

STORIA D'ITALIA

ANNALI 14



LEGGE DIRITTO GIUSTIZIA



GIULIO EINAUDI EDITORE

ROBERTO CAVALLO PERIN

Procedimento amministrativo e giustizia amministrativa

1. *Legge, attività amministrativa e tutela giurisdizionale unitaria dei diritti soggettivi e dei poteri pubblici.*

Il rapporto tra legge ed attività amministrativa trae origine, ed è caratterizzato per lungo tempo, dalla mutazione costituzionale che segna il passaggio dalla monarchia assoluta alla monarchia costituzionale, secondo quel processo istituzionale che nel corso di alcuni anni ha posto i fondamenti della creazione dello «Stato di diritto»¹.

Tale rapporto in Italia è inizialmente inteso come relazione tra soggetti giuridici, autorità pubblica ed amministrati, variamente denominata secondo i periodi storici come rapporto tra corona e sudditi, tra governo e cittadini, tra pubblica amministrazione e privati. Più precisamente si afferma anzitutto come delimitazione delle rispettive sfere di appartenenza, individuando ciò che giuridicamente è riferito all'autorità amministrativa con i poteri pubblici, rispetto a quanto è ad essa sottratto con la definizione dei diritti soggettivi.

La legge divenuta fondamento costituzionale della definizione dei diritti soggettivi² consente di rivolgere le elaborazioni intorno alle tradizionali posizioni soggettive individuali³ anche nei confronti dei poteri sovrani, con la conseguenza di individuare tale fonte del diritto obiettivo anzitutto come strumento di riconoscimento giuridico delle libertà individuali verso l'autorità.

La legge, come disciplina di un rapporto intersoggettivo tra autorità e libertà⁴, se oscura inevitabilmente ogni altra questione teorica del confronto tra sfera pubblica e privata, in particolare l'individuazione nel «pubblico» degli interessi collettivi che da sempre si contrappongono a quelli dei singoli individui, agevola la soluzione di non poche questioni teoriche che appaiono essenziali al completamento della rivoluzione liberale in Italia dopo l'emanazione dello Statuto albertino.

¹ Da ultimo cfr. M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna 1994, pp. 151-52.

² S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano* (inedito), poi a cura di A. Romano, Milano 1988.

³ Elaborazioni tratte per gran parte dalla definizione del diritto di proprietà.

⁴ G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova 1953; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni*, Padova 1985-88.

Protetti gli interessi dei privati dalla legge con la definizione del «diritto soggettivo», diviene naturale applicazione del principio di specialità (la norma speciale deroga alla norma generale) ogni individuazione dei poteri dell'amministrazione pubblica che pretenda di negare tale difesa giuridica (diritto soggettivo) per soddisfare l'interesse pubblico affidato alle sue cure⁵.

Ogni definizione di pubblico potere deve essere contenuta in legge ove si pretenda che la stessa ponga un limite ai diritti soggettivi, poiché solo la legge può offrire una definizione in deroga alla disciplina generale del diritto soggettivo, consentendo per esempio alla pubblica amministrazione di espropriare i beni privati in deroga alla definizione del diritto di proprietà privata, o di disporre la cessazione o sospensione delle attività di impresa in deroga alla disciplina del diritto di iniziativa economica privata.

La legge si afferma come disciplina generale e astratta dei diritti soggettivi, dunque dei poteri pubblici, perciò delle sfere giuridiche di tutti i soggetti di un ordinamento giuridico, siano essi pubblici o privati, secondo una costruzione che riconosce anzitutto nella legge il fondamento dell'unità dell'ordinamento giuridico.

Sotto altro profilo la legge come disciplina intersoggettiva unitaria dei poteri e dei diritti, pubblici e privati, pone inevitabilmente la questione dell'uniformità della sua interpretazione giurisdizionale, essendo quest'ultima garanzia di effettività della legge, poiché appare essenziale affermare l'unità dell'ordinamento non solo in via generale e astratta (legge), ma anche nell'interpretazione per ogni singolo caso concreto (giurisdizione).

La definizione di una giurisdizione unica dei diritti soggettivi diviene dunque il naturale corollario teorico delle elaborazioni intorno alla disciplina unitaria (legge) dei diritti soggettivi e dei poteri pubblici, soluzione istituzionale necessaria per dare consistenza concreta alla nozione di diritto soggettivo come limite all'esistenza giuridica dei poteri pubblici: si presceglie il giudice ordinario affinché la stessa cultura giuridica che da tempo risolve i conflitti tra i soggetti privati definisca la tutela dei diritti soggettivi anche ove tale protezione sia invocata contro la pubblica amministrazione.

La legge 20 marzo 1865, n. 2248, con l'allegato E, *sul contenzioso*

⁵ Nello stesso senso A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1989, p. 583, ove, relativamente al principio di legalità dell'azione amministrativa si afferma: «Il principio di legalità comporta che, fuori dei diritti e dei poteri comuni agli altri soggetti giuridici, nessuna posizione di potere, di preminenza o di favore spetta alla pubblica Amministrazione se non gliela conferisca una legge».

amministrativo, accoglie l'indicato orientamento e statuisce l'abolizione dei «tribunali speciali⁶ attualmente investiti del contenzioso amministrativo» devolvendo «le controversie ad essi attribuite dalle diverse leggi» (art. 1) alla giurisdizione ordinaria «ove si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa» (art. 2).

Ogni altro «affare» è riservato alle autorità amministrative «le quali, ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei consigli amministrativi che per i diversi casi siano dalla legge stabiliti» (art. 3).

Il giudice ordinario già conosceva di questioni con la pubblica amministrazione relative alla proprietà, o all'interpretazione e validità dei contratti diversi da appalti e forniture, sicché l'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo decreta soprattutto l'eliminazione di un giudice che tutela i diritti soggettivi verso la pubblica amministrazione solo per determinate materie, affermando in principio la giurisdizione generale a tutela dei diritti soggettivi davanti al giudice ordinario.

La scelta è tuttavia ricordata dai commentatori poiché si ritiene abbia contestualmente eliminato una giurisdizione che poteva accordare tutela anche a «rapporti e situazioni di diritto pubblico», che si ipotizzano diverse dalle questioni che involgono i diritti soggettivi; una giurisdizione che oggi si direbbe di legittimità degli atti amministrativi.

Giurisdizione del contenzioso ordinario («tribunali speciali») che tuttavia non era generale, poiché attribuita per enumerazione di materie quali la validità, l'interpretazione e l'esecuzione dei contratti d'appalto e di fornitura, ivi comprese le questioni circa la legittimità degli atti amministrativi che incidono sui rapporti contrattuali, le imposte, le tasse, le prestazioni personali, lo stato degli impiegati comunali, i confini tra comuni, il regime e la classificazione delle strade, le opere che minaccino il libero corso delle acque, il regime delle cose demaniali, e così via.

La giurisdizione del contenzioso peraltro non aveva poteri di annullamento o revoca degli atti amministrativi ed era comunque delimitata dall'enumerazione delle materie che non contemplavano, perciò esclu-

⁶ Il riferimento è ai Tribunali del contenzioso amministrativo ordinario (Consigli di governo in primo grado e Consiglio di Stato in appello), mentre mantengono la propria giurisdizione i giudici speciali (per esempio Consiglio superiore della pubblica istruzione) del contenzioso (Regno di Sardegna, d. lg. 30 ottobre 1859, n. 3708): «Colla presente legge non viene fatta innovazione né alla giurisdizione della Corte dei conti e del Consiglio di Stato in materia di contabilità e di pensioni, né alle attribuzioni contenziose di altri corpi o collegi derivanti da leggi speciali e diverse da quelle fin qui esercitate dai giudici ordinari del contenzioso amministrativo» (art. 13, legge n. 2248 del 1865, allegato E cit.).

devano, da ogni giurisdizione vasti settori di azione «autoritativa», ove ampia era stata la discrezionalità anche politica dell'amministrazione pubblica con particolare ingerenza sull'attività di esercizio del commercio o dell'industria (polizia edilizia, sanitaria, demaniale, ecc.).

La suddetta eliminazione di giurisdizione era comunque per gran parte potenziale, stante la cultura dei tribunali del tempo, i quali non a caso ammettevano ampliamenti della tutela giurisdizionale per altre materie ove vi fosse «questione di diritti soggettivi lesi dall'azione amministrativa»⁷.

Potenziale ma di rilievo, poiché si ritiene comunemente che la giurisdizione del contenzioso avrebbe consentito di aprire la tutela giurisdizionale accordata davanti ai tribunali speciali invocando qualsiasi violazione da parte della pubblica amministrazione di norme di legge o di regolamento, indipendentemente dalla lesione di posizioni soggettive di diritto o interesse. Forse anche in considerazione della cultura dei giudici che apparivano restii ad affermare una tutela giurisdizionale oltre la tradizionale tutela dei diritti soggettivi⁸, secondo un orientamento che non aiutava l'ulteriore corso del disegno che pretendeva l'eliminazione di ogni «abuso» dell'amministrazione pubblica, attraverso l'integrale subordinazione della sua azione «alla lettera e allo spirito della legge».

2. *La giustizia amministrativa come «giustizia oggettiva» contro gli «abusi» dell'amministrazione pubblica.*

Sono proprio gli «intollerabili abusi» dell'amministrazione pubblica e l'inosservanza «della lettera e dello spirito della legge» gli elementi essenziali che paiono muovere le richieste di un ulteriore generale allargamento dell'area della «giustizia amministrativa» in Italia.

La legge del 1865 aveva con l'art. 3 del suo allegato E lasciato all'amministrazione pubblica e al capo dello Stato, previo parere del Consiglio di Stato (allegato D), nonché agli organi del contenzioso speciale (art. 12, allegato E), ogni sindacato sulla legalità dell'azione dei pubblici poteri non attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario.

La scelta è stata variamente intesa: come imperfezione cui si è posto

⁷ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1994⁴, p. 56.

⁸ Lo rileva a pochi anni di distanza Spaventa commentando il sindacato del giudice ordinario su poteri di polizia di cui all'allegato B della legge 20 marzo 1865, n. 2248, di cui riferisce L. MARROTTI, *Stato di diritto e pubblica amministrazione nel pensiero di S. Spaventa*, Napoli 1979, pp. 115-116; ed ancora molti anni più tardi si vedano i rilievi di V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano 1904, vol. III, pp. 633-34.

rimedio con l'istituzione nel 1889 della IV Sezione del Consiglio di Stato, ovvero come completamento della separazione dei poteri dello Stato, che a fianco di quella dei giudici introduce la norma reciproca di «libertà dell'amministrazione pubblica verso gli altri poteri dello Stato»⁹, ovvero infine come disegno coerente che non intende sottovalutare le ragioni di efficienza dell'amministrazione pubblica¹⁰. Si delinea infatti un'amministrazione pubblica «libera» da ogni controllo giurisdizionale nella attività di definizione del modo di perseguire gli interessi affidati alle sue cure.

Autonomia del cui esercizio gli amministratori pubblici avrebbero risposto agli elettori, attraverso la rappresentanza politica che presidiava la gran parte degli organi dell'amministrazione titolari del potere di emanare atti a rilevanza esterna, comunque quelli di vertice dell'amministrazione pubblica. Il ricorso amministrativo gerarchico e quello straordinario al capo dello Stato parevano completare e garantire l'indicato sistema generale di irresponsabilità degli amministratori davanti ai giudici, con l'eccezione del contenzioso speciale, ove la Corte dei conti giudicava delle controversie contabili dello Stato, i Consigli di governo delle controversie contabili degli enti locali e delle opere pie, il Consiglio di Stato dalle questioni relative al debito pubblico, alle pensioni a carico dello Stato, alle concessioni minerarie e alle controversie ecclesiastiche.

Il sistema di insindacabilità giurisdizionale dell'esercizio dei poteri pubblici tuttavia non regge il peso, sia al centro sia in ambito locale, dell'incremento dei poteri discrezionali dell'amministrazione pubblica, che nella seconda metà del secolo sono ampliati proprio con riferimento all'attività economica dei privati, con i poteri di polizia di sicurezza (edilità, igiene, ecc.)¹¹, o di polizia demaniale (acque pubbliche, strade, ecc.), cui si affiancano i poteri di concessione all'industria privata avente ad oggetto pubblici servizi.

Dopo l'Unità d'Italia gli stessi equilibri tra i poteri dello Stato erano sottoposti a continue evoluzioni ed assestamenti che in breve volgere di tempo cambiarono non poco gli assetti costituzionali cui si riferiva la legge del 1865 con il suo allegato E.

Evoluzioni di un governo parlamentare e poi di partito che doveva tenere conto che l'ampliamento dei compiti affidati all'amministrazio-

⁹ S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano 1977, pp. 35-36.

¹⁰ NIGRO, *Giustizia amministrativa* cit., p. 60.

¹¹ O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo* cit., vol. IV, pp. 207-8.

ne ponevano esigenze di decentramento amministrativo, di affrancamento degli impiegati statali dal potere politico, di controllo di apparati amministrativi sempre più complessi, secondo assetti cui non era estranea la questione di un sindacato sull'attività della pubblica amministrazione che comprendesse le regole di un legittimo esercizio dei poteri pubblici.

In tale quadro la giustizia amministrativa diventa uno degli strumenti di un più vasto processo di riorganizzazione dello Stato che necessita anzitutto e soprattutto di buone leggi amministrative, dell'affermazione della responsabilità dei pubblici amministratori, nonché di uno stato giuridico dei pubblici impiegati che ne disciplini le modalità di accesso, di decadenza e le guarentigie utili a sottrarli all'«arbitrio del potere ministeriale»¹².

Nelle opinioni del tempo intorno ai disegni di riforma dell'amministrazione pubblica¹³ è ritenuto essenziale alla costruzione di uno Stato di diritto la creazione di un'«amministrazione secondo la legge»¹⁴, all'osservanza della quale poteva essere costretta solo attraverso una giurisdizione amministrativa a tal fine istituita:

In questa giurisdizione non si tratta di definire controversie nascenti dalla collisione di diritti individuali e omogenei, ma di conoscere, se il diritto obiettivo sia stato osservato. Ciò può servire mediamente anche nell'interesse dell'individuo, ma non ne è l'immediata conseguenza. Il diritto obiettivo qui si realizza in sé e per proprio conto, senza che nasca in ogni singolo caso un diritto soggettivo, o se può nascere, non è qui la sede ove possa farsi valere. L'interesse individuale offeso è solamente preso come motivo e occasione per l'amministrazione stessa per il riesame dei suoi atti; ma non è l'oggetto della decisione, a cui tale riesame può mettere capo¹⁵.

Nella relazione al disegno che diverrà la legge 31 marzo 1889, n. 5992, si afferma che la nuova IV Sezione del Consiglio di Stato:

... non è un tribunale giudiziario speciale o eccezionale, ma rimane nella sfera del potere esecutivo da cui prende la materia e le persone che lo devono mettere in atto [...] è soltanto un corpo deliberante che il potere esecutivo forma [...] come a sin-

¹² S. SPAVENTA, *Discorso alla Camera di deputati del 26 novembre 1877*, in *id.*, *Discorsi parlamentari*, Roma 1913, p. 448, ove era in discussione il disegno di legge governativo (Depretis) sugli impiegati civili. Spaventa critica il progetto per le scarse garanzie, ma soprattutto perché non chiarisce che il corrispettivo istituzionale di tali guarentigie è il dovere di tali impiegati «di tenersi lontani da qualunque ingerenza politica».

¹³ Silvio Spaventa, parlamentare della Destra storica e poi (su indicazione di Crispi) primo presidente della IV Sezione del Consiglio di Stato.

¹⁴ Per tutti se ne veda la ricostruzione in L. MAROTTA, *Stato di diritto e pubblica amministrazione* cit.

¹⁵ S. Spaventa, *Discorso*, mai pronunciato, per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato, in *La politica della destra*, a cura di B. Croce, Bari 1970, p. 456; nonché *id.*, *La giustizia nell'amministrazione*, *ibid.*, pp. 53-54.

dacatore dei suoi atti e per mantenere la sua azione nei limiti della legalità e della giustizia¹⁶.

Negli anni successivi, sino ai primi del nuovo secolo, si abbandona la configurazione di un'«amministrazione indipendente» con funzioni di controllo sulla legalità dell'azione amministrativa e si perviene al riconoscimento della funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato¹⁷, sino alla definitiva affermazione scritta della rilevanza costituzionale di un sistema di giustizia amministrativa a tutela dei diritti e degli interessi legittimi (artt. 24, 111, ultimo comma, 113 della Costituzione), ove appare centrale la giurisdizione amministrativa (artt. 103, 125, comma 2, della Costituzione) incentrata sul Consiglio di Stato e la Corte dei conti; giurisdizione amministrativa che il legislatore ha completato con la creazione di organi giurisdizionali di primo grado, rispettivamente nel 1971 i Tribunali amministrativi regionali e nel 1994 le Sezioni regionali della Corte dei conti con la relativa procura regionale.

L'istituzione dei giudici e del processo amministrativo accompagna una trasformazione che pone al centro del contenzioso gli amministrati, con graduale abbandono della definizione di una giurisdizione oggettiva verso altra che dalla prima si distingue inevitabilmente, poiché sempre più si configura come processo tra parti in un giudizio e perciò via via assume del giudice per antonomasia (il giudice ordinario) gli essenziali caratteri.

3. *Giustizia amministrativa, procedimento amministrativo e sindacato sull'interpretazione e sulla «discrezionalità politica» dell'amministrazione pubblica.*

Le formulazioni della fine del secolo scorso¹⁸ esprimevano già chiaramente la necessità istituzionale di un sindacato generale sull'esercizio

¹⁶ Relazione del presidente del Consiglio F. Crispi al disegno di legge, in *Atti parlamentari. Senato, legisl. XVI, 2^a sess. 1887, Documenti, Stampato n. 6*, pp. 1-2.

¹⁷ Per alcuni anni è stata negata la qualificazione giurisdizionale della competenza della «IV Sezione del Consiglio di Stato», poi è stata invece positivamente affermata dal legislatore con le formulazioni di cui all'art. 26 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 - alle «Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato» (IV, V, VI, e Adunanza plenaria), e agli artt. 2 e 3 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 - al «Tribunale amministrativo» regionale. Innovativa è invece la formulazione offerta dall'art. 103 della Costituzione, fondata sulla posizione soggettiva di interesse legittimo: «Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi».

¹⁸ Si vedano la relazione di Crispi cit., e il discorso di Spaventa cit.

dei poteri amministrativi come strumento istituzionale per ricondurre alla legalità l'amministrazione pubblica italiana. La soluzione è ritrovata dalla citata legge n. 5992 del 1889, con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato cui è attribuita la decisione dei ricorsi presentati per «incompetenza, eccesso di potere, o violazione di legge», cioè attraverso la definizione di quelli che nel tempo divengono i tre noti *vizi di legittimità* degli atti amministrativi.

Tale sindacato è ulteriore e complementare rispetto alla tutela dei diritti soggettivi già attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario dall'art. 2 dell'allegato E della legge n. 2248 del 1865¹⁹.

L'*incompetenza* consente di annullare l'atto amministrativo emanato da organi dell'amministrazione diversi da quelli che l'ordinamento ha scelto per assumere la decisione amministrativa; è un vizio che sanziona uno scorretto assetto dell'organizzazione amministrativa, ponendosi a garanzia dell'osservanza del riparto di competenze (a rilevanza esterna) degli enti pubblici²⁰.

Eccesso di potere e violazione di legge attengono invece agli altri elementi che disciplinano la legittimità dell'esercizio del potere pubblico, tra i quali ha particolare rilevanza il contenuto della decisione che in concreto l'amministrazione assume con l'atto amministrativo.

La *violazione di legge* indica l'inosservanza di leggi o regolamenti²¹, cioè di norme che predeterminano una volta per tutte come deve essere perseguito l'interesse pubblico, definendo in via generale e astratta la serie di atti (accertamenti, pareri, comunicazioni, ecc.) che debbono essere compiuti per assumere correttamente una decisione. Serie di atti, con relativa sequenza di emanazione, che individuano ciò che è definito il «procedimento amministrativo»²² che ove osservato garantisce alla pubblica amministrazione di assumere legalmente una decisione.

Si trova in tal modo predefinito in legge o regolamento ciò che all'amministrazione è necessario e ad un tempo sufficiente compiere in ogni

¹⁹ Si ricava dalla definizione residuale dei ricorsi - dunque della giurisdizione - del giudice amministrativo, come ulteriore rispetto a quella del giudice ordinario: «... quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria...» (cfr. art. 26, r.d.n. 1054 del 1926 cit.; art. 4, legge n. 1034 del 1971 cit.).

²⁰ È l'illegittimità che, unitamente al vizio di eccesso di potere, meglio esprime il carattere oggettivo del sindacato di legittimità degli atti amministrativi, poiché l'eventuale accoglimento del ricorso per tale ragione non garantisce affatto al ricorrente una decisione di favore, anche ove ad emanare l'atto che conclude il procedimento sia l'organo competente.

²¹ Comunque vigenti nel nostro ordinamento giuridico per scelta costituzionale (leggi e atti aventi forza di legge, trattati internazionali) o perché previste da fonti in essa disciplinate (regolamenti amministrativi, regolamenti europei).

²² A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940, poi 1959², pp. 31-32.

caso concreto per un corretto esercizio del potere pubblico, cioè per la legittimità dell'atto; leggi e regolamenti definiscono infatti del procedimento amministrativo gli elementi che sono ritenuti indispensabili per assumere una decisione amministrativa conforme all'ordinamento giuridico.

Si delinea l'ambito in cui è corretto affermare che l'amministrazione pubblica «applica» la legge o il regolamento, cioè emana un atto che è *interpretazione* per il caso concreto del contenuto generale ed astratto di una norma, da cui un corollario di non scarsa importanza. Il vizio di violazione di legge consente di sottoporre l'intera interpretazione che ha espresso l'amministrazione pubblica con l'emanazione dell'atto al sindacato di legittimità di un organo (giudice) che, nel conflitto con i destinatari dell'azione amministrativa (ricorrenti), avrà l'ultima parola (giudicato).

L'inizio del procedimento apre dunque il processo interpretativo dell'amministrazione pubblica, che la stessa conclude con l'emanazione dell'atto ove è espressa la *sua* interpretazione (della legge e dei regolamenti). A seguito dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato coloro che non condividono l'interpretazione dell'amministrazione pubblica hanno lo strumento giuridico (ricorso) per vedere prescelta la propria interpretazione, poiché l'ordinamento ha reso possibile che l'interpretazione dell'amministrazione possa essere negata (annullamento dell'atto amministrativo) e ove occorra sostituita (giudizio di ottemperanza e nomina di un commissario *ad acta*) da altra, quella posta dalla decisione di un'autorità indipendente (poi giudice) a tal fine istituita.

Tale decisione chiude la «libertà» interpretativa aperta dai soggetti tra di loro in conflitto, sia dell'amministrazione pubblica che ha emanato l'atto, sia di altri soggetti pubblici o privati coinvolti dagli effetti di questo, poiché l'ordinamento attribuisce alla decisione l'«autorità» (*rectius*: efficacia) di imporsi verso tutti coloro che hanno giuridicamente avanzato un'interpretazione.

Il vizio di violazione di legge consente di non contraddire la definizione dell'attività della IV Sezione del Consiglio di Stato come sindacato oggettivo di legittimità sugli atti amministrativi²³, poiché non necessariamente le norme di legge o regolamento, che definiscono in via generale ed astratta il legittimo esercizio del potere attribuito alla pubblica amministrazione, tutelano, o consentono in fatto di soddisfare, l'interesse individuale che ha indotto il ricorrente ad impugnare l'atto.

²³ A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in «Diritto processuale amministrativo», 1994, p. 666, poi in AA.VV., *Atti del convegno «Cento anni di giurisdizione amministrativa»*, Napoli 1996, pp. 93-94.

Esso tuttavia esprime meglio di ogni altro vizio di legittimità l'idea originaria di un sindacato che impone all'amministrazione pubblica anzitutto di osservare la legge; concezione questa che sicuramente ha contribuito a riaffermare la prospettazione di un'amministrazione come «esecuzione» favorendo, non senza gravi problemi, l'ingerenza del legislatore nell'amministrazione della «cosa pubblica».

Sotto altro profilo il vizio in esame richiama l'amministrazione pubblica all'osservanza dei regolamenti, posti per escludere una gestione totalmente dipendente dal singolo caso, poiché una norma è apparsa di aiuto agli organi delle amministrazioni pubbliche chiamati ad assumere ogni qualvolta una decisione. Nel regolamento le pubbliche amministrazioni trovano la soluzione generale e astratta da applicare, perché il regolamento individua *ex ante* gli elementi essenziali che definiscono la legittimità degli atti amministrativi che si apprestano ad emanare, in quanto consente all'amministrazione pubblica di indicare essa stessa gli «standard d'amministrazione» inderogabili che debbono essere seguiti dagli organi chiamati a provvedere.

Tale *attività interpretativa* dell'amministrazione pubblica, comunemente denominata «attività vincolata», è stata nelle classificazioni tradizionalmente distinta dall'*attività discrezionale*, la quale ultima, ove retamente intesa, indica quel processo decisionale dell'amministrazione pubblica che non dipende dall'applicazione di una norma generale astratta, sicché alla prima, che è interpretazione nel senso sopra precisato, la seconda si è contrapposta. La discrezionalità amministrativa è un processo decisionale che è sottratto alla disciplina generale e astratta di norme di leggi o regolamento, che purtuttavia sin dal 1889 è stato sottoposto al sindacato della IV Sezione del Consiglio di Stato, essendo stata ad essa attribuita la decisione dei ricorsi anche per vizio di eccesso di potere.

Il *vizio di eccesso di potere* ha così segnato nel tempo il limite oltre il quale le scelte amministrative sono opzioni di «merito» attribuite all'insindacabile autonomia²⁴ dell'amministrazione pubblica, normalmente sottratte alla giurisdizione del giudice amministrativo, così come di qualsiasi altro giudice. Il «merito» delle scelte amministrative è normalmente ricollegato infatti al «difetto assoluto di giurisdizione», poiché l'esclusione di ogni sindacato giurisdizionale segna l'ambito in cui l'amministrazione pubblica ha con le proprie scelte l'ultima parola.

Il vizio in esame è normalmente presentato dalla manualistica dedicata al diritto amministrativo anzitutto come illegittimità che la giurisprudenza del Consiglio di Stato francese denominava *détournement de*

²⁴ A. ROMANO, «Autonomia pubblica», in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. II, Torino 1990, pp. 30-31.

pouvoir, che pur tuttavia nel nostro ordinamento si verifica ogni qualvolta l'amministrazione ha in concreto, con l'atto amministrativo, perseguito un fine diverso da quello per il quale il potere è stato attribuito dalla legge, con definizione che pare dare attuazione all'idea di Spaventa di una «amministrazione secondo la legge».

Per la verità sin dalle prime decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato²⁵ l'annullamento per vizio di eccesso di potere si afferma come *illogicità* o *irrazionalità* del processo decisionale seguito dalla pubblica amministrazione nell'emanare l'atto amministrativo, definendo un sindacato che è stato confortato da una copiosa giurisprudenza amministrativa e dalle ricostruzioni di essa che appaiono preferibili²⁶. È normale vedere accolti ricorsi per vizio di eccesso di potere ove il giudice amministrativo ha rilevato un «travisamento» (erroneo accertamento) dei fatti in ragione dei quali l'amministrazione ha emanato il provvedimento, ovvero un'insufficiente istruttoria o motivazione della decisione, ovvero la mancanza di correlazione logica tra presupposti e decisione assunta dall'amministrazione con l'emanazione dell'atto, ovvero ancora l'inefficienza dei mezzi (decisione) a raggiungere il fine di interesse pubblico che l'amministrazione ha inteso perseguire con l'emanazione dell'atto, infine la contraddittorietà tra atti di uno stesso procedimento o con altre decisioni assunte dalla stessa amministrazione.

In queste o altre sintesi della casistica di cui si è arricchito il vizio in esame, o che nel tempo si sono avvicinate, pare emergere con chiarezza un carattere che appare peculiare, che sin dall'origine vale a distinguere il vizio di legittimità in esame dall'incompetenza e dalla violazione di legge.

Il vizio di eccesso di potere ha consentito nel nostro ordinamento un sindacato che, ripercorrendo il procedimento decisionale svolto dall'amministrazione pubblica, sanziona quelle decisioni che appaiono non comprensibili (insufficiente motivazione) o illogiche rispetto al caso concreto oggetto della decisione. Anche in assenza di norme di legge o regolamento appare infatti comunque giuridicamente inaccettabile che una

²⁵ A partire dal Consiglio di Stato, IV Sezione, 7 gennaio 1892, n. 3, in «Giustizia amministrativa», I (1892), p. 1, lo rileva F. GAZZILLI, *L'eccesso di potere nella giurisprudenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in «Rivista italiana di scienze giuridiche», 1899, pp. 356, 372-73; ma è fatto tutt'oggi noto che le decisioni di annullamento per sviamento di potere sono state alquanto rare.

²⁶ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in «Rivista di diritto pubblico», I (1951), pp. 1-2; C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, a cura di R. De Luca, Roma 1935; A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in AA.VV., *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano 1983, pp. 94-95; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in «Diritto processuale amministrativo», 1984, pp. 463-64.

pubblica amministrazione assuma una decisione senza prima conoscere imparzialmente tutti i fatti che appaiono rilevanti per la decisione (travisamento, insufficienza di istruttoria), non diversamente dai casi in cui manchi una ragionevole correlazione tra presupposti e decisione, o tra questa e il fine che si dichiara di perseguire, ovvero che la stessa assuma nel tempo decisioni contraddittorie.

Non sanzionare un simile comportamento dell'amministrazione pubblica significherebbe infatti esporre la sua azione all'*ineffettività*, cioè alla crescente e graduale inosservanza degli atti amministrativi da parte dei suoi destinatari.

Disporre irragionevolmente, o in modo non comprensibile, sottoporre l'amministrazione al rischio di una progressiva perdita di «autorità». Per tale ragione il sindacato per vizio di eccesso di potere è stato inteso come rivelatore di un principio istituzionale dell'amministrazione pubblica²⁷, cioè ad essa immanente, più precisamente di un principio che definisce l'amministrazione pubblica *accolta* nel nostro ordinamento giuridico. Principio istituzionale che non può dunque essere abrogato con norme scritte, perché trova comunque fondamento in norme non scritte²⁸, che può essere eliminato solo pervenendo ad una profonda modificazione della natura giuridica dell'amministrazione pubblica nel nostro ordinamento giuridico, come nel caso in cui la titolarità delle scelte di carattere politico-amministrativo (merito) sia sottratta alla pubblica amministrazione e invece sia riservata al legislatore.

Con l'attribuzione alla IV Sezione del Consiglio di Stato del potere di decidere i ricorsi per vizio di eccesso di potere si è consentito all'indicato principio istituzionale di emergere e di imporsi all'amministrazione pubblica italiana attraverso un sindacato che ha ad oggetto le sue scelte discrezionali, e che permette di limitare gli «abusi» che ne rendono odioso l'operato, al tempo stesso rispettando la sfera di autonomia ad essa istituzionalmente attribuita (merito), da cui è bandita ogni immissione degli organi che esercitano la funzione giurisdizionale. Il vizio di eccesso di potere si afferma dunque come il limite generale del sindacato giurisdizionale della discrezionalità politica dell'amministrazio-

²⁷ BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo* cit., p. 40, e specie nota 81, ove l'autore cita Santi Romano per la tesi della derivazione dei principi fondamentali dalla natura delle istituzioni; cfr. E. CRISCIUOLI, *La discrezionalità delle funzioni costituzionali*, in «Annali Perugia», 1922, pp. 537-53; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in «Foro amministrativo», 1987, pp. 31-67.

²⁸ Che definiscono il suo particolare ordinamento: ROMANO, *Interesse legittimo ed ordinamento amministrativo* cit., pp. 95-96, specie p. 135; V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1958, pp. 830-31.

ne pubblica, perché rivelazione di principi che disciplinano comunque l'azione amministrativa, anche in assenza di norme di legge o regolamento.

Vizio essenziale per delimitare correttamente l'ambito e la *ratio* dell'attribuzione di un potere regolamentare alle autonomie pubbliche, poiché impedisce di considerare sottratto al diritto obiettivo l'esercizio di un potere amministrativo solo perché non disciplinato da norme generali e astratte che definiscono il procedimento necessario ad assumere una decisione.

4. *Leggi statali e norme di autonomia locale: l'occasione mancata dalla legislazione regionale.*

La teorizzazione²⁹ del procedimento amministrativo come definizione del processo decisionale della pubblica amministrazione matura quando l'intervento del legislatore nella disciplina sulla legittimità dell'esercizio dei poteri amministrativi è divenuto circostanza normale, di completa affermazione del principio di «un'amministrazione secondo la legge».

La legge non è solo più definizione di diritti soggettivi, o della negazione di essi con la previsione di poteri pubblici, ma soprattutto è disciplina di procedure di decisione, ove gli «interessi dei privati» si contendono una soluzione per essi favorevole. Gli amministrati sono intenti a promuovere l'identificazione del proprio interesse con quello pubblico, ovvero anche solo modalità di perseguire quest'ultimo in tutto o in parte compatibili con il proprio (partecipazione).

La definizione legislativa dei procedimenti viene sempre più intesa anche come protezione di tali interessi degli amministrati³⁰, della partecipazione di questi alla fruizione di ciò che è pubblico, cioè di ciò che l'ordinamento giuridico ha sottratto agli individui con la definizione di beni e poteri pubblici («sfera pubblica»).

L'interesse pubblico, sottratto alla definizione del diritto soggettivo, è di nuovo conteso dagli amministrati con leggi che vengono sempre più interpretate dal giudice (amministrativo) come protezione di inte-

²⁹ SANDULLI, *Il procedimento amministrativo* cit.

³⁰ *Ibid.*, p. 22, ove l'autore è esplicito nell'affermare che la maggior preoccupazione è stata quella di avvicinare il più possibile lo svolgersi del procedimento amministrativo a quello del procedimento giudiziario, in modo da assicurare al cittadino di fronte alla pubblica amministrazione garanzie non inferiori a quelle che a lui vengono accordate nello svolgimento della funzione giurisdizionale.

ressi individuali; ciò si è verificato sino al punto di pretendere dall'amministrazione un determinato comportamento («attività vincolata») indicato nella legge come modalità di soddisfazione dei bisogni affidati alle sue cure (interessi pubblici).

Alternativamente si è consentito agli interessati di condizionare le scelte della amministrazione ammettendo partecipazioni al procedimento che trovano in legge una definizione di privilegio per taluni tra essi.

La legge è vista sempre meno come riconoscimento dei limiti di autonomia, cioè dei confini (esterni)³¹ delle relazioni tra soggetti, siano essi pubblici o privati, ma sempre più come limite interno alla «libertà di azione» dei soggetti dotati di autonomia, con la conseguenza che la legge diviene disciplina della funzione pubblica, cioè del modo di definire e perseguire gli interessi pubblici³².

La distinzione ottocentesca³³ tra leggi formali e leggi sostanziali, che individuava nelle prime l'uso della forza di legge per l'emanazione di atti sostanzialmente d'amministrazione (leggi di bilancio, ecc.), posta per evidenziare l'eccezione di una disciplina legislativa di attività normalmente attribuite alla pubblica amministrazione, appare superata perché diviene prevalente la legislazione amministrativa³⁴, quella che determina la disciplina dell'attività delle amministrazioni pubbliche.

La generale riconosciuta inesistenza di una sfera di attività riservata alla pubblica amministrazione³⁵ consente al Parlamento di emanare *leggi-provvedimento* con chiari contenuti d'amministrazione³⁶. Mentre la riserva di giurisdizione (art. 102 della Costituzione) nega in radice la possibilità di leggi (interpretative) che decidono di un caso concreto (leggi-sentenza), la ritenuta assenza nel nostro ordinamento³⁷ di una «riserva d'amministrazione» apre alla disponibilità del legislatore sia l'ambito della potestà regolamentare, sia

³¹ ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo* cit.; nonché, ID., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano 1975, p. 66.

³² Cui si affiancano le affermazioni di «funzionalizzazione» dell'impresa e dell'esercizio della proprietà privata. Al proposito si vedano i commenti di F. Galgano e S. Rodotà, rispettivamente sugli artt. 41-43 e 42 della Costituzione, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione italiana*, Roma-Bologna 1982; E. GLIOZZI, *Dalla proprietà all'impresa*, Milano 1991 (rist.), *passim*.

³³ A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento* (1988), in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello 1900.

³⁴ M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in «Rivista di diritto processuale», 1963, pp. 522-23, e 1964, pp. 12-13.

³⁵ Costituisce eccezione M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano 1966; da ultimo D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano 1996.

³⁶ Per tutti cfr. C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, in «Quaderni della giurisprudenza costituzionale», 1968.

³⁷ Per la Francia si vedano gli artt. 34 e 37 della Costituzione, ove si prevede la competenza del governo per tutte le materie diverse da quelle riservate espressamente alla legge.

quello di assumere direttamente decisioni amministrative in luogo degli organi dell'amministrazione pubblica.

Il legislatore può essere amministratore non solo con riferimento alle competenze istituzionali del governo della Repubblica, ma anche con scarso rispetto delle norme costituzionali di garanzia delle autonomie locali (artt. 5, 114, 118, 128 della Costituzione).

Tuttavia la definizione in legge statale dei procedimenti amministrativi che debbono osservare le pubbliche amministrazioni è normalmente intesa come strumento di «democrazia», poiché, limitando le scelte discrezionali delle amministrazioni pubbliche, assume direttamente in via generale e astratta la definizione della rilevanza degli interessi degli amministrati, in particolare il loro peso nel processo di decisione amministrativa, il contributo che gli stessi possono fornire al perseguimento dell'interesse pubblico.

La limitazione delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione pare propugnata per «raggiungere livelli più elevati di partecipazione democratica», poiché le opzioni politiche che attendono alla gestione della cosa pubblica sono assunte direttamente da organi (assemblee) in cui vi è la presenza delle opposizioni organizzate in partiti a struttura nazionale.

Occorre riconoscere che la legge statale in quanto disciplina uniforme dell'esercizio dei poteri pubblici su tutto il territorio nazionale contribuisce senz'altro a garantire unità d'indirizzo ad amministrazioni pubbliche chiamate ad attuare complesse riforme economiche e sociali, ma al tempo stesso nega le autonomie locali ed ancora prima i caratteri tradizionali dell'amministrazione pubblica nel nostro ordinamento: anzitutto l'istituzionale sottoposizione agli organi di rappresentanza politica.

Una volta risolta in legge ogni questione di rilevanza politica lo spazio teorico residuo è quello di un'amministrazione che è gestione tecnica (discrezionalità tecnica) o è interpretazione di norme generali e astratte («attività vincolata»), con la conseguenza che pare sempre meno agevole distinguere tra «amministrazioni indipendenti» e «volontaria giurisdizione», cioè amministrazioni (Banca d'Italia, Consob, Garante della concorrenza, Garante dell'editoria, Consiglio di Stato, Corte dei conti, Giudice tutelare, ecc.) non a caso talvolta denominate «tecnostrutture», poiché non rispondono del loro operato, né sono necessariamente soggette alle direttive degli organi di rappresentanza politica³⁸.

³⁸ In via teorica le amministrazioni indipendenti dovrebbero segnare la cessazione di un'attività amministrativa sottoposta agli indirizzi degli «organi di governo» degli enti pubblici a rap-

Aumento della legislazione statale cui è corrisposta una affermazione della giustizia amministrativa come attività di interpretazione delle norme, cioè delle scelte generali e astratte, uniformi sul territorio nazionale, con correlativo affievolimento delle opzioni d'amministrazione che non sono sindacabili davanti al giudice (merito amministrativo). Evoluzione che ha aperto lo spazio teorico necessario ad una cultura dei giudici sempre meno di controllo della logicità delle scelte affidate all'amministrazione pubblica (eccesso di potere), ma più propensa ad imporsi nelle scelte d'amministrazione attiva (violazione di legge).

La legge anzitutto come limitazione delle scelte di autonomia di qualsiasi pubblica amministrazione, ove l'amministrazione come interpretazione (attività vincolata) abilita la giurisdizione amministrativa a decidere il caso concreto, sostituendosi all'amministrazione. Legge statale come limitazione delle autonomie: pubbliche anzitutto (ma non solo), tra le quali le «autonomie locali» (art. 5 della Costituzione), che non paiono tuttavia avere rivendicato soverchiamente l'esercizio delle competenze ad esse riservate dalla Costituzione.

In determinate materie le leggi regionali possono, in deroga alla legge statale, definire le norme generali e astratte di disciplina dell'attività amministrativa attribuita alla competenza delle amministrazioni pubbliche locali: sia delle funzioni, cioè della legittimità dell'esercizio dei poteri, sia delle modalità di erogazione dei pubblici servizi (art. 3, legge 8 giugno 1990, n. 142). Con l'introduzione della funzione legislativa regionale la questione teorica di maggiore rilievo non risiede tanto nella peraltro indiscussa efficacia (forza) di tali norme regionali di operare in deroga alle leggi statali, quanto nei limiti, anch'essi di ordine costituzionale, che tale fonte incontra per non offendere le autonomie locali minori (comuni e province). La questione tuttavia non è stata posta dalla legislazione regionale che quasi sempre si è caratterizzata come disciplina di dettaglio ulteriore delle leggi statali, con la conseguenza di pervenire a negare gli spazi d'autonomia degli enti locali minori, nonché ad aggravare la disciplina dei procedimenti amministrativi.

Le regioni hanno, nelle materie di competenza e nei limiti dei principi stabiliti dalle leggi dello Stato, il potere di «liberare» la propria autonomia e quella degli altri enti locali dagli angusti spazi in cui la legislazione statale le ha rinchiuso, per quella posizione di privilegio che la Costituzione ha ad esse riservato (forza di legge). Le regioni infatti sono titolari non solo di una funzione legislativa in deroga alla preesistente

presentanza politica (cfr. d. lg. 3 febbraio 1993, n. 29, art. 3; legge 8 giugno 1990, n. 142, art. 51, commi 2, 3).

disciplina statale, ma anche della legittimazione a ricorrere in via diretta davanti alla Corte costituzionale per far valere l'illegittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, nonché del potere di ricorrere per conflitto di attribuzioni ove le competenze delle regioni siano invase da altri «poteri dello Stato» (art. 134 della Costituzione).

5. *Le regioni, la delegificazione statale e le norme sui procedimenti come strumento di autonomia e buona amministrazione: le ragioni di unità di un ordinamento.*

Le regioni hanno da tempo il potere di anticipare la cosiddetta «delegificazione» e «semplificazione» dei procedimenti di esercizio dei poteri attribuiti alle pubbliche amministrazioni locali, che è oggi oggetto di leggi statali, emanando proprie leggi nelle materie riservate dalla Costituzione all'autonomia regionale (art. 117 della Costituzione), liberando sé, gli altri enti locali e gli amministrati da procedimenti che non paiono più adeguati alle esigenze locali di tutela degli interessi coinvolti dall'azione amministrativa.

Disciplina regionale che non necessariamente deve sostituire le preesistenti norme statali con altre norme di fonte regionale. Da tempo infatti si ricorda che le regioni sono titolari del potere di emanare norme generali e astratte (leggi e regolamenti), ma anche di amministrazione concreta per atti generali (programmi, piani, atti di coordinamento, ecc.), o di controllo, che sono di interesse per l'intero sistema delle autonomie locali, cioè per tutte le amministrazioni degli enti locali presenti nella regione (art. 118, commi 1 e 3, della Costituzione; art. 3, legge n. 142 del 1990 cit.; art. 130 della Costituzione).

La locuzione «livello degli interessi regionali», con la quale si individuano normalmente le competenze amministrative regionali, va riferita alla comunità regionale, la quale ove correttamente intesa è definita dalle persone residenti⁹⁹, considerati sia come singoli «sia nelle formazioni sociali ove si svolge» la personalità di ciascuno (art. 2 della Costituzione).

Le leggi regionali, definendo i processi decisionali delle amministrazioni pubbliche locali, possono indicare per ciascun tipo di procedimento la rilevanza per la comunità regionale della partecipazione di individui o loro organizzazioni, siano quest'ultime costituite secondo la discipli-

⁹⁹ A. ROMANO, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, Alberto Romano, F. Roversi Monaco, V. Spagnuolo Vigorita, Bologna 1993, pp. 92-93.

na di diritto privato (società, consorzi, fondazioni, associazioni) o di diritto pubblico (ordini o collegi professionali, camere di commercio, università, consorzi di diritto pubblico, comunità montane), tra le quali non ultimi i comuni e le province, stante il loro carattere istituzionale di cura degli interessi delle relative comunità (art. 2, legge n. 142 del 1990 cit.).

Partecipazione che la legge statale sulle autonomie locali ha già previsto per comuni e province con riferimento ai procedimenti per l'emanazione degli atti di programmazione e pianificazione territoriale regionale (artt. 3 e 15, legge n. 142 del 1990 cit.), ma che in attuazione della generale disciplina sul procedimento amministrativo (art. 9, legge 7 agosto 1990, n. 241) può essere estesa anche ad altri soggetti pubblici o privati in ragione dei diversi procedimenti.

La legislazione statale come disciplina dei confini tra pubblico e privato, cui corrispondono le regioni come enti titolari del potere di disciplinare nell'interesse regionale le modalità di fruizione di ciò che è pubblico: le modalità di esercizio dei poteri (legittimità), l'erogazione dei pubblici servizi, o l'uso dei beni pubblici.

Piani e programmi regionali definiscono invece con atto generale gli interessi regionali di cui devono tenere conto gli enti locali nell'amministrazione della cosa pubblica, potendo quest'ultimi derogare alle indicazioni contenute in tali atti generali in ragione (motivazione) ed ogni qualvolta sussistano peculiarità che diversamente disegnano la composizione degli interessi.

In tal senso la regione può dirsi al centro della disciplina dei procedimenti amministrativi di interesse locale, sia per la titolarità del potere di emanare leggi di disciplina del corretto esercizio di poteri, di beni, o servizi, che sono pubblici, sia per il potere di emanare atti generali ove sia opportuno consentire ai destinatari le deroghe alla definizione degli interessi regionali che appaiono opportune per le diverse realtà locali.

Interessi regionali la cui soddisfazione è data con atti normativi, ma anche con atti generali che sono soprattutto di indirizzo e coordinamento dell'attività d'amministrazione demandata dall'ordinamento alla competenza di altri enti locali (art. 118, commi 1 e 3, della Costituzione), nonché di essa con l'amministrazione periferica dello Stato (art. 124 della Costituzione).

I recenti processi di delegificazione e le proposte di riforma istituzionale paiono indicare un ritorno del legislatore statale alla disciplina dei diritti soggettivi, ivi compresa la definizione dei confini tra ciò che è «pubblico» rispetto a quanto può essere «privato», unitamente ai prin-

cipî dell'azione amministrativa che debbono essere unitari per tutto il territorio nazionale (legge 7 agosto 1990, n. 241; legge 8 giugno 1990, n. 142, ecc.).

Effetti di una «delegificazione» di cui non sempre si offre una precisa ricostruzione, poiché occorre ricordare che la cessazione di una disciplina generale e astratta sui procedimenti amministrativi apre al sistema delle autonomie locali la possibilità di scegliere tra un legittimo esercizio della cosa pubblica limitata unicamente dal vizio di eccesso di potere, ovvero definendo norme generali e astratte che pongono sempre, seppure in ambito locale (regionale, provinciale, comunale, ecc.), l'uniformità dell'attività amministrativa pubblica.

Il vizio di eccesso di potere, si è detto, si distingue dalla violazione di legge soprattutto in ragione delle norme che in un caso e nell'altro si assumono violate, per i caratteri di esse che non sono affatto eguali nell'uno e nell'altro tipo di illegittimità.

Il vizio di violazione di legge censura l'azione amministrativa che si discosti dall'astratta definizione di legge o regolamento che impone un'unica soluzione per una pluralità di casi, perché si vuole escludere che la decisione sia assunta dall'amministrazione in dipendenza dei singoli casi (discrezionalità) in ragione di scelte d'opportunità che sono insindacabili davanti al giudice (merito). Vuoi perché appare difficile isolare i casi in cui l'amministrazione deve prestare maggiore attenzione rispetto all'ordinario, sicché per garantire taluno non vi è altro rimedio che imporre un procedimento di garanzia per tutti, nonostante la provata inutilità delle prescrizioni sia evidente per la gran parte dei casi. Vuoi perché appare preferibile prescindere dai casi concreti (astrattezza) nella definizione dei caratteri di imparzialità⁴⁰ cui deve adeguarsi l'amministrazione. Vuoi perché l'analisi caso per caso risulterebbe non economica o eccessivamente lunga, ovvero perché appare necessario semplificare l'azione amministrativa riunendo casi che in realtà sono diversi, infine perché non si è sempre sicuri di avere negli uffici competenti le professionalità necessarie, sicché appare prudente «standardizzare» la decisione, ripartendola secondo una serie di atti più semplici, le cui modalità di esecuzione garantiscano il risultato voluto.

La norma generale e astratta è dunque strumento giuridico che si rivela utile ogni qualvolta sia necessario definire *ex ante* le illegittimità che possono inficiare l'attività delle amministrazioni pubbliche. Appare uti-

⁴⁰ Sull'imparzialità dell'amministrazione pubblica cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova 1965.

le agli amministrati che trovano predefinito, indipendentemente dai singoli casi, ciò che è dovuto dall'amministrazione; di interesse per le pubbliche amministrazioni poiché leggi o regolamenti indicano e proteggono la decisione che debbono assumere, definendo prima (in astratto) le ipotesi d'illegittimità in cui possono incorrere.

Le norme di legge regionale e i regolamenti attribuiti alle singole amministrazioni pubbliche in qualità di atti di autonomia possono configurarsi nella definizione dei procedimenti come utile strumento non solo di imparzialità, ma anche e soprattutto di buona amministrazione, indicando gli «standard» inderogabili di economicità, efficienza, efficacia, cui debbono uniformarsi gli uffici pubblici.

Uniformità che non tollera eccezioni, se non accolte in norme speciali di pari grado (norme in deroga), da cui diparte un processo decisionale che diviene interpretazione di norme generali e astratte per il caso concreto, in ordine al quale l'ultima parola spetta al giudice. Uniformità che nega le peculiarità poiché astraendo, cioè riunendo i differenti casi umani, esclude per definizione ogni libero discernere dell'amministrazione pubblica per ciascun caso ed in ragione di esso.

Il vizio di eccesso di potere al contrario segna i limiti dell'autonomia dell'amministrazione pubblica, più precisamente i limiti giuridici delle scelte di merito che l'ordinamento ha affidato alla politica dell'amministrazione. Autonomia di operare la scelta che si ritiene più adeguata al caso concreto secondo un processo decisionale che da tempo ha assunto la denominazione di discrezionalità amministrativa, cioè di un'attività che impone all'amministrazione di *intelligere*, cioè concepire, una soluzione per il caso concreto, poiché in ragione delle peculiarità di quel caso, della sua simiglianza o differenza rispetto ad altri, è assunta la decisione.

L'assenza di norme generali e astratte presuppone un'amministrazione sempre attenta ed all'altezza della molteplicità dei casi ad essa sottoposti, idonea ad adeguare senz'altro l'azione amministrativa alle evoluzioni in atto, capace di dotarsi di personale e mezzi all'uopo necessari e non ultimo «politicamente creativa».

In altre parole un'amministrazione priva di vincoli d'azione (norme generali e astratte) non può non essere un'amministrazione intelligente, poiché deve sapere operare senza sentire il bisogno di applicare una norma, dovendo al contrario concepire all'occasione una soluzione osservando unicamente i principi, che non definiscono *ex ante* il comportamento da tenere, ma consentono di censurare *ex post* l'illogicità e l'incomprensibilità di una scelta.

Delegificare le norme sui procedimenti amministrativi significa rivalutare le autonomie nel senso di fornire ad esse gli strumenti necessari ad assumere decisioni, tra i quali anzitutto la consapevolezza della distinzione tra attività che è interpretazione *sub judice* (attività «vincolata») e discrezionalità amministrativa, tra utile uniformità (astratto) e unicità di una scelta (concreto), tra rapporto di servizio professionale (lavoro dipendente o autonomo) e rapporto di servizio onorario (politici, associazioni di volontariato, ecc.).

Significa inoltre rivalutare gli atti generali (programmi) come strumento giuridico maieutico per coloro che nell'amministrazione sono chiamati ad assumere una decisione, poiché ad essi è sempre possibile derogare offrendo della diversa soluzione una sufficiente motivazione, ma al tempo stesso indicano all'organo competente la soluzione generalmente idonea al caso sottoposto al suo esame.

Infine il vizio di eccesso di potere appare essenziale al processo di delegificazione e di trasferimento agli enti locali di competenze sinora attribuite all'amministrazione statale, o all'amministrazione regionale. Il vizio impedisce che all'abrogazione di norme generali e astratte segua l'insindacabilità giurisdizionale dell'attività amministrativa, così come avverrebbe ove l'illegittimità di quest'ultima fosse definita unicamente dal vizio di violazione di legge e di incompetenza. In mancanza di una norma generale ed astratta opera comunque il principio, da cui scaturisce il vizio di eccesso di potere, che impedisce all'amministrazione di operare scelte illogiche o incomprensibili per i destinatari.

In assenza del vizio di eccesso di potere l'abrogazione di leggi e regolamenti riporterebbe i destinatari dell'azione amministrativa ad epoca anteriore all'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, ai pericoli di abusi dell'amministrazione pubblica, eliminando in un solo colpo il significato delle migliori definizioni dell'autonomia pubblica, che da sempre sottolineano le differenze ineludibili che intercorrono tra la discrezionalità pubblica e la libertà accordata dall'ordinamento alle persone fisiche.

L'attribuzione alle autonomie pubbliche del potere di ridefinire i procedimenti amministrativi non può dunque non essere accompagnata dalla esplicita riconferma della sindacabilità giurisdizionale dell'azione amministrativa anche per il vizio di eccesso di potere, unitamente al mantenimento in norma statale di quegli altri principi generali posti dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, siccome istituzionali dell'amministrazione pubblica nel nostro ordinamento, che sono peculiari della sua definizione, che fondano le ragioni di unità di un ordinamento.

6. *Attività di indirizzo e controllo degli «organi di governo» ed attività di gestione degli uffici pubblici: verso una «alleanza» con gli amministrati.*

I dipendenti instaurano con le amministrazioni pubbliche un rapporto di servizio che ha carattere professionale, volendosi individuare con tale denominazione quelle prestazioni che consentono lo svolgimento delle attività istituzionali dell'ente di appartenenza aventi ad oggetto una determinata energia lavorativa che si distingue da quelle a carattere onorario (cariche politiche o prestazioni ad opera di associazioni di volontariato) per le quali ultime il rapporto con l'istituzione trova altra e diversa causa giuridica (nella rappresentanza popolare, o nella partecipazione alla gestione).

In relazione all'indicata causa del rapporto giuridico instaurato con l'amministrazione pubblica il d. lg. 3 febbraio 1993, n. 29 ha definito un riparto di competenza fra organi di governo e organi burocratici che sottrae ai primi e attribuisce ai dirigenti ogni competenza di gestione tecnica, amministrativa e finanziaria, ivi compresa l'emanazione degli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno (art. 3).

Agli organi di governo è invece riservato unicamente, in conformità al ruolo istituzionale ad essi attribuito, il potere di emanare direttive che indicano gli obiettivi politici dell'attività dell'amministrazione, o anche il grado (politico-amministrativo) di soddisfazione dell'interesse pubblico e degli altri interessi coinvolti, emanando programmi che indicano il modo di perseguire gli obiettivi di interesse pubblico, infine poteri di controllo per la verifica dell'osservanza delle direttive così emanate.

La disposizione, definita principio generale di riforma economico sociale (art. 1), e che pertanto vincola anche le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano, pare concludere quel percorso di innovazione normativa che il legislatore aveva introdotto inizialmente per la dirigenza statale con d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, poi con d.p.r. 10 giugno 1972, n. 748.

La scelta legislativa si è forse imposta anche in ragione della prassi illegittima che taluni organi di governo dell'amministrazione avevano instaurato; spesso infatti gli organi politici, rovesciando la sequenza giuridica del procedimento amministrativo, sollecitavano i funzionari a svolgere l'istruttoria (raccolta dati, accertamenti, studi, ecc.) con favore per una decisione già assunta. L'impostazione vanificava gran parte dell'imparzialità dell'amministrazione pubblica (art. 97 della Costituzione), in-

centivando il mantenimento della segretezza sull'istruttoria e sulle conclusioni tecniche e giuridiche cui si era pervenuti.

L'accresciuta consapevolezza delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute dall'ordinamento ai destinatari della funzione pubblica si è affermata in molte recenti disposizioni di legge, fra le quali assume particolare rilievo la legge 7 agosto 1990, n. 241.

La legge impone alla pubblica amministrazione di dare comunicazione dell'inizio del procedimento⁴¹ ai destinatari della decisione e a coloro che, facilmente individuabili, possano ricevere un pregiudizio dalla stessa (art. 7). Nella comunicazione devono essere indicati l'organo dell'amministrazione competente ad emanare l'atto, l'oggetto della decisione, l'ufficio e la persona responsabile del procedimento, l'ufficio in cui è possibile prendere visione degli atti (art. 8).

La partecipazione al procedimento che conduce alla decisione è consentita sia a coloro cui deve essere comunicato l'avviso d'inizio del procedimento, sia a coloro, individui o associazioni, cui comunque possa derivare un pregiudizio. I partecipanti possono prendere visione degli atti del procedimento, nonché presentare documenti o memorie che illustrino la propria interpretazione, ovvero ciò che essi ritengono sia un corretto esercizio della discrezionalità amministrativa.

Imporre all'amministrazione pubblica di comunicare l'avviso di inizio del procedimento, consentire inoltre la partecipazione al procedimento sono discipline che hanno rotto il segreto dell'azione amministrativa, offrendo così il primo atto concreto volto a ristabilirne l'imparzialità. I funzionari pubblici ritrovano un interesse ad adempiere ai propri doveri d'ufficio aventi ad oggetto la partecipazione dei terzi, poiché sono comportamenti che favoriscono lo svolgimento dell'istruttoria pubblica, mentre la consultazione da parte degli interessati di quanto prodotto da altri (memorie e documenti) incentiva il contraddittorio, con possibilità di riduzione degli oneri istruttori un tempo a carico degli uffici.

Gli elementi necessari alla decisione vengono così forniti direttamente dagli interessati, secondo un procedimento che agevola l'imparzialità ed una adeguata azione amministrativa. L'istruttoria pubblica si arricchisce di soluzioni alternative prospettate dagli interessati in contraddittorio, di cui i funzionari debbono verificare la conformità al di-

⁴¹ Il procedimento inizia con il primo atto dell'ufficio che apre l'istruttoria, ovvero dal momento in cui la pubblica amministrazione riceve la domanda presentata da terzi (art. 2, comma 2): siano essi privati o enti soggetti pubblici diversi dall'amministrazione competente ad emanare l'atto terminale.

ritto obiettivo e alle scienze tecniche e alle disponibilità finanziarie dell'amministrazione, consentendo di riportare alla luce le scelte discrezionali che l'ordinamento ha riservato agli organi politici.

Le decisioni dell'amministrazione abbisognano di professionalità e culture differenti che corrispondono alle tipologie di attività amministrativa (vincolata, discrezionalità tecnica⁴², discrezionalità politico-amministrativa).

Un tempo il sistema legislativo attribuiva ai soli organi politici (governo, sindaco, ecc.) quasi tutte le decisioni dell'amministrazione pubblica, indipendentemente dal tipo di professionalità, o cultura, richiesta per il caso concreto⁴³, temperando il principio unicamente con il dovere dei funzionari di svolgere l'istruttoria, di esprimere pareri (legali o tecnici) sulle scelte che l'organo di governo si apprestava a compiere, infine demandando ad essi la relativa esecuzione⁴⁴.

La competenza degli organi di governo per quasi tutti gli atti dell'amministrazione ne determinava la conseguente responsabilità civile, penale o amministrativa, anche per questioni estranee alla cultura di questi, secondo un processo che si è aggravato in ragione dell'evoluzione delle scienze e del diritto, poiché l'attività amministrativa ha raggiunto complessità che non possono non essere affrontate con dedizione professionale.

L'art. 3 del d. lg. 3 febbraio 1993, n. 29⁴⁵ stabilisce con norma ge-

⁴² La discrezionalità tecnica definisce le scelte della pubblica amministrazione che possono dipendere da valutazioni che sono rimesse alle scienze (mediche, ingegneristiche, architettoniche, musicali, ecc.). I dipendenti pubblici esperti nella materia (medici negli ospedali pubblici, ingegneri e geometri dell'ufficio tecnico di un comune, ecc.) analizzano il caso e indicano la soluzione che secondo il progresso scientifico appare preferibile, ovvero le soluzioni tecnicamente ammissibili. Le due ipotesi non sono equivalenti poiché, pur avendo l'ordinamento riservato in entrambi i casi la scelta alla pubblica amministrazione, nel primo la decisione è assunta in forza di regole (interpretazioni) e di valutazioni (discrezionalità) definite dalla tecnica (non diritto, non politica), cioè da chi nell'organizzazione amministrativa è istituzionalmente preposto a conoscere e svolgere tale funzione, nel secondo invece la tecnica offre unicamente una selezione preliminare di varie soluzioni tutte utili al caso concreto e fra esse alternative, rimettendo la scelta ad una valutazione politica (discrezionalità mista, tecnica e amministrativa).

⁴³ All'organo di governo politico era demandato il potere di decidere ogni volta l'acquisto del combustibile necessario a riscaldare una scuola, autorizzare un dipendente a fruire del congedo per maternità, o malattia, ripartire fra i richiedenti il buono casa, ecc.

⁴⁴ Il sistema è giunto in taluni casi a configurare l'ipotesi del parere (tecnico) vincolante (che si distingue dal conforme che consente all'amministrazione di non emanare l'atto per il quale è stato chiesto il parere), secondo una *factio* giuridica idonea a mantenere, seppure formalmente, la decisione in capo agli organi di governo.

⁴⁵ Il principio trova già enunciazione nella legge 8 giugno 1990, n. 142. L'apparente conflitto tra l'art. 35, comma 2, che definisce la competenza residuale della giunta e l'art. 51, comma 3, che del pari afferma una competenza residuale dei dirigenti, è superabile in ragione del principio enunciato nella seconda parte del comma 2 dell'art. 51: «che si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo spettano agli organi elettivi, mentre la gestione amministrativa è attribuita ai dirigenti».

nerale di riforma economico-sociale che gli «organi di governo definiscono gli obiettivi ed i programmi da attuare e verificano la rispondenza dei risultati della gestione amministrativa alle direttive generali impartite» (comma 1).

«Ai dirigenti spetta la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, compresi gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane e strumentali e di controllo. Essi sono responsabili della gestione e dei relativi risultati» (comma 2).

Separate le competenze tra organi di governo e organi burocratici dell'amministrazione pubblica è stato possibile rideterminare la sequenza di tutti i procedimenti amministrativi, riservando anzitutto agli organi di governo la definizione di obiettivi o programmi con atti che sono presupposto dei singoli procedimenti e che esauriscono ogni decisione di rilevanza politica dell'amministrazione pubblica.

Agli uffici è invece riservata la competenza ad emanare ogni atto, anche a rilevanza esterna, utile a conseguire gli obiettivi indicati dagli organi di governo, ovvero a realizzare i programmi⁴⁶ di opere o servizio pubblico dagli stessi emanati.

L'indicato riparto di competenza viene a rafforzare la riforma dell'amministrazione pubblica italiana, che nuovo impulso ha ricevuto con le leggi del 1990, in particolare con la legge 7 agosto 1990, n. 241, con la quale sono state espressamente poste le norme generali sui procedimenti amministrativi e sul diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Agli uffici spetta pertanto ogni atto d'amministrazione non riservato agli organi di governo dell'ente⁴⁷: dalla comunicazione dell'inizio del procedimento (art. 7, legge n. 241 del 1990 cit.), al completamento dell'istruttoria da parte del responsabile del procedimento (art. 6, legge n. 241 del 1990 cit.), il quale valuta anche le condizioni di ammissibilità e i presupposti rilevanti per l'emanazione del provvedimento, chiede la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete, provvede d'ufficio all'acquisizione degli atti che l'interessato dichiara in possesso di una qualsiasi pubblica amministrazione (art. 18, comma 2, legge n. 241 del 1990 cit.), sino all'emanazione dell'atto finale, ove rientri nella sua competenza (art. 6, lettera d, legge n. 241 del 1990 cit.).

In capo ai dirigenti si imputa non solo il dovere di procedere ad istruire

⁴⁶ Un programma annuale dei lavori pubblici per ciascuna amministrazione è previsto espressamente dalla legge 11 febbraio 1991, n. 109, art. 14.

⁴⁷ In tal senso l'art. 51, comma 3, della legge n. 142 del 1990 cit.

re i procedimenti, acquisendo documenti e pareri, disponendo gli accertamenti e gli esperimenti tecnici necessari, in contraddittorio con gli interessati (partecipazione), ma è attribuita senz'altro la competenza ad emanare tutti gli atti che hanno ad oggetto soluzioni tecniche, giuridiche, organizzative e finanziarie, utili a perseguire gli obiettivi indicati dagli organi politici nelle direttive da questi emanate (d. lg. n. 29 del 1993 cit., artt. 3, 16, 17).

Agli uffici sono demandati non solo i tradizionali poteri interni di «gestione finanziaria» e di «organizzazione delle risorse umane e di controllo», ma anche, in ragione degli indirizzi degli organi di governo, l'attribuzione di competenze (atti a rilevanza esterna) in materia finanziaria (atti del procedimento di entrata e di spesa), tecnica (atti a discrezionalità tecnica)⁴⁸ e di gestione amministrativa in cui difetta ogni discrezionalità, poiché sono atti di interpretazione di norme generali e astratte (attività vincolata).

Riparto di competenza che normalmente si correla alla distinzione tra rapporto di servizio onorario (ministro, sindaco, assessore) e professionale (di lavoro autonomo o subordinato), che si instaura tra l'ente e le persone fisiche che sono rispettivamente investite della carica di organo di governo, proposte ad un organo burocratico, in ragione della diversa cultura di riferimento nell'uno e nell'altro caso.

Riparto di competenza che pare correlato inoltre con le norme della legge n. 241 del 1990 cit., che disciplinano la partecipazione ai procedimenti (artt. 7 e 8) e l'accesso ai documenti «comunque utilizzati ai fini dell'attività amministrativa» (artt. 22 e 23).

Non pare infatti revocabile in dubbio che gli atti attribuiti alla competenza degli organi burocratici⁴⁹ siano normalmente sottoposti alle indicate norme generali della legge sul procedimento amministrativo e sull'accesso ai documenti amministrativi, che deve essere condotta imparzialmente, poiché ogni considerazione politica di parte è stata assolta con l'emanazione degli atti generali di competenza degli organi di rappresentanza degli interessi (organi di governo).

L'indicato riparto di competenza tra organi dell'amministrazione che

⁴⁸ Immediato è il richiamo, salvo norme d'eccezione, al rilascio di una concessione edilizia, ovvero di una licenza commerciale, ovvero dell'autorizzazione di esercizi pubblici, in conformità ai relativi piani.

⁴⁹ Salvo norme speciali (cfr. legge 8 giugno 1990, n. 142, art. 3; legge 28 gennaio 1977, n. 10, art. 13), gli atti normativi, quelli amministrativi generali, i piani e i programmi sono esclusi dalla disciplina sulla partecipazione (art. 13), nonché l'accesso ai relativi atti preparatori (art. 24, comma 6), tra i quali rientrano sicuramente gli atti di indirizzo degli organi di governo di cui all'art. 3 d. lg. n. 29 del 1993 cit.

separa la «gestione» dai poteri di indirizzo e di controllo, unitamente alle norme che ammettono la partecipazione ai procedimenti di destinatari e all'oposto dei controinteressati all'emanazione dell'atto, nonché delle persone giuridiche pubbliche o private (associazioni, comitati, ecc.) titolari di interessi diffusi cui possa derivare un pregiudizio dall'emanazione dell'atto (art. 9), pare riaprire «una nuova alleanza» tra rappresentanti e amministrati, contro il «cattivo funzionamento» degli uffici pubblici.

7. *L'amministrazione per obiettivi, la revoca degli incarichi e la risarcibilità dei danni arrecati all'ente fra Tribunali amministrativi regionali e sezioni regionali della Corte dei conti.*

L'attribuzione della gestione amministrativa ai dirigenti è correlata dal legislatore al potere degli organi di governo di verificare «la rispondenza dei risultati della gestione alle direttive generali impartite» (art. 3, d. lg. n. 29 del 1993). Il sistema delle norme che disciplinano le relazioni giuridiche tra organi di governo ed organi burocratici pare escludere il tradizionale rapporto di gerarchia³⁰, poiché la limitazione della competenza dei primi alla categoria delle direttive esclude la possibilità di questi di impartire ordini ai dirigenti e conseguentemente a qualsiasi altro dipendente pubblico.

Conferme di un'assenza di un rapporto gerarchico possono essere tratte dall'attribuzione agli organi di governo del potere di revoca degli incarichi dirigenziali, sia per inosservanza delle direttive, sia a seguito di eventuali risultati negativi di gestione³¹, con sanzioni che non escludono una responsabilità civile, penale, o amministrativa della persona fisica preposta all'ufficio di dirigente, per i fatti compiuti al servizio dell'amministrazione pubblica.

In entrambi i casi si tratta di sanzioni conseguenti ad un controllo

³⁰ In tal senso di recente Corte dei conti, Sezione contr. st. 28 luglio 1995, n. 104, in «Foro italiano», III (1996), pp. 608-9. Si veda l'art. 14, comma 3, d. lg. n. 29 del 1993 cit.: «Gli atti di competenza dirigenziale non sono soggetti ad avocazione da parte del Ministro, se non per particolari motivi di necessità ed urgenza specificatamente indicati nel provvedimento di avocazione, da comunicare al Presidente del Consiglio dei Ministri». Infine l'art. 36, comma 1, che individua in capo al sindaco e al presidente della provincia unicamente un potere di sovrintendenza. Cfr. infine l'art. 17, comma 2, del d. lg. n. 29 del 1993 cit., ove si afferma che il dirigente degli uffici periferici dell'amministrazione statale è «sovraordinato agli uffici di livello inferiore».

³¹ Art. 36, comma 5 *ter*, legge n. 142 del 1990. L'art. 20, comma 9, d. lg. n. 29 del 1993 cit., riprendendo la disposizione del d.p.r. 30 giugno 1972, n. 748, art. 19, prevede il collocamento a disposizione del dirigente con perdita del trattamento economico accessorio connesso alle funzioni.

sull'attività dei dirigenti, ma che sono riferite però ad un carattere istituzionale che appare affatto differente nelle due ipotesi: l'una (revoca) è relativa al rapporto interorganico che sottopone la gestione dei dirigenti alle direttive impartite dagli organi di direzione politica, ai quali è riservata l'indicazione degli obiettivi da perseguire e dei programmi da attuare³², l'altra (responsabilità) pare invece correttamente intesa ove riferita al rapporto di servizio che con l'amministrazione pubblica instaura la persona fisica preposta all'ufficio di dirigente.

Per la prima gli organi di direzione politica si valgono di «servizi di controllo interno, o di nuclei di valutazione³³, con il compito di verificare (comparazione tra costi e rendimenti), la realizzazione degli obiettivi, la corretta ed economica gestione delle risorse pubbliche, l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa»³⁴.

Con riferimento al rapporto di servizio da tempo si è denominata *responsabilità amministrativa* la disciplina che sottopone i dipendenti pubblici al risarcimento dei danni cagionati all'ente di appartenenza per comportamenti che violino i relativi doveri d'ufficio³⁵.

La cosiddetta «responsabilità dirigenziale» pare specificazione della responsabilità amministrativa ove correttamente sia correlata ai doveri d'ufficio che l'ordinamento ha attribuito ai dirigenti, definendoli «responsabili del risultato dell'attività svolta dagli uffici ai quali sono preposti, della realizzazione dei programmi e dei progetti loro affidati in relazione agli obiettivi, dei rendimenti e dei risultati della gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, incluse le decisioni organizzative e di gestione del personale»³⁶.

Competenza dirigenziale non priva dei poteri necessari poiché possono assumere ogni determinazione per l'organizzazione degli uffici al fine di assicurare l'economicità, la speditezza e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa, compreso (nelle materie sottoposte alla disciplina del codice civile) l'esercizio dei poteri del priva-

³² Art. 14, comma 1, d. lg. n. 29 del 1993: il ministro entro sessanta giorni dall'approvazione del bilancio «definisce obiettivi i programmi da attuare, indica le priorità ed emana le conseguenti direttive generali».

³³ Tali uffici operano in posizione di autonomia e rispondono esclusivamente agli organi di direzione politica (art. 20, comma 3, d. lg. n. 29 del 1993 cit.).

³⁴ Art. 20, comma 2, d. lg. 3 febbraio 1993, n. 29. In parte diversa è la disciplina degli enti locali, poiché il potere di sovrintendenza del sindaco sul funzionamento di uffici e servizi (art. 36, comma 1) è posto in diretta relazione con quello di sovrintendenza del segretario di cui all'art. 52, comma 3, legge 8 giugno 1990, n. 142.

³⁵ D.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, art. 18; r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, art. 52; r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 81.

³⁶ Art. 20, d. lg. n. 29 del 1993 cit.; art. 51, comma 1 e 2, legge n. 142 del 1990 cit.

to datore di lavoro, con facoltà di adottare tutte le misure inerenti all'organizzazione ed alla gestione dei rapporti di lavoro (art. 4, d. lg. 29 del 1993 cit.).

In tale quadro normativo la disciplina sulla responsabilità civile, penale, o amministrativa dei dirigenti, sicuramente agevola l'affermazione di un riparto di competenza tra organi di direzione politica ed organi burocratici, poiché è preferibile che le decisioni che derivano dall'interpretazione di norme giuridiche (attività amministrativa vincolata) al pari di quelle adottate in ragione delle scienze (discrezionalità tecnica) siano riservate a professionisti (dirigenti) che istituzionalmente hanno le relative professionalità, mantenendo agli organi di governo unicamente le competenze di carattere politico-amministrativo per le quali le persone sono investite dell'ufficio in rappresentanza di interessi di categoria o territoriali.

Gli uffici dell'amministrazione pubblica si caratterizzano nel nostro ordinamento per il carattere istituzionale di essere sottoposti alle direttive degli organi di indirizzo politico e ai giudici. Il controllo giurisdizionale si afferma ogni qualvolta l'amministrazione (gli uffici) abbia emanato atti invalidi, o abbia recato danni in violazione dei doveri che impongono ai dirigenti economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa (risultati).

L'indicata evoluzione della disciplina giuridica che impone agli uffici di ottenere i risultati indicati dagli organi politici, nonché un corretto impiego delle risorse umane e finanziarie ad essi assegnati, ha portato all'istituzione in ogni regione d'Italia delle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, nonché degli uffici della relativa procura regionale che è competente a promuovere l'azione di responsabilità in cui fossero incorsi i pubblici funzionari.

In attuazione dell'art. 125, comma 2, della Costituzione³⁷, si è affiancato al primo grado del giudice della legittimità degli atti (Tribunali amministrativi regionali, con appello alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato) il primo grado (sezioni regionali) del giudice che conosce del buon andamento dell'azione amministrativa (Corte dei conti) ed in particolare della responsabilità per i danni arrecati all'ente pubblico.

Dalla disciplina giuridica del procedimento amministrativo come definizione della validità degli atti si perviene dunque alla valutazione

³⁷ «Nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica. Possono istituirsi sezioni con sede diversa dal Capoluogo della Regione» (art. 125, comma 2, della Costituzione).

dell'efficienza, efficacia ed economicità (buon andamento) dell'azione amministrativa, secondo un percorso evolutivo che appare conseguente e non contraddittorio. Legittimità degli atti e buon andamento dell'azione degli uffici pubblici non possono essere intese come discipline necessariamente alternative, la cui affermazione dell'una nega l'altra, ma delimitazioni che concorrono a delineare l'attività e la struttura delle organizzazioni nel nostro ordinamento giuridico, poiché ciascuna per propria parte è utile ad una corretta definizione istituzionale³⁸.

Efficienza, efficacia ed economicità come parametri di valutazione dell'attività dell'amministrazione pubblica, della sua idoneità a conseguire con minori costi e maggiore precisione gli obiettivi di pubblico interesse, con conseguente beneficio per i destinatari di scelte amministrative per essi di favore, che non può certo consentire di dimenticare le ragioni di legittimità di coloro che sono titolari di interessi sacrificati dalla stessa azione amministrativa.

Si può accettare la prevalenza di un interesse pubblico rispetto al proprio interesse individuale, anche per dovere di solidarietà sociale, ma unicamente ove l'esercizio del potere pubblico sia esente da vizi di legittimità, cioè da quelle censure che sono state all'origine della giustizia amministrativa, come l'ingiustizia grave e manifesta, il travisamento dei fatti, la violazione di prassi amministrative, che di frequente sono un sintomo di irragionevolezza, o disparità di trattamento tra gli amministrati.

Complementarità dunque dei due organi di giustizia amministrativa: dei Tribunali amministrativi regionali per l'annullamento con effetto *erga omnes* degli atti amministrativi illegittimi; della Corte dei conti per i danni arrecati all'amministrazione pubblica non conformi alle valutazioni di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Esse, unitariamente intese, definiscono l'area del sindacato giurisdizionale delle norme poste dall'ordinamento giuridico per una corretta azione amministrativa, nel precipuo interesse dell'amministrazione pubblica, che indica un fondamento di diritto sostanziale alle ragioni che sono di favore ad una riunificazione delle diverse giurisdizioni amministrative.

Il completamento degli organi regionali di primo grado della giustizia amministrativa è strettamente correlato all'enunciazione espressa dai principî dell'azione amministrativa dell'efficienza, efficacia ed econo-

³⁸ Per le organizzazioni private si vedano gli artt. 22 e 23, cod. civ.; nonché artt. 2377 e 2393 cod. civ.

micità, di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché dalla successiva rivalutazione della categoria dell'atto generale (programmi) come normale strumento di lavoro dell'amministrazione pubblica che deve procedere secondo programmi e progetti (artt. 3 e 20, d. lg. n. 29 del 1993 cit.) utili a conseguire il risultato che si ritiene possa soddisfare l'interesse pubblico.

Predeterminazione delle modalità di perseguimento del pubblico interesse in un atto generale che individua il parametro di riferimento del giudizio di un buon andamento dell'azione amministrativa e consente di risolvere l'eventuale inadempimento di programmi e progetti in una valutazione di sfavore per l'operato degli uffici pubblici cui gli stessi sono stati affidati (art. 20, d. lg. n. 29 del 1993 cit.) con conseguente risarcimento del danno recato all'amministrazione pubblica per violazione dei relativi obblighi d'ufficio (art. 53, r.d. 12 luglio 1934, n. 1214).

Programmi e progetti, in breve atti generali come parametri di giudizio sul buon andamento dell'azione amministrativa che, come si avrà modo di riferire, possono costituire il fondamento giuridico di un'azione di risarcimento non solo per i danni arrecati dai dipendenti all'amministrazione pubblica, ma anche per inadempienze o ritardi che gli stessi dipendenti possono avere inflitto ai destinatari dell'azione amministrativa⁹⁹.

L'art. 28 della Costituzione dà fondamento e consistenza ad una responsabilità individuale di coloro che hanno agito in qualità di componenti della pubblica amministrazione, ivi compresi i dirigenti che si è visto responsabili dell'attuazione di programmi e progetti loro affidati, poiché questi possono essere chiamati da coloro cui hanno recato danno, con azioni od omissioni, a risponderne direttamente davanti al giudice ordinario.

8. *La disciplina unitaria dell'azione amministrativa e il risarcimento dei danni come sanzione dell'inadempimento.*

Nella disciplina dell'attività dell'amministrazione pubblica è parso utile procedere ad elaborare i limiti di validità degli atti amministrativi, cioè anzitutto i limiti entro i quali è attribuita ad un'amministrazio-

⁹⁹ Per una equiparazione ai rapporti paritetici di ordine interprivato (diritti di credito) dei rapporti amministrativi che si instaurano con un'amministrazione che ha assunto, prevalentemente, struttura e funzioni di uno Stato di servizi cfr. M. NIGRO, *La giurisprudenza amministrativa e le trasformazioni dell'amministrazione, alcune riflessioni sulle conseguenze sostanziali degli assetti processuali*, in AA.VV., *Studi per il centenario della IV sezione del Consiglio di Stato*, Roma 1989, pp. 574-75.

ne pubblica il potere di risolvere i conflitti tra gli amministrati (area della mediazione della pubblica amministrazione), cui si è affiancato il generale sindacato giurisdizionale (giustizia amministrativa) sull'osservanza da parte della pubblica amministrazione delle regole procedurali che disciplinano l'esercizio di tale potere di composizione degli interessi (legittimità).

Sotto altro profilo e secondo una diversa direzione di ricerca si è pervenuti a individuare i limiti entro i quali la disciplina dell'attività dell'amministrazione pubblica consente di ottenere un risarcimento dei danni, distinguendosi quelli causati dall'ente pubblico a terzi (compresi i destinatari di provvedimenti amministrativi), da quelli invece causati all'ente da funzionari o dipendenti.

Disciplina dell'attività dell'amministrazione pubblica che unitariamente intesa è al tempo stesso disciplina sulla validità degli atti e disciplina della risarcibilità dei danni causati dalla pubblica amministrazione o dai suoi appartenenti, secondo una ricomposizione che, se non consente di affermare una totale identità tra invalidità e risarcibilità, certo non può negarne le ineludibili interrelazioni.

È normale ritenere che sia risarcibile il danno causato dall'esecuzione di un atto emanato dall'amministrazione pubblica ove l'atto sia in contrasto con le norme dell'ordinamento giuridico, cioè sia invalido, distinguendosi poi coloro che vedono limitata tale possibilità alle ipotesi di lesione di un diritto soggettivo (illiceità, violazione di norme di relazione)⁶⁰ da altri che vogliono estendere il risarcimento del danno anche alla lesione degli interessi legittimi (illegittimità, violazione di norme di azione)⁶¹.

Quest'ultima prospettazione ritiene di favorire un'evoluzione storica. L'ampliamento dell'area della invalidità degli atti amministrativi (incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge) avvenuta alla fine del secolo scorso con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Sta-

⁶⁰ Costante orientamento della giurisprudenza della Corte di cassazione (cfr. per tutte Cassazione, Sezioni unite, 5 marzo 1993, n. 2667, in «Foro italiano», I (1993), c. 3062, che esclude la rilevanza della disposizione di cui all'art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, ai fini della configurazione nel nostro ordinamento giuridico di un principio generale di risarcibilità degli interessi legittimi; in dottrina nega la risarcibilità degli interessi legittimi in quanto «sintesi di poteri strumentali» (NIGRO, *Giustizia amministrativa* cit., p. 97; si vedano anche E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova 1954³, pp. 33-34; A. ROMANO, *Risarcimento dei danni per violazione di interessi in materia di appalti pubblici. Relazione al XLIII Convegno di Varenna su «Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi»*, Villa Monastero, 18-20 settembre 1997 (in corso di pubblicazione).

⁶¹ In tal senso F. SATTI, «Responsabilità della pubblica amministrazione», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano 1988, pp. 1369-70; F. G. SCOCA, «Interessi protetti (dir. amm.)», in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVII, Roma 1989, pp. 16-17.

to non consente di procrastinare, a più cento anni di distanza, la compiuta risarcibilità, non solo dei diritti soggettivi, ma anche delle altre posizioni soggettive denominate interessi legittimi, senza più alcuna distinzione tra le due diverse invalidità degli atti amministrativi (illegittimità-illiceità).

Progresso storico che si intravede in una tutela giurisdizionale che è stata prima accordata ai diritti soggettivi (giurisdizione ordinaria) con la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni ad essi arrecati, poi in quella *semiplena* degli interessi legittimi (giurisdizione amministrativa) limitata tuttavia al solo annullamento degli atti emanati dall'amministrazione pubblica.

Prospettazione suggestiva che consente di concludere per l'introduzione nel nostro ordinamento di una norma volta ad accordare sempre una tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione, che sia comprensiva anche del risarcimento dei danni che l'amministrazione abbia eventualmente arrecato a terzi. La contrapposizione indicata se ha avuto l'indubbio merito di richiamare l'attenzione del dibattito teorico degli ultimi quarant'anni⁶² sulla disciplina giuridica del risarcimento dei danni causati dall'amministrazione pubblica, pare nel tempo avere dimenticato che la gran parte dei casi per i quali si sente la necessità di una tutela giurisdizionale per i danni causati dalla pubblica amministrazione non dipende, se non marginalmente, dalla invalidità degli atti dell'amministrazione pubblica, al contrario si può affermare che in taluni casi è proprio l'invalidità degli atti ad escludere la risarcibilità dei danni.

L'esempio più significativo è dato dalla responsabilità dell'amministrazione per i «disservizi», cioè per i danni conseguenti all'inosservanza delle prestazioni di servizio pubblico, definite dalle carte di servizi, dai programmi, o dai regolamenti di servizio pubblico, che il danneggiato non intende impugnare come illegittimi, ma al contrario di cui pretende l'esatto adempimento.

In tali casi l'«utente» si lamenta di un danno che deriva da un comportamento del gestore di servizio pubblico che appare in violazione di quanto promesso in programmi, regolamenti, o carte di servizi, cioè è un comportamento che appare inadempiente ad avergli recato un danno.

Nella gran parte dei casi di cattivo funzionamento dei pubblici servizi la questione del risarcimento del danno non è molto dissimile dal caso di chi invochi un risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale, ove il danneggiato è interessato ad affermare la validità dell'atto (contratto o promessa) e la questione dell'invalidità di esso può esse-

⁶² E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino 1953.

re al più di rilievo per il danneggiante che intenda negare il proprio debito di prestazione, invocando la nullità o eccependo l'annullabilità del fondamento invocato dal danneggiato.

Questione teorica che non pare molto dissimile dai casi in cui l'adempimento dell'amministrazione pubblica non consista in un comportamento (erogazione di servizi pubblici), ma nell'emanazione di un atto cui è tenuta per legge, per regolamento o per atto generale dell'amministrazione pubblica.

Qualora il rilascio di una concessione edilizia sia stato dall'amministrazione pubblica negato illegittimamente, poiché la domanda dell'interessato era conforme alla vigente disciplina urbanistica⁶³, al pari del caso in cui sia negata la cittadinanza italiana in violazione della legge che la disciplina, si apre immediatamente la questione della configurazione di un inadempimento dell'amministrazione che era tenuta ad un determinato comportamento: emanare un atto in conformità alla legge, ovvero cui si era autolimitata con regolamento, o con atto generale.

Ove manchi ogni discrezionalità dell'amministrazione pubblica si è lontani dalla delicata questione della risarcibilità delle scelte d'amministrazione affidate agli organi di rappresentanza politica, ma al tempo stesso la prospettazione consente di acquisire alla tutela giurisdizionale che comprende il risarcimento del danno ipotesi che oggi appaiono escluse.

L'evoluzione aprirebbe tuttavia altra e diversa questione che pare sinora non emersa nel dibattito intorno alla risarcibilità degli interessi legittimi, che attiene al carattere patrimoniale dei beni giuridici cui l'ordinamento può riconoscere il diritto al risarcimento del danno per equivalente (in denaro) ed occorre riconoscere che la questione si pone con particolare delicatezza per le ipotesi di atti viziati per eccesso di potere.

È noto infatti che il vizio di eccesso di potere è un sindacato che valuta a posteriori la logicità delle scelte discrezionali affidate dall'ordinamento normalmente ad organi di rappresentanza politica dell'ammi-

⁶³ Cassazione, Sezioni unite, 5 marzo 1993, n. 2667 cit. che, ragionando con riferimento alla responsabilità extracontrattuale e al diritto reale di proprietà, nega il risarcimento dei danni per illegittima sospensione del provvedimento di rilascio di una concessione edilizia, pur in presenza di uno strumento urbanistico che prevede l'edificabilità della zona interessata; ciò sulla base della considerazione che la pubblica amministrazione può comunque esercitare discrezionalità in ordine alle concrete modalità con cui viene richiesto l'esercizio dello *ius aedificandi* e che, in ogni caso, non è dimostrata l'equazione «mancanza di discrezionalità - diritto soggettivo» ogniqualvolta il difetto di discrezionalità sia ispirato alla tutela di un pubblico interesse. Da ultimo si veda la legge 15 marzo 1997, n. 59, art. 11, comma 1, lett. g, che conferisce al governo la delega ad emanare un decreto legislativo avente ad oggetto l'estensione della giurisdizione del giudice amministrativo anche per controversie aventi ad oggetto il «risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici».

nistrazione pubblica, ove il giudice si spinge sino ai limiti delle scelte di merito che attengono alla mediazione degli interessi pubblici e privati che nel caso si sono contrapposti.

Sindacato sulle scelte operate dall'amministrazione in esercizio di una funzione che si è sempre riconosciuta priva dei caratteri patrimoniali propri dell'esercizio dei poteri accordati ai privati in materia di obbligazioni e contratti (1173 cod. civ.), secondo un costrutto che ha portato talvolta a riconoscere gli stessi interessi legittimi come posizioni soggettive indisponibili al titolare (nullità della transazione).

La questione sociale di una generale «risarcibilità degli interessi legittimi», cioè dei danni conseguenti a qualsiasi illegittimità commessa dall'amministrazione pubblica nell'emanazione dei propri atti, ivi compresi i casi di eccesso di potere, è scelta di rilievo che trasforma la natura giuridica dell'esercizio delle funzioni pubbliche, con i conseguenti timori cui verrebbero esposti gli organi politici che si accingono ad operare scelte discrezionali.

La «risarcibilità degli interessi legittimi» pare infatti aprire a improprie valutazioni di carattere patrimoniale che appaiono lontane dalla nostra tradizione giuridica, ove si è cercato di indirizzare l'uso della funzione amministrativa all'unico perseguimento del pubblico interesse, ritenendo invece a tal fine giuridicamente irrilevante il valore patrimoniale degli interessi pubblici o privati che ne risultino coinvolti⁶⁴.

Affermare la risarcibilità per equivalente (in denaro) degli interessi legittimi significa aprire a valutazioni di carattere patrimoniale dei destinatari dell'azione amministrativa, considerando alla stessa stregua ogni posizione soggettiva nel nostro ordinamento, anche ove sia stata operata una scelta esattamente contraria, definendo interessi che si è voluto estranei ad ogni considerazione venale.

In via teorica la questione della «risarcibilità degli interessi legittimi» parrebbe frutto di un equivoco: chiedere l'applicazione anche agli interessi legittimi della disciplina giuridica del risarcimento del danno elaborata per i diritti soggettivi non consente di comprendere che l'ordinamento può essere pervenuto a riconoscere agli interessati veri e propri diritti soggettivi ad ottenere la prestazione promessa dall'amministrazione pubblica, ad accordare in definitiva ai destinatari dell'azione amministrativa un diritto di credito.

⁶⁴ Affermare il risarcimento del danno conseguente ad una insufficiente istruttoria o motivazione ovvero ad una non adeguata ponderazione degli interessi pubblici o privati significa attrarre alla sfera del giuridicamente rilevante considerazioni di ordine patrimoniale che potrebbero portare gli organi dell'amministrazione a riservare maggiore considerazione a coloro che rivolgono all'amministrazione istanze la cui negazione può recare ingenti danni.

Proseguendo nell'esempio si deve osservare che ove l'amministrazione pubblica abbia definito con l'atto programma le prestazioni di un determinato servizio pubblico da erogare ai destinatari, a questo è riconosciuto un diritto di credito ad ottenere le indicate prestazioni, diritto di credito il cui contenuto è definito dal programma di servizio pubblico, che può venire meno, in tutto o in parte, in ragione delle modificazioni adottate in conformità al suo procedimento di emanazione.

Programma di servizio che l'amministrazione definisce discrezionalmente, tenuto conto anche dei fabbisogni finanziari al fine necessari, ma che infine sfocia nella definizione delle prestazioni che si intende accordare agli «utenti».

Affermare la presenza di un diritto di credito al servizio significa attribuire rilevanza patrimoniale al rapporto tra utente e soggetto prescelto dall'amministrazione per l'erogazione del servizio, con soluzione che pare sicuramente compatibile con i servizi pubblici «a carattere imprenditoriale», che forse richiede approfondimenti ove tale carattere manchi, come nei servizi sociali affidati in concessione ad associazioni di volontariato, o a fondazioni.

Sostenere la risarcibilità degli interessi legittimi significa dunque ad un tempo negare la trasformazione delle posizioni soggettive che l'ordinamento ha riconosciuto come diritti soggettivi⁶⁵, cioè anzitutto il carattere patrimoniale, cui segue l'applicazione della disciplina del risarcimento per equivalente del valore del danno.

Al contrario la posizione di interesse legittimo è nozione che richiama altra e diversa disciplina giuridica, del tutto compatibile con l'annullamento dell'atto ove è assente un carattere patrimoniale, che è stata elaborata proprio per affiancare alla preesistente tutela dei diritti soggettivi un altro sindacato giurisdizionale, ideato proprio per mantenere e non affievolire le peculiarità delle due differenti posizioni soggettive.

La qualificazione di una posizione soggettiva come diritto soggettivo o interesse legittimo è sintomo degli sviluppi di un ordinamento giuridico, con la conseguenza che appare preferibile mantenere ogni strumento utile al fine, evitando di eliminare distinzioni che sono parse necessarie ad impedire ogni tentativo di «affievolire» la posizione di diritto soggettivo attraverso una parziale «promozione» dell'interesse legittimo.

Scelte di diritto positivo che alternativamente possono giungere si-

⁶⁵ ROMANO, *Risarcimento dei danni* cit.; cfr. NIGRO, *La giustizia amministrativa* cit., p. 100; A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in «Foro italiano», V (1997), pp. 168-69.

no ad eliminare la distinzione diritti soggettivi ed interessi legittimi, individuando altre e diverse posizioni, che l'analisi teorica ha il dovere di rivelare e classificare, essendo tuttavia consapevoli che la caduta della distinzione pone in crisi entrambe le definizioni con superamento della tradizionale tutela che gli interessi legittimi e i diritti soggettivi hanno dalla fine del secolo scorso accordato ai destinatari dell'azione amministrativa.

9. *Il «senso del diritto soggettivo» e della «legalità amministrativa» nelle prospettive di riforma della giustizia nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione.*

Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo ha mantenuto nel tempo la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, unitamente ad una specializzazione giuridica dei giudici appartenenti al complesso costituito dai Tribunali amministrativi regionali e dal Consiglio di Stato, nonché alla Corte dei conti⁶⁶ ivi comprese le relative sezioni giurisdizionali regionali.

Al giudice ordinario l'ordinamento attribuisce la funzione di definire in concreto ciò che appartiene nel nostro ordinamento ai singoli come posizione di diritto soggettivo anche nei confronti dell'amministrazione pubblica, al tempo stesso i poteri di quest'ultima ad essa attribuiti per la cura di interessi pubblici, in altre parole il compito storico di rendere generale e conservare nel tempo il senso concreto della definizione (astratta) dei diritti soggettivi accordati a ciascuno dalla legge.

Senso concreto dei diritti soggettivi al pari di un senso concreto dei bisogni di socialità, di ciò che appare necessario a tutti mantenere come definizione di interessi pubblici, con l'individuazione di un limite oltre il quale non appare accettabile che i beni siano «privati», cioè sottratti a tutti per essere a taluno riservati.

Senso concreto dei diritti soggettivi e dei poteri pubblici ogni qualvolta ricordato con sentenze del giudice ordinario che hanno accertato il potere dell'autorità di riaffermare la qualità pubblica di una strada o di un edificio, o il potere di espropriazione della proprietà privata per la costruzione di ferrovie o di strade, di abitazioni di edilizia economi-

⁶⁶ D.L. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito in legge 20 dicembre 1996, n. 639, art. 3, che modifica l'art. 1, comma 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20: «La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo e con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali».

co-popolare o di ospedali, di scuole o di linee di telecomunicazione, unitamente ad altre sentenze che hanno negato che sussista nel nostro ordinamento un potere dell'amministrazione di disporre il sequestro di stampati della stampa periodica per motivi politici, o di sottoporre ad autorizzazione prefettizia la manifestazione di una fede religiosa, unicamente perché vi era grave pericolo per l'ordine pubblico.

In tempi di democrazia matura la distinzione tra giurisdizioni e posizioni soggettive può apparire sottile, forse superata dalla insoddisfaccente tutela giurisdizionale imposta dal numero di coloro che della stessa negli ultimi anni hanno usufruito, poiché può apparire essenziale ottenere tutela senza indagare troppo sul titolo giuridico (diritti o interessi) in forza del quale si vuole ottenere soddisfazione nei confronti dell'amministrazione pubblica.

L'attribuzione al giudice ordinario della definizione concreta del diritto soggettivo e dei casi in cui sussiste un potere pubblico ha tuttavia creato nel tempo una cultura differenziata rispetto a quella sui limiti di legittimità dell'azione amministrativa (che invece è stata riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo). Si è così distinta la cultura giurisdizionale che opera un sindacato sulla scorretta amministrazione della cosa pubblica, dall'accertamento dei diritti soggettivi, la quale invece nega ogni sfera giuridica del pubblico potere.

Sottile distinzione forse, ma che anche presso il giudice ordinario si è affermata con la volontaria giurisdizione, indicata per questioni diverse da quelle relative alla tutela dei diritti soggettivi individuali, che ricompare inoltre nelle sentenze del pretore del lavoro quando deve giudicare di uno scorretto esercizio del potere imprenditoriale, raggiungendo definizioni, o argomentazioni («abuso di potere»), che molto si avvicinano alle elaborazioni della giustizia amministrativa.

La configurazione di un crescente sindacato giurisdizionale per uno scorretto esercizio di un potere finalizzato al raggiungimento di un interesse collettivo (scopo sociale) potrebbe trovare nuovo impulso con il proliferare delle organizzazioni senza scopo di lucro, ove il sindacato giurisdizionale sugli atti di amministrazione di fondazioni, associazioni, o società cooperative potrebbe ripercorrere le note vicende dell'elaborazione giurisprudenziale sul vizio di eccesso di potere.

Un sindacato giurisdizionale che appare diverso dalla tutela dei diritti soggettivi, nel senso tradizionale che ad essi è comunemente ricondotto, che sinora è stato svolto per gran parte dal giudice amministrativo ed eccezionalmente, per settori determinati, dal giudice ordinario, elaborando il primo una cultura giurisdizionale che potrebbe divenire un patrimonio utile anche per il secondo, in ragione di una cre-

scita della tutela riservata ad un interesse collettivo, non importa ora se correlato alla definizione del potere pubblico, o di quelli disciplinati dal diritto privato.

Interessi collettivi e sindacato funzionale delle scelte d'amministrazione di organizzazioni o enti senza scopo di lucro che forse avrebbero potuto essere ricollegati maggiormente alla giurisdizione del giudice amministrativo, anche in considerazione della definizione che sin dall'origine la stessa ha ricevuto. Letteralmente alla indicata giurisdizione era riservata la decisione dei «ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro *atti* e provvedimenti di un'autorità amministrativa o *di un corpo amministrativo deliberante* [...] *quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali*»⁶⁷.

L'idea di una competenza funzionale di sezioni specializzate del giudice ordinario, legittimate a conoscere delle attività d'amministrazione di enti senza scopo di lucro o in cui non è prevalente un carattere patrimoniale, cui affidare anche il sindacato giurisdizionale che oggi spetta al giudice amministrativo, potrebbe nell'evoluzione dell'ordinamento essere di utilità ove si riconduca in una magistratura unitaria la cultura di un sindacato di legittimità per violazione delle norme di autonomia (violazione dello statuto), o per illogicità nelle scelte compiute nel perseguire i fini collettivi per i quali le organizzazioni sono state istituite (deviazione dagli scopi sociali).

Sinora la distinzione tra giudici per la tutela dei diritti soggettivi e giudice della legittimità delle scelte d'amministrazione è stata prerogativa della giustizia nei confronti dell'amministrazione pubblica, che salvo eccezioni non pare delinearci come modello di definizione delle sezioni specializzate del giudice ordinario, con la conseguenza che l'unità della giurisdizione rischia di affermarsi unicamente come confusione tra protezione accordata dall'ordinamento ai diritti soggettivi individuali a carattere patrimoniale rispetto a quella, sicuramente diversa, che dovrà essere offerta nei confronti dell'amministrazione di interessi collettivi, sia quest'ultima di enti pubblici o privati.

Le questioni che affliggono la giustizia amministrativa al pari della giurisdizione ordinaria non paiono riconducibili alla indicata distinzione che da più di un secolo definisce i due ambiti di tutela giurisdizionale (diritti soggettivi, interessi legittimi), quanto piuttosto a problemi

⁶⁷ Atti di corpi amministrativi fra i quali potevano essere ricompresi alcuni enti senza scopo di lucro diversi dalle amministrazioni pubbliche.

di organizzazione che incidono gravemente sui tempi e i modi per ottenere giustizia, problemi verso i quali il giudice ordinario non può certo ergersi a modello, cui il legislatore possa utilmente riferirsi.

Questioni comuni ad entrambe le giurisdizioni che involgono anzitutto problemi d'organizzazione (organici carenti, strutture insufficienti, necessità di rivalutazione del ruolo giustizia onoraria, ecc.) ma che riguardano anche l'affinamento delle regole processuali accordate a tutela delle posizioni soggettive che intendono ottenere tutela avanti ad un giudice nel nostro ordinamento.

Razionalizzazione anzitutto della pluralità delle giurisdizioni amministrative, ove la ricordata complementarità tra disciplina sostanziale della legittimità e del buon andamento⁶⁸ dell'azione amministrativa potrebbe legittimare un superamento della distinzione degli ambiti di giurisdizione che fanno capo al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti, al cui complesso così riunificato potrebbero essere ricondotte anche le commissioni tributarie ed altre giurisdizioni aventi ad oggetto l'azione dell'amministrazione pubblica⁶⁹.

Riunione anzitutto delle funzioni giurisdizionali tra esse affini per tradizione, poiché appare importante non disperdere il relativo patrimonio culturale che ciascuna giurisdizione amministrativa ha nel tempo consentito di affermare nei confronti dell'attività dell'amministrazione pubblica.

Ricomposizione della giurisdizione contabile con quella di legittimità di cui è anche possibile intravedere i benefici⁷⁰, ove la soluzione consentirebbe di svolgere contestualmente al giudizio di legittimità anche quello sull'eventuale risarcimento del danno causato all'ente da funzionari o dipendenti pubblici, secondo una struttura processuale che agevola una più stretta relazione tra la cultura della legalità e la cultura del buon andamento (efficacia, efficienza e economicità) dell'azione pubblica.

⁶⁸ Si veda il paragrafo precedente.

⁶⁹ Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, cui si potrebbe ricondurre anche la Commissione tributaria centrale e il Tribunale superiore delle acque pubbliche. Si veda l'art. 119 del testo definitivo approvato dalla Commissione bicamerale (istituita con legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1, art. 1), ove si istituisce la Corte di giustizia amministrativa. Detto art. 119 stabilisce che «la giurisdizione amministrativa è esercitata dai giudici dei Tribunali regionali di giustizia amministrativa e dalla Corte di giustizia amministrativa sulla base di materie omogenee indicate dalla legge riguardanti l'esercizio dei pubblici poteri. Il giudice amministrativo giudica altresì della responsabilità patrimoniale dei pubblici funzionari nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre materie specificate dalla legge. La legge determina i titolari della azione di responsabilità».

⁷⁰ Non ultimo il parziale superamento della carenza delle dotazioni organiche che impedisce ogni specializzazione e riorganizzazione degli uffici.

Giurisdizione amministrativa unitaria che potrebbe consentire di superare gran parte delle ragioni che permangono contro l'eliminazione della funzione di controllo sugli organi degli enti locali, riconoscendo una legittimazione della procura della Repubblica a ricorrere davanti al giudice amministrativo, secondo un costrutto che appare derivato dai procedimenti di giurisdizione volontaria davanti al giudice ordinario e non in odio alle ragioni delle autonomie locali.

Cultura delle autonomie locali che può svilupparsi adeguatamente solo negando l'interpretazione uniforme sul territorio nazionale delle relative norme (interpretazione di leggi regionali, di regolamenti di comuni, province o altri enti locali)⁷¹, con la conseguenza che una nomofilachia del Consiglio di Stato appare ragionevole unicamente con riferimento alle norme (leggi e regolamenti) statali o sovranazionali, nonché ai principi generali dell'azione amministrativa, la cui violazione determina il vizio di eccesso di potere anche in assenza di norma scritta⁷².

L'attribuzione ai Tribunali amministrativi regionali di una giurisdizione in unico grado per l'interpretazione delle norme di autonomia locale non è stata possibile per la presenza della garanzia costituzionale di un doppio grado di giurisdizione nella giustizia amministrativa (art. 125, comma 2, della Costituzione), ma la questione diviene superabile in ragione dei rimedi che ormai appaiono indispensabili ad ogni giurisdizione che intenda assicurare una decisione in tempi ragionevoli.

Per il giudice ordinario sono avanzate soluzioni che hanno intrapreso la strada del potenziamento delle competenze del giudice monocratico⁷³, unitamente alla attribuzione di competenze minori a giudici non di carriera (giudici di pace), che tuttavia non paiono avere suscitato eguale attenzione con riferimento alla giustizia amministrativa.

La disposizione costituzionale (art. 125, comma 2) che prevede nella regione l'istituzione di organi di giustizia amministrativa di primo grado può essere riletta secondo orientamenti che non appaiono incompatibili con gli indicati indirizzi che intendono offrire risposta al cattivo funzionamento della giustizia civile e penale.

Il primo grado della giustizia amministrativa nella regione potrebbe essere inteso in modo non eguale, ma distinto in sezioni di livello pro-

⁷¹ Per la giustizia civile si nega il ricorso per Cassazione, dunque la possibilità di ottenere un'interpretazione uniforme sul territorio nazionale, ove si impugni l'errata interpretazione di norme di autonomia privata poste dai contratti collettivi di lavoro.

⁷² Cfr. *supra*, paragrafo 5.

⁷³ Si veda da ultimo il recente testo del governo (14 novembre 1997) disposto in attuazione della delega conferita dalla legge 16 luglio 1997, n. 254, per l'istituzione del giudice unico di primo grado.

vinciale costituite da giudici monocratici professionali, demandando invece le controversie di minore importanza ad un giudice onorario, comunale o circondariale, assecondando una soluzione che potrebbe forse rivitalizzare nel nostro ordinamento la sfortunata figura del difensore civico in ambito locale.

Giudice onorario di primo grado che potrebbe anche trovare legittimazione popolare, per controversie contro l'amministrazione pubblica, cui attribuire un generale potere conciliativo, anche ai sensi dell'art. 11, legge 7 agosto 1990, n. 241, un potere decisionale limitato all'inosservanza di alcune norme procedurali (termini dei procedimenti, diritto di accesso ai documenti della pubblica amministrazione)⁷⁴, nonché alla legittimità di molte sanzioni amministrative⁷⁵.

L'appello avverso le sentenze di tali organi di primo grado della giustizia amministrativa locale rivolto al Tribunale amministrativo regionale⁷⁶ consentirebbe di limitare il ricorso al Consiglio di Stato (e alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti) alle questioni di legittimità che involgono l'errata interpretazione e violazione di norme statali di legge o di regolamento, ovvero per vizio di eccesso di potere, ponendo il presupposto indispensabile per uno sviluppo differenziato delle autonomie locali, che il nostro ordinamento riconosce e promuove nei limiti della sua unità ed indivisibilità (art. 5 della Costituzione).

⁷⁴ Come l'inosservanza dei termini per l'emanazione degli atti, l'ammissione a partecipare al procedimento, l'accesso ai documenti amministrativi, ecc.

⁷⁵ Come compensazione del trasferimento al pretore del lavoro della giurisdizione in materia di pubblico impiego.

⁷⁶ Cui ricondurre, come sopra precisato, le funzioni delle sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti, nonché la sede della procura regionale presso tali sezioni.