

GIAN GALEAZZO STENDARDI

RIFLESSIONI INTRODUTTIVE ALLO STUDIO
DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Scopo dello studio. — 2. Presupposto; la convivenza. — 3. Ripartizione dei compiti fra politica e diritto. — 4. L'attività amministrativa. — 5. Il pubblico interesse. — 6. Interessi settoriali. — 7. I compiti dell'Amministrazione: ineluttabili ed accidentali. — 8. Organizzazione. — 9. Conservazione: mantenimento ordine; protezione verso l'esterno; protezione dalle calamità naturali; istruzione. — 10. Compiti accidentali. — 11. Criteri per l'attribuzione dei compiti allo Stato. — 12. Strumenti per assolvere ai compiti. — 13. Le regole su cui si fonda l'azione amministrativa. — 14. Graduatoria delle fonti. — 15. Conseguenze. — 16. Atti extra hordinem. — 17. Il pubblico interesse e la discrezionalità. — 18. Litimi. — 19. I mezzi. — 20. Le strutture per operare. — 22. Atti amministrativi. — 23. Organi e uffici. — 24. Persone fisiche al servizio dell'Amministrazione. — 25. Distinzione fra funzionari di carriera e funzionari onorari. — 26. Metodi per il reclutamento. — 27. Gli errori. — 28. Categoria di errori. — 29. Sistemi per la eliminazione degli errori. — 30. Giurisdizione su atti e su rapporti. — 31. La responsabilità. — 32. Il risarcimento del danno. — 33. Considerazioni generali.

1. — Scopi di queste « riflessioni preliminari » allo studio del diritto Amministrativo sono: a) far comprendere quanto sia facile ciò che abitualmente viene ritenuto difficile; b) dimostrare come sia razionale quanto usualmente viene creduto caotico e confuso; c) illustrare la presenza del rapporto di causalità che lega fra loro le parti di una struttura, generalmente ritenuta frutto di stratificazioni geologiche o di improvvisazioni; d) mostrare la « logica » del sistema su cui si fonda il diritto amministrativo, che costituisce il fondamento dell'ordinamento amministrativo.

2. — Presupposto ineluttabile del sistema è la convivenza, senza la quale non vi sarebbe sopravvivenza del genere umano, dato che a) sussistono momenti essenziali, della riproduzione, della nascita, e dell'allevamento della prole che la impongono: b) nessun soggetto può possedere tutte le nozioni e svolgere tutte le attività necessarie per provvedere a tutti i suoi bisogni; c) anche se vi fosse un soggetto che disponesse delle nozioni e delle capacità relative, non avrebbe a disposizione il tempo necessario, perché la sua impossibilità di permanere in attività, al di là di un determinato pe-

riodo di tempo, lo pone periodicamente in balia di qualsiasi fattore esterno distruttivo. Questi dati di fatto costituiscono la causa dei problemi che sorgono e delle soluzioni adottate.

La ineluttabilità della convivenza implica la necessità delle regole per renderla possibile; tali regole costituiscono il diritto, che è, così, la « scienza della convivenza ».

Questa considerazione fornisce la risposta al problema del fondamento del diritto. Non una regola generale preesistente, al di fuori del sistema (c.d. diritto naturale), né il mero fatto di porsi come conseguenza dell'applicazione della forza; il diritto è la conseguenza della ineluttabilità della convivenza, unico strumento per la sopravvivenza del genere umano.

3. — In base alla scelta, fatta dal potere politico, della concezione del mondo ritenuta preferibile in un determinato momento, la scienza della convivenza (il diritto) forma la norma-base dell'intero ordinamento necessario per la convivenza, e, secondo detta norma base, disciplina l'organizzazione della collettività, stabilendo la ripartizione di poteri, compiti, funzioni fra soggetti, organi e strutture; pone le regole per la produzione delle regole; introduce i sistemi e gli strumenti necessari per dare esecuzione a quanto stabilito dalle regole; stabilisce i principi e metodi per l'azione amministrativa; istituisce sistemi di controllo per verificare che le norme siano rispettate e fa derivare dal risultato di tale controllo conseguenze efficaci, positive o negative; disciplina i rapporti fra i singoli soggetti, e i rapporti fra questi ultimi e l'organizzazione.

L'individuazione della concezione del mondo ritenuta preferibile in un dato momento ed in certe situazioni per la soluzione dei problemi di convivenza sarà scopo ed opera della politica; la legislazione sarà la produzione delle regole per realizzare tale soluzione; la giurisdizione sarà il controllo dell'aderenza dell'operato alle regole e la statuizione delle conseguenze di tale aderenza o meno; l'amministrazione sarà l'azione applicativa delle regole, ispirate dalla concezione del mondo, compiuta nel pubblico interesse.

Queste quattro funzioni sono costanti in qualsiasi ordinamento, prescindendo dal fatto che siano attribuite ad uno o più soggetti, o categorie, ed ordini, in modo diffuso o concentrato.

4. — L'attività amministrativa consisterà, quindi, nel decidere, in base a regole precostituite, ed a valutazioni di opportu-

nità, se, cosa, quando, come operare, per realizzare i fini di carattere generale consentiti o previsti nel pubblico interesse.

La definizione suesposta pone in evidenza tre elementi tipici dell'attività amministrativa: i metodi per individuare il pubblico interesse; la necessità dell'applicazione delle regole; la piena discrezionalità nella scelta dei mezzi per conseguire il pubblico interesse.

La concezione del mondo, riconosciuta come preferibile dalla politica, sarà uno dei punti di riferimento per trovare quale sia in concreto il pubblico interesse; la normativa stabilirà cosa sia e cosa non sia consentito fare, e come si debba operare; la discrezionalità dell'amministrazione sarà lo strumento che renderà possibile scegliere la soluzione migliore, nel caso concreto, per il pubblico interesse, il cui perseguimento è lo scopo specifico dell'Amministrazione.

5. — Sarà, quindi, necessario rilevare cosa si intenda per pubblico interesse; con quali criteri lo si possa individuare, in genere e nei singoli casi specifici; chi sia legittimato a farlo.

Interesse pubblico, in generale, è tutto ciò che rende possibile il conseguimento di quegli scopi che, essendo essenziali per il singolo, lo hanno indotto ad unirsi ad altri, formando una collettività, per la quale detti scopi sono divenuti compiti necessari, in quanto costituiscono la sua unica ragione d'essere.

Il primo di tali scopi è la sopravvivenza del singolo, che implica la perpetuazione della vita, per la quale è necessaria l'organizzazione del gruppo onde assicurare la protezione del singolo e la ripartizione fra i vari soggetti di compiti e funzioni.

I criteri per individuarlo sono quelli che derivano dalle possibili concezioni del mondo: se sia preminente il bene del singolo, in funzione del quale è stato creato il gruppo, o se sia preminente la sussistenza del gruppo, che è stato creato per consentire la sopravvivenza del singolo.

La legittimazione a scegliere una delle due concezioni spetta al Sovrano, sia esso persona singola o corpo elettorale; la sua scelta va realizzata; è suscettibile di modificazione, ad essa anche i dissidenti si devono adeguare, ma non si possono irrogare loro trattamenti discriminatori perché dissidenti.

È il potere politico, quindi che sceglie la concezione del mondo da realizzare; in base a tale concezione si individuerà il pubblico interesse, tenendo conto di alcuni principi: a) non è necessario

arrecare danni ad una parte della collettività, per produrre benefici per un'altra parte; b) il vantaggio momentaneo può convertirsi in uno svantaggio permanente; c) è di maggior danno ciò che scoraggia e discrimina il singolo, di quanto sia di vantaggio la sua rassegnazione; d) è di maggior beneficio per tutti il potere di scelta, rispetto alla condizione di sicurezza; d) iniziativa e rischio del singolo sono necessari per migliorare, e il miglioramento è necessario per sopravvivere.

6. — Non si può confondere l'interesse pubblico con gli interessi parziali o settoriali, perché il primo riguarda tutta intera la collettività, prescindendo da caratteri tipici che possono creare differenze, e, quindi, discriminazioni, fra i suoi componenti, mentre i secondi non solo riguardano una parte soltanto della collettività, individuata in base a caratteri particolari, ma, ancor più, sono attinenti a posizioni positivamente o negativamente discriminatorie nei confronti di altri settori della collettività, o, addirittura, di tutta la rimanente parte della stessa.

7. — Ciò conduce alla necessità di identificare i fini per cui l'Amministrazione opera, cioè accertare i compiti dell'Amm.ne stessa. Per far ciò occorre tener presenti i presupposti dell'associazione degli individui.

Questa avviene ogni qualvolta un soggetto debba risolvere un problema che non può esser risolto con le sue sole forze. La formazione di un gruppo più ampio consente la soluzione dei problemi che per il gruppo minore erano insolubili, mediante, fra l'altro, la divisione del lavoro, ma, automaticamente, crea nuovi problemi, che sorgono a cagione ed in funzione dell'aumentata ampiezza del gruppo.

Fra questi uno, costante, è costituito dalla riduzione dello spazio di libertà del singolo, libertà che, peraltro, deve permanere, senza limitare quella degli altri, interferire con le esigenze della vita associativa, rendere impossibile il perseguimento degli scopi per cui si è formata la più ampia associazione. Pure, tanto più vasti sono gli scopi perseguiti, quanto minore è l'area di libertà individuale.

Vi sono, quindi, finalità che spingono ineluttabilmente gli individui ad associarsi; vi sono, poi, finalità, che potrebbero esser perseguite e realizzate anche da un soggetto singolo o da un gruppo

ridotto, ma che appaiono esser più agevolmente conseguibili da un raggruppamento maggiormente esteso; vi sono, infine, finalità che vengono assunte dal gruppo nel timore che i singoli non siano in grado di conseguirle, o le conseguano ad esclusivo loro vantaggio.

Se le ragioni che spingono i singoli ineluttabilmente ad associarsi sono quelle che rientrano nel più ampio concetto di « sopravvivenza del singolo e della specie », l'esistenza del raggruppamento crea, a sua volta, un compito pregiudiziale a tutti gli altri: quello dell'organizzazione del gruppo. Ci si raggruppa per sopravvivere, ma, per rendere efficiente il raggruppamento, occorre che il gruppo sia organizzato.

Saranno, quindi, fini ineluttabili quelli di conservazione e di organizzazione dei singoli e del gruppo. Ci si raggruppa per sopravvivere, ma, per rendere efficiente il raggruppamento, occorre che il gruppo sia organizzato; vi potranno essere, poi, altri fini, che il gruppo desidera conseguire, ma la differenza fra le due categorie di scopi sarà data da questo: che, senza conservazione, il gruppo non ha giustificazione, e senza organizzazione non è possibile, mentre senza l'attribuzione al gruppo di altri fini e la conseguente assunzione, da parte del gruppo organizzato, di altri compiti, conservazione ed organizzazione saranno pur sempre possibili.

8. — L'attività di organizzazione ricomprende: a) la raccolta e l'inquadramento dei soggetti (persone fisiche e giuridiche); b) la raccolta dei mezzi materiali necessari per operare, mediante sistemi fondati sul potere d'imperio e sistemi che si avvalgono del consenso delle volontà; c) la istituzione di strutture che agiscano per conseguire gli scopi fissati, e di strumenti per agire, con l'attribuzione a tali strutture dei relativi poteri.

9. — L'attività di conservazione ricomprende a) il mantenimento dell'ordine interno, che implica anche l'esistenza ed il funzionamento di un sistema giurisdizionale; b) la protezione da attacchi esterni; c) la prevenzione e la difesa dalle calamità naturali; d) l'istruzione.

a) Il mantenimento dell'ordine interno implica: aa) il mantenimento della pace interna fra conviventi, in modo tale che i conflitti non assurgano mai a livello cruento, o di pericolo della vita e dei beni dei conviventi; bb) il rispetto generale e costante delle regole di convivenza, il che impone: aaa) la prevenzione dei con-

flitti; bbb) la composizione dei conflitti; ccc) il controllo dell'operato dei singoli per assicurare la sua conformità alle regole, e la applicazione delle conseguenze, positive o negative, previste dalle regole, tanto nel caso di aderenza, quanto nel caso di divergenza di tale operato dalle regole. Quest'ultima implicazione è classificata come « servizio della giustizia », servizio che, pur non rientrando « strictu sensu », fra i compiti della azione amministrativa, è necessario sia fornito dell'organizzazione dello Stato per rendere possibile ed incruenta quella « convivenza », che costituisce il presupposto essenziale di tutta l'organizzazione dello Stato, e, quindi, di tutta l'organizzazione amministrativa.

b) La protezione del gruppo dagli attacchi esterne avviene con metodi incruenti o con metodi cruenti. Appartengono alla prima categoria l'inserimento del gruppo negli organismi (internazionali o sovranazionali) che abbiano come scopo quello di ridurre i conflitti, o prevenendoli, o componendoli; l'attività diplomatica, che ha come scopo quello di isolare i gruppi ostili ed acquisire alle proprie sorti i gruppi favorevoli, considerando gli interessi più impellenti di ciascuno degli altri gruppi; appartengono alla seconda categoria la creazione, il mantenimento, lo sviluppo di strutture militari, per scoraggiare le prospettive ostili altrui, ed incoraggiare quelle amichevoli; lo studio, la ricerca, la produzione di strumenti tecnici sempre più perfezionati per risolvere i tipici problemi militari o connessi con l'azione militare (le armi, l'utilizzazione delle risorse, le comunicazioni, la psicologia, la propaganda, etc.).

c) La protezione dalle calamità naturali, consiste nel complesso di regole e di mezzi necessari per tutelare gruppo e singoli dagli eventi cagionati dalla natura stessa delle cose che ci circondano, e di cui ci serviamo, eventi nei cui confronti non sono certo sufficienti e le forze del singolo a prevenirli, a resistere, a contrastarli a respingerli, a ricostituire la realtà turbata.

d) La conservazione del gruppo impone che sia conseguito e mantenuto un livello di preparazione e qualificazione personale e collettiva, di comprensione degli eventi, di capacità di valutazione, di conoscenza di cose e strumenti, tale da essere sempre in condizione di prevenire, fronteggiare e respingere ogni pericolo di disordine interno, di aggressione esterna, di insorgenza di calamità naturali. L'istruzione e la cultura rientrano nell'ambito dei compiti di conservazione, perché sono logicamente funzionali per detti com-

piti. Le possibilità di sopravvivenza e di convivenza sono strettamente collegate alle cognizioni possedute dal singolo e dal gruppo.

10. — Quanto agli altri compiti, che non sono da assegnarsi necessariamente al gruppo, si dovrà vedere, caso per caso, se appartengano a fini che devono essere ricompresi fra quelli per cui si è formato il gruppo, ovvero a fini che possono essere perseguiti anche senza la formazione di un gruppo.

Tale valutazione, ancorché sia compiuta in base alla concezione del mondo che i politici avranno individuata come preferibile in quel momento, dovrà essere sottoposta al vaglio di una considerazione essenziale: può questo compito essere svolto, in modo efficace, anche senza assegnarlo al gruppo, ma solo affidandolo ai singoli? Si vedrà, così, che molti dei c.d. compiti di benessere (spirituale o materiale) possono essere compiuti, senza necessità di affidarli alle cure degli organismi o delle organizzazioni del gruppo, ma lasciandoli alle cure, alle iniziative, ed alle attività dei singoli; che molti altri compiti possono essere realizzati ad opera del gruppo e, contestualmente, ad opera dei singoli.

11. — L'analisi dei gruppi di compiti, ineluttabili o accidentali, consente di individuare i criteri in base ai quali i singoli compiti vengono assegnati al gruppo: a) entità ed ampiezza tali da non essere possibile lo svolgimento ad opera di un solo soggetto (organizzazione di soggetti e di mezzi; acquisizione di particolari beni e servizi; difesa dell'esterno; protezione e prevenzione delle calamità naturali; b) necessità che il soggetto, che li svolge, sia in posizione di terzietà e, quindi, di imparzialità (mantenimento dell'ordine interno; esercizio della funzione giurisdizionale; istituzione di organi e uffici, ed attribuzione dei relativi compiti e poteri; fornitura dell'istruzione pubblica) onde evitare che tale svolgimento si converta in strumento di oppressione di una parte del gruppo su un'altra.

12. — Peraltro, una volta individuati i fini, occorrerà prendere in considerazione le regole per la loro attuazione (cioè le fonti); le strutture operative; gli strumenti che ricomprendono atti, persone e beni); il sistema di eliminazione degli errori; le responsabilità.

Quali siano le soluzioni possibili, e quelle esistenti, dei problemi che vengono posti dall'esistenza di ciascuno dei temi ora indicati, è stato oggetto di altre considerazioni. Interessa, ora, la nostra indagine la ragione della graduatoria delle fonti, e, quindi, della rispettiva efficacia; le ragioni che presiedono alla formazione delle strutture amministrative; le regole per la formazione degli atti; le ragioni del metodo adottato per la selezione delle persone da inserire nell'ordinamento; la giustificazione per la istituzione di due modi differenti per acquisire i beni: quello fondato sul consenso e quello fondato sull'autorità; le regole per l'eliminazione degli errori.

13. — Le regole che costituiscono il limite dell'azione amministrativa sono la Costituzione; le norme di modificazione costituzionale; leggi formali ed atti aventi forza di legge formale; i regolamenti; le consuetudini; i Regolamenti della CEE; le Direttive della CEE; le sentenze della Corte Costituzionale; le sentenze interpretative della Corte di Giustizia della CEE.

14. — Esiste una graduatoria delle fonti che fa sì che l'una, collocata in posizione preminente rispetto all'altra, non possa da quest'ultima essere modificata. La giustificazione di tale graduatoria è rintracciabile in motivazioni talvolta di ordine formale (o mitico); talvolta di ordine sostanziale. Che la Costituzione sia la fonte fondamentale è vero sin dall'origine dell'aggregato umano, quando la sua formula era estremamente semplice e chiara: ciò che il Capo vuole è ciò che la Divinità vuole, quindi è legge fondamentale.

Ancora oggi la formula è in gran parte identica, con una variante: è sempre legge ciò che il Sovrano vuole, ma il Sovrano è il corpo elettorale. Vi è stato uno sganciamento del Sovrano dalla divinità, ma non un mutamento nella proposizione principale: ciò che il Sovrano vuole, deve essere.

Quando il titolare della sovranità (corpo elettorale) agisce direttamente non possono esservi divergenze fra volontà e risultato dell'azione; ma quando il sovrano opera per mezzo dei suoi rappresentanti, la sua volontà può essere deformata; quindi ciò che il titolare della sovranità ha voluto (nella Costituzione), non può essere modificato dalla volontà dei suoi rappresentanti (Parlamento,) a meno che tale modificazione non avvenga con un metodo che garantisca il rispetto della volontà del sovrano. Di qui il procedi-

mento speciale per la formazione delle leggi di modificazione costituzionale; la prevalenza della Costituzione sulle leggi di modificazione costituzionale; di tutte e due sulle leggi formali e sugli atti aventi forza di legge formale.

I regolamenti, poiché sono opera del potere esecutivo, e, quindi, non dell'organo rappresentativo del sovrano, sono necessariamente subordinati agli atti del sovrano, del corpo elettorale o del suo rappresentante (Parlamento) ed a quelli loro parificati. A maggior ragione gli atti amministrativi, intesi come strumenti per la realizzazione delle prescrizioni generali ed astratte poste in essere dal sovrano o dai suoi rappresentanti, ed ancor più strumenti esecutivi del « politico », saranno subordinati alla « legge », cioè alla volontà del sovrano, o dei suoi rappresentanti (Parlamento) e, quindi, suscettibili di conseguenze negative se a questa contrari (annullamento).

15. — Se le fonti predominano sull'atto dell'Amministrazione, vi saranno delle ineluttabili conseguenze: l'atto amministrativo dovrà esser sottoposto alla norma, e, quindi, non in contrasto con la norma, sia essa giuridica o tecnica. Ma sappiamo che regola fondamentale per l'atto amministrativo (strumento di azione per la pubblica Amministrazione) è il perseguimento del pubblico interesse. Quindi, fermo restando l'obbligo per l'atto di essere conforme alla norma, esso nel suo contenuto dovrà esser tale da conseguire il pubblico interesse.

Questa notazione pregiudiziale significa e spiega la inammissibilità delle censure di merito all'atto amministrativo; la limitazione delle ipotesi di controllo di merito; la distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi; la discrezionalità della P.A.

16. — Le stesse considerazioni spiegano e giustificano l'esistenza di azioni extra hordinem, che pure sono previste da ogni ordinamento, affidando la valutazione del « momento » della loro necessità, della loro ampiezza, del loro contenuto, al potere politico puro, che deve operare in funzione delle « *salus reipublicae* », cioè per conseguire il risultato fondamentale: la sopravvivenza del gruppo, scopo superiore persino al pubblico interesse ed all'ordine del gruppo, poiché, se il gruppo non sopravvive, non vi saranno più né ordine, né pubblico interesse. Il risultato dell'esercizio di questa potestà extra hordinem sarà la sola misura della sua legittimità,

perché se il risultato sarà negativo, il vecchio gruppo scomparirà e un nuovo gruppo lo condannerà e lo sostituirà.

17. — Il pubblico interesse è unità di misura permanente per l'azione dell'Amministrazione; la sua ricerca postula che l'Am.ne, nel compiere le proprie scelte, goda della massima discrezionalità compatibile con la necessità del rispetto delle norme giuridiche o delle regole tecniche, e, una volta compiute le scelte queste non possano, in via generale, esser censurate nel merito da nessuno, proprio perché giudice della opportunità delle scelte compiute rispetto al pubblico interesse può essere solo l'Amministrazione. Così si escluderà il potere di intervento del giudice ordinario per modificare, annullare, revocare o riformare queste scelte (infatti, se il giudice ordinario avesse tale potere, si sostituirebbe all'Amministrazione, divenendo egli stesso Amministratore); si consentirà solo in determinati casi previsti dalla legge l'intervento del giudice amministrativo (casi di giurisdizione anche nel merito); si avranno limitazioni per il controllo di merito da parte dell'Amm.ne di controllo; si escluderà in dati casi la possibilità di proporre censure di merito da parte dell'Amm.ne di controllo; si escluderà la possibilità di proporre censure di merito ad opera di coloro che pure sono danneggiati dall'atto.

18. — Un limite al potere discrezionale della P.A. è posto dal legislatore mediante l'istituzione di diritti soggettivi. Infatti, ove un'aspettativa od una pretesa di un singolo, o di un gruppo limitato di soggetti, si trovi di fronte al pubblico interesse, e l'ordinamento giuridico la riconosca in ogni caso, avremo una posizione di diritto soggettivo, ma se aspettative o pretese vengono riconosciute dall'ordinamento giuridico solo in quanto conformi o consoni al pubblico interesse, avremo allora una situazione giuridica attiva dell'interessato diversa dalla precedente (interesse legittimo), proprio perché, di fronte al pubblico interesse, troverà protezione solo, appunto, se conforme o consona a quest'ultimo; diversamente, sarà sacrificata.

19. — I mezzi (beni e servizi) possono essere ottenuti dal gruppo organizzato con istituti che sono l'applicazione di principi differenti ed opposti: quello d'imperio e quello del consenso. In forza del principio dell'imperio si conseguono i mezzi che derivano

dall'imposizione tributaria, dalle espropriazioni, dalle requisizioni, dalle confische. In forza del principio del consenso si conseguono i mezzi che derivano da negozi giuridici (compravendita; locazione; appalto; donazione; successione). Nel primo caso è sufficiente la volontà dell'Amministrazione; nel secondo caso è necessario l'incontro di due o più volontà per costituire, modificare od estinguere il relativo rapporto giuridico. Poiché dominante è il pubblico interesse, e il sistema fondato sul consenso può non essere sufficiente per realizzarlo, si fa ricorso a quello fondato sul potere di imperio.

Anche nel sistema fondato sul consenso si cerca di ottenere il miglior risultato: ciò mediante l'impiego di sistemi competitivi (gare) il cui risultato deve essere quello del più completo appagamento del pubblico interesse.

20. — Le strutture operative si possono raggruppare concettualmente in più categorie, a seconda dei criteri che si impiegano per la loro classificazione.

Se si impiega il criterio spaziale, vi saranno strutture centrali, e periferiche; se si impiega il criterio della limitazione territoriale delle funzioni assegnate, vi saranno strutture statali e strutture locali; se si impiega il criterio dell'ambito concettuale di azione, vi saranno strutture generali e strutture settoriali.

In effetti le strutture vengono create in funzione dell'appagamento delle esigenze specifiche, talvolta unendo gli aspetti tipici dell'una e dell'altra forma, quali sono derivate dall'impiego dell'uno o dell'altro criterio.

21. — Per operare (cioè per realizzare i propri compiti, e, in sostanza, per conseguire i propri fini) l'Amministrazione ha bisogno di strumenti giuridici (atti); di soggetti che materialmente operino (persone fisiche); di mezzi (beni e servizi).

Ognuna di queste tre categorie presenta problemi tipici quanto alla sua formazione, alla sua composizione, al suo impiego.

22. — La formazione degli atti amministrativi deve avvenire secondo procedure le cui componenti saranno state predeterminate, in base a criteri generali, per consentire il conseguimento del pubblico interesse, il rispetto delle regole, la sicurezza delle posizioni giuridiche attive (totali o parziali) preesistenti dei destinatari. Ogni

mancanza, rispetto a questi tre principi generali, costituirà un vizio dell'atto.

La composizione degli atti dovrà presentare elementi essenziali, senza cui gli atti non sarebbero tali: soggetto, destinatario, contenuto, forma, scopo. Senza un solo di questi elementi l'atto non esisterebbe, quindi non potrebbe servire all'attività amministrativa.

L'essenzialità degli elementi non è esclusiva dell'atto amministrativo. È, invece, suo aspetto esclusivo la irrilevanza della volontà dell'agente; poiché l'atto è opera non del soggetto, ma dell'ufficio, o, meglio, dell'organo, gli eventuali vizi della volontà delle persone fisiche, che pure sono l'incarnazione dell'organo, non possono avere rilievo, dato, appunto, che l'atto è dell'organo, e l'elemento personale componente dell'organo (persona fisica), è indifferente, perché sostituibile. Anche se la persona fisica che ha posto in essere l'atto muore, l'atto vive egualmente, perché è opera dell'organo, non della persona che lo incarna. A maggior ragione, quindi, sarà irrilevante il vizio della di lui volontà.

23. — Ma se gli atti sono gli strumenti per mezzo dei quali l'Amministrazione persegue i suoi compiti e realizza le sue finalità, ciò non potrebbe avvenire se non vi fossero le strutture operative che producono tali atti organi ed uffici.

Ciò è vero in parte anche per l'attività del legislatore e del giudice.

Occorrono uffici ed organi tanto per produrre le norme, quanto per applicarle al caso concreto, verificando l'aderenza del comportamento del singolo alla prescrizione normativa, e facendo derivare, dalla aderenza o dalla divergenza, conseguenze positive o negative, per il soggetto che sia stato, o non sia stato, nel suo operare, conforme alla norma.

La struttura astratta degli organi e degli uffici è, peraltro, eguale per qualunque attività: occorrono funzioni, poteri, persone, mezzi. La mancanza di uno solo di questi elementi vanifica l'organo, rende impossibile la produzione dell'atto, inconseguibile il risultato voluto, inutile tutto il sistema.

I criteri usati per ripartire le competenze fra organi sono: a) raggruppamento di materie in capo ad un soggetto (ente) in funzione dell'ambito spaziale particolare di gestione o della necessità dell'organismo gestore; b) raggruppamento di tutte le istitu-

zioni che si occupano di determinate materie, prescindendo dall'ambito spaziale assegnato a ciascuna istituzione, in modo da governare coerentemente ed organicamente ogni materia.

24. — Le persone fisiche che rendono possibile il funzionamento delle strutture sono funzionari di carriera e funzionari onorari. La creazione di queste due categorie è stata la risposta al problema della necessità di avere persone aventi una competenza specifica nell'ambito delle funzioni loro affidate, prescindendo dalle loro convinzioni personali, ma strettamente legate alla loro concreta attività, e persone aventi una generale « concezione del mondo » cui si ispirano nella loro azione, dalla quale sono condizionati ed alla quale sono fedeli, prescindendo dalla loro specifica attività abituale.

I primi sono i funzionari professionali o di carriera; i secondi sono i funzionari onorari. In tal modo si è cercato di far coesistere competenze e fedeltà.

25. — Pertanto la distinzione fra funzionari onorari e funzionari di carriera può avvenire, oltre che in base alla « professionalità » (cioè, alla esclusività) delle loro prestazioni od alla « occasionalità » delle stesse, anche in base ad un altro criterio: quello riguardante la natura della loro attività.

Quella dei funzionari onorari è da considerarsi generalmente attività « politica », cioè attinente alla individuazione della concezione del mondo che, in un determinato momento storico, appare più adatta ad appagare le esigenze della collettività, mentre quella dei funzionari professionali è da considerarsi generalmente « tecnica », cioè attinente all'applicazione delle regole, frutto della elaborazione fatta in base alla concezione del mondo, giudicata, in quel tempo, da realizzarsi perché preferibile.

26. — I sistemi per il reclutamento dei funzionari (*onorari* o di *carriera*) possono essere non competitivi o competitivi. Rientrano nella prima categoria i sistemi in cui le funzioni sono assegnate per eredità, e quelli in cui sono assegnate per cooptazione; rientrano nella seconda categoria i sistemi in cui le funzioni sono assegnate mediante gare, che possono essere cruenti (guerra o duello) od incruenti (concorsi, elezioni). A questi sistemi ne va aggiunto un altro, applicato, però, in casi rarissimi, e non certo diffuso: il sorteggio, usato in una

fase del procedimento per l'elezione del Doge nella Repubblica di Venezia, per selezionare una parte degli elettori del Doge stesso; usato in parte per la composizione delle commissioni giudicatrici nei concorsi a professore universitario di ruolo).

Nel nostro ordinamento il reclutamento delle persone fisiche necessarie al funzionamento delle strutture (funzionari onorari e funzionari professionali) avviene mediante sistemi di tipo competitivo (elezione o concorso), con cui si cerca — sempre perché si deve avere riguardo al pubblico interesse — di reclutare i soggetti più idonei per la specifica attività.

Una volta individuati tali soggetti, questi vengono insediati nelle loro funzioni, legittimati ad usare i relativi poteri, ad incarnare materialmente le strutture, l'organo, la sua attività. L'Amministrazione è quale sono le persone fisiche che la incarnano; le doti di queste ultime sono le qualità dell'Amministrazione.

27. — Il perseguimento del pubblico interesse, già attuato mediante l'impiego dei metodi scelti per l'individuazione e l'assunzione dei migliori soggetti, destinati a far parte dell'organizzazione amministrativa, e dei migliori beni e servizi, destinati ad essere impiegati dall'Amministrazione stessa, trova una sua fondamentale espressione nel complesso sistema predisposto per l'eliminazione degli errori.

Gli errori, infatti, sono per l'azione amministrativa, il più grave degli inconvenienti, sia perché implicano distruzione di ricchezza e di tempo, sia perché, contestualmente, rallentano, o addirittura, rendono impossibile, la realizzazione del pubblico interesse, sia perché danneggiano l'immagine dell'Amministrazione.

28. — Gli errori possono verificarsi o nell'apprezzamento delle situazioni e, conseguentemente, nell'individuazione delle opportunità e, quindi, nell'esecuzione delle scelte (vizi di merito); ovvero nella individuazione delle regole da rispettare; nella loro concreta applicazione; nella razionalità impiegata per realizzare l'azione amministrativa (vizi di legittimità).

I vizi di legittimità consisteranno, quindi: a) nella violazione di legge, perché tanto l'incompetenza quanto lo strapotere di potere sono conseguenze della infrazione delle regole esistenti in materia di competenza, o di limiti del potere; b) nella violazione della logica, perché lo sviamento di potere, la contraddittorietà, il

travisamento dei fatti, la disparità di trattamento, l'ingiustizia manifesta, il difetto o la mancanza di motivazione sono sostanzialmente errori logici, prodotti dalla irrazionalità esplicita nell'azione amministrativa.

Non è esatto asserire che anche gli errori di logica potrebbero rientrare nella categoria delle « violazioni di legge » in quanto darebbero luogo alla violazione dell'art. 97 Cost., impedendo di conseguire il « buon andamento » dell'Amministrazione, perché tale violazione è conseguenza dell'errore logico, che è, invece, un « prius » rispetto al mancato rispetto dell'art. 97 Cost., e avrebbe sempre la natura di un vizio dell'atto, anche se l'art. 97 Cost. non esistesse.

29. — I sistemi per la eliminazione degli errori si possono suddividere in quattro categorie: a) sistemi che operano per impulso ed azione del medesimo ufficio che ha commesso l'errore; b) sistemi che operano su iniziativa e con l'intervento di soggetti esterni all'ufficio, ma pure appartenenti all'Amministrazione, istituzionalmente destinati al controllo dell'operato dell'Amministrazione stessa; c) sistemi che operano per l'intervento dell'ufficio, ma soltanto a seguito di impulso delle parti interessate; d) sistemi che operano per l'intervento di soggetti estranei all'ufficio, che agiscono soltanto su impulso delle parti interessate.

La prima categoria ricomprende l'istituto dell'autotutela (art. 6 R.D. 3-3-934 n. 383) e il controllo del superiore gerarchico sull'operato dell'inferiore.

La seconda categoria ricomprende tutti gli interventi degli organi di controllo sugli atti amministrativi del Governo (Corte dei Conti quale organo di controllo), delle Regioni (Comitati Regionali di Controllo), delle Province e dei Comuni e degli altri enti pubblici locali (Comitati Regionali di Controllo).

La terza categoria ricomprende le osservazioni, le rimostranze, i ricorsi in opposizione, i ricorsi gerarchici propri ed impropri; il ricorso straordinario al Capo dello Stato.

La quarta categoria ricomprende la giurisdizione amministrativa di annullamento (T.A.R. e Consiglio di Stato; Tribunale Sup. delle Acque in grado unico).

30. — Quest'ultima delimitazione sorge dalla differenza esistente nelle conseguenze dei procedimenti giurisdizionali. Vi sono procedimenti che hanno come solo risultato l'eliminazione degli errori

(giurisdizione di annullamento di atti), e vi sono procedimenti che hanno come risultato la produzione di conseguenze coincidenti o divergenti da quelle volute dalle parti, a seconda che il comportamento delle parti sia stato consono o difforme da quanto prescritto dalle norme, conseguenze consistenti nella sostituzione della volontà delle parti con la volontà del giudice che applica la legge. Questa seconda categoria di procedimenti dà luogo a quella forma di attività giurisdizionale che si rintraccia in alcune ipotesi di giudizi innanzi ad organi giurisdizionali amministrativi (giurisdizione di merito ed esclusiva dei T.A.R. e del Consiglio di Stato; giurisdizione delle Commissioni Tributarie; giurisdizione dei Tribunali delle Acque in materia di diritti soggettivi; giurisdizione dei Consigli Nazionali Professionali; giurisdizione dell'A.G.O. nei confronti della P.A. là dove tale giurisdizione è ammessa). Si tratta di attività che non rientra nella logica del sistema di correzione degli errori dell'Amministrazione.

Occorre ricordare che il punto essenziale dell'attività giurisdizionale è costituito dall'individuazione delle conseguenze connesse al rilievo delle divergenze del comportamento dell'una o dell'altra delle parti rispetto alle prescrizioni contenute nelle norme.

Se la conseguenza consisterà nella pura e semplice distruzione dell'atto *contra legem*, allora avremo una giurisdizione che « elimina l'errore » (sia esso inficiante l'atto amministrativo, o l'atto privato); se, invece, la conseguenza consisterà non solo nella eliminazione dell'errore, ma nella sostituzione dell'atto errato con uno corretto, in conseguenza della pronuncia del Giudice (con sostituzione della volontà del Giudice, sostenuta da una corretta lettura della norma, a quella del soggetto che non si adeguato alla norma), ovvero se si avrà la produzione di un effetto afflittivo a danno di chi non ha seguito le norme (sostituendosi anche in questo caso la volontà del Giudice a quella dell'agente, che voleva una conseguenza ben diversa) allora si avrà un ristabilimento in forma compensativa o in forma specifica, dell'ordine turbato dal mancato rispetto della norma. E ciò prescindendo dalla natura del Giudice (ordinario, amministrativo, speciale, convenzionale, etc.).

31. — Vi sono due aspetti della responsabilità dell'agente: verso l'Amministrazione, per il danno arrecatole o col mancato conseguimento del risultato prefisso o con il proprio operare; e verso i terzi, per i danni indebitamente loro arrecati nell'azione.

Ciò implica un sistema di verifica del grado di probabilità di conseguimento che il risultato prefisso presentava, e della congruità dei mezzi usati per conseguirlo (fra cui rientra l'impegno spiegato per tale conseguimento); ed un sistema di conseguenze negative nel caso di mancato risultato positivo.

Ciò implica anche un controllo sull'operato dell'agente quando, nel perseguire o nel conseguire il risultato voluto, abbia arrecato danni a terzi, od alla stessa Amministrazione.

Tutte le ipotesi sopra indicate possono essere frutto o di dolo, o di colpa, fatti che, se hanno conseguenze afflittive diverse per gli agenti, pure fanno sorgere egualmente la loro responsabilità. Ambedue danno luogo al problema del risarcimento del danno.

32. — Infatti l'applicazione dei sistemi per l'eliminazione degli errori, che tende alla distruzione di quanto erroneamente fatto, onde rendere possibile una corretta azione per il conseguimento del pubblico interesse, ha due implicazioni necessarie: l'attuazione di una operazione regolare, e la necessità di riparare al danno arrecato con l'errore.

La P.A. gode di una piena discrezionalità nell'individuare quali siano l'azione, o l'operazione, o il comportamento corretto da porre in essere in sostituzione di quello errato, e distrutto perché tale, proprio in quanto deve essere in grado di conseguire la realizzazione del pubblico interesse. Poiché, però, l'errore commesso può aver arrecato danno, oltre che all'Amministrazione, anche a terzi, vi è la necessità di un sistema di risarcimento.

Del danno verso l'Amministrazione risponderà il responsabile davanti alla Corte dei Conti; del danno verso terzi risponderà l'Amministrazione davanti al Giudice Ordinario, e, in qualche specifico caso, anche innanzi al Giudice Amministrativo.

33. — Quanto abbiamo sino ad ora constatato ci conduce ad alcuni rilievi di carattere generale.

a) Data la natura ineluttabile dei problemi e dato che il sistema esaminato costituisce una risposta razionale, organica, esauriente ai problemi stessi, ne potrà derivare una limitazione ed un perfezionamento della sua azione, ma non una trasformazione radicale. Se si mantiene il predominio del pubblico interesse, il sistema dovrà rimanere essenzialmente quale è; l'allargamento delle forme di garantismo per i singoli mediante le pronunce della magistratura,

ridurrà l'area della discrezionalità, che ha, come scopo, il perseguimento del pubblico interesse, affidato all'Amministrazione, e trasferirà al altri soggetti tale discrezionalità. Quest'ultima dovrà rimanere sempre, ma sarà affidata a chi potrà esercitarla con criteri che, ancorché più obiettivi, saranno pur sempre ispirati al pubblico interesse.

b) Le risposte storicamente note ai problemi che sorgono dalla convivenza sono relativamente poche, e tutte conosciute nei loro pregi, nei loro difetti, nelle loro conseguenze. Tali risposte si sono ripetute nel tempo e nello spazio, si che si deve ritenere che il loro numero sia limitato non per incapacità ad individuarne altre, ma perché, obiettivamente, altre non ne esistono.

c) Esistono risposte parziali che solo apparentemente sono idonee a modificare una situazione. Concentrare o decentrare il potere politico, quello legislativo, quello esecutivo e quello giudiziario, non modifica i termini essenziali della questione: il conseguimento degli scopi per cui si è effettuato un raggruppamento, e la convivenza, che è il presupposto dello stesso raggruppamento, postulano che vi sia un « coordinatore » dotato del potere necessario per stimolare, coordinare, limitare le azioni singole. Il sopravvenire di mezzi tecnici più perfezionati può vanificare l'esigenza di concentrare o di decentrare; ciò che nessun mezzo tecnico può eliminare è l'esigenza di un « direttore ».

d) Esiste sempre il prolema della individuazione del pubblico interesse: chi abbia il potere di stabilirlo; in base a quali criteri; con quali limiti.

Abbiamo visto come l'individuazione del pubblico interesse sia stato un compito del potere politico; ne è dimostrazione il fatto che la tendenza più recente della legislazione è stata quella di collegare in modo automatico la dichiarazione di pubblica utilità di un'opera alla approvazione del progetto relativo; in tal modo, è il soggetto che prende l'iniziativa dell'opera che afferma l'esistenza di un pubblico interesse, assumendo contestualmente la posizione di propulsore e di controllore dell'iniziativa. Questo sistema conduce a confondere il pubblico interesse con l'interesse dell'Amministrazione attiva.

Sarà, quindi, opportuno reintrodurre il principio secondo cui il pubblico interesse è individuato da un soggetto diverso da quel-

lo agente, e, persino, sottoposto ad una revisione critica, perché non si potrà obliterarlo del tutto.

e) I criteri per l'individuazione del pubblico interesse sono stati, in genere, più che ignorati, indicati *ex post*; se la giurisprudenza ha introdotto il principio della necessità della motivazione specifica sul pubblico interesse, e del confronto fra l'interesse pubblico e quello privato, quando di questo si prospetti il sacrificio, pure non ha ancora formulato criteri generali per individuare quando sussista un pubblico interesse, onde verificare se, nel caso di specie, vi sia stato realmente.

Il sistema di responsabilità degli agenti, verso l'Amministrazione, e verso i terzi, richiede un completamento mediante la prospettazione della possibilità di azioni di responsabilità per risultati non conseguiti. Ciò al di fuori dell'azione penale nei casi di omissioni di atti d'ufficio.

f) L'individuazione della eliminazione dell'errore quale scopo di alcuni dei sistemi ricompresi nell'ambito della giustizia amministrativa, ha fatto passare in secondo piano la necessità della « giustizia », intesa come operazione di controllo dell'aderenza o meno dell'operato di un soggetto alle prescrizioni dell'ordinamento, e di determinazione delle conseguenze (favorevoli o sfavorevoli) per l'agente derivanti dall'esito di questo confronto.

Per consentire una più ampia applicazione della « giustizia » si presentano due possibilità: allargare il novero delle controversie con la P.A. sottratte alla giurisdizione amministrativa ed affidate all'A.G.O.; allargare le ipotesi di proponibilità dell'azione di risarcimento danni nei confronti della P.A.; consentire in un più ampio numero di casi che il giudice amministrativo, una volta corretto l'errore con l'eliminazione dell'atto errato, emani « direttive » (cogenti nel fine, ancorché lascianti libertà di scelta nei mezzi) nei confronti dell'Amministrazione tenuta a provvedere alla sostituzione dell'atto soppresso perché errato.

g) Appare, invece, nel quadro del sistema, più che opportuno un nuovo raggruppamento delle competenze statali e degli enti pubblici per materia, in modo da farlo coincidere col sistema usato nel D.P.R. 616/977 per il riordinamento delle competenze Regionali, per le parti di competenza rimaste allo Stato, e di applicare un identico sistema anche là dove non vi sia stata una ripartizione di compiti fra Stato e Regioni.

La razionalizzazione del sistema, peraltro, richiederebbe raggruppamenti di materie in capo ad istituzioni aventi efficacia ed operanti in un ambito spaziale generale; e ciò perché le tecniche ora esistenti varrebbero ad eliminare le difficoltà e gli inconvenienti che, in precedenza, erano stati invocati per giustificare la richiesta di ripartizioni spaziali di competenza.