura di interessi pubblici. Per limitarsi agli esempi sopra accennati, nell'ipotesi del certificato, infatti l'interesse pubblico che si cura non si riconnette al rilascio di un certificato in concreto, ma è viceversa proprio di chi amministra la certezza giuridica in ordine ad eventi ritenuti rilevanti dal legislatore (così la tenuta dei registri dello stato civile; ma si pensi anche ai certificati relativi alla carriera dei pubblici dipendenti). La mancanza di un interesse pubblico direttamente connesso con l'atto di certificazione che si emana fa sì che la richiesta di certificato non serva a promuovere un provvedimento ma soltanto a chiedere il compimento di una attività dovuta.

ma può semplicemente contestare che il provvedimento adottato sia conforme all'interesse pubblico, per violazione di qualche norma. Ma se così è, come è, sembra impossibile dire che vi è un interesse del privato — e supponiamo pure che nasce dalla richiesta di concessione o dell'espropriazione — tutelato in sé dalla norma, in occasione o in dipendenza dell'interesse pubblico; la norma in sé non gli dà assolutamente nulla, se non la possibilità di chiedere la concessione o di non essere espropriato. Quel che invece positivamente ha — non però dalla norma, ma dall'ordinamento generale — è assai diverso, vale a dire il potere di chiedere che la norma dell'ordinamento sia applicata, e quindi l'espropriazione o concessione deliberata. Questo non comporta però alcuna garanzia che la corretta applicazione della norma debba risolversi a suo favore. Ne deriva una sola conseguenza: che, volendosi a tutti i costi definire questa situazione del privato in termini di situazione giuridica soggettiva, essa può essere riferita soltanto a questo interesse, che una norma generale realmente tutela, ad avere una applicazione « legittima » della legge da parte dell'autorità amministrativa. Ma dire questo, o viceversa negare del tutto che la posizione del privato nell'ordinamento di fronte al potere dell'amministrazione sia una situazione giuridica soggettiva nel senso classico del termine, è veramente tutt'uno, perché l'interesse legittimo si risolve integralmente nella definizione e qualificazione in via generale di un rapporto tra il cittadino e lo Stato ([5]).

32. - *L'interesse legittimo e l'art. 113 Cost.*

Per definire e qualificare in via generale questo rapporto tra il cittadino e lo Stato, è necessario richiamare alcuni concetti elementari, sul modo in cui, nel vigente ordinamento italiano, opera l'amministrazione: mediante atti e provvedimenti amministrativi, come è

([5]) Cfr. la affermazione di RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen, 1965, pp. 103 seg., 111: solo se si intende il principio di legalità nel senso che esso costituisce il bastione di un àmbito individuale di libertà, è posta la condizione per pensare la sua violazione come violazione di sfere individuali di libertà e quindi per pensare a diritti individuali di reazione. Cfr., inoltre, pp. 153 segg. e 171 segg.

noto, con i quali essa pubblica amministrazione esercita un potere che le permette di stabilire *was rechtens ist* (6), vale a dire di porre un certo ordinamento del reale nella sfera di esso attribuita alla sua competenza. In questo ordinamento autoritario del reale, all'interesse del privato è data una posizione del tutto secondaria, soltanto come uno degli elementi che formano la situazione di fatto e di diritto che l'amministrazione deve tenere presente per provvedere conformemente all'interesse pubblico individuato dalla norma attributrice del potere. Si è addirittura detto in dottrina, dandosi grande rilievo al fatto della posizione secondaria degli interessi privati di fronte all'interesse pubblico, che all'amministrazione è conferito il potere di emanare atti che degradano i diritti soggettivi ad interessi legittimi, ed in tale effetto di degradazione si è vista la caratteristica fondamentale del provvedimento. Certo è comunque che il provvedimento è lo strumento che dà vita a situazioni sostanziali rilevanti per quell'« interesse pubblico » considerato e disciplinato in via generale ed astratta (dunque « considerato », « identificato », « protetto ») dal legislatore amministrativo. Non soltanto quindi, si può dire, integrando il discorso della dottrina ora citata, il provvedimento distrugge diritti soggettivi, degradandoli ad interessi: come li distrugge, così li crea (7), o li può creare, nel senso che determina un ordine della realtà, nel quale pos-

(6) È la ben nota formula di O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, München - Leipzig, 1924, I, p. 93. Sul suo valore attuale v. però GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. del dir.*, IV, Milano, 1958, p. 161 e FORSTHOFF, *Lehrbuch*, cit., p. 188 seg.

(7) Questo per vero è stato rilevato anche da uno dei fondatori di questa dottrina (GIANNINI, *Discorso generale*, cit., p. 25), ove afferma che il provvedimento può creare diritti in capo ad un privato diverso da quello che ha subito il danno. È chiaro però come così ci si avvicini involontariamente alla tesi di CANNADA-BARTOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., del necessario riferimento di ogni interesse ad un diritto soggettivo, anche di carattere latissimo (cfr. la nota, cit., di quell'autore, in *Giur. it.*, 1955, III, c. 61), questa costituendo l'unica via per poter configurare la degradazione di un diritto in ogni caso. In realtà è più semplice riconoscere che la degradazione è un attributo dell'imperatività del provvedimento, una conseguenza forse più esattamente, ma non una caratteristica tale che, in difetto di essa per mancanza di diritto degradabile, non si sia più in presenza di un provvedimento imperativo. V. SCOCA, *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministraizone*, Milano, 1965, p. 123 seg.

sono ugualmente cedere diritti soggettivi cioè sacrificarsi posizioni preesistenti di interesse del privato, come crearsene di nuove, in conseguenza della loro coincidenza con l'interesse pubblico. In una parola insomma, data l'impronta autoritaria che recano i rapporti tra cittadino ed amministrazione nel nostro ordinamento, le posizioni individuali dei singoli rispetto ad un beneficio che venga loro riconosciuto, o ad un danno, che venga arrecato, si pongono come mere conseguenze (naturali, sia pure necessarie, ma comunque secondarie) rispetto al fine prevalente e fondamentale, che è l'attuazione della norma di azione, l'emanazione del provvedimento (8). A titolo di esempio, basti pensare alla proprietà, rispetto all'espropriazione; all'aspirazione di un privato ad un posto di pubblico impiego, rispetto all'esigenza dell'amministrazione di coprirlo: ancora più incisivamente, alle autorizzazioni amministrative, con le quali l'amministrazione non fa altro che simultaneamente togliere e porre limiti all'azione dei cittadini, in funzione di un controllo su questa azione esercitato per il bene comune.

In tale condizione, la situazione di chi, titolare di un preesistente diritto soggettivo o viceversa desideroso di un certo vantaggio, attenda l'emanazione del provvedimento, è univoca: il suo interesse di fronte all'autorità si concreta come interesse all'emanazione di un atto, con un dato contenuto, e quindi ad un certo risultato delle valutazioni amministrative. In altre parole, tutta la possibilità che l'interesse sostanziale del privato sia salvaguardato sta in un punto soltanto, che la pubblica amministrazione proceda puntualmente secondo la « norma di azione », vale a dire rispettando completamente le condizioni formali e sostanziali poste dalla legge al suo provvedimento (9).

(8) È significativa a questo proposito la ricerca che si fa nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche, in materia edilizia, per vedere se la norma sia diretta a disciplinare l'interesse privato o quello pubblico, conseguenzialmente concedendo o negando la tutela giurisdizionale: cfr. ULE, *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Köln, 1960, p. 103, con vastissimi richiami di giurisprudenza; EYERMANN - FROEHLER, *Verwaltungsgerichtsordnungkommentar*, cit., p. 221; BUEHLER, *Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rehcte*, in *Festschrift W. Jellinek*, München, 1955, pp. 269, 278, 280-281.

(9) È notevole la concezione del procedimento di GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, cit., pp. 31 seg. e 42 segg., che ne respinge l'interpretazione più formale (proposta da SANDULLI, *Il procedimento*

Sennonché, una volta affidata alla pubblica amministrazione la soddisfazione degli interessi privati, in quel misterioso momento di « attuazione » o « applicazione » della legge, l'ordinamento appresta una tutela giurisdizionale che consente di ottenere l'annullamento dell'atto che, anziché soddisfare gli interessi del privato, li abbia lesi. Questa tutela giurisdizionale, come si è detto, assicurata dal t. u. sul Consiglio di Stato e dalla legge sui TAR per un verso, dal giudice ordinario per un altro, è stata recepita dalla stessa Costituzione, la quale all'art. 113 solennemente dispone che contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria ed amministrativa.

Su questo articolo della Costituzione — che recepisce due espressioni puramente dottrinali, quali sono « diritto soggettivo » ed « interesse legittimo » — è dunque necessario fermare l'attenzione. La dottrina lo ha interpretato nel modo più piano, semplicemente rilevando che esso riconosce l'esistenza di due distinte situazioni giuridiche del singolo nei confronti della pubblica amministrazione, diversamente tutelate. Questo però appare già dalla lettera della disposizione e non ha alcuno speciale valore, oltre a quello di elevare di rango le norme ordinarie che già riconoscevano la tutela di diritti ed interessi.

Vi è invece qualche cosa di più. Che i diritti soggettivi e gli interessi legittimi costituiscano l'asse intorno al quale si svolge il sistema della giustizia amministrativa in Italia è fuor di dubbio. Sennonché i diritti soggettivi e gli interessi legittimi (e con essi i c. d.

---

amministrativo, Milano, 1940) per accoglierne una che tenga conto dell'unione degli elementi formale e sostanziale (farsi dell'atto, atto), propri del provvedimento amministrativo, e che si distingua dalla formazione progressiva della fattispecie per la presenza di una « energia giuridica » che, creando obblighi ed oneri, spinge alla formazione della fattispecie. Forse però la frase più illuminante è quella di GIANNINI, *Lezioni di dir. amm.*, Milano, 1950, p. 261, all'inizio della trattazione dei procedimenti amministrativi: « L'azione dell'amministrazione in conseguenza dei principî ... dell'atto formale, di legalità, di nominatività è giuridicamente rilevante in ogni momento puntuale che la costituisce. Ne deriva allora, come immediata conseguenza, che l'azione amministrativa dà luogo a costellazioni di atti, tutti ordinati ad uno o più atti che, per usare una figurazione, sono come le cerniere sulle quali si incardina insieme ». V. anche p. 430, sulla atipicità dei procedimenti, che è semplicemente di diritto positivo.

interessi semplici, collettivi, diffusi etc. ([10]), cui si nega la tutela giurisdizionale, perché ritenuti non sufficientemente tutelati dalla norma) non sono la realtà, ma una sua interpretazione. La realtà è costituita da una serie di interessi, per così dire materiali, di individui e di collettività, che cercano in qualsiasi modo soddisfazione, quindi anche disordinatamente e se si vuole anarchicamente. Quando si parla di « diritti soggettivi » e di « interessi legittimi », ci si riferisce sì a questi interessi materiali, ma, come si diceva, già interpretandoli, vale a dire inserendoli in un ordine giuridico, e valutandoli in relazione alla tutela che esso loro garantisce. Trattasi, si può osservare, di una valutazione straordinariamente soggettiva, perché tale è necessariamente la valutazione dell'intensità della tutela ([11]); ma questo non muta il quadro. Il fatto significativo ed in verità decisivo è che la tutela giurisdizionale è concessa al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione solo quando i suoi interessi materiali siano ritenuti sufficientemente protetti — cioè siano considerati assunti nell'ordinamento con un rilievo tale, che giustifica e richiede la loro tutela.

Si delinea così il valore che si deve dare al richiamo dell'art. 113 a costruzioni dottrinarie anziché a dati obiettivi. Il dato obiettivo — la realtà sociale — è da esso presupposto, nel senso che accoglie la realtà nell'interpretazione che ne dà la dottrina. Tutela cioè un rapporto; ma lo tutela in una forma o in un'altra (di giurisdizione ordinaria o amministrativa) a seconda che la dottrina e la giurisprudenza in un dato momento vedano da esso sorgere in capo al privato interessi legittimi o diritti soggettivi: né lo si potrebbe interpretare oggi altrimenti, perché è impensabile che la parola del legislatore possa

---

([10]) Identico al problema degli interessi semplici è quello dei c. d. *Rechtsreflexen* o *Reflexrechten* o *Reflexwirkungen* che si trova nella dottrina tedesca. Si intende con essi indicare le situazioni in cui ad un privato deriva un vantaggio dall'applicazione della norma, senza che questa possa considerarsi in alcun modo dettata in suo favore: cfr. BUEHLER, *Altes und Neues*, cit.; BACHOF, *Reflexwirkungen*, cit.

Sugli interessi semplici, diffusi etc. v. ora il volume *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova, 1976, che pubblica gli atti di un Congresso tenutosi a Pavia.

([11]) Per la critica dell'« intensità » come parametro in giudizio, cfr. RUPP, *Grundfragen*, cit., p. 31, anche con riferimento ad altro problema specifico.

arrestare il pensiero su concetti giuridici travagliatissimi, « pietrificandolo » allo stato di elaborazione in cui era al giorno dell'entrata in vigore della Costituzione ([12]). Al contrario, la Costituzione recepisce continuamente i frutti della elaborazione giuridica su questi concetti, lasciando intatta all'interprete la libertà (o il dovere?) di approfondire e migliorare i suoi strumenti di conoscenza e di giustizia.

Questo già legittima la ricerca di che cosa sia diritto soggettivo o interesse legittimo e rende quindi ammissibili nel nostro ordinamento anche concezioni di esso che comprendano rapporti in cui meno intensa è la tutela dell'interesse del singolo, rispetto a quanto avveniva precedentemente ([13]). Ma è anche da dire che tale estensione del concetto di interesse legittimo ad ipotesi di interessi sostanziali più « fievolmente protetti » appare addirittura imposta dallo stesso art. 113, nella parte di esso sicuramente innovativa. Si fa riferimento a quella sua parte in cui si dispone che contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre concessa la tutela giurisdizionale e che questa non può essere esclusa per date categorie di atti e limitata a certi mezzi di impugnazione.

Il significato di questi due punti dell'art. 113 è chiaro: essi pongono il principio della generale impugnabilità degli atti amministrativi in sede giurisdizionale, amministrativa od ordinaria. Ma questo, rispetto al sistema precedente in cui molti atti amministrativi erano sottratti al sindacato giurisdizionale o resi impugnabili solo per in-

([12]) Della libertà di riconoscere in date situazioni interessi legittimi o diritti soggettivi ci si è del resto valsi sempre, prima e dopo l'entrata in vigore della Costituzione. Basti pensare alla recente giurisprudenza in materia di esercizio del potere-esistenza del potree, ed alla trasformazione che ha apportato ai criteri precedenti di distinzione tra giurisdizione amministrativa e ordinaria. Cfr. GIANNINI, *Discorso generale*, cit., tutta la parte III; SANDULLI, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in nota a Cass., 9 giugno 1951, n. 1471, in *Foro it.*, 1952, I, c. 1073; CANNADA-BARTOLI, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 92 segg. con ampi richiami di giurisprudenza meno recente, radicalmente diversa da quella odierna.

([13]) Questa esigenza è stata espressa da molti: cfr. BUEHLER, *loc. cit.*; SANDULLI, *La giustizia nell'amministrazione*, in *Amm. civ.*, 1961, p. 67; MIELE, *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, pp. 24-25; ed i vari contributi in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit.

competenza o violazione di legge ([14]) (in materia di dogane e di leva militare, ad es.), costituisce profonda innovazione, in quanto ha portato alla tutela — e quindi alla giuridica rilevanza — di situazioni di interesse del cittadino, prima affidate alla mera discrezionalità dell'autorità. Ben si può dire che con esso, sottratto al legislatore ordinario, il principio della generale impugnabilità degli atti amministrativi è stato elevato ad elemento essenziale dell'ordinamento (*Bestandteil*, direbbero i tedeschi) che questo ispira a sé, costituendone criterio di interpretazione ([15]). Deriva da ciò che questo principio posto dall'art. 113 non può essere principio isolato. Al contrario, la sua decisiva importanza impone che di esso si tenga conto in sede di ricostruzione ed interpretazione di tutto il sistema dell'art. 113 e quindi di tutta la giustizia amministrativa. Deve quindi essere presente anche nella ricostruzione del concetto di interesse legittimo secondo la nuova Costituzione, nella quale i vecchi schemi devono venir adeguati alla spinta innovatrice delle parti or ora citate dell'art. 113 ([16]).

([14]) Ad es. d. l. lgt. marzo 1945, n. 154, sui piani di ricostruzione degli abitati danneggiati dalla guerra, art. 6.

([15]) A riprova di questo, si pensi a quel che avveniva quando una norma ordinaria escludeva l'impugnabilità di un determinato provvedimento amministrativo.

Di fronte ad essa, la situazione ha chiaramente come se non vi fosse un interesse legittimo, pur essendovene tutta la fattispecie, di un dato interesse e di una norma che lo tutelava occasionalmente. Questa situazione, questo che bisognava riconoscere come vero e proprio interesse legittimo, era semplicemente dichiarata non tutelabile. Se si analizza il fenomeno senza preconcetti e si cerca di vedere che cosa significasse questo diniego di tutela giurisdizionale, bisogna riconoscere che, così disponendo, la norma non negava che in quella data circostanza vi fosse un interesse legittimo (cioè vi fosse un interesse protetto); assai più semplicemente, negava che da quella fattispecie - interesse, norma - scaturisse l'effetto tipico, della tutela giurisdizionale dell'interesse. Ma se così è, è chiaro che la norma negatrice della tutela disponeva una deroga ad una norma generale, quella per cui aveva un ben preciso significato parlare di interessi legittimi: l'art. 26 del t. u. sul Consiglio di Stato. In questa dunque bisogna riconoscere che si concentrava tutta la tutela dell'interesse del privato nei confronti della pubblica amministrazione: questa dunque, ancora, era la sola fonte del carattere « legittimo » di dati interessi.

([16]) Cfr. RUPP, *Grundfragen*, cit., p. 6: « Die alleinige Frage ist, ob man die Verfassungstreue zum unverbrüchbaren Ausgangspunkt allen Argumentierens nimmt oder nicht. Hier scheiden sich freilich die Geisten ».

Questo risultato si consegue facilmente, sviluppando le considerazioni che ora si facevano. Si è già visto più sopra come non possa accettarsi la configurazione degli interessi legittimi come situazioni giuridiche soggettive in senso classico e come viceversa si debba seguire piuttosto il filone che muove dall'idea di un interesse di fatto, che in qualche modo si qualifichi. Se si coordinano a tal punto questi due elementi, negazione della categoria degli interessi legittimi come categoria affine a quella dei diritti soggettivi, e tutela ammessa incondizionatamente contro tutti gli atti lesivi della pubblica amministrazione, è facile dedurne che tutto il problema dell'interesse protetto si risolve nel definire che cosa voglia dire quell'aggettivo « lesivo » che si collega all'atto illegittimo. Qui il decisivo rilievo dell'art. 113 appare chiarissimo. È infatti evidente che nell'ammettere sempre la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione la norma costituzionale ha posto al centro della sua previsione la circostanza obiettiva che un danno sia stato subìto, che taluno si senta leso nella sua sfera giuridica del pretendere o del chiedere qualche cosa alla pubblica amministrazione. Questo fatto ha acquistato incondizionata rilevanza costituzionale e tutelato, legittimato al ricorso, è quegli, cui il provvedimento amministrativo abbia recato danno ([17]). Il problema dell'interesse legittimo sembra insomma essere capovolto: esso non è più, se vi sia una situazione giuridica soggettiva tutelabile, cioè se vi sia un interesse protetto dalla norma: al contrario, se vi sia o non vi sia un concreto interesse leso da un provvedimento. Si potrebbe dire che non è più tutelato giurisdizionalmente l'interesse che la norma dica legittimo; ma che al contrario è tutelato ogni interesse che sia interesse del soggetto, perché se esiste, ad esso è anche data tutela. Ma per la relatività del concetto di cui sopra si diceva, questo significa che la Costituzione ha aperto la porta ad ogni evoluzione del concetto di interesse legittimo, che la dottrina e la giurisprudenza

([17]) Non sarà quindi mai abbastanza criticata la vasta giurisprudenza (oggi rovesciata, per altro) che ha negato vi fosse un interesse legittimo ad impugnare l'illegittima aggiudicazione di un contratto mediante trattativa privata, sul presupposto che l'amministrazione, in quel tipo di procedimento, agisca del tutto *uti civis*: come se la maggiore o minore complessità del procedimento potesse bastare a far cambiare natura all'amministrazione! Sull'evoluzione nel concetto di « danno » cfr. il già cit. SACCO, in *Foro pad.*, 1960, I, c. 1420.

elaborino. Ha aperto la porta cioè a qualunque trasformazione di esso che la coscienza giuridica e sociale dei nuovi tempi possa imporre. Nella Costituzione insomma l'interesse legittimo non è più una formula rigida che esprima una realtà certa e predeterminata, e quindi leghi a sé nel tempo un determinato indirizzo politico del costituente; al contrario, esso si erge come presidio dell'evolversi della autocoscienza storica (e quindi politica, morale, sociale, ed anche giuridica), così che ove questa giunga a sentire come rilevanti situazioni fino ad un momento prima non considerate tali, automaticamente queste devono essere tutelate ([18]).

33. - *L'« orientamento » degli interessi.*

La validità di questi concetti merita di essere verificata esaminando un caso singolare in cui si è discusso intorno alla sussistenza dell'interesse legittimo. Trattavasi di stabilire se i proprietari di un terreno, limitrofo ad un'area soggetta al c. d. vincolo di bellezza naturale di insieme, abbiano o non abbiano interesse ad impugnare il nulla osta della soprintendenza che autorizza il proprietario dell'area soggetta a vincolo a costruire. La Cassazione, Sez. Un., 15 marzo 1972, n. 745, ha riconosciuto la sussistenza dell'interesse legittimo, dicendo che l'interesse privato assurge ad interesse legittimo solo nel caso in cui sia *orientato* nel senso dell'interesse pubblico: ciò che, a suo avviso, accade per il proprietario vicino ad un terreno sottoposto a vincolo di bellezza di insieme e non per il proprietario che confini con la c. d. bellezza individua: anche se l'uno e l'altro vincolo possono essere istituiti ai sensi dello stesso art. 1 della stessa legge 29 giugno 1939, n. 1497. È bene riportare le parole testuali della sentenza. Premesso che per avere interessi legittimi non basta che interesse privato e pubblico coincidano, « sicché l'osservanza di quelle norme possa tradursi in qualche utilità per i singoli » ma occorre altresì che « fra interesse della collettività e interesse del singolo si abbia un collegamento tale, che l'uno e l'altro siano *orientati nella medesima direzione*, sicché il secondo si differenzi e qualifichi, rispetto al

([18]) Sul significato di questa evoluzione, rivolta ad un miglioramento della Società, v. la impostazione di CAPOGRASSI, *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi*, in *Opere*, I, Milano, 1959, p. 171 seg.

primo, per la situazione di particolare vantaggio per il singolo, nell'ambito dell'utilità generalizzata che è assicurata alla collettività », la sentenza ha testualmente affermato: « non si nega che la sottoposizione dei beni che costituiscono (le bellezze individue) ai vincoli previsti dalla legge e la conservazione ed il rispetto dei vincoli stessi possano procurare a determinati proprietari, in ragione della *vicinitas* dei loro fondi, talune particolari utilità, come, per esempio, il maggior pregio turistico e, quindi, economico, che quella ubicazione può conferire ai fondi stessi. Ma trattasi di interessi di mero fatto, perché non orientati nello stesso senso dell'interesse pubblico al godimento immediato delle bellezze protette ». Legittimo è invece l'interesse del proprietario al rispetto del quadro naturale, perché, dice ancora testualmente la sentenza, « qui l'interesse del singolo, che sia particolarmente avvantaggiato dalla ubicazione del proprio immobile nel godimento del quadro pittoresco e panoramico, pur differenziandosi, per la sua individuazione soggettiva, dall'interesse pubblico che è direttamente protetto dalla legge, non è da quello qualitativamente dissimile ed è caratterizzato dal medesimo orientamento: convergenza, questa, fra l'interesse qualificato del singolo e l'interesse pubblico che assicura al secondo quella tutela, occasionale e mediata, che è propria degli interessi legittimi ».

La sentenza dunque fonda la differenziazione giuridica tra le due posizioni di vantaggio sulla considerazione che l'una sarebbe e l'altra non sarebbe orientata nello stesso senso dell'interesse pubblico. Sennonché non è dato comprendere perché al proprietario di un terreno sito vicino alla bellezza individua debba essere riservato un trattamento più sfavorevole rispetto al proprietario vicino ad una bellezza di insieme. La sentenza usa le stesse parole: maggior pregio turistico e, quindi, economico; godimento del quadro pittoresco e panoramico, che dunque accresce il pregio turistico e quindi economico; non si riesce a capire perché mai, se un immobile trae vantaggio dalla presenza di una bellezza individua, l'interesse alla sua conservazione non debba essere orientato nello stesso senso di quello pubblico al godimento immediato delle bellezze protette, mentre questa coincidenza, questa identità di natura esiste se il bene è prossimo ad una bellezza di insieme. Se l'interesse che presiede all'imposizione di un vincolo di bellezza naturale — d'insieme o individua che sia — è quello alla sua conservazione e quindi al suo godimento da parte della collettività, come è possibile sostenere che non si differenzino e qualifichino in uguale misura rispetto a quello della generalità tanto l'interesse del proprietario vicino alla bellezza individua quanto l'interesse del proprietario vicino alla bellezza di insieme?

In effetti, sembra che una grave incertezza concettuale abbia viziato il ragionamento della Cassazione. Si è accennato sopra a quante configurazioni la dottrina abbia dato alla categoria degli interessi legittimi. Si è parlato di essi in termini di situazioni giuridiche soggettive sostanziali, processuali, formali, strumentali, ecc.; ma comunque, pur nella varietà delle formulazioni, è sempre stato fissato il nocciolo centrale del concetto, nel senso che l'interesse legittimo non trova nell'ordinamento una tutela diretta, quale conseguenza del riconoscimento di una utilità in capo al cittadino, ma solo in collegamento con un interesse pubblico, che si assuma mal curato; vale a dire, solo in collegamento con l'impugnazione di un atto amministrativo, che si assuma lesivo di quell'interesse pubblico, perché illegittimo.

Tutto ciò può avere un unico significato: e cioè che l'interesse legittimo è collegato ad un interesse pubblico (e ne dipende) in quanto tale interesse sia formalizzato dall'ordinamento, sia, in più semplici parole, divenuto il precetto di legge che si impone all'amministrazione. In nessun caso il collegamento tra l'interesse privato e quello pubblico può risolversi in un contingente collegamento tra interessi concreti, al livello cioè di quegli interessi che si pongono come pubblici solo perché l'amministrazione se ne fa portatrice. Nell'obiettività della norma — e non nell'affermazione arbitraria che il bene comune ha un certo contenuto — stanno in uno Stato civile la conciliazione, il punto di equilibrio e la soluzione del conflitto tra irrazionali affermazioni così del pubblico come del privato interesse.

Quando viceversa si dice che l'interesse legittimo si caratterizza per un particolare vantaggio che, nell'ambito dell'utilità generale ed in convergenza con essa, viene assicurato al privato, non ci si limita a ripetere, con diversa formulazione, che esso è quell'interesse cui l'ordinamento concede tutela solo in relazione ad un interesse pubblico curato in via principale (e cioè essenzialmente nella forma dell'impugnazione di un provvedimento amministrativo): al contrario, si dice che esso esiste ed è meritevole di tutela in quanto nel suo con-

tenuto concorra con un interesse pubblico concreto, e che invece non esiste (perché interesse di « mero fatto ») se manchi questo cospirare con un interesse pubblico concreto o, addirittura, a questo si opponga. Al limite del paradosso, svolgendo coerentemente la premessa della sentenza che si esamina, si dovrebbe dire che non vi può essere interesse ad impugnare un decreto di espropriazione, per incongruità dell'indennizzo, perché è interesse pubblico pagare il meno possibile; che non vi è interesse legittimo ad impugnare il vincolo di bellezza naturale, perché è nell'interesse pubblico imporre il vincolo, così che, fatalmente, l'interesse privato non può essere « orientato » nel suo stesso senso.

Fortunatamente, nel caso di specie, la Corte si era dovuta occupare di una bellezza di insieme e non di una bellezza individua, e quindi ha riconosciuto la sussistenza dell'interesse: ma questo nulla toglie alla gravità del principio affermato e della stessa discussione sulla sussistenza dell'interesse. Tutte le volte in cui un giudice discuta sull'esistenza dell'interesse legittimo — cioè sulla possibilità di chiedere la tutela giurisdizionale amministrativa — tendenzialmente porta una limitazione a questa tutela, incompatibile con l'art. 113 Cost., fondata sullo stesso equivoco, di postulare un'irreale coincidenza di interesse pubblico e privato, per ammettere la tutela di quest'ultimo. A prescindere dal fatto che chi agisce in giudizio tutela il proprio interesse e non quello pubblico (certe vecchie teorie in questo senso sull'interesse legittimo possono dirsi superate, pur essendo state assai autorevolmente sostenute), è certo che presupposto dell'azione giurisdizionale amministrativa è la lesione personale e diretta che taluno abbia subito. Ora questa lesione può avere infinite origini: e se la tutela dell'interesse nei rapporti con la pubblica amministrazione è affidata non alla generica, non qualificata ingiustizia del danno subito (come avverrebbe nel diritto civile), ma ad una illegittimità che l'amministrazione abbia commesso, così provocando la lesione, tante, quante sono le illegittimità, sono le possibili articolazioni dell'interesse legittimo. Ben si può dire che esso altro non è che un interesse qualificato dall'illegittimità dell'amministrazione. Ogni altra sua caratterizzazione costituisce una limitazione della tutela concessa nei confronti dell'amministrazione, ed urta quindi contro il precetto dell'art. 113 Cost.

Capitolo IV

UN' IPOTESI SULLA DISCREZIONALITÀ

Sommario: 34. La discrezionalità: introduzione. I concorsi. — 35. Alcuni casi tipici di presunta discrezionalità. — 36. Discrezionalità ed atti politici. — 37. Attività discrezionale e vincolata.

34. - *La discrezionalità: introduzione. I concorsi.*

L'attività amministrativa viene abitualmente distinta, sotto il profilo delle valutazioni che in essa si esprimono, in discrezionale e vincolata. Discrezionale è, si dice, quella in cui l'amministrazione compie valutazioni di stretta opportunità, comparando interessi, graduandoli, in relazione alle situazioni di fatto, che anche accerta e valuta; vincolata, quella in cui la valutazione è predeterminata dalla legge, e l'amministrazione deve soltanto accertare l'esistenza dei presupposti di fatto. Esempio tipico della prima può essere la dichiarazione di pubblica utilità di un'opera; della seconda, l'autorizzazione all'occupazione di urgenza, quando per i lavori di realizzazione di un'opera pubblica l'indifferibilità e l'urgenza siano già state dichiarate.

Questi concetti, pur pacificamente recepiti, pongono non lievi difficoltà. Esse stanno in ciò, che per un verso non si vede come possa mancare del tutto una valutazione nell'attività c. d. vincolata, e che, per l'altro, la comparazione di interessi concorrenti in ordine alla stessa fattispecie costituisce sì un'eventualità, ma certo non la più frequente nella vita dell'amministrazione: così che, di norma, il suo agire appare diverso, tanto da quel che si dice « discrezionale » quanto da un agire « vincolato » in senso stretto. E questa diversità, che costituisce il *proprium* dell'attività amministrativa sembra derivare, come subito si vedrà, da esigenze fondamentali, coessenziali alla partecipazione dell'amministrazione alla vita di un ordinamento.

Giova procedere dall'esame dei casi più semplici. Si pensi all'amministrazione che deve assumere personale e quindi deve sceglierlo, tra un numero indeterminato di persone, tutte astrattamente dotate della stessa competenza tecnica. Le possibilità sono duo. O il personale viene eletto, o viene scelto attraverso un procedimento selettivo. Esclusa l'elezione, che è propria di altri ordinamenti, è certo che nel procedimento selettivo (il celebre « concorso ») l'idoneità dei candidati viene valutata con una valutazione non libera, non di opportunità, ma costretta da una rigorosa disciplina ad articolarsi in una serie di specifici giudizi parziali, la cui somma soltanto consente di esprimere la « valutazione » del candidato.

Già questo è di capitale importanza per escludere, in un importantissimo settore della vita amministrativa, la sussistenza di valutazioni discrezionali nel senso classico del termine. Nei concorsi cioè l'amministrazione può esaminare, di tutti i fatti astrattamente utilizzabili per valutare l'opportunità dell'assuzione, solo quelli che la norma da applicare rende rilevanti per il decidere, secondo il tipico procedimento del giudizio ([1]), che vincola il giudice al *thema disputandum* ed ai fatti dedotti dalle parti. Come il giudice insomma non cerca « il meglio », astratto e generico, ma semplicemente quello che appare tale secondo criteri di giustizia o altri parametri tecnici, muovendo dal presupposto di determinati fatti a lui offerti, e come tali — come fatti — per lui vincolanti, così la pubblica amministrazione non valuta liberamente i candidati, ma deve fondare il suo giudizio soltanto su quei fatti che la legge ed i regolamenti considerano rilevanti al fine di stabilire se sono o non sono idonei ad assumere il posto cui aspirano. Come è a tutti noto, infatti, la valutazione del candidato viene compiuta per settori, cioè per categorie di titoli analiticamente indicati e per esami di cui è del pari indicato analiticamente l'oggetto, da cui la legge presume che possa essere ricostruita la personalità del candidato. Più forte limitazione dell'amministrazione *quoad facta* non potrebbe davvero concepirsi. In sostanza ad essa è addirittura sottratta la reale disponibilità dell'oggetto sul quale deve esprimere il suo giudizio; al posto dell'uomo stanno i suoi elaborati o i precedenti

([1]) Cfr. RIGAUX, *La nature du contrôle de la cour de cassation*, Bruxelles, 1966, p. 78 seg.

di carriera, i titoli di studio o di cultura, le note caratteristiche. Al giudizio su ciò che è più opportuno, sul meglio astratto, come si diceva, è sostituito ciò che appare tale per via di somma di elementi molteplici; questo apparire ha senz'altro la consistenza dell'« essere » la scelta migliore.

Si può dire qualche cosa di più. Si è visto che le norme impongono di scomporre queste valutazioni in una serie di giudizi parziali, ognuno dei quali esprime la valutazione dell'amministrazione in ordine ad un « fatto », cioè ad un profilo particolare; così che il giudizio finale altro non è che la somma dei giudizi parziali. Questo significa dunque che la pubblica amministrazione è doppiamente vincolata nella ricerca e nella ponderazione di dati fatti, nel senso che anche questa deve svolgersi come giudizio, rivolta quindi a trarre dal fatto certe conseguenze che si giustificano solo per l'inserirsi del fatto nella norma e della norma nel fatto, meglio ancora, per l'operare entrambi nell'ambito della stessa dinamica — un giudizio per un determinato scopo. In parole più semplici, quando ad es. la p. a. deve stabilire quale sia il punteggio da attribuire alla categoria « idoneità del candidato a svolgere le funzioni della qualifica superiore », quello che si compie non è una valutazione discrezionale, di opportunità sull'individuo in esame, ma è un autentico giudizio, in quanto una data progressione di carriera, una data cultura, precedenti giudizi, elogi, un dato ascendente sui dipendenti, incarichi avuti, etc., permettono di inferire che il candidato ha, in una certa misura piuttosto che in un'altra, idoneità alla qualifica da conferire. Si può dire che la valutazione richiesta dalla legge alla commissione è « obiettiva », con ciò intendendosi che si chiede un giudizio il quale, da un complesso di fatti noti — precedenti di carriera, etc. — giunga deduttivamente ad un altro fatto, la misura della capacità del candidato ([2]). Nei proce-

([2]) Non si può dire che in realtà qui vi è un trasferimento del momento discrezionale ad una fase anteriore, cioè a quella di fissazione dei criteri di massima e che, rispetto a questi, vi sarebbe il compimento di una attività puramente valutativa, coperta soltanto dall'insindacabilità (per altro, contro questa insindacabilità FERRARI, *Il procedimento costitutivo del rapporto di pubblico impiego*, cit., p. 266). Il problema generale di questo atteggiamento dell'amministrazione « libera » di fronte ad uno scopo da conseguire verrà esaminato più sotto nel testo; fin d'ora si può però osservare che l'amministrazione deve adot-

dimenti di cui trattasi, dunque, in luogo delle valutazioni di opportunità si rinvengono valutazioni completamente diverse, rigide anziché elastiche, costrette a svolgersi nell'ambito di linee rigorosamente tracciate, tali che mostrano chiaramente sostituita al principio tradizionale di opportunità una regola diversa, che potrebbe dirsi di « obiettività », « imparzialità ». Il frutto di questa è la conversione della valutazione discrezionale in giudizio, che viene poi a costituire il provvedimento.

Rendersi conto delle ragioni di questa riduzione della discrezionalità a giudizio nel cruciale momento dell'organizzazione amministrativa è chiaramente di capitale importanza: si versa qui infatti in una singolarissima contraddizione, nel senso che le ovvie esigenze di efficienza dell'apparato — addirittura costituzionalizzate in Italia dall'art. 97 Cost. — si soddisfano, spersonalizzando il giudizio sugli uomini ai quali l'apparato deve affidarsi e quindi consentendo che entrino a far parte dell'amministrazione persone scelte in base ad un giudizio formale di idoneità, escludendo qualsiasi rilievo del rapporto fiduciario tra chi già fa parte dell'apparato e chi aspira ad entrarvi: cioè, tipicamente, della discrezionalità.

La spiegazione è, come sempre, di carattere storico, ed in concreto legata alla dialettica tra stato e comunità. A seconda del rapporto di forze che in un determinato momento storico si instaura tra lo Stato e la comunità, la struttura amministrativa si plasma aderendo alle esigenze dell'uno o dell'altro termine, e quindi seguendo un criterio di gelosa chiusura ad occhi estranei o di totale apertura

---

tare criteri di valutazione non scegliendoli *ad libitum*, ma facendosi condurre dalla consapevolezza del genere di concorso del quale si tratta e per il quale deve prefissare i criteri di massima. Deve cioè attenersi ai criteri di ragionevolezza (« logicità ») ampiamente elaborati dalla giurisprudenza: e questo la rende sindacabile. Il Consiglio di Stato dice infatti che l'attribuzione dei punteggi alle varie categorie è discrezionale; ma poi esamina ampiamente e penetrantemente l'operato della commissione riducendo l'ambito nel quale possono essere fissati i punteggi secondo criteri di « logicità », come si diceva, che esso stesso fissa. Anche questa attività dunque finisce con lo svolgersi secondo binari predeterminati e quindi con l'essere « giudizio » sia pure sui criteri di un giudizio futuro. Per riferimenti di grande importanza cfr. la celebre teoria dello scopo di Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, II, Paris, 1928, pp. 365 seg., 378 seg., 390 seg.), nonché quella di *compétence liée* (*ivi*, pp. 395 seg., 400 seg.).

alla partecipazione della comunità all'attività di amministrazione. Ora, la forma in concreto prescelta dal nostro ordinamento — amministrazione chiusa, ma organizzata in termini impersonali — non significa altro che questo: che la partecipazione della comunità all'amministrazione si arresta ad una certa soglia, nel senso che non è partecipazione diretta all'attività amministrativa, ma indiretta all'organizzazione: la comunità è cioè giunta ad imporre all'apparato l'obbligo di formalizzare tutte le procedure che lo riguardano, quasi a questo formalismo affidando la « pubblicità » dell'organizzazione, senza spingere la sua partecipazione all'apparato così avanti, da investire lo stesso procedimento decisionale: rispetto al quale, chiaramente, l'organizzazione diviene irrilevante ([3]). Questo processo di partecipazione all'apparato ha insomma vari gradi, come dimostrano le varie esperienze di pubblica amministrazione che è dato osservare, e che, come si è visto sopra (§ 27) vanno da una rigorosa disciplina della partecipazione dei cittadini ai procedimenti che li riguardano fino all'imposizione all'amministrazione di un regime di generale pubblicità dei suoi atti ([4]). In questa pluralità di esperienze, l'obiettivazione delle

---

([3]) Si è già accennato sopra a quanto sia equivoca e meramente demagogica l'idea di democratizzare l'amministrazione inserendo al suo interno rappresentanze popolari (§ 27). La democratizzazione è raggiunta solo se gli interessati hanno il diritto di far valere le loro ragioni e quindi di costringere l'amministrazione tecnicamente competente a tener conto del loro apporto alla decisione da prendere.

([4]) Questo tema, pressoché sconosciuto in Italia, ha una enorme importanza nelle democrazie di modello anglosassone, prime tra tutte Svezia e U.S.A. Si apprende da N. Herlitz, *Publicity of official documents in Sweden*, in *Public Law*, 1958, p. 50 segg. che fin dal 1766 la pubblicità dei documenti pubblici si venne costruendo come una appendice della libertà di stampa, nel senso che alla libertà di pubblicare, per mezzo della stampa, un gran numero di documenti, si è accompagnato il diritto di richiedere i documenti stessi alla pubblica amministrazione. Nel corso del citato articolo, Herlitz espone le linee fondamentali del sistema svedese: in principio ogni documento nato da una autorità pubblica è accessibile al pubblico: ad es. si possono vedere anche le minute delle commissioni parlamentari (p. 53). Non occorre avere alcun interesse qualificato per accedere ai documenti; questo diviene in concreto assai importante quando, nel dubbio sulla portata del principio *audi et alteram partem*, il privato può andare ad assumere informazioni che l'amministrazione sua sponte non gli dà. Herlitz poi espone le limitazioni a questo diritto di conoscenza (p. 58 segg.) che qui evidentemente non occorre esaminare: quello che si deve però

procedure e dei giudizi nell'organizzazione amministrativa, raggiunta muovendo da una tradizione autoritaria, costituisce una tappa nell'evoluzione del rapporto comunità-amministrazione, verso l'inserzione della prima nella seconda, cioè verso una forma di democrazia, nella quale cittadini ed amministrazione siano distinti solo funzionalmente e non ontologicamente.

---

sottolineare è che l'effetto principale della pubblicità, così intesa ed imposta dalla legge, sta nel fatto che le pubbliche amministrazioni accolgono di buon grado il *quivis de populo* che vuole sapere che cosa succede nel loro ambito e che questo dà sconfinato materiale alla generale discussione intorno ai procedimenti della pubblica amministrazione. Gli svantaggi che possono derivare da questa situazione, conclude Herlitz (ad es. per influenze negative che si possono produrre a danno di qualche interessato), sono di gran lunga minori dei vantaggi che ne scaturiscono: apertura dell'amministrazione alla discussione, partecipazione dei cittadini alla vita amministrativa, correttezza di questa. Naturalmente bisogna dire che questo richiede un notevole autocontrollo da parte della popolazione. La situazione è diversa negli U.S.A. Anzitutto, come conseguenza della loro struttura federale, non esiste un diritto uniforme in materia. Adesso vi è una legge federale sulla pubblicità degli atti e documenti federali (sulla quale v., in senso critico per l'equivocità e le restrizioni che vi ravvisa, K. C. Davis, *The information act: a preliminary analysis*, in *34 University of Chicago Law Review* [1967], p. 761 segg.); ma tra i singoli Stati vi è una grande eterogeneità di disciplina. H. Cross, *The people's right to know*, New York, 1954, cit., p. 329, riporta i testi fondamentali di queste leggi statali; egli stesso (p. 50 segg.) distingue tra gruppi di discipline statali a proposito della pubblicità degli atti a regime di ispezione generale (Luisiana: cfr. lo statuto a p. 340) a statuti specifici, cioè con pubblicità prevista per singoli gruppi di atti, a regime di *common law*; tra questi ancora si possono rinvenire affermazioni di diverse regole tra i due estremi dell'ammissione del *quivis de populo* e dell'ammissione, limitata a certi documenti, di taluni interessati (p. 55 seg.). Sulla nozione di documento, ricavabile naturalmente solo per via deduttiva, cfr. pp. 45 segg. e 77 segg.; sulla pubblicità nei comuni, p. 73 seg. In sintesi si può dire che in America, come conseguenza tra l'altro delle sue dimensioni, vi è una tendenza verso la pubblicità, notevolmente contrastata. Pubblicità in materia finanziaria esiste anche in Svizzera: gli AA. cit. da Herlitz, Schmied, *Das Recht des Privaten zur Einsichtnahme in Verwaltungsakten*, in *Zentralblatt für Staat und Gemeindeverwaltung*, 1952, p. 57 seg. e Kalt, *Das Prinzip der Öffentlichkeit staatlichen Handelns als Voraussetzung der demokratischen Willensbildung*, Zürich, 1953, non si sono purtroppo potuti consultare.

35. - *Alcuni casi tipici di presunta discrezionalità.*

Ma questa conclusione merita di essere generalizzata: nel senso cioè che il carattere « obiettivo », « imparziale » dell'attività non sia imposto all'amministrazione solo quando cura interessi propri, per soddisfare un'esigenza di pubblicità del suo agire, ma che, al contrario, tale esigenza di pubblicità operi ed imponga obiettività ed imparzialità ogni volta in cui manca la partecipazione della comunità all'attività amministrativa — vale a dire, ogni volta in cui la pubblicità è chiamata a compensare la mancanza di partecipazione. Obiettività ed imparzialità insomma non sembrano imposte dalla specialità della materia — l'organizzazione — ma da un principio più vasto, nel senso che in generale, ogni volta in cui la natura delle cose non consenta una partecipazione della comunità all'amministrazione o questa sia stata esclusa dal legislatore, automaticamente insorge la regola di imparzialità, senza spazio per un vero giudizio di opportunità riservato alla pubblica amministrazione.

A conferma di questa tesi, che può apparire paradossale, si ponga mente ad una serie di tipiche ipotesi di atti « discrezionali »: così ai provvedimenti disciplinari nel pubblico impiego (in cui l'irrogazione delle sanzioni è rimessa all'amministrazione); ai procedimenti di gara per certe opere o forniture pubbliche o per le alienazioni di certi beni pubblici; ai provvedimenti di polizia (ad es. in materia di edilizia); ai provvedimenti di pubblica sicurezza (ad es. espulsione di stranieri, o autorizzazioni ai privati per il compimento di determinate attività).

Ebbene, se la nota tipica della discrezionalità è la valutazione di vari interessi, secondo il prudente giudizio (ed arbitrio) della pubblica amministrazione, alla ricerca di ciò che meglio soddisfi il c. d. interesse pubblico, nei provvedimenti or detti la discrezionalità non ricorre. Manca nel provvedimento disciplinare, perché questo si rivolge esclusivamente alla repressione di qualche infrazione compiuta dall'impiegato; la valutazione concerne soltanto l'impiegato, di cui si deve sindacare l'operato e non si estende — né deve estendersi — alla valutazione di elementi estranei alla fattispecie: la sanzione è predeterminata e si tratta semplicemente di stabilire la gravità del fatto commesso. Non vi è nulla di diverso dalla valutazione che deve com-

piere un giudice. Parimenti esclusione di qualunque valutazione di interessi nel loro rapporto con quello dell'amministrazione si ha nelle varie procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti. Qui la pubblica amministrazione cura soltanto di stabilire quale dei concorrenti sia il più idoneo, quale faccia l'offerta realmente migliore, tenuto conto della serietà dell'impresa offerente: le recenti leggi del 1977 e del 1978 hanno affidato questo giudizio ad una complessa serie di elementi; ed in effetti, se anche, come nell'appalto concorso, vincitore della gara non è chi abbia fatto l'offerta più conveniente in termini economici, ma chi proponga un progetto nel complesso più significativo ed interessante, questo significa soltanto che il giudizio anziché secondo parametri di pura convenienza economica (formale si vorrebbe dire), si è svolto secondo un criterio più articolato, comprensivo anche di altri elementi concernenti la realizzazione dell'opera.

Discorso diverso parrebbe di dover fare per i provvedimenti di polizia, cui si era accennato. Qui sembra a prima vista che effettivamente, nel valutare il grado di « pericolosità » o il disturbo all'ordine pubblico che lo straniero può arrecare, vi sia un margine di valutazione discrezionale dell'amministrazione, così come sembra che questo margine ricorra ad es. nelle autorizzazioni date a privati ([5]). Ma

([5]) Questo è il famoso problema degli *Unbestimmte Rechtsbegriffe*, di cui si è già parlato. Cfr. comunque ULE, *Zur Anwendung unbestimmtem Rechtsbegriffe in Verwaltungsrecht*, in *Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht* (Scritti in memoria di W. Jellinek), cit., p. 309 seg.; JESCH, *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff*, cit. (in *AöR*, 1957, p. 169 seg.); RUPP, *Grundfragen*, cit., p. 212 seg.; EHMKE, *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff*, cit. (Tübingen, 1960), *passim*. Ehmke, come si è detto è fondamentale. Sembra che l'inaccettabilità della categoria e quindi della distinzione tra discrezionalità e concetto giuridico impreciso stia nella omessa considerazione che ogni interpretazione ed ogni discrezionalità si esercitano sempre con riferimento ad una data fattispecie, le cui esigenze determinano il contenuto del provvedimento e quindi la interpretazione o la valutazione di opportunità. La riprova di questo è duplice. A prescindere da Ehmke, che ha criticato il concetto in maniera che sembra definitiva, da un lato Rupp riduce i due problemi ad una questione intorno all'organo competente ad adottare l'ultima interpretazione o valutazione, pubblica amministrazione o giudice; la questione è quindi resa concreta e ridotta ad un problema di rapporto con il fatto (risolto in sede costituzionale, dice Rupp). Dall'altro RIGAUX, *La nature du contrôle*, cit., osserva con riguardo al giudizio civile che la scelta dei fatti rilevanti per il giudizio dipende dalla norma

questa è impressione inesatta. Certamente, se con discrezionalità si vuole intendere una qualunque possibilità dell'amministrazione di valutare i fatti alla stregua di una data norma, qui vi è « discrezionalità »: ma la genericità dell'espressione è evidente. Se infatti, evitando la suggestione delle parole, dei concetti e della tradizione di pensiero, si esamina attentamente che cosa in concreto accade, cioè come realmente si svolga il giudizio, non si può fare a meno di riconoscere che esso si articola all'infuori di qualunque comparazione di interessi; e che invece mira semplicemente a stabilire un rapporto tra la fattispecie concreta e la norma della cui applicazione si tratta. Certamente questo costituisce quel momento soggettivo della realizzazione dell'ordine giuridico e sociale, intorno al quale si è affaticata la dottrina e di cui qui si sono riconosciute soltanto l'esistenza e la ineliminabilità da ogni atto amministrativo; ma da questo non si può arrivare a dire che l'amministrazione svolga un vero giudizio di opportunità, perché come non vi è scelta tra più interessi, così manca la reale possibilità di più provvedimenti, tutti egualmente indifferenti per il diritto (secondo la classica formula). Questa possibilità manca, perché nella sua soggettività il giudizio dell'amministrazione

che il giudice vuole applicare (o la parte vuole che il giudice applichi): la interpretazione, il « volere applicare » una data norma, dipende quindi da una esigenza propria del fatto, tale quindi che valutazione di opportunità ed interpretazione si fondono nell'esigenza del giudizio. Così non prova niente l'esempio di JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, cit., p. 37, a proposito del divieto per gli zingari di viaggiare in « orde »: tipico concetto indeterminato, per questo A. Uno zingaro non è certamente un'orda, dice Jellinek; certamente lo sono ad es. cinquanta: quale è il numero intermedio che definisce l'« orda »: ovvero, alla rovescia, che ne è di venticinque zingari? Il problema in astratto certamente è irresolubile (e si può parlare per esso di uno spazio giuridicamente vuoto, come fa Ule); ma in concreto non esiste. In concreto si pone soltanto il problema del significato di una norma in una certa realtà: così cinque zingari urlanti, armati, a cavallo possono costituire un'orda che non è configurabile in cinquanta di loro che si spostano pacificamente in corriera. In relazione a questo cfr. ancora MC FARLAND e A. VANDERBILT, *Cases and comments*, cit., p. 164 seg. e, estremamente significativa per la critica che se ne può trarre dell'*Unbestimmter Rechtsbegriff*, la sentenza della Corte Suprema degli U.S.A., Boyce Motor Lines v. U.S., (1952), p. 337, riportata in JAFFE, *Administrative Law. Cases and materials*, Boston and Toronto, 1954, p. 117 seg.

non può essere che uno, quello richiesto dalla fattispecie esaminata ([6]). Certo è possibile che di fronte allo stesso fatto due funzionari provvedano diversamente, diversamente valutando ai fini del giudizio gli elementi costitutivi della fattispecie. Ma questo non rileva, perché il vincolo al fatto è identico per entrambi. La possibilità di diversa valutazione è esattamente la stessa che può ricorrere presso due giudici diversi, quando si trovino ad affrontare il giudizio, cioè la valutazione del fatto, per « applicare » una norma ([7]). La integrazione soggettiva della norma — o l'integrazione soggettiva del fatto — proprio per la soggettività che ad essa inserisce lascia questa possibilità. Ma il procedimento mentale svolto dai due funzionari è lo stesso; senz'altro si può dire che consiste nella determinazione del valore di un fatto (o di una pluralità di fatti) in relazione alla previsione normativa. Ma è circoscritto, limitato alla determinazione di questo valore; nasce cioè del fatto « in sé », per l'esigenza di azione che pone all'amministratore.

Lo stesso criterio disciplina ancora ad es. il rilascio delle licenze, oggi concessioni, edilizie ([8]). Che la discrezionalità vi occupi uno spa-

---

([6]) Tutto ciò era stato intuito da Tezner. Egli però poi aveva confuso le cose, perché non era riuscito a separare tra loro i due problemi, della natura della discrezionalità, se così si può dire, e del procedimento logico seguito dall'amministrazione; cfr. *Zur Lehre*, cit.

([7]) JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung, Zweckmässigkeiterwägung*, cit., p. 159, osserva che una legge, la quale nella stessa situazione di fatto può essere applicata a due diverse persone in modi diversi « non è più una legge nel suo contenuto spirituale » (*ist seinem gedenklichen Inhalt nach kein Gesetz mehr*). Questo si riconnette all'idea della legge che aveva una ed una sola volontà per il caso concreto e che il giudice poteva riconoscere e dichiarare; con il cadere di questa idea, cade anche l'osservazione di Jellinek e tutta la costruzione che su di essa si fonda. Cfr. per questa concezione della legge e del giudizio per tutti CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, ad es. p. 43 segg. Non si può insomma supporre una legge indipendentemente accertabile, per usare le parole di ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, ora in *Problemi giuridici*, I, p. 147, nota 15.

([8]) Ma si pensi anche a certi ordini ad es. di riparazione di una sponda del corso d'acqua privata, su cui insiste una strada pubblica: si tratta di autentici ordini, espressione di un potere unilaterale della pubblica amministrazione: ciò non di meno, non si può dire che essi siano discrezionali in quanto il loro fondamento è soltanto l'obiettiva situazione di necessità o di pericolo in cui versa la strada e che impone la riparazione; la valutazione del prefetto o del sindaco è quindi non discrezionale ma tecnica, ristretta nei limiti della fattispecie. Non

zio ristretto si asserisce da molti, anche se poi non si chiarisce esattamente in che cosa si risolva, cioè quale estensione abbia in concreto. Qui non occorre compiere questa indagine; basti soltanto osservare che questa discrezionalità non può concernere altro che il rapporto tra il progetto e le norme regolamentari e di piano regolatore, al fine di accertare, si potrebbe dire, la compatibilità del primo con le seconde. Certamente in questo giudizio ricorre un margine considerevole di « valutazione », nel senso che occorre interpretare il progetto, e quindi pronunciare sul rapporto tra norma e progetto, norma e fatto che dir si voglia. Ma se questo è chiaro, non è meno chiaro che questa valutazione si svolge in un ambito esattamente determinato, quello tracciato cioè dalla domanda del privato, dal suo progetto, dalla situazione dei luoghi. Rispetto a questo l'amministrazione certo valuta e provvede: ma di nuovo appare con ogni evidenza che un vero profilo di valutazione di opportunità, cioè di vera scelta tra più soluzioni astrattamente possibili, non esiste, in quanto il giudizio finale — concedere la licenza o negarla — è legato sempre ed esclusivamente alla fattispecie, senza possibilità di estenderla o modificarla, inserendo in essa profili inerenti ad altri interessi, pubblici o privati che siano, comunque concorrenti con il primo e fondamentale, quello di vedere realizzata una costruzione in armonia con il piano regolatore. La regola di questa valutazione è dunque ancora l'imparzialità. Gli abusi che si sono compiuti nel determinare l'ambito di valutazione discrezionale sono quelli che il nome stesso rivela — abusi —, motivati in mille modi, ma sempre abusi.

Ma ci si spinga pure innanzi e si considerino ad es. le concessioni di lottizzazione. Si suole dire che qui il comune gode di maggiore discrezionalità, in quanto può imporre varie prescrizioni nell'interesse pubblico; ma questo è inesatto, perché queste prescrizioni — opere pubbliche varie, fognature, rete idrica, strade, illuminazione

---

vi è poi neppure discrezionalità – e davvero non si saprebbe come configurarla – a proposito della ripartizione delle spese per la riparazione, che chiaramente incombono solo a colui, cui *ex lege* spettano, senza possibilità di valutazioni discrezionali, cioè di imposizione discrezionale dell'amministrazione. Il fatto che l'amministrazione le ponga a carico del privato non significa in sostanza nulla; ed infatti, giudice competente è il giudice ordinario.

etc. — sono dettate tutte ed esclusivamente in relazione ad un progetto di urbanizzazione, del quale si valuta la rispondenza a precisi principi di urbanistica: basti dire che il piano regolatore deve prevedere l'edificabilità e che il piano di lottizzazione è sostitutivo di quello particolareggiato. La valutazione che conduce a queste prescrizioni non è di « opportunità » come scelta tra la soddisfazione dell'uno o dell'altro interesse, ma di opportunità come scelta tra le soluzioni tecniche più idonee per un certo scopo, commisurato ad una determinata situazione di fatto, che occorre individuare e definire nella sua esatta consistenza.

Non si obietti che le cose stanno molto diversamente, sì che si potrebbe parlare davvero di discrezionalità affidata alla pubblica amministrazione, nel caso di certi provvedimenti eccezionali di polizia, ad es. degli ordini sindacali di demolizione, o delle autorizzazioni a tenere riunioni in luogo pubblico. Può sembrare che in questi casi, di fronte alla realtà obiettiva di una costruzione in contrasto con il piano regolatore, o della richiesta di esercizio di un diritto costituzionalmente garantito, la pubblica amministrazione inserisca nella sua valutazione elementi estranei a questa realtà, e quindi provveda in un senso o nell'altro in funzione di quegli elementi: si può addurre l'esempio del sindaco che può ordinare o non ordinare la demolizione di costruzioni illegittime e quindi dire che egli è « libero » nella scelta.

Ma questa è solo apparenza, che non deve ingannare. Innanzitutto non è vero che ci sia potere discrezionale — cioè valutazione libera di interessi — nella valutazione che conduce ad autorizzare o vietare una riunione in luogo pubblico. Queste riunioni possono essere vietate solo per motivi ben precisi, definiti dalla Costituzione, quali la pericolosità o la minaccia all'ordine pubblico; la valutazione amministrativa, pertanto, deve svolgersi solo in ordine alla sussistenza o insussistenza di questa pericolosità o minaccia, quindi secondo una linea prefissata ([9]). Certo vi è ampiezza notevole del margine soggettivo di valutazione, non essendo possibile prevedere in astratto quali possano essere gli effetti di una riunione in luogo pubblico; questa previsione è affidata all'amministrazione, che quindi può penetrare ampiamente nella fattispecie, cioè sottoporla ad una ampia considera-

([9]) Come si è detto, questo è stato colto da RUPP, *Grundfragen*, loc. cit.

zione subbiettiva; ma l'esame concerne elementi predeterminati, quelli che cioè concorrono a formare la specie « pericolo », « minaccia all'ordine pubblico » ([10]). In questo l'amministrazione non può essere che imparziale, perché deve garantire — salva l'esistenza di eventuali impedimenti, appunto pericolosità etc. — la realizzazione dei diritti individuali ([11]).

A non diverse conclusioni si deve giungere intorno al potere del sindaco di fare o non fare demolire le costruzioni illegittime.

Già prima dell'entrata in vigore della legge 28 gennaio 1977, n. 10, si doveva infatti escludere (ad onta del contrario avviso espresso dal Consiglio di Stato) che in questa materia il sindaco avesse un vero potere discrezionale. Quando la disciplina delle demolizioni si doveva ricavare solo dalla legge urbanistica del 1942, il punto di riferimento era costituito dall'art. 32, il quale dice che nel caso di costruzioni senza licenza il sindaco *può*, previa diffida e sentito il parere della sezione urbanistica compartimentale, ordinare la demolizione. È pacifico che l'annullamento della licenza valga a far considerare la costruzione compiuta in base ad essa come « senza licenza »; ed è ugualmente pacifico che i poteri spettanti al sindaco dopo l'annullamento giurisdizionale della licenza sono quelli che gli derivano dal

([10]) Qualche precisazione su questo punto è in PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, il quale per altro parla di potere discrezionale della pubblica amministrazione, senza approfondire il tema.

([11]) Non si vuole con questo negare che siano possibili abusi. Tempo fa ad es. un prefetto ha vietato per scopi politici una rappresentazione teatrale, adducendo motivi concernenti l'agibilità tecnica del teatro; oppure le autorità di pubblica sicurezza possono decidere se usare o non usare determinati strumenti per la disciplina dell'ordine pubblico. Ebbene, sembra che anche in questi casi, che accendono sempre polemiche a non finire, una vera discrezionalità manchi e che vi siano invece o autentici abusi o manifesti errori. Il potere certamente spettava, ed in un certo senso non vi è potere più grande di quello di mantenere l'ordine pubblico; al suo esercizio sono poste regole rigorose; ma l'esistenza nell'autorità di molteplici poteri permette che uno di essi venga usato per conseguire uno scopo diverso da quello per cui il potere stesso è affidato. Di fronte a questo c'è semplicemente abuso e si deve soltanto deprecare che sia data la possibilità, ad es. per il cumulo di troppi poteri nello stesso ufficio, di una cattiva utilizzazione di essi. In questo mostrano il loro pieno valore le considerazioni di NIGRO, *op. cit.*, sull'imparzialità che acquista valore come regola di organizzazione (gli uffici cioè, dice Nigro, devono essere organizzati in modo che sia assicurato il loro funzionamento imparziale).

citato III comma dell'art. 32. Ora, al significato concreto di quel « può » ordinare la demolizione, si giunge solo tenendo conto del II comma, per cui quando risultino violate le norme sulla costruzione eseguita in base a licenza il sindaco può sospendere i lavori, con riserva dei provvedimenti necessari per la modifica delle costruzioni o la rimessa in pristino. Il giudizio del sindaco era dunque limitato a questo, se demolire perché la costruzione è in insanabile contrasto con il piano regolatore o con il regolamento o adottare altri provvedimenti che valgano a stabilire l'armonia della costruzione con il piano. Ma in questo non vi è alcun interesse pubblico che vada valutato. Occorreva cioè fare uso soltanto della ragionevolezza, del buon senso, di criteri tecnici, al fine di scegliere il provvedimento più adeguato. Il problema è poi risolto definitivamente (salve le difficoltà di interpretazione) dall'art. 13 legge n. 10/1977, la quale fissa perentoriamente le condizioni per la demolizione, o il pagamento di una somma pari al valore venale dell'immobile o delle parti di esso abusivamente realizzato o, infine, per la sua confisca a favore del comune. Come sempre, il potere è potere-dovere e quindi legato ad un giudizio tecnico-giuridico esattamente determinato.

Ancora: si pensi alle concessioni amministrative. La giurisprudenza parla di discrezionalità, di cui godrebbe la pubblica amministrazione, in quanto essa deve scegliere chi meglio soddisfi le esigenze del pubblico interesse. Se si va in concreto a vedere come questa discrezionalità vada esercitata, ci si avvede subito che l'amministrazione deve comparare tra loro le offerte formulate; deve stabilire quindi quale di queste sia più conveniente, in relazione non ad astratte esigenze di pubblico interesse, ma al suo atteggiarsi concreto, quindi in sostanza con riguardo alla determinazione di esso compiuta dal complesso delle offerte o domande pervenute. Da questi due elementi — un'attività riservata dalla legge alla pubblica amministrazione o un suo bene e le offerte — risultano definitivamente tracciati i limiti della fattispecie, vale a dire i limiti entro i quali la sua valutazione deve svolgersi. Si tratta di stabilire che cosa sia più conveniente affinché — sempre nel quadro detto — sia meglio svolto il servizio o meglio sfruttato il bene. L'interesse pubblico opera qui, come in tutti gli altri casi esaminati, come un elemento di fatto, come, se si vuole, il parametro fondamentale in base al quale decidere, cioè valutare le

offerte: ma nel suo provvedere l'amministrazione non gode di alcuna discrezionalità; essa è vincolata alle linee ora accennate, di una comparazione ancora una volta « obiettiva ».

Una diversità di fondo si può vedere in certi provvedimenti comunali. È incontestabile che quando il Consiglio comunale decide ad es. di municipalizzare il servizio di raccolta o distribuzione del latte o del gas o altro, e soprattutto quando adotta il piano regolatore, esso effettivamente eserciti poteri discrezionali in quanto per la legge è indifferente che si riscatti o non riscatti e che si adotti un piano o un altro. Vi sarebbe la mera attribuzione di un potere, quindi la libertà di determinare l'interesse pubblico stesso da curare. Secondo la concettuologia dominante, si sarebbe in presenza di una fattispecie assolutamente indeterminata, che il comune solo potrebbe riempire, precisare, stabilendo anzitutto che cosa è più conforme all'interesse pubblico.

Tali considerazioni sono esatte, ma confermano la tesi qui svolta: perché se certo il comune può esercitare poteri discrezionali — determinare l'interesse della comunità da curare — questo avviene perché esso nel nostro ordinamento occupa una posizione speciale; esso è infatti, come si suol dire, un *ente politico*, esponenziale di una certa comunità, così che l'esercizio di poteri eccezionali, svincolati dalla regola dell'imparzialità, trova fondamento nella sua struttura: che non è essenzialmente di apparato burocratico, ma di ente rappresentativo della comunità, che per il suo tramite si autoamministra (o, più esattamente, si dovrebbe autoamministrare), con la designazione dei suoi rappresentanti per via elettorale. Sia pure questo un grande equivoco, la realtà è che su un equivoco di tal genere si fonda l'attribuzione al comune degli speciali poteri di cui si tratta; è quindi sufficiente a giustificare un'eccezione (apparente) alla regola, che la conferma. Non è inutile rilevare che quando il comune agisce all'infuori di questa rappresentatività la regola generale riprende pieno vigore: così per le licenze edilizie, così per i provvedimenti contingibili ed urgenti, così per l'attività di polizia comunale ([12]).

([12]) Cfr. esattamente in questo senso K. C. DAVIS, *The requirement of opportunity to be heard*, cit. (in *Yale Law Journal*, 1941-42, p. 1093), p. 1115 seg., nel testo, e nelle note 71 e segg., nelle quali cita numerosa giurisprudenza

36. - *Discrezionalità ed atti politici.*

La tesi qui sopra svolta — nel senso che, nei tipi di provvedimenti unilaterali presi in esame, la pubblica amministrazione agisce seguendo una regola di « obiettività », senza determinare essa stessa che cosa sia pubblico interesse e quindi senza realmente scegliere tra interessi confliggenti — incontra due ordini di difficoltà. Il primo è che, se in molti casi l'obiettività e l'imparzialità sono la regola di attività amministrative alle quali il privato e la comunità non partecipano in via immediata, in altri casi l'amministrazione — più in generale l'esecutivo — provvede unilateralmente, ed in effetti compiendo una comparazione ed una scelta tra più interessi pubblici. L'imparzialità e l'obiettività, dunque, sarebbero occasionali, e non la regola dell'agire unilaterale. Si pensi alle recentissime vicende della industrializzazione di Gioia Tauro, alla localizzazione degli impianti termonucleari per la produzione di energia elettrica; al caso, che ancora si ricorda, in cui si decise di lasciar costruire nel golfo di La Spezia il terminale di un metanodotto, scegliendo dunque tra interessi economici e paesistici.

Per risolvere il problema di queste vere scelte di opportunità, non riferibili cioè ad un qualsivoglia parametro, è necessario ricordare che la dottrina, nell'affrontare il problema della discrezionalità amministrativa, ha riunito sotto un unico nome più questioni diverse; fondamentalmente due, da un lato quella attinente al procedimento logico seguito dall'autorità — che si svolge come esame di singole fattispecie, loro valutazione, decisione intorno alla misura da adottare ([13]) — e dall'altro quella relativa alle scelte, che si compiono in

---

la quale, nelle stesse situazioni di fatto ha rispettivamente ritenuto necessario o non necessario lo *hearing*, a seconda che agisse un organo amministrativo ordinario o un comune rappresentativo.

Per ragioni storiche, l'organizzazione dei comuni, e la distribuzione delle competenze tra organi collegiali e monocratici non riflette la differenza qualitativa che si è tracciata. Il consiglio comunale spessissimo esercita funzioni caratterizzate dalla obiettività.

([13]) Anche intorno a questi momenti della valutazione discrezionale si sono sovrapposti vari profili, nel senso che ad es. si è distinto tra momento della volizione e momento del giudizio: questi in realtà costituiscono un complesso uni-

relazione a situazioni di fatto più vaste, fluttuanti, indeterminate, in cui concorrono molteplici e contraddittori interessi, tutti aspiranti ad essere considerati come pubblicamente rilevanti: così che, prima di provvedere, occorre stabilire in che cosa consista il pubblico interesse, per poi decidere come soddisfarlo. La eterogeneità tra i due tipi di questioni è evidente. Mentre nella prima ipotesi il giudizio è circoscritto nell'ambito di una previsione di legge (si mantiene cioè nella dialettica di norma e fatto, di norma che identifica il fatto e che dal fatto viene a sua volta individuata), nella seconda proprio questa individualità, questa specificazione della fattispecie manca, e per valutare e decidere occorre anzitutto limitare i fatti rilevanti, perché poi il meccanismo della legge e della sua applicazione possa entrare in opera.

Ebbene, bisogna dire a chiare note che questa così vasta ed arbitraria potestà di determinare la fattispecie trascende i compiti dell'autorità amministrativa ed è propria invece dell'autorità politica e delle scelte che essa compie ([14]). Poiché queste scelte consistono nel

---

tario ed inscindibile, perché non si può volere senza avere giudicato ed è inutile (o quanto meno non rientra nei compiti di un'amministrazione attiva) giudicare senza volere. Sono stati distinti però in base ad una esatta intuizione, nel senso cioè che a volte la volizione amministrativa è semplice, a volte invece procede da complesse valutazioni. Di questo non ci si può occupare, perché bisognerebbe addentrarsi troppo nella storia del diritto amministrativo.

([14]) Su questo punto, grave per i riflessi pratici che ha, cfr. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto italiano*, Roma, 1931, p. 7 seg. (p. 10: « la determinazione dei fini precede il frazionarsi delle attività statali nelle particolari funzioni che sono rivolte ad attuare e rendere concreti i fini stessi »). In genere è notevole tutto il quadro della ricostruzione di Mortati, che nell'attività di governo vede la ricostituzione dell'unità dello Stato, rotta dalla ripartizione delle competenze. Si vedano poi, specificamente per il tema qui trattato, le pp. 15 seg. V. inoltre SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*, in *Festschrift für Kahl*, Tübingen, 1923, 3° contributo, p. 16; SANDULLI, *Governo ed amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 737, con importanti considerazioni nel senso qui sostenuto; BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1965, p. 258; CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, 1939, pp. 54 e 73 segg. Di questo si occupa poi tutta la dottrina sull'atto politico (vastissima bibliografia su di esso in CRISAFULLI, *Per una teoria*, cit., p. 69, cui *adde* BARILE, *Atto di governo (e politico)*, voce dell'*Enc. del dir.*, IV, p. 220 seg.). Cfr. anche SICA, *L'attività politica nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, pp. 827 e 840-841.

determinare quale o quali tra gli interessi particolari in conflitto merita o meritano di assurgere al rango di interesse pubblico e quindi di improntare a sé la linea che l'amministrazione dovrà poi seguire, esse sono naturalmente sottratte agli organi investiti di funzioni puramente amministrative ([15]), per essere affidate ad organi nei quali responsabilità amministrativa e responsabilità politica si cumulano, in maniera che la scelta tra gli interessi contrastanti di cui si diceva possa svolgersi tra organi nei quali gli interessi particolari naturalmente si esprimono ([16]).

In fatto può però accadere che all'apparato amministrativo in senso stretto appaiano ancora affidate scelte tra interessi contrastanti e che — questo è essenziale — tra questi essa possa scegliere autoritariamente. Ebbene, di fronte a ciò il giudizio deve essere molto preciso. Quando tale situazione ricorre, deve venir considerata come aberrante rispetto ai principi di un ordinamento democratico perché si determina una scissione, una soluzione di continuità tra organi investiti del potere di provvedere e responsabilità relativa a questo potere. Questa responsabilità non può essere che politica e nell'ambito di un'amministrazione non elettiva manca. Il diritto o il potere che dir si voglia dell'amministrazione di agire unilateralmente in questo genere di casi va perentoriamente contestato.

Questo è risolutivo per la questione che si esamina. Il genere di attività amministrativa al quale si è fatto riferimento, infatti, per negare che vi sia in esso esercizio di vera discrezionalità, non appare più scelto arbitrariamente. Al contrario esso discende da una distinzione fondamentale tra materia, se così si può dire, amministrativa e materia politica; e permette di generalizzare i risultati raggiunti nel senso che l'attività strettamente amministrativa sia governata soltanto dalle regole di obiettività ed imparzialità.

([15]) Cfr. soprattutto MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., e SANDULLI, *Governo e amministrazione*, cit.

([16]) SANDULLI, *Governo e amministrazione*, cit., p. 741.

37. - *Attività discrezionale e vincolata.*

Il secondo rilievo ha carattere dottrinale. Si è detto sopra, in sostanza, che l'attività unilaterale della pubblica amministrazione sarebbe caratterizzata da ciò, che essa reca al tempo stesso un'impronta di subiettività, nel senso che in essa si esprime il giudizio dei funzionari che hanno concorso a formare il provvedimento, e di obiettività, nel senso che questi funzionari mirano ad istituire un rapporto tra norma e fatto. Se si considera che l'attività amministrativa viene sistemata nelle due grandi categorie dell'attività discrezionale e dell'attività vincolata (cui si aggiunge l'ibrido della c. d. discrezionalità tecnica) ([17]), con la convinzione che questa distinzione abbia carattere generale ([18]), è necessario domandarsi quali rapporti corrano o debbano correre tra il criterio interpretativo dell'attività amministrativa qui proposto ed il criterio tradizionale.

Come è noto la distinzione fra attività amministrativa discrezionale e vincolata viene svolta dalla premessa che all'amministrazione sia attribuito in via generale un potere di valutazione delle circostanze e degli interessi loro collegati, al fine di scegliere tra le possibili la soluzione più vantaggiosa per l'« interesse pubblico »; e si considera che in determinati casi la legge procede direttamente a questa scelta dell'*optimum*, lasciando quindi all'amministrazione solo il compito di accertare i presupposti per l'applicazione della norma. Si può aggiungere che, poiché è naturalmente difficile dire quando vi sia questa sostituzione della valutazione del legislatore a quella amministrativa, la dottrina ha fatto ricorso ad espedienti per trovare nelle norme che sempre disciplinano l'attività amministrativa (e quindi impongono all'autorità una valutazione del legislatore) il criterio di

---

([17]) Per tutti SANDULLI, *Manuale di dir. amm.*, cit., p. 318 seg.; VITTA, *Corso di dir. amm.*, cit., I, p. 336 seg.; CAMMEO, *Corso*, cit., p. 185 seg.; KORNPOBST, *La compétence liée*, in *Rev. de droit public*, 1961, p. 935 seg. Vi è in Kornpobst (come del resto in MIELE, note a CAMMEO, *Corso*, cit., p. 186, nota *a*), la singolare affermazione che il principio di legalità avrebbe speciale evidenza nel caso di competenza [o attività] vincolata).

([18]) La tesi è sottoposta a critiche validissime, che mostrano la indissolubilità di vincolatezza e discrezionalità: ad es. VEDEL, *Droit administratif*, cit., p. 283.

distinzione: questo « espediente » ha rinvenuto nella distinzione tra norme elastiche e rigide, precise, delle quali le prime richiederebbero dall'amministrazione una attività soggettiva di loro integrazione, per poter essere applicate alla realtà, mentre le seconde stabilirebbero immediatamente che cosa essa deve fare, senza lasciar adito ad interpretazione, più in generale a valutazioni soggettive.

Ora a questa distinzione si possono rivolgere sostanzialmente due critiche. La prima si fonda sull'autorità di Jellinek. Essa è che la legge fa sempre una scelta dell'*optimum*, si prefigge (e prefigge) cioè sempre uno scopo da raggiungere, così che non vi è espressione generica di essa che non possa venir superata in via di interpretazione; anche le norme c. d. elastiche pertanto (quelle che premetterebbero una discrezionalità, dando all'amministrazione un margine libero di valutazione) altro non sono che norme, le quali esigono uno sforzo maggiore da parte di chi le deve applicare, per giungere a stabilire che cosa vogliono che l'amministrazione faccia. Il problema è diverso, dice in fondo Jellinek; si tratta cioè di vedere non se l'amministrazione possa o non possa definire il contenuto della norma; ma se possa o non possa stabilire l'intrinseco valore, l'*innerer Wert*, della realizzazione che si vuole attuare con il provvedimento, quale risulta possibile dopo una adeguata interpretazione della norma ([19]). La seconda critica è già stata adombrata più sopra ed investe proprio il tema della della determinazione dello *innerer Wert* del provvedimento: nel senso che, come si è detto, vi sono due possibili modi di stabilirlo. Nel primo si deve anzitutto individuare quale sia questo interesse pubblico, per poi provvedere a soddisfarlo; nel secondo invece l'interesse è già determinato e si tratta soltanto di provvedere a soddisfarlo in relazione alle circostanze date. Le valutazioni che l'amministrazione svolge nell'uno e nell'altro caso sono, come anche si è detto, assai diverse:

([19]) In realtà anche Jellinek si tiene nell'ambito logico e quindi parla di « Individuelle Abgrezung eines unbestimmten Rechtsbegriffes », in relazione al valore di una realizzazione: ma sembra che il nocciolo fondamentale del suo pensiero stia non nella qualificazione logica dell'operazione discrezionale (delimitazione di un concetto) ma nell'individuazione del suo contenuto (valore o disvalore del provvedimento). Accenni in questo senso anche in RASELLI, *Potere discrezionale del giudice civile*, cit., I, p. 28 seg. Una critica a Jellinek, riguardo agli ulteriori svolgimenti del suo pensiero, è già stata svolta più sopra.

con la conseguenza che la categoria « determinazione del valore del provvedimento che si vuole adottare » non è omogenea in se stessa, potendo assumere due contenuti: libero l'uno (nel senso che la libertà sta nella determinazione del presupposto fondamentale), vincolato l'altro (nel senso che, fissato questo presupposto fondamentale sulla direzione, consistenza, identificazione dell'interesse pubblico, la successiva valutazione è meramente esecutiva rispetto ad esso). L'attribuzione o non attribuzione alla pubblica amministrazione del potere di determinare il valore del provvedimento che si deve adottare non può costituire dunque la base di una distinzione tra potere discrezionale e vincolato, per la semplice ragione che questa determinazione si svolge in due modi diversi, come valutazione libera o non libera, vincolata, secondo le circostanze. Chiara è la conseguenza. L'asse, sul quale la distinzione tra attività amministrativa discrezionale e vincolata viene tradizionalmente svolta, deve essere spostato, al fine di tenere conto dei seguenti punti:

a) che i diversi gradi di intensità e la diversa natura della valutazione che certamente ricorrono non dipendono dalla genericità o precisione delle norme, perché la « volontà » delle norme stesse può essere sempre trovata per via di interpretazione, in riferimento al caso concreto;

b) che indipendentemente dalla genericità o dall'esattezza della norma la pubblica amministrazione può trovarsi ad essere o non essere vincolata nella sua valutazione ad un elemento predeterminato, l'interesse pubblico, e quindi può essere o non essere vincolata ad un fatto, formato ed esistente nella sua obiettività all'infuori di essa (più semplicemente: i cui elementi costitutivi la norma predetermina e le impone). Tale rapporto con il fatto dipende dunque non dall'incertezza della norma ma dalla sua precisa volontà, che può essere quella di affidare o non affidare all'amministrazione il potere di compiere certe valutazioni.

Bisogna cioè — questa sembra essere la conclusione — impostare la distinzione su un elemento diverso dall'elasticità della norma (che in realtà non esiste), per concentrarla invece su quello proprio dell'agire amministrativo, come governo in concreto dei fatti della vita affidato all'amministrazione. Attività discrezionale deve dunque

essere definita quella che consiste anzitutto nella determinazione dell'interesse pubblico da curare e quindi si svolge mediante una libera determinazione degli elementi che devono comporre la fattispecie, da valutare, in funzione del provvedimento: si è negato che spetti o almeno possa spettare all'amministrazione perché è propria del potere politico; è vincolata invece, se così si vuol dire per contrapposizione a discrezionale, quella che trova nella preesistente individuazione della fattispecie un limite invalicabile per la valutazione amministrativa. Sono certo così discrezionali le scelte se costruire un'acciaieria o un laminatoio, se introdurre un piano regolatore con certe destinazioni o con altre, se municipalizzare o non municipalizzare, perché sono affidate ad organi politici; è obiettiva ed imparziale la valutazione se demolire o non demolire un edificio pericolante o se concedere o non concedere il nullaosta per la costruzione nella zona sottoposta a vincolo ([20]).

Quello che pertanto entra in crisi e dev'essere assoggettato a radicale revisione è il concetto di attività vincolata. Mentre questa era definita infatti come esclusione dell'effettiva ed operante partecipazione intellettuale dell'amministrazione ai giudizi necessari per ogni agire, bisogna dire che questa esclusione si fonda sul presupposto inesatto, che le norme possano in certi casi avere ed in altri essere prive di un contenuto determinato. Questo contenuto esiste sempre, nel senso che vi è sempre una precisa volontà del legislatore che l'amministrazione deve realizzare; a questo fine essa deve agire non come macchina, ma come essere intelligente, che, capito il valore della norma, capito il suo scopo, li collega al fatto ed a tale collegamento adegua la sua azione. Certo la valutazione, vincolata in senso tradizionale, dei documenti ai fini dell'ammissione ad un concorso è assai diversa dalla valutazione (discrezionale in senso tradizionale; vincolata anch'essa secondo la tesi qui sostenuta) occorrente ad es. per ordinare una demolizione: ma in entrambi i casi il fine dell'attività è fissato dalla norma, la quale impone all'amministrazione di svolgere una certa attività in relazione a dati fatti; così che la p. a. ha sempre una possibilità di valutazione limitata, circoscritta nell'ambito del giudizio affidatole per attuare lo scopo, fissato dalla norma. Nell'un caso si vuole verificare che i documenti presentino tutti i requisiti necessari; nell'altro, che si verifichi il rapporto tra la costruzione e le norme che disciplinano l'edilizia in una data zona; in questo caso occorre maggiormente usare l'ingegno e avere maggiori cognizioni storiche, artistiche, tecniche, che nel primo: ma come mai il più semplice giudizio si riduce ad attività materiale, meccanica in senso stretto, così in entrambi l'*optimum* che l'amministrazione deve in concreto raggiungere con la sua azione è stabilito dalla norma e ad essa spetta soltanto esprimere le valutazioni necessarie perché l'ordine sociale voluto dalla norma sia raggiunto. Si tratta insomma sempre di svolgere una valutazione inserita nella dinamica di una norma. In entrambi i casi essa toglie all'amministrazione il potere di scegliere tra soluzioni indifferenti per il diritto, con la conseguenza che si può distinguere tra la valutazione del documento e la valutazione dell'immobile solo dal punto di vista umano, nel senso che il giudizio nell'un caso è più semplice, nell'altro più complesso. Non può mai farsi però una distinzione qualitativa, quasi tra attività di bruti ed attività di esseri intelligenti e liberi.

Questo punto può essere meglio chiarito. Si sono molto discusse in dottrina le differenze tra attività del giudice ed attività dell'amministrazione, e queste sono state prevalentemente poste nel diverso carattere logico che nell'uno e nell'altro caso presenterebbero: il giudice sarebbe vincolato nel suo giudizio alla pura applicazione della norma, mentre l'amministrazione eserciterebbe valutazioni non giuridiche, di opportunità appunto ([21]). Ora non sembra che questo sia

([20]) GIANNINI, *Potere discrezionale*, cit., indica come caso di potere discrezionale tipico, per la necessità di valutare più interessi pubblici, quello in cui si debba stabilire quale misura adottare in ordine ad un edificio pericolante, per gli svariati profili di interesse pubblico che possono confluire nella decisione: ad es. valore estetico dell'immobile, conseguenze di ordine sociale di un eventuale ordine di demolizione, etc. C'è solo da dire che questo è il vero caso in cui la decisione amministrativa è in realtà politica e quindi occorre che venga adottata da un organo politicamente responsabile.

([21]) La letteratura su questo tema è notoriamente vastissima. La maggior parte di essa è stata già citata sopra, quando si è parlato del potere discrezionale: nella ricerca degli elementi caratteristici del « discrezionale » veniva fatta la contrapposizione tra procedimento mentale del giudice e dell'amministrazione. Un'ampia ed accurata panoramica è comunque in RASELLI, *Il potere discrezio-*

esatto, e che quasi addirittura sia vero il contrario, che cioè giudice ed amministrazione svolgono sempre attività assai vicine dal punto di vista logico, in quanto rivolte per entrambi a ricercare e stabilire un collegamento tra un fatto e la norma e quindi provvedere in conseguenza. La differenza c'è naturalmente, ma non sta qui; sta invece nel modo in cui giudice ed amministrazione si accostano al fatto, al fine di istituire poi il collegamento tra esso e la norma. Il giudice giunge al fatto mediatamente, per il tramite cioè delle parti, che gli prospettano elementi grezzi, « fatti » nella loro materialità affinché egli ne conosca e ricostruisca una realtà storica, per giudicarne ([22]). I suoi poteri variano molto, da meramente dispositivi ad inquisitivi e questo può ingenerare equivoci: ma in realtà il processo si pone sempre come vicenda di più persone in cerca ciascuna della propria giustizia e dal loro concorrere in posizione di uguaglianza o di disuguaglianza, dall'esigenza che possano difendersi ed effettivamente si difendano — cioè dalla possibilità di concreto contraddittorio tra esse — deriva il diverso atteggiamento del giudice rispetto al fatto « ignoto », « storico », « materiale » che dir si voglia: neutro quasi nel giudizio civile, mirante ad accertare in qualunque modo la verità nel giudizio penale, compensatore di una disuguaglianza di fondo nel giudizio amministrativo ([23]), nel quale la sola autorità ha piena e riservata conoscenza degli elementi che permettono di ricostruire l'ignoto. Ma tutto questo non rileva rispetto alla posizione del giudice, che è sempre

---

nale del giudice civile, cit., I, p. 154 seg. Al tema poi ha dedicato la propria attenzione, seppure sotto un profilo diverso, la dottrina generale dello Stato, rivolta a determinare i caratteri dell'amministrazione rispetto alla giurisdizione. Per riferimenti cfr. CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli 1965, p. 65 segg.

([22]) In realtà vi è già una mediazione tra realtà storica e realtà prospettata al giudice dalla parte, nel senso che ciascuna mira ad affermare come storica la propria rappresentazione. Questo qui non rileva (cfr. quanto si è riferito di RIGAUX, *La nature du contrôle*, *cit.* e di SATTA) V. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, cit., I, p. 16 segg.

([23]) Cfr. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953; ma va visto CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in *Studi Chiovenda*, Padova, 1927, p. 131 segg.; F. SATTA, *Principi*, cit., p. 229 seg.

condizionata da domanda o imputazione, che dal di fuori limita il suo rapporto con il fatto. Il fatto proprio del giudice è insomma quello che occorre per decidere la lite, dipende dalla lite e quindi, in ultima istanza, da altri.

Per l'amministrazione questo non accade. Ma non accade, non perché essa sia libera di scegliersi il fatto a suo piacimento e quindi a suo piacimento di provvedere: non accade soltanto perché in essa le figure della parte e del giudice si cumulano (si è parlato di essa come di parte imparziale nel rapporto con il privato) e « giudica », cioè provvede, avendo una diretta conoscenza della realtà, procurandosi essa stessa gli elementi di fatto in base ai quali poi provvedere, cioè svolgere la propria valutazione. Avviene insomma che la pubblica amministrazione, posta dalla legge di fronte alla necessità di provvedere, a questo perviene andando essa stessa alla ricerca dei fatti o ricevendo, quasi come il pubblico ministero, notizia dei fatti cui la legge deve essere « applicata » — cioè, dei fatti, che richiedono il suo provvedimento. Ma, determinato il fatto, la pubblica amministrazione, come il giudice, « applica » ad esso la norma, riducendola a provvedimento e quindi compie la valutazione che la legge le affida. Ridotta nell'ambito di un fatto determinato, questa si svolge, dal punto di vista logico, negli stessi termini in cui si svolge il giudizio del giudice.

Si comprende così in che senso si può parlare di valutazioni amministrative soggettive, rivolte cioè ad integrare la norma, valutando i fatti, addirittura identificandoli, pur con l'esclusione di qualsiasi « libertà » di scelta. Il giudice non è libero nella sua decisione, per la semplice ragione che deve rendere un giudizio e si invoca da lui la comprensione più piena dei fatti per cui è causa al fine di compiere in essi l'opera di giustizia (gli si chiede la « simpatia », si potrebbe dire con alcuni filosofi del diritto). Indubbiamente in quest'opera ha possibilità di scelta, se con questo si vuole rappresentare il fatto obiettivo che può decidere a favore dell'una o dell'altra parte: ma è scelta per modo di dire, perché il suo procedere è condizionato dalla giustizia che il suo provvedimento deve esprimere e quindi dal convincimento di ciò che è giusto o conforme a diritto che deve raggiungere: è possibilità di scelta insomma solo in quanto nessuno lo costringe a dire che la giustizia sta dall'una o dall'altra parte, questa

pronunzia essendo rimessa a lui ([24]). È, si può dire, una libertà morale, in quanto il senso della giustizia deve operare in lui, nella sua responsabilità, costringendolo a valutare le prove, ad interpretare la legge, a valutare, tra le possibili pronunce, quella che gli appare, che sente, conforme a giustizia e a diritto. In questo senso il suo giudizio è, nella sua intrinseca sostanza, subiettivo, perché è suo; così come è, nella sua intrinseca sostanza « obiettivo » e può essere bene detto *viva vox legis* (cioè espressione della massima obiettività pensabile), perché è chiamato non a disporre a suo piacimento, ma ad attuare nel concreto della esperienza la giustizia e l'ordine espressi nella morta lettera della legge ([25]).

Lo stesso accade con la pubblica amministrazione. La norma che le prescrive di demolire o di consentire la fabbricazione ha la stessa natura della norma che impone al giudice di affidare i figli all'uno o all'altro coniuge, secondo quel che ritiene « opportuno ». Questa opportunità insomma della quella si parla a proposito dell'amministrazione non è altro che il suo prudente giudizio, cioè la valutazione che fa intorno all'applicabilità della norma al fatto che ha osservato. Non vi è in questo posto per la sua libertà. Il giudizio è, anche se subiettivamente, obiettivo ([26]).

([24]) Dice CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, ora in *Opere*, cit., V, pp. 51 seg. e 64: « Questa scelta, che è veramente inerente alla più segreta personalità del giudice, si incontra con l'azione, anch'essa assolutamente puntuale e tutto finisce in qualche cosa di unico che è appunto l'atto finale di opzione, quel decidere che è veramente la fine del dubbio, il non ricercare più, il quietarsi. Ora questo " unicum ", appunto perché tale, non è sottoponibile ad analisi e quindi tanto meno a regola ».

([25]) CAPOGRASSI, *op. loc. cit.*: « Appunto perché alla fine c'è opzione non analizzabile nemmeno dal soggetto, è necessario che a questo punto supremo il giudice arrivi attraverso questa mediazione del processo, e i filtri dei giudizi particolari che contrassegnano ogni momento del processo, e la ricostruzione dell'ossatura obiettiva dell'azione e della legge. È solo un animo che è passato traverso questa disciplina o l'immedesimazione con la logica obiettiva dell'esperienza e della vita, traverso questa prova di faticosa e controllabile obiettività, che può apprestarsi a quella scelta con tranquillità di coscienza, che è veramente un atto di libertà. ... Qui, si potrebbe dire, libertà e verità coincidono ».

([26]) Caratteristica, per l'incertezza che regna a questo proposito in dottrina, è la posizione di A. LEVI, *Attività lecita ed attività discrezionale*, in *Studi Cammeo*, II, Padova, 1933, pp. 79 seg. e 92 seg., il quale parlando dell'attività del

giudice dubita che sia giudizio quello che consiste nel determinare l'entità della pena, perché, egli, anziché « eseguire una volontà della legge », « vorrebbe » invece di essa: questo genere di attività si avvicinerebbe a quella amministrativa che è discrezionale, quando la norma non faccia conseguire al giudizio sull'opportunità del comportamento una certa azione invece che un'altra (p. 99). Pur nell'acutezza delle osservazioni che svolge, Levi palesemente non considera l'unità del giudicare (conoscere) e del provvedere e quindi può separare tra loro momento intellettivo e volitivo; i quali invece sono uniti ed inscindibili, in forza dell'unicità del fatto per cui si devono compiere. Si vorrebbe dire che la posizione di Levi costituisce *a contrariis* la migliore conferma dell'assunto qui sopra svolto.

Capitolo V

GLI ENTI PUBBLICI

Sommario: 38. Premessa. — 39. Il problema degli enti pubblici. — 40. Ci sono limiti alla costituzione di enti pubblici?

38. - *Premessa.*

Lo studio dell'esecutivo condotto nella parte generale aveva avuto come punto di riferimento l'amministrazione nel senso classico del termine: si era cercato di indagare il modo in cui agisce nella sua dialettica con la legge, espressione della volontà popolare; e si era concluso che questa legge resta estranea all'amministrazione, cui, in ultima analisi, è rimessa la possibilità di volerla o non volerla, cioè di agire secondo o contro la legge, e quindi di determinarne in concreto il contenuto, in assoluta indipendenza.

Ma questo quadro tradizionale dell'esecutivo ha subito una profonda evoluzione nel corso degli anni. Accanto al meccanismo tradizionale e ben noto, che affidava all'amministrazione l'attuazione di una certa legge, di una certa volontà politica, si è venuto infatti sempre più affermando e generalizzando un sistema di esercizio del potere completamente diverso, nel senso che settori o competenze, che dir si voglia, più o meno vasti, sono affidati alle cure di soggetti diversi dallo Stato: che li fanno propri, si potrebbe dire, e quindi agiscono come soggetti certamente pubblici, ma anche condizionati dalla loro attività che tende ad avvicinarli al soggetto privato. In effetti, gli enti pubblici, proprio per queste singolarissime caratteristiche che presentano, hanno raggiunto uno sviluppo ed una diffusione incredibili: sono un elemento essenziale della vita pubblica. Rendersi conto

di loro è quindi essenziale per cercare di cogliere la fisionomia concreta dell'esecutivo nei nostri giorni.

Il tema è assai complesso.

Tre diverse componenti lo turbano, fin dall'inizio, ed impongono che la chiarificazione passi attraverso di esse. Anzitutto la nozione stessa di ente pubblico è quanto mai incerta. È dato di comune esperienza che questi enti hanno forme, funzioni, discipline, ordinamenti disparati, al punto che mal si saprebbero avvicinare l'uno all'altro. Sono enti pubblici ad es. tanto l'IRI quanto gli enti di riforma fondiaria e le associazioni combattentistiche. Chiaramente questi hanno tutti diverse posizioni nei confronti dello Stato, così che è impossibile parlare di enti pubblici in termini generali. Ciò che è vero per gli uni può non essere vero per altri o solo parzialmente vero per altri ancora. Occorre dunque anzitutto stabilire che cosa siano gli enti pubblici ed, al limite, a quali enti pubblici ci si voglia riferire.

In secondo luogo è dato di parimenti comune esperienza che il settore nel quale è più significativa la presenza dello Stato mediante enti pubblici è quello dell'economia. Di ciò non si può non tenere conto, anche se si pone così un nuovo grave problema, quello di distinguere tra ente ed ente in base al solo campo nel quale esercita le proprie attività, forse le proprie competenze. Connessa a questa poi sorge l'altra constatazione, che in moltissimi casi lo Stato partecipa a questo settore economico con enti che non sono pubblici, ma nella forma integralmente privati: ad es. società per azioni. Questo è di difficilissima interpretazione. Certo le forme del diritto privato offrono agli imprenditori gli strumenti di azione più efficaci, duttili ed elastici, adattabili alle più diverse esigenze. Ma che cosa succede se questo imprenditore è lo Stato, magari in cooperazione con privati o in concorrenza con loro? Può esso istituire enti senza limiti?

Questo problema si complica ulteriormente ove si consideri la posizione che hanno questi enti. Da un lato essi godono di una vasta autonomia decisoria, del tutto impensabile per l'amministrazione tradizionale; essa raggiunge i vertici massimi per gli enti in forma privata. Ma al tempo stesso, come conseguenza del fatto di essere stati creati con uno scopo ben preciso, di essere privi di gran parte delle garanzie che la forma pubblica offre, essi sembrano trovarsi ed in effetti si trovano in una posizione di più profonda soggezione allo

Stato, di cui costituiscono mezzi di azione più elastici e flessibili di quelli tradizionali: così che non si può dire che vi sia esagerazione nella nota affermazione di Guarino, secondo il quale essi sarebbero in posizione di totale manovrabilità da parte del legislatore, privi di garanzia in ordine alla loro stessa esistenza. Questo pone difficili problemi di interpretazione in ordine al loro rapporto con lo Stato. Le possibilità sembrano essere tre, e tali da escludersi reciprocamente. O lo Stato ha così rinunciato, con essi, al potere che aveva nella vita associata in quanto cioè li ha creati come soggetti autonomi, dotati di loro vita alla stregua di tutti gli altri soggetti: ciò che è palesemente insostenibile; o esso ha mantenuto il proprio potere, soltanto mutandone la struttura, cioè mutando le regole per la sua trasmissione; o, infine, involontariamente forse, ha trasferito loro il suo potere nel senso che li ha lasciati liberi di agire in suo nome. La soluzione è chiaramente delicata e grave di conseguenze. Tutti questi problemi si affollano intorno, si sovrappongono, si condizionano reciprocamente, tutti insieme condizionando l'interpretazione centrale di cui si va in cerca. Occorre dunque una attenta e paziente indagine, che della oscura realtà cerchi il filo conduttore.

39. - *Il problema degli enti pubblici.*

Si è accennato qui sopra come uno dei tratti salienti del fenomeno « enti pubblici » sia la loro incredibile molteplicità, che non consente di cogliere tratti inequivocabilmente comuni a tutti i soggetti appartenenti alla categoria. Questo polimorfismo degli enti pubblici ha trovato singolare eco presso gli scrittori più recenti, i quali, pressoché unanimamente, hanno rinunciato a definire che cosa sia ente pubblico, in sostanza dichiarando che questa nozione è di puro diritto positivo, così che solo al diritto positivo si dovrebbe limitare l'attenzione, senza indulgere in teorizzazioni e formulazioni generali di essa. Questo è veramente paradossale, perché il fatto stesso che si parli di enti pubblici, e che il legislatore sempre più frequentemente crei soggetti con questa qualifica, indica che un elemento comune a tutti gli enti pubblici deve pur esistere e che esso è anche tale da conferire la qualità di « pubblico » all'ente in cui in concreto ricorra.

In realtà, un esame delle vicende e del travaglio di pensiero che

hanno condotto a questa posizione di stallo, cui è giunta la dottrina, offre qualche significativo elemento per la sua interpretazione. Come è noto, dal t. u. sul Consiglio di Stato alla legge n. 100 del 1926, ad altre disposizioni in materia di inquadramento sindacale, numerose norme, rimaste anche nella legislazione vigente, hanno per loro destinatari, o assumono quale presupposto per la loro applicazione una categoria indefinita di soggetti — per dirla nei termini più generici — che sono denominati « enti pubblici ». Negli ultimi anni si è addirittura proceduto al tentativo di dettare una disciplina uniforme per essi (legge n. 70 del 1975), valutando l'opportunità della loro esistenza, sotto il profilo della loro « utilità »: enti pubblici inutili sono stati soppressi e sono in via di soppressione. Molti sono stati anche eliminati, perché travolti dalla riforma regionale e dalla riforma sanitaria. Ora la situazione normativa relativa all'individuazione dei soggetti, protagonisti delle vicende di diritto speciale cui si è accennato, era ed è assai confusa. Si possono fare almeno tre diverse ipotesi di norme su questi « enti pubblici ». In taluni casi — che sono i più semplici — gli enti pubblici sono stati creati direttamente dal legislatore: sono stati cioè creati come soggetti *suo iure* pubblici. In altri casi — e questi sono forse i più complicati — soggetti, che avevano tutte le caratteristiche per essere pubblici, sono stati creati dallo Stato come privati. In una terza ipotesi infine manca qualunque espressa determinazione della volontà dello Stato in un senso o nell'altro. Ci sono solo elementi che possono far sospettare la presenza dello Stato in essi — la presenza della pubblicità — o che di questa danno inequivoca testimonianza. Si potrebbe dire che in realtà questa è l'ipotesi più difficile e di più incerta interpretazione. Ma ciò non è vero, perché qui in definitiva si tratta solo di ricostruire indiziariamente la presenza del pubblico in questi enti, secondo un procedimento ben conosciuto, e tipico di mille situazioni giuridiche incerte (come quando si deve qualificare un rapporto in un modo o in un altro); nel caso precedente invece la soluzione è apparentemente certa, ma la sua problematicità deriva da complessi motivi di diritto costituzionale sul potere dello Stato di creare questo tipo di enti « pubblici-privati ».

Dall'incerta situazione normativa qui sopra accennata nascevano due ordini di problemi. Il primo era in un certo senso pratico, clas-

sificatorio, diretto a ricomporre il disordine del legislatore e dell'amministrazione. Si trattava di stabilire in tutti i casi incerti se, dato un certo ente, data la sua struttura, data la forma impressagli in contrasto ad es. con la sua origine (come nel caso delle società private ma a capitale integralmente statale) andasse o non andasse ad esso applicata la disciplina speciale. L'indagine era o almeno poteva essere estremamente complessa. I fini dell'ente, i controlli cui poteva essere assoggettato, i suoi rapporti diretti con l'amministrazione dello Stato, i poteri di cui godeva, questi erano — e sono — tutti elementi dai quali si poteva arguire se un ente fosse o non fosse pubblico. Si potrebbe dire che questo era — come è — un compito tipico della giurisprudenza: ed in effetti le più importanti indicazioni si trovano in essa, che, conformemente alla sua vocazione, ha elaborato criteri elastici, duttili, multiformi, reciprocamente integrantisi, per identificare l'ente pubblico, distinguendolo da quello privato.

Ma accanto a questo tipo concreto di problemi un altro se ne poneva, strettamente teorico, e che riguarda forse uno dei temi fondamentali del diritto pubblico contemporaneo. Sulla scena ricorrono continuamente enti nuovi, istituiti con leggi speciali, o enti affondanti le radici della loro pubblicità nella storia più remota (si pensi ai comuni ed alle casse di risparmio); o enti palesemente e volutamente pubblici, benché strutturati come enti privati (si pensi ad es. all'Enel), o palesemente pubblici, ma voluti come enti privati. Che cosa hanno in comune tutti questi enti? che cosa è, come si spiega questo fenomeno dello Stato che isola da se stesso una organizzazione e la chiama pubblica oppure, facendo la stessa cosa, la denomina privata, o addirittura qualifica pubblici enti che sono quello che sono, fondazioni o associazioni, senza bisogno di alcuna particolare qualificazione in termini di pubblico? Chiaramente si tocca qui, come si accennava, uno dei problemi fondamentali dello Stato contemporaneo perché sembra che gli schemi classici della sua organizzazione siano violati: aspetti essenziali della sua attività vengono affidati ad enti che non dovrebbero essere « Stato » nel senso più largo della parola (cioè non dovrebbero appartenere alla sua organizzazione); enti che viceversa non hanno nulla a che fare con esso sono pacificamente qualificati pubblici, come se questo collegamento con lo Stato avessero.

Ora, pur sentendo la straordinaria importanza del problema generale — come dimostra il gran numero di studi ad esso dedicati — la dottrina quasi non ha osato affrontarlo *ex professo*, e lo ha trattato pressoché *incidenter tantum*, come mezzo per giungere a risolvere in via generale l'altro, più modesto problema concreto della distinzione degli enti pubblici da quelli privati, in sostanza con esso confondendolo [1]. Rivolta a questo fine particolare — o per meglio dire, concentrata su questo fine particolare con gli strumenti per un'indagine di carattere generale e teorico — naturalmente non è riuscita nell'intento, perché i caratteri differenziali degli enti pubblici variano per ciascun ente, nel senso che per ognuno ve ne è uno o qualcuno soltanto che tipicamente rivela la pubblicità; onde è impossibile stabilire quali sono i caratteri sulla cui esistenza o assenza ci si deve basare per qualificare un ente in concreto.

Questo insuccesso ha provocato una strana reazione. In sostanza, si può dire che il problema dell'ente pubblico è stato abbandonato; si è affermato che esso è di diritto positivo (e quindi ... insolubile), come si è riferito, e che ci sono infiniti enti pubblici e vari tipi di essi; e che anziché alla definizione dell'ente pubblico occorreva dedicare l'attenzione agli enti pubblici concreti, agli enti pubblici del diritto positivo. Gli enti sono dunque catalogati e raggruppati per moduli, modelli, schemi organizzativi, scopi (queste sono in sostanza tutte espressioni equivalenti).

Ma un problema si pone. Se tutti questi modelli e funzioni eterogenei sono frutto del mero diritto positivo — dunque mutevole e variabile nel suo contenuto, come la mutevolezza degli enti creati dimostra senza possibilità di dubbio — è consentito trarre da esso una categorizzazione degli enti che abbia valore sistematico (come si

---

[1] È sintomatica a questo proposito la posizione di MIELE G., *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, p. 10 segg. Benché a questo A. si debbano penetranti osservazioni (e la tesi centrale, nella sostanza qui condivisa – anche se forse integrata – sulla natura dell'ente pubblico), pure egli nega la possibilità di trattare dell'ente pubblico come se fosse una realtà. Certo non è realtà l'ente pubblico in sé; ma è ben realtà il fenomeno che con esso si vuole descrivere e del quale si deve cercare una unità, visto che unitariamente viene considerato – e deve essere considerato – data l'opera del legislatore in questo senso. Questo fenomeno ha aspetti molteplici: alla ricerca della loro unità, dei loro tratti comuni deve essere dedicata l'indagine sugli enti pubblici, cioè sul fenomeno dell'ente pubblico.

vorrebbe) e non meramente classificatorio? Vi è infatti sempre la possibilità che il « diritto positivo » istituisca enti diversi, con funzioni diverse, con strutture organizzative diverse, che si possono porre all'infuori di qualunque schema precedente. È possibile dunque trarre da queste classificazioni un valore che le trascenda, e che quindi consenta di giungere al cuore di questi enti?

In altre parole, è legittimo dubitare che la disciplina normativa dettata per i singoli enti costituisca davvero il fondamento da cui muovere per affrontare il problema degli enti pubblici, poiché essa sembra assai più dettata al fine di consentire una serie di azioni pubbliche in determinati settori per il loro tramite, che per fissare una loro disciplina, per tipi e per linee generali; così che ritrarre da queste norme singolari, nel senso più pieno della espressione, principi generali, sia pure nella forma di categorizzazioni significative dal punto di vista giuridico, sembra arbitrario, in quanto questi principi possono sempre venir infranti con la creazione di qualche nuovo tipo di ente, dotato di una diversa disciplina « singolare ». In questo senso dunque, la possibilità di creare continuamente un nuovo ente ed il suo « diritto » sembra davvero dominare il fenomeno degli enti pubblici: al punto che l'elemento a tutti comune sembra stare proprio in essa, in una volontà che, come ha creato certi enti, può continuamente crearne altri, onde svolgere per il loro tramite determinate funzioni. Le norme, insomma, lungi dal porre una disciplina costante ed in qualche misura immutabile degli enti — il loro diritto — sembrano assai più essere attuazione di una volontà nata e manifestatasi semplicemente come volontà di azione, come volontà di creare uno strumento che svolga una determinata azione, sociale o economica, ora non rileva. Questo non può non rendere incerto e malsicuro il riferimento al « diritto positivo » degli enti pubblici, che la volontà creatrice può illimitatamente mutare, e vano il tentativo di un sistema, anche soltanto classificatorio, basato su di esso.

Questa contraddizione tra l'esigenza scientifica di superare la soggezione al caso (sia pure questo l'arbitrio del legislatore!) e la continua, immanente presenza del caso stesso nella realtà che si indaga, può essere superata in un unico modo: e cioè riconoscendo che il caso, l'arbitrio del legislatore, la continua mutabilità del diritto positivo degli enti pubblici sono la realtà. Occorre cioè respingere la tesi, che le norme dettate per gli enti costituiscano il « diritto positivo » vigente per essi, ed ammettere quindi, con un vero e proprio capovolgimento della prospettiva, che loro fondamentale caratteristica è la possibilità di venir continuamente modificati ed accresciuti in numero e qualità, secondo quel che alla volontà creatrice, cioè allo Stato, sembra via via opportuno: in altre parole, che non esiste un loro « diritto ».

Il loro naturale pluralismo viene così colto nella sua essenza razionale, che permette sia di dare ragione delle molteplici forme in cui gli enti pubblici di un determinato momento storico si manifestano, in termini di volontà di intervento, di controllo, di azione, di presenza, sia di attendere, per così dire senza preconcetti, le loro evoluzioni.

La direttrice per l'indagine sugli enti pubblici subisce così una profonda modifica.

Non ha più senso infatti studiare gli enti pubblici esistenti, che possono venir modificati qualitativamente e quantitativamente ad arbitrio del legislatore. Ciò che conta è la ragione, è lo scopo per cui essi sono creati: e quindi sono significative le funzioni che, per il loro tramite, o in riferimento ad essi, lo Stato vuole svolgere. È infatti evidente che se la diversità tra gli enti pubblici ha una ragione, essa non è inerente al loro essere, ma segue alla diversità di funzioni che essi sono chiamati a svolgere; non deriva cioè da una diversa determinazione naturale degli enti in generi e specie, quasi da un loro istituzionale pluralismo morfologico, ma dalla funzione per la quale sono stati creati come « enti pubblici ». Sulle funzioni e non sugli enti occorre dunque portare l'esame — sulle funzioni da svolgere tramite un ente pubblico *ad hoc*, si può precisare. Occorre cioè riconoscere che lo Stato assume come proprie molteplici funzioni e che per svolgerle si vale, tra l'altro, di enti pubblici, ogniqualvolta ciò gli appaia conveniente. Né necessariamente queste funzioni sono attive, se così si può dire, nel senso che debbano implicare sempre una funzione di amministrazione attiva. Questa funzione statale può risolversi in una mera presenza, in un mero riconoscimento onorifico, in mera sanzione di una sostanziale pubblicità preesistente. Lo Stato cioè vuole onorare gli ex combattenti e riconosce carattere pubblico alle loro associazioni d'arma; vuole che siano assistiti i lavoratori nelle

pratiche amministrative relative ai rapporti di lavoro e riconosce personalità di diritto pubblico agli enti di patronato; vuole dirigere secondo un certo criterio i vari settori dell'energia ed istituisce, valendosi dell'art. 43 Cost., l'Eni e l'Enel. Vuole assicurare il buon andamento di certi antichi istituti di credito e dichiara enti pubblici le casse di risparmio ed i vari altri istituti bancari, da lungo tempo operanti come « pubblici » in Italia. Disvuole tutto ciò, e dichiara gli enti « inutili » e in qualche modo li sopprime o privatizza.

Una conferma di questi concetti è offerta dagli enti creati dallo Stato in forma totalmente privata, ad es. quali società per azioni, ma con integrale o predominante apporto di capitale pubblico.

Alla stregua della dottrina dominante il problema di questi enti si pone nei termini della distinzione tra ente pubblico e privato; concorrono infatti in essi elementi contraddittori, che da un lato costituiscono indizi della loro pubblicità, e dall'altro viceversa orientano verso il loro carattere privato. Sembra indubbio che, alla stregua dei criteri usuali di distinzione la soluzione debba essere nel senso del loro carattere privato: vi sono infatti elementi decisivi in tale senso, quali la espressa volontà dello Stato, addirittura manifestata con legge; la forma, con la legge stessa data; la disciplina giuridica che sottopone questi enti ad un regime di parità con i privati. Questi elementi non possono non prevalere sulla circostanza della loro creazione per effetto di volontà statale e del dominante apporto di capitale statale ad essi.

Né si può effettivamente replicare a questi argomenti finché il discorso si tenga al livello della distinzione tra ente pubblico e privato e quindi si svolga come soltanto può svolgersi, lungo le linee dei criteri indiziari della pubblicità. Sennonché resta fuori di esso un punto fondamentale: e cioè che lo Stato per sua volontà ha creato proprio un ente privato che si mimetizzasse, si potrebbe dire, tra gli altri soggetti privati, ma che agisse per suo conto — come Stato in borghese, si vorrebbe dire. Certo, ci si deve domandare quale sia il valore di questo, e si può addirittura obiettare, un po' formalisticamente, che *quod statui placuit legis habet vigorem*, e che quindi l'ente è privato, perché così lo Stato lo ha voluto. Ma proprio nel dire questo si ammette che anche nel caso estremo dello Stato che si crea un ente, senza altri legami con esso all'infuori del potere di nomina

degli amministratori, e della determinazione del suo scopo, esiste ed opera una volontà dello Stato di agire, di fare qualche cosa all'infuori di sé, all'infuori del se stesso tradizionale, legato alla struttura rigida del bilancio, delle delibere, dei contratti etc. Questo dato non può certo essere valutato alla stessa stregua dell'ordinamento positivo, in cui si deve dare rilievo solo al contenuto positivo del volere, che ha avuto ad oggetto un ente privato e non pubblico; ma su un piano più generale è impossibile negare che con l'ente privato lo Stato si sia voluto inserire in un campo preclusogli dalle sue strutture burocratiche, ad es. per creare e controllare, come è storicamente accaduto, situazioni di monopolio; e che quindi l'ente sia, nella sua profonda sostanza, « pubblico ».

40. - *Esistono limiti alla creazione di enti pubblici?*

Il problema centrale che pone il fenomeno degli enti pubblici è dunque quello della loro creazione, nel senso cioè che occorre stabilire se essi possano venir istituiti *ad libitum* del legislatore o se viceversa l'ordinamento ponga qualche tassativo limite alla loro proliferazione. Il problema è tipicamente di diritto costituzionale, poiché investe un aspetto essenziale dello Stato — cioè i termini della sua presenza nella vita associata.

È bene precisare subito che il problema si pone essenzialmente per gli enti a struttura privata che operano nel campo economico. Gli infiniti altri enti, infatti, a struttura rigida, « amministrativa », in definitiva costituiscono articolazioni organizzative dello Stato (o delle regioni) rispetto alle quali ha scarso rilievo la circostanza che essi abbiano una personalità giuridica autonoma. Si pensi ad es. alla recentissima frantumazione degli enti ospedalieri disposta nel quadro della c. d. riforma sanitaria. È chiaro che la creazione di tanti enti quanti erano gli ospedali non ha in sé alcun significato sostanziale, in quanto questi enti costituiscono solo un aspetto di una complessa organizzazione amministrativa, che si svolge attraverso la loro creazione. Quando viceversa lo Stato crea enti a struttura privata, il quadro cambia completamente, perché sembra che lo Stato abbia voluto negare se stesso ed il suo modo di essere, mettendo da parte come inutili fardelli l'imparzialità e l'obiettività. La pubblicità fondamen-

tale di questi enti — il loro nascere dallo Stato — scompare così nelle forme del diritto privato, in queste assorbendo e travolgendo tutte le esigenze di pubblicità dell'azione, di cui si è detto sopra (§ 34 s.) a proposito dell'amministrazione. L'esigenza di una qualsivoglia partecipazione di soggetti estranei non ha anzi neppure spazio per sorgere, perché gli interessi affidati alla cura dell'ente sono suoi propri (l'interesse pubblico è stato trasformato in interesse dell'ente); e non vi è dubbio che, almeno in teoria, nessuno possa valutarli meglio di chi sia preposto alla sua guida.

Aggiungasi poi che lo Stato dota questi enti di un capitale, attingendo alle sue entrate fiscali, anziché al risparmio, e che a nuove integrazioni può provvedere in qualunque momento della loro vita. All'infuori di qualsiasi legge economica, lo Stato può così, a suo piacere, estendere (o semplicemente mantenere) l'attività dell'ente, per soli fini politici.

Di fronte a questa possibilità irresistibile di intervento, il problema di limiti costituzionali alla creazione di enti pubblici in forma privata mostra tutta la sua gravità. Sennonché, come tante altre volte, di fronte ad una questione così delicata, la costituzione italiana non dice praticamente nulla. Le uniche sue norme che disciplinano lo svolgimento dell'attività economica sono quelle degli artt. 41 e 42, I comma; disposizioni speciali sono contenute anche negli artt. 43 e 44. Ora, l'art. 41, dopo avere ignorato l'attività economica pubblica nei primi due commi (dedicati ai privati ed alla loro disciplina) improvvisamente la presuppone nel terzo, là dove dice che la legge determina i controlli ed i programmi opportuni perché l'attività economica *pubblica* e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. Già è oscuro il senso di questa equiparazione dell'attività economica pubblica a quella privata ai fini dei controlli e dei programmi. Il problema del rapporto tra attività economiche pubbliche e private si complica ulteriormente, quando si legge l'art. 42, comma I, secondo periodo, il quale dispone che i beni economici appartengono allo Stato, agli enti ed ai privati. Che cosa significa questa affermazione sulla proprietà dei beni economici, tra l'altro con il singolare ed equivoco riferimento agli « enti », quasi che il costituente avesse ignorato i dibattiti dottrinali e le polemiche — addirittura politiche o quasi

politiche — sugli enti pubblici e privati? Che cosa significano nel loro insieme le formule degli artt. 41 e 42?

Un ausilio nell'interpretazione degli artt. 41 e 42 — sotto il profilo dei limiti all'intervento attivo dello Stato nell'economia — non si può rinvenire neppure nell'art. 43. Questo dispone che con legge lo Stato può trasferire o riservare originariamente a sé, a enti pubblici, a comunità di lavoratori o di utenti, determinate categorie di imprese, riguardanti servizi pubblici essenziali, fonti di energia o situazioni di monopolio, che abbiano preminente interesse nazionale. Si potrebbe dire che questa norma, esplicitamente prevedendo una diretta inserzione dello Stato nella vita economica, la inquadri in un preciso ambito, conseguentemente determinando anche il significato delle affermazioni sull'iniziativa e sulla proprietà pubbliche, contenute nei precedenti artt. 41 e 42, nel senso che queste sarebbero possibili solo nei casi dell'art. 43. Ma tale interpretazione non può convincere. L'art. 41 e l'art. 42 hanno una portata più vasta, in quanto parlano in generale di proprietà, di beni e di iniziativa economica pubblici, in un regime di *coesistenza* con l'attività economica privata. Non sembra pertanto possibile ridurli nell'ambito di una previsione speciale, sull'integrale sostituzione dell'attività economica statale, pubblica in genere, all'attività privata.

Bisogna pertanto avviare l'indagine in una direzione diversa: e cioè, escluso che negli artt. 41 e 42 Cost., in riferimento all'art. 43, si possa trovare un'esplicita delimitazione delle possibili iniziative economiche pubbliche, occorre indagare se una tale limitazione possa trarsi dalle altre disposizioni sostanziali di questi articoli: se cioè la previsione costituzionale della programmazione, in riferimento all'affermazione della libertà di iniziativa economica privata, nonché il regime speciale della proprietà pubblica, implicito nell'art. 42 (che affidando alla legge la disciplina della proprietà privata e tacendo di un'analoga normazione per quella pubblica implicitamente dà a quest'ultima una posizione di maggior favore, residuale forse, ma in senso vastissimo), valgano a porre limiti alla proprietà ed all'iniziativa economica pubbliche.

Benché rispondere a queste domande appaia a prima vista assai difficile, sembra per altro che un criterio sicuro di indagine possa individuarsi in questo: che, muovendo l'art. 41 fondamentalmente da

una disciplina dell'attività economica privata (nella quale inserisce l'iniziativa economica pubblica ai fini della programmazione), i limiti dell'iniziativa economica pubblica devono risultare, *per esclusione*, dall'estensione data all'iniziativa economica privata. Se cioè nell'art. 41 vi fossero norme o principi che assicurassero una certa estensione all'iniziativa privata, se ne dovrebbe dedurre che l'iniziativa pubblica non può estendersi fino al punto da pregiudicare o vanificare l'estensione della iniziativa privata, costituzionalmente garantita.

Senonché non sembra che la Costituzione contenga alcuna disposizione di questo genere. Certo essa afferma che l'iniziativa economica privata è libera. Ma a questa affermazione non segue garanzia alcuna, poiché, riservando allo Stato il potere di programmare le iniziative economiche pubbliche e private, chiaramente anche gli riserva il potere di disporre i mezzi, economici e giuridici, per conseguire i risultati voluti. In altre parole, lo Stato può disporre di mezzi che, pur senza togliere in linea di diritto il potere di iniziativa dei privati, in linea di fatto la scoraggino e la frenino, nella prospettiva di un obiettivo della programmazione da raggiungere.

Se questa è la collocazione che l'iniziativa economica privata trova nella Costituzione italiana, è giocoforza trarne la conseguenza che essa non può costituire ostacolo all'intervento attivo dello Stato nell'economia. Esso può cioè creare enti, mediante i quali operare in qualsiasi forma, senza incontrare limiti costituzionali: quali potrebbero essere ad es. il divieto di alterare l'equilibrio in un settore, o di operare all'infuori di qualsiasi regola economica, ricorrendo a capitali di origine fiscale anziché di risparmio. Il solo vago, fluido, indeterminato ed indeterminabile limite che incontra è quello che non è ammissibile, neppure in fatto, precludere l'iniziativa economica dei privati. Ma quando avvenga questo, quale sia cioè il livello minimo, per così dire, perché possa affermarsi che nel sistema è lasciato spazio all'iniziativa economica, nessuno può dire. Si tratta di una valutazione rimessa alle sole forze politiche.

La gravità di questa conclusione non ha bisogno di essere sottolineata. Si può solo osservare che essa è perfettamente coerente con l'ispirazione di tutta la Costituzione che si è compiaciuta di mille proposizioni enfatiche, senza pensare alla necessità di tradurle in diritto: si pensi, a tacere di ogni altra cosa (ma già si è parlato dell'art. 97 e

dell'art. 23) alle norme sui sindacati e sullo sciopero da una parte ed a quelle sul parlamento e sul governo. Come non è disciplinato lo sciopero, concepito in termini di mera libertà, così non disciplinata è la fiducia, che deve presiedere ai rapporti tra governo e parlamento. Non ultima ragione della crisi che attanaglia il nostro paese — il cui aspetto più grave è forse la vanificazione del parlamento — è la mancanza di disposizioni costituzionali precise in una serie di settori cruciali della vita associata: sulla crisi di governo come sullo sciopero, sul ruolo dei partiti, come sull'iniziativa economica privata.

Bisogna ancora aggiungere che un limite alla creazione di enti pubblici — e nella forma più incisiva e grave di significato, che è la creazione di enti pubblici con struttura privatistica — non può ravvisarsi neppure nell'art. 97 Cost. Come si era accennato, la ragione per cui si creano enti pubblici secondo forme di diritto privato è tecnica, nel senso che per il loro tramite è possibile realizzare un'azione più elastica ed efficiente di quella consentita all'amministrazione statale, legata alle rigide norme del bilancio e delle procedure, paralizzata da proprie interne tensioni. Senonché, come anche si era detto, accade per questi enti che l'efficienza si realizzi mediante un'assunzione di fini pubblici, statali, come fini privati, che vengono perseguiti con tutta l'energia di cui gli organi dell'ente sono capaci. Essi quindi si sottraggono al principio di legalità in senso classico (pur con la limitata efficacia che a questo deve riconoscersi), in quanto i fini sono perseguiti, come se fossero privati; ma evidentemente questa affermazione vale *a fortiori* per lo Stato che li crea. Si verifica dunque un fenomeno di questo genere: da un lato lo Stato crea questi enti senza trovare limiti sostanziali a ciò, poiché gli artt. 41, 42, 43 non li pongono; ma creandoli si sottrae anche all'applicazione a sé del principio di legalità. Può questo ammettersi?

La risposta a questa domanda è non solo difficile dal punto di vista giuridico per evidenti ragioni (e cioè perché si tratta di determinare se l'art. 97 possa essere esteso oltre le ipotesi formali e tipiche in esso previste) ma anche e soprattutto da quello storico-politico. La continua creazione di enti pubblici operanti nelle forme del diritto privato è una realtà di cui non è possibile non tenere conto. Sarebbe cioè vano invocare contro la sistematica interpretazione data dal legislatore alla Costituzione un'interpretazione diversa che non tenga

conto della sua opera, e quindi della determinazione storica che egli ha fatto dell'art. 97 Cost. Si verrebbe a dare una interpretazione della Costituzione astorica e quindi per ciò stesso priva di un serio valore. Ma in questo modo l'interprete si trova di fronte ad una gravissima difficoltà. Da un lato è indubbia l'esistenza del problema, perché non è possibile che il concetto di pubblica amministrazione dell'art. 97 venga delimitato a piacere del legislatore, il quale con qualche mero adattamento formale può ad esso sottrarre o viceversa sottoporre le sue creature. La Costituzione dovrebbe applicarsi in primo luogo proprio al legislatore. Dall'altro lato per altro l'art. 97, nel nostro ordinamento, è nel senso che il legislatore possa disporre a suo piacimento del concetto di amministrazione, cioè creando enti pubblici ma in forma privata, secondo le circostanze e le esigenze: o anche più semplicemente entrando, per il tramite di qualche altro ente preesistente, in imprese private.

In questa situazione il giurista si trova in una vera e propria situazione di impotenza. Si può e si deve rilevare, infatti, la incongruità di una situazione in cui i precetti della Costituzione sono manovrabili pressoché a piacere — e sia pure a piacere del legislatore. Si può e si deve rilevare che questa manovrabilità è pericolosissima, perché finisce con essere illusoria: se anche infatti il legislatore ritiene di potersi sottrarre al vincolo dell'art. 97 Cost. dando forma giuridica privata (non amministrativa dunque) ad enti costituiti con carattere pubblico ciò non toglie che sia sempre possibile che altri poteri dello Stato — e specialmente quello giudiziario — oppongano alla sua una diversa interpretazione dell'art. 97, e quindi considerino pubblico quello che era stato concepito come privato, con tutte le conseguenze, specialmente penali, che questo comporta (si pensi ai reati di peculato che ne possono nascere ed alla cui denuncia si assiste quasi ogni giorno). Ne può derivare insomma una vera e propria violazione del divieto di retroattività della norma penale, nel senso che attraverso la costituzione *ex post* di un presupposto per l'applicazione dei precetti penali si rendono perseguibili fatti che, nel momento in cui vennero posti in essere, non potevano seriamente venir considerati come reato. Si può e si deve ancora rilevare che si creano così centri di potere anomalo, *extra ordinem*, assolutamente incontrollabili e per ciò stesso inammissibili. Ma nonostante queste conseguenze abnormi cui

ha condotto la prassi, non è possibile spingersi fino a proclamare che ai sensi dell'art. 97 Cost. non si possono creare enti pubblici che ... siano privati, e che come lo Stato non può partecipare ad un ente, senza renderlo pubblico, così viceversa ogni ente, al quale lo Stato partecipi, deve considerarsi pubblico. Questa soluzione, che pure certo è la sola possibile dal punto di vista razionale, è smentita dall'esperienza storica, che vede lo Stato creare enti privati, senza per altro porre il diritto speciale che li governi e quindi dia loro la certezza di cui hanno bisogno.

La conclusione, già evidente, che si deve trarre, è sconfortante. Essa è che se anche una limitazione costituzionale al potere di creare enti pubblici si può ravvisare nell'art. 97 Cost. in quanto questo, imponendo alcuni principi alla struttura delle amministrazioni pubbliche, non può consentire allo Stato di sfuggire loro, semplicemente mutando forma e presentandosi come non-pubblica amministrazione, pure si deve riconoscere che per ormai lunga esperienza questo precetto della Costituzione è stato sistematicamente violato, così che l'ordinamento italiano mostra una serie di enti pubblici, operanti nelle forme del diritto privato. Di fronte a ciò nulla si può più dire, se non che il potere di fatto dello Stato di creare altri enti di questo genere non conosce limiti; ma che è anche perentoriamente necessario che esso, in questa situazione, provveda a dettare norme di legge, che definitivamente pongano la disciplina civile e penale di questi enti pubblici in forma privata, eliminando così la possibilità che ad es. comportamenti ordinari di un ente privato possano condurre a sanzioni penali, in seguito ad una sopravvenuta diversa interpretazione della natura dell'ente cui lo Stato partecipa.

Finito di stampare nel mese di aprile 1980
dalla Tipografia Editoriale Vittore Gualandi
Vicenza

BE001071655

1071655

PREZZO L. 11.000
IVA *compresa*

E. 14924