

Testo maggior dell'a

RAFFAELE RESTA

Prof. di Diritto amministrativo nella R. Univ. di Macerata

L'ONERE DI BUONA AMMINISTRAZIONE

Estratto dagli

Scritti giuridici in onore di Santi Romano



CEDAM
CASA EDITRICE DOTT. A. MILANI
PADOVA - 1939 - XVII

BIBLIOTECA
BOLOGNA

BORSI
E.00
00934

Biblioteca comunale dell'Archiginnasio

B***A
BOLOGNA

BORSI
E.00
00934

BIS 11331

RAFFAELE RESTA

Prof. di Diritto amministrativo nella R. Univ. di Macerata

L'ONERE DI BUONA AMMINISTRAZIONE

—
Estratto dagli

Scritti giuridici in onore di Santi Romano

—



CEDAM
CASA EDITRICE DOTT. A. MILANI
PADOVA - 1939 - XVII

Biblioteca comunale dell'Archiginnasio



SOMMARIO. — 1. Sulla correlatività tra diritto e dovere. — 2. Concetto di dovere e di beneficiario del sacrificio. L'ordinamento giuridico considerato sotto tale aspetto. — 3. L'ordinamento giuridico statale e la persona giuridica « Stato ». Differenza di natura e di interessi. — 4. L'interesse dello Stato come ordinamento e gli interessi dello Stato come persona. Rapporto di fine a mezzo. Gli interessi della Pubblica Amministrazione. — 5. Le situazioni passive di un soggetto di fronte a un comando giuridico, inteso come vincolo alla volontà del destinatario: obbligo e onere. Critica del concetto di onere come vincolo imposto nell'interesse dello stesso onerato. — 6. Il concetto giuridico di onere come vincolo imposto alla volontà di un soggetto per la protezione dell'interesse pubblico. — 7. L'onere come unica posizione giuridica del soggetto vincolato a soddisfare il pubblico interesse. — 8. La volontà della pubblica amministrazione come volontà essenzialmente onerata nella sua attività finale. L'obbligo come accessorio dell'onere nei rapporti di diritto amministrativo. L'attività amministrativa vincolata. — 9. L'attività discrezionale amministrativa in senso materiale. Le regole che la governano: regole interne di natura finale. — 10. La categoria delle regole di buona amministrazione come comprensiva di tutte le regole interne dell'istituzione amministrativa. Regole espresse e regole inespresse (direttive di buona amministrazione). — 11. Il concetto generico di direttiva. Le direttive negli ordinamenti giuridici anglo-americani. — 12. Le direttive nel nostro ordinamento positivo. Natura. Procedimento di individuazione: funzione dell'equità, dei buoni costumi ecc. — 13. Le direttive nel diritto amministrativo. Procedimento finale di individuazione. — 14. Natura finale delle direttive di buona amministrazione. Concetto di buona amministrazione. — 15. Funzione delle direttive di buona amministrazione nell'istituzione amministrativa. — 16. Contenuto delle direttive di buona amministrazione. — 17. Le direttive di buona amministrazione considerate all'esterno. Riconoscimento normale come *quid facti*. — 18. Le direttive di buona amministrazione e il sindacato per eccesso di potere. — 19. Riconoscimento eccezionale alle direttive di buona amministrazione della efficacia giuridica: il sindacato di merito. — 20. Effetti delle direttive di buona amministrazione sulla volontà amministrativa: a) Oneri giuridici. — 21. b) Oneri di buona amministrazione. — 22. Esempi pratici di oneri di buona amministrazione. — 23. Conclusione.

I. — Lo studio normale dei rapporti giuridici con espresso riferimento ai diritti, specialmente sotto il loro aspetto soggettivo, ha avuto

per effetto di porre in seconda linea il concetto non meno importante del dovere considerato nella sua essenza e nella sua soggettivazione (1).

La ragione puramente storica di questo fenomeno è superata da tempo, in regime giuridico di Stato legale o Stato di diritto. Sembra, pertanto, opportuno condurre più a fondo, specie nel campo giuspubblicistico le indagini sui doveri pubblici, a proposito dei quali, di fronte al rilievo frequente della mancanza di correlatività (2), si pone spesso l'osservazione che tra doveri e diritti esiste correlatività logica, oltre che giuridica.

Entrambe le affermazioni, corroborate all'evidenza dalla realtà giuridica, non hanno altra spiegazione logicamente plausibile che nella genericità del concetto di dovere, comprensivo almeno di due *species*.

Dalla considerazione del fenomeno e della sua possibile giustificazione, nel campo del diritto pubblico, sono derivate le sintetiche osservazioni seguenti che — pubblicate per onorare l'insigne Maestro nei cui insegnamenti esse hanno origine e fondamento — sono suscettibili (e si spera lo saranno effettivamente in altra sede) di uno sviluppo più ampio e adeguato.

2. — La sommarietà programmatica di queste osservazioni permette di non indugiare genericamente sui concetti di diritto e di dovere in senso soggettivo, per entrare nel vivo della questione.

Dovere giuridico, considerato, materialmente, implica sacrificio di un interesse a favore di un altro interesse.

Di solito la norma richiede la soggettività giuridica non solo nel titolare dell'interesse che compie, ma anche nel titolare dell'interesse che beneficia del sacrificio.

C'è tuttavia una forte eccezione a questa regola nell'ordinamento giuridico, in cui sono imposti ai singoli soggetti dei sacrifici apparentemente senza contropartita: sono i sacrifici che la norma giuridica impone ai singoli soggetti nell'interesse della collettività, cioè nell'interesse di esso ordinamento, inteso (si noti) come ordinamento e non come soggetto (3).

Il fenomeno per cui l'organizzazione della collettività, come tale, e quindi non come soggetto, può divenire beneficiaria del sacrificio dell'interesse di un soggetto in essa riconosciuto, si attua in virtù di una strut-

(1) V. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936, pag. 30.

Qui si prescinde, naturalmente, dal concetto filosofico di dovere. Su tale punto, sulla problematica e sulle trasformazioni del concetto di dovere v. di recente E. VON HIPPEL, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1938, fasc. III.

(2) Cfr. ad es. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, II ed., Padova 1932, pag. 160; PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Roma 1938 pag. 52.

(3) Una chiara intuizione di tale fenomeno si ha in RAVÀ A., *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911, pag. 42.

tura particolare della norma e si basa sugli impulsi della economia individuale del soggetto del dovere.

In tale guisa l'ordinamento giuridico viene riconosciuto anche nel suo interno, come titolare di un interesse, anzi *dell'interesse* della collettività.

L'unicità dell'interesse collettivo e il suo riconoscimento nell'ordinamento giuridico sono concetti fondamentali e però spesso postulati nella scienza del diritto pubblico (1).

Se dubbi vi fossero, basterebbe a fugarli la considerazione che ogni organizzazione esiste per un fine: il noto aforisma kantiano — ogni legge senza un fine è vuota, ogni fine senza legge è cieco — si adatta perfettamente alle organizzazioni (e quindi, soprattutto, all'ordinamento giuridico), sia che queste si vogliano identificare col diritto (secondo notissime teorie), sia che vogliano considerarsi iurigene, secondo l'espressione del Picard (2), ossia generatrici di diritto.

3. — Dalla constatazione che il rapporto tra organizzazione e fine è istituzionale e reciproco discende chiara la nozione di interesse della collettività. La necessità del fine postula, infatti, il bisogno dell'organizzazione di raggiungerlo: la posizione di essa favorevole al soddisfacimento di tale bisogno rappresenta appunto l'interesse collettivo o pubblico.

Tale interesse, inteso in senso generale, come la posizione della collettività organizzata favorevole al raggiungimento del suo fine (bene o utile pubblico), è un concetto unitario che si pone non solo all'esterno dell'ordinamento della collettività stessa ma anche all'interno. Ed è appunto in questa sfera che, beneficiando dei sacrifici di interessi di singoli soggetti riconosciuti come tali, esso pone in rilievo l'esistenza di doveri (speciali, come vedremo) di questi soggetti verso la collettività.

Tali principi, valevoli per tutte le istituzioni, valgono anche, evidentemente, per l'ordinamento giuridico: dato, poi, che questo per noi è lo Stato, potremo affermare che titolare dell'interesse pubblico generale e beneficiario del sacrificio di interessi di singoli soggetti di diritto è lo Stato, ma — si noti bene — lo Stato come ordinamento, non già lo Stato come soggetto, ossia come persona giuridica riconosciuta nell'ordinamento.

Per quanto non sempre rilevata, la distinzione tra i due concetti è fondamentale per la retta intelligenza della maggior parte dei fenomeni pubblicistici.

La confusione deriva dal fatto che anche la persona giuridica « Stato »

(1) V. comunque FORTI, *Diritto Amministrativo*, vol. I Napoli, 1931, pag. 176, che afferma chiaramente l'unicità e l'inscindibilità dell'interesse collettivo perseguito dallo Stato.

(2) *Le droit pur*, Paris, 1916 pag. 164 e segg.

ha un proprio ordinamento, distinto, diverso e secondario rispetto al primo. È stato infatti osservato (1) che altro è l'ordinamento giuridico statale, altro è l'ordinamento della persona giuridica « Stato » in quanto persona giuridica nell'ambito dell'ordinamento giuridico statale. Dalla impossibilità di considerare l'ordinamento giuridico come persona rispetto ai soggetti che vi sono riconosciuti tali, per la contraddizione che non consente di far venire il tutto in relazione con le singole parti che lo compongono (2) discendono conseguenze chiarificatrici di molte situazioni di diritto pubblico.

Quella che preme, qui, rilevare concerne la differenza tra l'interesse che lo Stato persegue come ordinamento (interesse pubblico, generale) e gli interessi (anche essi pubblici) che lo Stato persegue come persona e che non si identificano nè si possono (quia absurdum) identificare col primo.

Vedremo in seguito il rapporto fondamentale che intercede tra il primo e i secondi (come tra il primo, i secondi e gli interessi degli enti pubblici minori), ma rapporto, per sè stesso, postula diversità, non identità.

La riprova della diversità concettuale tra Stato-ordinamento e Stato-persona e della conseguente diversità degli interessi rispettivamente perseguiti si ha in quegli ordinamenti giuridici (Stati) che non conoscono la persona giuridica « Stato » (3), (es. ordinamento inglese) (4), con conseguenze della massima importanza in ogni campo del diritto (es. mancanza del principio della responsabilità dello Stato, poichè responsabile non può essere che un soggetto di diritto).

4. — I mezzi di cui ogni organizzazione naturalmente dispone per

(1) CAMMARATA, *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, Roma 1925 pag. 163. Ma la netta distinzione è già in AFFOLTER, *Zur Lehre von der Persönlichkeit des Staates*, in *Archiv für öff. Recht*, 1906 pag. 374. Accenni alla distinzione sono anche in molti giuspubblicisti italiani: cfr. ad es. CARNELUTTI, *Sistema*, vol. cit. pag. 32; MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, Estr. dall'*Archivio di diritto Pubblico*, 1936, pag. 6 dell'Estratto.

(2) AFFOLTER, *op. loc. cit.* È ovvio che anche lo Stato come ordinamento può apparire come persona, ossia come soggetto in un altro ordinamento, ad es. nell'ordinamento internazionale.

(3) V. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, pagg. 67-72; *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1933, pag. 49.

(4) V. HATSCHER, *Englische Staatsrecht*, Tübingen, 1905, I, pag. 75; KARADGÈ ISKROW, *La personne juridique publique*, in *Rév. du droit public ecc.* 1934, pag. 419. Anche la recente dottrina tedesca nega la qualifica di persona giuridica allo Stato nazionalsocialista: cfr. HOEN, *Lo Stato non è persona giuridica*, in *Lo Stato*, 1937 pag. 65. La negazione non è, però, pacifica nella stessa dottrina tedesca. Cfr. in proposito BISCARETTI, *Il diritto costituzionale dell'Impero Germanico nei primi cinque anni di regime nazionalsocialista*, Estr. dall'*Archivio di diritto pubblico*, 1938, pagg. 39-40.

raggiungere il proprio fine sono, da un punto di vista formale, le norme (1). Da un punto di vista materiale, però, le norme non si concepiscono se non rivolte a dei destinatari, i quali si possono essenzialmente configurare come nuclei di interessi (2) che si accentrano nell'interno dell'organizzazione e che sono riconosciuti come destinatari delle norme (soggetti) solo se ed in quanto servono da mezzi per raggiungere il fine proprio della organizzazione in cui vivono.

Gli interessi che lo Stato riconosce sono, dunque, tutti interessi funzionali, perchè, mentre operano come forze vive nella compagine statale, operano anche nell'interesse pubblico.

Ora quando, per limitare il discorso al nostro sistema, partendo dall'ordinamento giuridico (ordinamento primario) si passa alla prima e più importante persona giuridica in esso riconosciuta, cioè alla persona dello Stato, è evidente che i fini di questo, in tanto sono riconosciuti dal primo e in tanto valgono ad erigere in esso un soggetto di diritto, in quanto sono considerati mezzi per il raggiungimento del fine proprio dell'ordinamento giuridico, cioè dell'interesse pubblico generale.

E, così, passando alle varie posizioni che la persona dello Stato assume nell'ordinamento giuridico e — principale tra esse — all'istituzione amministrativa, è chiaro che i fini della Pubblica Amministrazione sono mezzi per la soddisfazione dell'interesse dello Stato come ordinamento giuridico.

Di guisa che, di fronte a siffatto interesse (interesse pubblico esterno), la Pubblica Amministrazione ha tanti interessi (pubblici) interni, quanti sono i fini specifici ad essa tassativamente assegnati; e il rapporto tra interesse esterno e interessi interni è tale che il primo è soddisfatto solo mercè l'attuazione dei secondi (3).

Si tratta, in realtà, di un vero principio generale per cui nell'ordinamento giuridico una istituzione pubblica può esistere come tale, solo se ed in quanto i fini suoi vengano considerati dallo Stato come mezzo per il raggiungimento dell'interesse pubblico (generale) (4), che è l'interesse suo proprio (5).

(1) V. per tutti, RAVÀ A. cit. pag. 31 e Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (trad. TREVES R.) in *Archivio Giuridico*, vol. CX (1933) pag. 17 dell'estr.

(2) È noto che normalmente la soggettività giuridica si basa sulla unità esterna di interessi: cfr. sul punto ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1915, II, pag. 17 dell'estr.

(3) Cfr. RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, vol. XXXIX 1905, pagg. 13-17 dell'estr.

(4) Sul concetto di interesse pubblico generale, con particolari riferimenti al diritto tedesco, cfr. KRÜGER E., *Die Lehre vom öff. Interesse in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Diss., Breslau, 1932.

(5) Alla stregua di tale principio andrebbe, pertanto, riveduta la comune opinione

5. — Per spiegare come avviene che, nel campo nostro particolare, i fini specifici della Pubblica Amministrazione servano da mezzo per il raggiungimento dell'interesse pubblico generale, occorre riflettere sulla natura del dovere incombente alla stessa Amministrazione di raggiungere i propri fini.

Che ogni istituzione, appunto perchè tale, abbia il dovere di raggiungere il proprio fine, è principio che non si pone in discussione; che, poi, per le istituzioni pubbliche riconosciute nell'ordinamento dello Stato, tale dovere sia giuridico è affermazione variamente giustificata nelle sue cause, ma sempre accolta esplicitamente o implicitamente nella sua entità da tutti i giuristi (1).

Or è noto che la situazione passiva di un soggetto di fronte a un comando giuridico, considerato come vincolo alla volontà del destinatario, ha duplice contenuto. Si insegna, infatti (2), che è obbligo, quando il vincolo contenuto nel comando impone al soggetto una condotta determinata per proteggere l'interesse di un altro soggetto; che, invece, è onere quando il vincolo imporrebbe al soggetto una determinata condotta per la protezione di un interesse proprio del soggetto medesimo.

Alla identità formale dei due vincoli imposti alla volontà del soggetto, obbligo e onere contrapporrebbero una differenza sostanziale quanto all'interesse, dato che il primo riguarderebbe sempre l'interesse di un altro soggetto, il secondo — invece — l'interesse dello stesso soggetto onerato.

Tale differenza, anche se esatta in sé, non pare contenga tutti gli elementi per tracciare una linea giuridica di delimitazione tra obbligo e onere.

In sostanza, l'onere non è altro che il dovere finale, cioè la situazione

che vede la caratteristica dell'autarchia nella identità o comunità (che è lo stesso) degli interessi degli enti autarchici con gli interessi propri dello Stato. Tale identità, invero, non solo non è ammissibile in astratto, ma è negata in concreto dall'attuale ordinamento sindacale-corporativo italiano (cfr. ROMANO, *Gli interessi degli enti autarchici e gli interessi dello Stato*, in *Studi per RANELLETTI*, vol. II, pag. 439 e segg.). In realtà, la differenza (v. RESTA, *Lineamenti di una teoria generale dell'autarchia*, in *Studi Urbinate*, 1933, pagg. 24-25 dell'estr.) che può giungere sino al contrasto, tra gli interessi degli enti autarchici e gli interessi dello Stato si spiega, anche nella nozione di autarchia, sul rapporto di mezzo a fine riconosciuto ai primi in rapporto al secondo.

(1) V. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1924, I, pagina 390; MIELE, *Situazioni di necessità*, cit., pag. 49. Per la dottrina francese v. WELTER *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Paris, Sirey, 1929, pag. 152.

(2) CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, pag. 55. Si prescinde qui dalla terza figura delle situazioni giuridiche passive (la soggezione) poichè estranea all'argomento che forma oggetto del presente studio. Essa, comunque, non si attua con un vincolo alla volontà ma si configura (CARNELUTTI, cit., pag. 56) come una situazione di inefficacia del volere.

passiva del soggetto di fronte a una regola finale (1), la quale, notoriamente, contiene un vincolo di natura economica, che gioca sugli impulsi edonistici, individuali, interni del soggetto.

Posta la regola finale, nè il precetto che essa contiene, nè il dovere che ne consegue sono giuridici, per la mancanza del rapporto di alterità, ossia della relazione intersoggettiva, al di fuori dei quali non vi è posto per la considerazione giuridica.

Se il soggetto non segue la regola, se non obbedisce al vincolo che questa contiene e impone, non consegue lo scopo: tale è lo schema della regola finale, tale la sanzione che consegue alla sua inosservanza.

Ma è evidente che regola, dovere e sanzione hanno un contenuto esclusivamente economico, non giuridico, poichè rimangono all'interro del soggetto agente, il quale si può configurare sia nella posizione passiva di fronte alla regola finale (se vuoi X, devi fare Z) sia nella posizione attiva di fronte alla proposizione ipotetica corrispondente alla stessa regola finale (se fai Z, avrai X).

Basta il fatto che l'inosservanza della regola porti al mancato conseguimento dello scopo (mancata soddisfazione del bisogno) per concludere che si tratta di sanzione economica, non giuridica, poichè non tocca gli altri soggetti di diritto.

A rigore di logica, solo l'obbligo è rilevante nell'ordinamento giuridico in quanto il vincolo alla volontà dell'obbligato è imposto nell'interesse di un altro soggetto.

Per l'onere dunque, non vi sarebbe posto nei rapporti giuridici, appartenendo esso per natura alla sfera interna dello stesso soggetto al quale è imposto dagli impulsi della propria economia individuale.

In conclusione, o l'onere non esiste come situazione giuridica o esso ha bisogno di ulteriori elementi di specificazione.

6. — La verità della seconda proposizione, dimostrata dalla positiva esistenza di regole finali nell'ordinamento giuridico e, per conseguenza, di oneri giuridici, implica la ricerca degli ulteriori elementi di specificazione. Se una norma impone un onere, è evidente che tiene presente un interesse diverso da quello dell'onerato, anche se apparentemente sembra si occupi solo di questo.

Dall'esame dei vari oneri, che comunemente contrassegnano la situazione giuridica dei soggetti di fronte alle regole giuridico-finali, si può desumere che ogni qual volta il diritto pone o riconosce una regola finale, e perciò ogni qual volta qualifica giuridicamente un onere, il vincolo alla volontà dell'onerato è imposto sicuramente per la protezione di un interesse che è proprio dello stesso soggetto (vincolo economico), ma contem-

(1) Cfr. BRUNETTI, *Norme e regole finali del diritto*, Torino, 1913, pag. 72 e passim.

poraneamente serve a proteggere un interesse diverso e speciale, che non è proprio nè del soggetto onerato nè di qualsiasi altro soggetto, *uti singulus*, ma è pubblico, cioè proprio dell'ordinamento giuridico, come tale. Chè, anzi, la ragione per cui l'ordinamento qualifica la regola finale e l'onere non è la protezione dell'interesse individuale del soggetto onerato (protezione che, da altra parte, non avrebbe significato giuridico), sibbene la protezione dell'interesse pubblico, che è precisamente quell'interesse *diverso* dall'interesse del soggetto onerato, al di fuori della considerazione del quale non vi può essere onere giuridico.

Si prenda, ad esempio, uno dei più tipici oneri processuali del nostro ordinamento positivo, l'onere della domanda giudiziale sancito all'art. 35 cod. proc. civ. L'onerato, vincolato a proporre la domanda se vuol far valere un diritto in giudizio, subisce un vincolo posto apparentemente nel suo stesso interesse; ma la norma si fonda sugli stimoli che il bisogno di soddisfare questo interesse producono sull'onerato, per soddisfare l'interesse pubblico acchè le liti siano composte giudizialmente, ossia con l'intervento e sotto l'egida dello Stato.

L'interesse della parte è, quindi, il mezzo di cui l'ordinamento giuridico si serve per soddisfare l'interesse pubblico: l'onere, operando apparentemente nell'interesse della parte, opera in effetti nel pubblico interesse. La differenza tra obbligo e onere, dal punto di vista sostanziale, consiste dunque nella diversità dell'interesse a favore del quale la volontà è vincolata, ma tale diversità deve intendersi nel senso che per l'obbligato il vincolo è posto a protezione dell'interesse individuale di un altro soggetto; per l'onerato, è posto a protezione dell'interesse pubblico.

Non solo nell'onere, ma anche nell'obbligo, l'interesse del destinatario del comando ha rilevanza giuridica, cioè funzionale, in relazione a un altro interesse riconosciuto nell'ordinamento giuridico; con la differenza che nell'obbligo, essendo tale rapporto un mero sacrificio, non può essere che imposto alla economia individuale dell'onerato; mentre nell'onere, essendo al sacrificio connesso un beneficio proprio del soggetto onerato, può essere lasciato al libero giuoco degli stimoli dell'economia personale di esso, in ragione dei fini che si propone di raggiungere.

Dire che la differenza tra obbligo e onere consiste nel fatto che col primo si protegge l'interesse di un altro soggetto e col secondo l'interesse dello stesso soggetto onerato, è dire cosa esatta se considerata dal punto di vista *interno* del destinatario del comando, alla economia individuale del quale sembra che la norma abbia posto l'onere per la tutela del suo stesso interesse e l'obbligo per imporre il sacrificio del suo all'interesse altrui.

Ma se si considera dal punto di vista *esterno*, si nota immediatamente l'inesattezza dell'affermazione, poichè giuridicamente tanto l'onere quanto l'obbligo costituiscono una relazione tra un beneficio e un sacrificio, con

la differenza che nell'obbligo il corrispettivo del sacrificio si trova nel beneficio di un altro soggetto e nell'onere nel beneficio della collettività organizzata.

Che, poi, dal punto di vista interno del soggetto onerato, a seguito del sacrificio imposto dall'onere, il beneficio dell'interesse pubblico sia congegnato in modo da prodursi insieme al beneficio del soggetto stesso, è certamente circostanza che ha rilievo giuridico — il diritto, infatti, se ne serve come spinta a soddisfare l'interesse pubblico — ma in via puramente strumentale, accessoria, poichè in via principale è l'interesse pubblico che preme alla norma di soddisfare.

Dal punto di vista esterno, perciò, onere e obbligo, come relazioni, si equivalgono: essi costituiscono delle posizioni caratterizzate singolarmente dal fatto che la prima serve a rapporti tra soggetti e collettività, la seconda a rapporti tra soggetti come tali.

7. — Il chiarimento della differenza tra obbligo e onere mena logicamente ad un'altra serie di considerazioni.

Se è esatto che l'obbligo serve a rapporti tra soggetti come tali e l'onere a rapporti tra soggetti e collettività, l'interesse pubblico generale cioè l'interesse dello Stato come ordinamento giuridico non può essere servito che da oneri.

È, infatti, evidente che l'obbligo presuppone non solo due interessi diversi ma due diversi soggetti, nella economia individuale di ciascuno dei quali esso si realizza come un rapporto tra un sacrificio e un beneficio. Solo l'onere, implicando la considerazione del sacrificio di un soggetto a favore dell'interesse dell'ordinamento giuridico, può rappresentare la posizione giuridica del soggetto vincolato a soddisfare il pubblico interesse.

Appunto per tale sua natura, l'onere ha bisogno, per realizzarsi, di una norma avente struttura speciale (regola finale), la quale facendo leva sugli impulsi edonistici del soggetto, lo spinge — per procurare a sè stesso un beneficio, ossia il raggiungimento di un fine — a compiere un sacrificio a favore del pubblico interesse (es. fare una domanda, dare pubblicità ad alcuni atti, compiere delle azioni in modo determinato, perchè esse siano riconosciute atte a produrre effetti giuridici ecc.).

Non è quindi completamente esatta l'affermazione che l'onere sia un dovere senza corrispettivo: il corrispettivo è precisamente nell'interesse del soggetto onerato, considerato *uti civis*, ossia in quella ideale frazione di beneficio che deriva al singolo, non in quanto tale, ma in quanto membro della collettività.

A corollario di tali osservazioni, si può aggiungere che è inconcepibile la soddisfazione dell'interesse pubblico generale in virtù di obblighi, perchè si dovrebbe giungere all'assurdo di ammettere come soggetto l'ordinamento giuridico in sè stesso e al conseguente assurdo di negare le

caratteristiche peculiari del concetto di interesse pubblico generale, cioè la sua unicità (inscindibilità), l'impossibilità del suo sacrificio nell'interno dell'ordinamento giuridico e l'impossibilità della sua eventuale conversione, caratteristiche che non potrebbero non ammettersi in presenza della soggettività del titolare.

Ciò non esclude il diritto di cittadinanza dell'obbligo dai rapporti di diritto pubblico, poichè obbligo è perfettamente concepibile ogni qual volta si tratti di interessi delle persone giuridiche riconosciute come tali, e quindi anzitutto della persona dello Stato che, essendo soggetto di diritti, non può non essere soggetto di obblighi.

Esclude solo la presenza dell'obbligo in tutti quei casi in cui un soggetto di diritto è tenuto a compiere un sacrificio nell'interesse della collettività.

In definitiva, lo Stato come ordinamento, non essendo soggetto al suo interno, non è ivi nè soggetto di diritti nè soggetto di obblighi: rispetto ai singoli soggetti, in esso riconosciuti, è semplicemente il beneficiario dei loro sacrifici a favore dell'interesse che esso rappresenta, cioè dell'interesse pubblico generale.

8. — Il numero di oneri esistenti nel diritto privato (l'aggettivo ha, qui volere storico poichè l'onere è concetto eminentemente pubblicistico), per quanto ingente, è superato di gran lunga dal numero di oneri incombenti alla Pubblica Amministrazione, per ragioni intuitive, data la natura stessa dell'istituzione amministrativa all'interno della persona giuridica « Stato ».

Dal che deriva che la parte qualitativamente più importante della attività amministrativa si svolge di regola su norme finali, sanzionate da oneri.

È noto che l'attività amministrativa non è mai puramente lecita, ma sempre giuridica (1), anzi — aggiungiamo — essenzialmente giuridico-finale (2), poichè la volontà che ne determina i fini e ne impone il necessario e specifico raggiungimento è la volontà del Legislatore (3).

(1) Cfr. da ultimo LEVI A., *Attività lecita individuale e attività discrezionale amministrativa*, in *Studi per CAMMEO*, II, *passim* e spec. a pag. 104. Qualche dubbio fu avanzato dal CAMMEO, in ordine a determinate attività, che potremmo chiamare strumentali (CAMMEO, *Corso di dir. amm.*, Padova, 1911, I ed., nn. 74 e 234).

(2) Il ROMANO (*Gli interessi degli enti autarchici*, cit., pag. 441) li qualifica « funzionali », perchè in funzione degli interessi dello Stato. Cfr. anche dello stesso A. il *Corso di dir. costituz.*, cit., pag. 7.

(3) V. sul punto ampiamente ZANOBINI, *L'attività amm. e la legge*, cit., pag. 383. *Contra* LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Wien, 1910 pag. 62, che ammette la discrezionalità nella scelta dei fini. Ma la sua isolata opinione, negatrice in sostanza del potere discrezionale, ha contro tutta la dottrina pubblicistica. Per la critica alla tesi del LAUN, v.

Posto il fine, nasce per la Pubblica Amministrazione il dovere di raggiungerlo. Tale dovere, corrispondente ad ogni specifico fine amministrativo, è, per natura, un onere, dato che il raggiungimento del fine, soddisfacendo un bisogno amministrativo, soddisfa l'interesse pubblico.

Se non che, lasciando da parte l'attività puramente strumentale della Pubblica Amministrazione, si può affermare che nella attività finale l'onere non rimane isolato. Esso viene corroborato da obblighi (e corrispondenti diritti) di varia natura, soprattutto per la ragione che l'istituzione pubblica, per volere ed agire, ha bisogno della volontà e dell'azione di persone fisiche.

La serie più rilevante di obblighi accessori degli oneri amministrativi si rinviene precisamente nei rapporti tra l'istituzione e le persone fisiche dei suoi agenti, obblighi che, vincolando le dette persone fisiche ad agire negli interessi specifici dell'Amministrazione, costituiscono il fondamento dei rapporti tra ente e funzionari.

E non solo l'onere della Pubblica Amministrazione non rimane di regola isolato, ma spesso esso sembra scomparire di fronte all'obbligo. Anche in tali casi, però, osservando attentamente, è facile isolare l'onere dall'obbligo, fissando il primo al rapporto tra istituzione e ordinamento giuridico (cioè tra interesse specifico dell'istituzione — interno — e interesse pubblico — esterno —) e il secondo tra istituzione e funzionario o tra istituzione e terzo, ossia, genericamente, tra istituzione e altri soggetti di diritto.

In definitiva, in tutta l'attività finale della Pubblica Amministrazione, il dovere di raggiungere il fine amministrativo specificamente assegnatole è e rimane un onere: esso non riguarda l'Amministrazione di fronte a qualsiasi altro soggetto di diritto, come tale, ma di fronte all'interesse della collettività organizzata, alla soddisfazione del quale l'Amministrazione stessa è vincolata. Tale è il motivo per cui il cittadino, *uti singulus*, non può chiedere che un determinato dovere amministrativo (onere) sia attuato nei suoi esclusivi confronti.

Consentendo all'interesse del singolo soggetto, come tale, una protezione occasionale o condizionata all'adempimento dell'onere amministrativo, la nostra legge positiva offre una ulteriore prova della natura specifica di onere per il dovere della Pubblica Amministrazione di raggiungere i suoi fini e del fatto che, anche quando l'onere appare coperto da un obbligo, non solo è presente, ma è il solo che vincola, con la sua tipica struttura, la volontà amministrativa.

Perciò, nella attività amministrativa vincolata, in cui più appariscente è l'obbligo, c'è sempre una norma finale in rapporto di presuppo-

recentemente GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1937, pag. 311 e segg. e dottrina citata.

sizione. Può darsi che essa non sia di facile individuazione, poichè di solito la norma (imperativa) che sancisce un obbligo non contiene il minimo accenno all'onere istituzionale, ma tale difficoltà pratica di rilievo nulla toglie alla verità del principio della accessorietà dell'obbligo rispetto all'onere incombente alla Pubblica Amministrazione.

9. — L'accenno alla attività vincolata serve da ponte di passaggio alla considerazione della attività discrezionale amministrativa, sulla quale sono ben rare le indagini dal punto di vista materiale.

Allo scopo di delimitare il campo delle osservazioni che seguono, è opportuno precisare che l'attività della Pubblica Amministrazione può essere, ed è di fatto, vincolata da ogni sorta di norme giuridiche in senso materiale e quindi non solo da norme legislative, ma anche, e più spesso, di norme regolamentari (c. d. regolamenti giuridici).

Ora, quando qui si pone in antitesi attività vincolata e attività discrezionale, si intende che l'attività regolamentare non ha nulla a che vedere con l'attività discrezionale.

In altre parole, sembra che l'attività discrezionale, come attività della Pubblica Amministrazione svolgentesi su regole interne, non afferenti all'esterno se non in determinati punti (fini) e mai come manifestazioni di volontà, sibbene come *quid facti*, non possa mai trasformarsi *ex se* in attività regolamentare, cioè in attività capace di dettar norme giuridiche vere e proprie, aventi perciò valore generale per altri soggetti di diritto, solo perchè tali.

Solo una norma giuridica può autorizzare l'istituzione secondaria a emanare norme regolamentari: in mancanza di tale norma, l'istituzione secondaria (e quindi anche la Pubblica Amministrazione) non ha possibilità di dettare norme giuridiche, nè a tale mancanza può supplire col potere discrezionale, che è connaturato con la sua esistenza, ma che si esplica su un piano del tutto diverso da quello della norma giuridica (1).

Ciò premesso, la considerazione materiale della attività discrezionale importa preliminarmente la ricerca delle regole che la disciplinano. Poichè la norma giuridica, posto il fine, lascia spesso alla Pubblica Amministrazione la scelta dei mezzi (convenienza) o la scelta del tempo (oppor-

(1) Cfr. ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Archivio Giuridico*, 1922, vol. LXXVII, e anche nel *Corso di diritto amministrativo*, I, 1936, pag. 71. Nello stesso senso, ROMANO, *Corso di dir. costituz.*, cit., pagg. 50-51; DE VALLES, *Il fondamento del potere regolamentare*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1930, I, 145. *Contra* RAGGI, *Il potere discrezionale e la facoltà regolamentare*, Milano, 1923; BETTI, *La base giuridica della potestà regolamentare*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1927, I, 13. Per un esame generale della questione in diritto pubblico comparato, nel senso sostenuto nel testo, cfr. lo studio del KARADGÉ ISKROW, *Contributio à la théorie des normes edictées en vertu d'un rapport de sujexion speciale en droit public*, in *Rév. intern. de la théorie du droit*, 1931-32 pag. 187 e segg.

tunità), o l'una e l'altra insieme, occorrerà vedere se esistano e quali siano le regole che la Pubblica Amministrazione deve seguire in tale scelta (1).

Il problema dell'esistenza di regole disciplinanti l'attività discrezionale amministrativa è già da tempo positivamente risolto dalla dottrina con la nota affermazione che l'Amministrazione, agendo nell'esercizio di un potere discrezionale, deve sempre obbedire a un canone generale di diritto che suona: « agisci nel modo che credi più utile al pubblico interesse » (2).

Tale affermazione, anche se non riesce ad offrire un criterio di distinzione tra discrezionalità amministrativa e libertà di determinazione individuale (3), nè a chiarire nei suoi veri termini il fenomeno della disciplina del potere discrezionale, basta tuttavia a far concludere per la positiva esistenza di una limitazione, che è già regolamentazione, di esso, non dissimile — *mutatis mutandis* — dalla disciplina imposta alla libertà di determinazione individuale dal postulato edonistico che ne regola l'azione nella sfera del lecito (4).

Tenendo, però, presente la vera differenza fra attività discrezionale amministrativa e attività lecita individuale (consistente in ciò, che nella prima tutti i fini sono posti dalla legge, nella seconda dalla volontà individuale, sì che di fronte alla giuridicità dei primi e al conseguente rilievo giuridico dei mezzi formali per raggiungerli, sta la normale irrilevanza giuridica dei secondi), si può dedurre che, posto un fine alla Pubblica Amministrazione, non solo l'attività amministrativa discrezionale deve necessariamente seguire una regola per raggiungerlo, ma tale regola attinge il campo delle relazioni giuridiche, in cui è posto il fine perseguito (5).

L'attività discrezionale amministrativa, ha dunque, natura finale, in quanto la volontà della Pubblica Amministrazione è obbligata a determinarsi nella direzione segnata dalla regola richiamata dal fine specifico da raggiungere (è il fine, infatti, che con la necessità della sua attuazione impone la regola) e, contemporaneamente, giuridica, data la giuridicità del fine e il conseguente rilievo esterno della regola finale corrispondente.

(1) I casi intermedi di discrezionalità e di vincolo legale o nella convenienza o nella opportunità rientrano, ciascuno per la sua parte, in uno dei due casi assoluti Cfr. DE FRANCESCO, *Potere discrezionale della Pubbl. Amm. e azione giudiziaria*, in *Foro di Lombardia*, 1931, fasc. VI e RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935 pag. 90.

(2) BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, 1886, pag. 46. Il concetto è però già nel ROMAGNOSI.

(3) ZANOBINI, *L'attività amm. cit.*, pag. 386.

(4) CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, Discorso inaugurale, in *Annuario della R. Università di Bologna*, 1923-24 pag. 28.

(5) È la giuridicità del fine insieme alla necessità della sua attuazione e alla conseguente possibilità di controllo che esclude l'arbitrarietà dell'attività discrezionale amministrativa nei confronti dell'attività lecita individuale.

10. — I mezzi formali diretti di cui dispone la Pubblica Amministrazione per raggiungere i fini specifici che le sono assegnati dalla legge si possono dividere — in conseguenza di quanto si è detto — in tre categorie: o sono norme giuridiche che contengono o presuppongono le regole finali corrispondenti ai fini da raggiungere (attività vincolata), o sono norme giuridiche che rinviano parzialmente a regole finali (interne), quando lasciano all'Amministrazione la scelta del momento e la vincolano nei mezzi, o, viceversa, vincolandola nel tempo, la lasciano libera nel contenuto dell'azione, o sono norme giuridiche che rinviano *in toto* alle regole finali amministrative, limitandosi a collegare l'ordinamento interno della Pubblica Amministrazione con l'ordinamento giuridico (attività discrezionale propriamente detta).

Ma non basta aver accennato all'esistenza; bisogna, per confermarla, dimostrare la natura, la struttura e la funzione, oltre che il contenuto proprio di siffatte regole interne e l'entità della loro giuridica rilevanza.

È nota nel diritto amministrativo la categoria delle c. d. regole di buona amministrazione (1), cioè di regole dell'operare, tradotte spesso in iscritto per comodità di chi le impartisce e di chi le deve osservare, con la funzione di dare e di ottenere unità di indirizzo ai vari organi, col nome di istruzioni se dirette ad uno, di circolari se dirette a più organi (2).

Non è questa la sede per una approfondita disamina dei caratteri formali e differenziali fra circolari, istruzioni ecc.; per quel che è utile ai fini della nostra indagine, basta il concetto che esse contengono — e sono tali appunto perchè contengono — regole interne con contenuto generale (3).

Nè preme, qui, fermarci sulla efficacia materiale di tali regole nell'ambito della istituzione, sia perchè è comune l'opinione che estende tale efficacia a tutti coloro che si pongono in rapporto speciale di subordinazione con l'istituzione medesima, sia perchè se ne farà cenno in seguito, in senso più generale e comprensivo.

Non bisogna però ritenere che tali regole (4) esistano solo in quanto

(1) V. FORTI, *Diritto amministrativo*, I, cit., pag. 84, il quale parla di norme di buona amministrazione. Per quanto si tratti di questione terminologica, è preferibile usare la parola « norma » per indicare la regola giuridica in senso stretto e la parola « regola » per indicare tutti gli altri principi direttivi di condotta, che dalla norma giuridica notoriamente si differenziano.

(2) ZANOBINI, *Le norme interne*, cit., pag. 25; FORTI, *Dir. amm.* cit., pag. 83.

(3) Cfr. SALEMI, *Le circolari amministrative*, Palermo, 1913, pagg. 53-54.

(4) Sotto la categoria delle regole di buona amministrazione, devono ritenersi comprese le c. d. norme tecniche, le norme di organizzazione, il diritto di casa, le massime di esperienza ecc. Cfr. sulla questione e per la bibliografia, BODDA, *I regolamenti degli enti autarchici*, Torino, 1932, pag. 120 n. 33 e IACCARINO, *Norme interne e interesse legittimo*, in *Foro Italiano*, 1933 fasc. XIX, pag. 4 e segg. dell'estr.

rivestite di una forma determinata (redatte per iscritto o impartite oralmente) perchè molte, anzi la maggior parte di esse sono inesprese, ma non meno rilevanti e non meno vincolanti per la volontà amministrativa, perchè imposte dalla necessità reale e attuale di attingere il fine imposto dalla legge (1).

Tanto vero che la violazione sia delle regole finali interne espresse che di quelle inesprese costituisce — nel caso in cui è data al singolo possibilità di ricorso dinanzi al Magistrato Amministrativo — vizio della legittimità dell'atto (eccesso di potere), secondo la nostra legge positiva nella interpretazione progressiva datane, in mezzo secolo di giurisprudenza, dal Consiglio di Stato.

È vero che, mentre sulla violazione delle regole espresse di buona amministrazione buona parte della dottrina e tutta la giurisprudenza sono esplicite (2), non altrettanto lo sono sulla violazione di quelle inesprese, anche se implicitamente lo ritengono, parlando di eccesso di potere come di controllo del fine e dei mezzi impiegati dalla Pubblica Amministrazione per raggiungerlo.

Ma se è vero che l'istruzione o la circolare segnano espressamente una direttiva alla azione amministrativa, se ne può forse inferire che, quando la direttiva non sia espressa, essa non esista? Cioè che, quando la direttiva non sia espressa, l'azione amministrativa rimanga praticamente priva di regole cui uniformarsi?

Ogni dubbio sulla risposta, se dubbio vi fosse, è eliminato dalla sola considerazione della esistenza del sindacato per eccesso di potere, nella sua intrinseca natura e nella sua originaria funzione, che rivelano esternamente — cioè nel campo dei rapporti giuridici — per quanto in misura limitata, il complesso fenomeno della regolamentazione (interna)

(1) Sulla differenza tra regole espresse e inesprese v. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., pagina 10 e segg.

(2) CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere in Giurisprudenza Italiana*, 1912, III, 107. Per la giurisprudenza, cfr., per tutte, la dec. della IV Sez. del Consiglio di Stato n. 517 del 1933, riportata nella *Relazione del Presidente del Consiglio di Stato al Capo del Governo per gli anni 1931-35*, vol. II, Roma, 1937, pag. 703.

Nella dottrina francese cfr. l'interessante studio di CHEVALLIER J. J., *L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir*, Nancy, 1924, con ampie citazioni dottrinarie e giurisprudenziali.

Contrari, sono nella dottrina italiana, ZANOBINI, *Norme interne*, cit., pag. 32 e ESPOSITO, *Organo, Ufficio, Soggettività dell'Ufficio*, Annali Camerino 1932, pag. 318, n. 2; nella dottrina francese GRELAT G. *Essai d'une théorie juridique de l'instruction de service*, Thèse, Paris, 1908, pag. 668 e segg. Egli, però, ammette che le circolari, mentre non darebbero adito al ricorso di mero annullamento, offrirebbero materia per il ricorso di piena giurisdizione (pag. 697), con palese contraddizione, poichè finisce con l'attribuire alle circolari una efficacia maggiore di quella che egli stesso poco prima aveva negato. V. anche in generale sulla questione, KARADGÉ ISKROW, *Contribution*, cit., pag. 219.

dell'azione amministrativa, in conformità delle regole di buona amministrazione, siano o non rivestite di una forma determinata.

Chi consideri, d'altra parte, la natura e la funzione della stessa prassi amministrativa, potrà facilmente ricavare la conseguenza che, per siffatte regole, nell'interno della istituzione amministrativa, si ripete, con le debite modificazioni, il fenomeno che si verifica nell'ordinamento giuridico per quella fonte generale tacita di diritto, che si denomina consuetudine, e che per le stesse ragioni la manifestazione *rebus* di una regola costituisce una variazione di forma (insieme all'elemento causale: *opinio necessitatis*) che non tocca, anzi conferma l'identità del contenuto rispetto alle regole espresse *verbis* (1).

II. — Il concetto di direttiva come regola dell'operare, scaturente dalla realtà, non appartiene particolarmente ai rapporti interni della Pubblica Amministrazione, ma è un concetto generale di cui si trovano applicazioni costanti — per quanto in diverse proporzioni — in tutti gli ordinamenti giuridici.

Per avere, pertanto, un'idea esatta della natura delle direttive di buona amministrazione, nell'interno dell'istituzione amministrativa, della loro struttura, del loro contenuto e della loro funzione, è necessario riferirsi al concetto generale di direttiva quale si riscontra in quegli ordinamenti positivi, in cui esso trova larga e normale applicazione.

Nel pensiero di uno dei più autorevoli teorici di siffatti ordinamenti, il Pound (2), un sistema giuridico positivo, per essere completo, deve pos-

(1) La scarsa attenzione dedicata, in genere, al fenomeno importante della prassi amministrativa si spiega appunto con la mancata considerazione delle direttive di buona amministrazione.

La prassi consiste, precisamente, nell'applicazione concreta di direttive di b. a. nell'interno dell'istituzione pubblica ed ha il valore di indice rivelatore delle regole di condotta, applicate e da applicare, in ordine a determinati fini. Sul valore della prassi come creatrice di principi e di norme nel diritto amministrativo, attraverso la dottrina cfr. GORUNEANU R. M. *Les sources dans le droit administratif*, in *Mélanges P. NEGULESCU*, Bucarest, 1935, pag. 339 e segg.; HERNANDEZ RON J. M., *Tratado elemental de derecho administrativo*, Caracas, 1937, I, pagg. 66-67. Nella dottrina italiana v. la nota del LEFEBVRE D'OVIDIO A., *La inosservanza della prassi amministrativa come vizio di eccesso di potere*, in *Foro Amm.*, 1936, I, 1, 102.

Recentemente, in un dibattito dinanzi alla Corte di Cassazione Penale, ha avuto notevole rilievo la prassi deontologica intesa come precetto disciplinare, in tema di rapporti tra medici avvicinandosi nella cura di un infermo. Sulla natura del principio, cfr. CASSINA, *Rifuto di prestazione professionale medica e prassi deontologica*, in *Rivista Penale*, 1938, pag. 737.

(2) Si confronti di questo A. la relazione fatta nel 1919 all' *American Bar Association*, dal titolo *The administrative application of legal standards* in *XLIV American Bar Association Rep.* pagg. 445-463, specie a pag. 454. Successivamente con maggiore ampiezza nel volume *An introduction to the Philosophy of law*, New York, Yale University, 1922. Cfr. anche

sedere quattro categorie di strumenti: la norma, i principi generali, i concetti generali (es. il contratto, il testamento) e gli standard.

A parte ogni osservazione sulla omogeneità di tali categorie, la completa comunanza ai nostri ordinamenti positivi delle tre prime, può far limitare l'indagine all'ultima.

Standard, lessicalmente, significa prototipo, modello, regolatore medio: standard giuridico è appunto un modello di condotta umana usato a fini giuridici. Tale uso consiste nella deduzione di una regola giuridica dal modello di condotta, regola che — per la sua stessa origine — assume a contenuto una media di comportamenti umani (1).

La regola dedotta da uno standard, per distinguersi dalle altre, si suole chiamare direttiva (2): solo per una delle abbreviazioni traslative comuni nella lingua inglese, specie nell'uso nord-americano (3), l'espressione standard giuridico viene comunemente usata per identificare la regola giuridica desunta col procedimento degli standard (4).

Inteso in tale significato ellittico, nel quale sarà anche qui usata la espressione, standard giuridico è una misura media di condotta sociale corretta, in un determinato campo dell'agire umano (5).

Gli standard sono comuni gli ordinamenti inglese e nord-americano: basti qui ricordare, nel primo, lo *standard of reasonableness in restraint of trade* (6) (direttiva di razionalità nelle restrizioni contrattuali alla libertà individuale del lavoro); nel secondo, la direttiva di ragionevole incidente di servizio (*reasonable incident of service*), quella delle imprese

la recensione del SIOTTO PINTOR a tale ultima opera in *Riv. Int. di Filosofia del Diritto*, 1923 pag. 109 e segg. V. anche, in generale FREUND E., *Standards of American Legislation* Chicago, 1926. Per un'applicazione particolare, ma con espressi riferimenti al concetto generale v. il recente studio del NUTTING, C. B.; *Definitive Standards in Federal Obscenity Legislation* in *Iowa Law Review*, novembre 1937 (Vol. 23) pag. 24 e segg.

(1) Del resto, lo stesso Legislatore, nell'emanare i suoi comandi e nel calcolarne l'efficacia presuppone un tipo di uomo medio. V. in proposito MIELE, *Le situazioni di necessità*, cit. pag. 19 dell'estr.

(2) Lo standard giuridico è, perciò, solo un mezzo per la deduzione di una direttiva, anzi, come si vedrà, uno dei mezzi.

(3) Su tali abbreviazioni nel diritto nord-americano v. in genere RUINI, *Studi sulle public utilities*, in *Concessioni e Costruzioni*, 1936 pag. 357 e segg.

(4) L'espressione ellittica è stata fonte degli equivoci in cui è caduta la maggior parte della dottrina francese nella confusione e identificazione fra standard e direttiva. Cfr. AL SANHOURY A. A., *Les restrictions contractuelles à la liberté du travail dans la jurisprudence anglaise*, Paris, 1925, pag. 23,40 e passim; STATI M. O. *Le standard juridique*, Paris, 1927, pag. 36 (per quanto con maggior precisione a pag. 45); SCHNEIDER, *De l'indivisibilité de la propriété et de gerance dans les officines pharmaceutiques. Contribution à l'étude du standard juridique*. Paris, 1927, pag. 198. Contro tale equivoco v. però le precise considerazioni dell'HAURIOU, *Police juridique et fond du droit*, in *Rév. trim. de droit civil*, 1926, pag. 269.

(5) POUND, *Adm. applic.* cit. pag. 457.

(6) Sul quale v. specificamente l'opera cit. di AL SANHOURY.

di pubblica utilità (*public utilities*) (1), quella della debita procedura di legge (*standard of due process of law*) che ha permesso la formazione e lo sviluppo della notissima giurisprudenza costituzionale americana (2), quella di prudenza necessaria (*standard of due care under circumstances*) per l'apprezzamento della colpa in generale e per vari casi particolari (es. *standard of due care in driving*) ecc.

Per generalizzare, gli standard della giurisprudenza anglo-americana si possono, con molta approssimazione, sussumere sotto due schemi generali: lo *standard of reasonableness* (di razionalità) e lo *standard of expediency* (di opportunità) (3).

A parte ogni questione storica o dommatica, fatta o da farsi, sugli standard (4), preme qui solo porre in rilievo che essi contengono precetti empirici, desunti dall'esperienza (5), capaci di regolare l'attività umana *sub specie juris* da un punto di vista non astratto nè assoluto (come fa la norma), bensì concreto e relativo alle singole contingenze di ogni fattispecie (6).

Gli standard, perciò, negli ordinamenti sopra indicati, sono vere regole giuridiche, cioè comandi che, creando diritti e doveri, creano rapporti giuridici (7). Il fatto che diritti e doveri non siano previsti in astratto, ma siano riconosciuti caso per caso — la ricerca che ne deve effettuare l'organo cui ne è commessa l'attuazione (8) lascia inalterata la loro natura —

(1) V. la nota 3 a pag. prec.

(2) La letteratura sul famoso XIV emendamento della Costituzione federale nord-americana è copiosa, ma non tutta accessibile in Italia. Cfr. comunque EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli S. U. d'America* Torino, 1931 e la bibliografia ivi riportata, cui adde MC GEHE, *Due process of law*, Washington, 1906, MOTT R. L. *Due process of law*. Indianapolis, 1926.

(3) Così HAURIU, op. cit. pagg. 271-272.

(4) Vedansi gli studi del LAMBERT e della sua scuola (AL SANHOURY, EL ARABI).

(5) Tale è la ragione del movimento americano per la c. d. applicazione amministrativa degli standard giuridici (cfr. POUND, *Rep. cit.*). I sostenitori di questo strumento giuridico ritengono che esso possa, anzi debba essere usato più che da giuristi, da pratici dello speciale ramo di attività, al quale lo standard si riferisce.

(6) Il pregio riconosciuto dalla dottrina anglo-americana agli standard giuridici concerne appunto la possibilità di perpetuo adattamento ai rapporti sociali da essi regolati: gli standard, infatti, per definizione non hanno niente di assoluto, sono improntati al senso comune e si ispirano ad apprezzamenti di morale media (*moral average judgement*) che deve essere leale (*far*), coscienziosa, ragionevole, prudente e diligente. Cfr. sul punto POUND, *An Introduction* ecc. cit. pag. 118 e, sul puritanesimo di questi concetti, la recensione dell'opera cit. fatta dal SIOTTO PINTOR.

(7) Dubitarne, come fa l'HAURIU (*Police juridique et fond du droit*, cit. pag. 273), significa giudicare l'ordinamento positivo in cui essi sono applicati nella misura esposta nel testo con un criterio estraneo all'ordinamento stesso.

(8) Tale è la ragione per cui il LAMBERT parla di *gouvernement des juges* per gli ordinamenti a tipo anglo-americano. Cfr. la sua opera, *Le gouvernement des juges et la lutte con-*

non toglie affatto al comando che li genera la sua specifica natura normativa.

Gli standard hanno, quindi, struttura formalmente diversa, ma sostanzialmente identica a quella della norma. Le differenze tra questa e quelli sono meramente estrinseche, non di contenuto (1). Dalla identità sostanziale e dalla differenza formale deriva la specifica funzione che la giurisprudenza e la dottrina anglo-americana assegnano agli standard nei confronti della norma scritta. Nella regolamentazione giuridica delle relazioni umane, infatti, esse riservano alla norma il campo in cui impera il bisogno della certezza e della assoluta sicurezza dei rapporti giuridici (es. diritti reali, diritti di successione ecc.), agli standard, invece, i così detti campi mobili del diritto, cioè l'attività economica, i rapporti tra le classi sociali, i rapporti specifici tra produttori, commercianti e consumatori ecc. (2).

12. — Le direttive non sono affatto sconosciute al nostro ordinamento positivo: si pensi ai casi in cui la norma fa richiamo all'equità, ai buoni costumi ecc.

La differenza, tuttavia, fra il nostro e gli ordinamenti a tipo anglo-americano, non è — come, dopo questa riflessione, potrebbe apparire — meramente quantitativa e riguardante l'estensione del campo di applicazione delle direttive.

La differenza è veramente di principio e concerne la linea di separazione tra il campo di applicazione della norma e il campo di applicazione delle direttive, il che val quanto dire tra il principio della completezza e quello della incompletezza del sistema delle norme.

Nel nostro ordinamento in cui vige il principio della completezza del sistema delle norme, la linea di separazione o — se si vuole — l'ammissione delle direttive è segnata da una norma.

Negli ordinamenti a tipo anglo-americano, in cui è negato il principio della completezza del sistema delle norme, essendo da essi unicamente riconosciuto il principio istituzionale (diverso e non confondibile col primo) della completezza dell'ordinamento giuridico, le direttive (gli standard) hanno vigore proprio, non hanno cioè bisogno di una norma che espressamente le richiami e conferisca loro efficacia (3).

tre la législation sociale aux Et. Un., Paris, 1921; e da ultimo: *Le gouvernement des juges et le pouvoir de police*, in *Rév. Gén. du droit, de la législation* ecc. LXI, 1937, pag. 53 e segg.

(1) La diversità di struttura formale, oltre che sulla certezza, incide sulla applicazione, il cui procedimento varia dalla norma allo standard. Per applicare questo, infatti, al puro procedimento interpretativo, il giudice deve premettere un procedimento di individuazione (non di creazione) del comando da applicare alla fattispecie, procedendo di notevole complessità, data la natura della ricerca e la flessibilità della regola che contiene il comando.

(2) Cfr. su tale punto AL SANHOURY, *op. cit.*, pag. 31 e segg.; STATI, *op. cit.*, pag. 164.

(3) È del resto assurdo pensare che vi sia un ordinamento costruito sul presupposto

Comunque, a parte il giudizio che si può dare sul sistema degli standard, è certo che ogni qual volta le nostre norme positive rinviano all'equità, all'*arbitrium boni viri*, all'ordine pubblico, al buon costume, alla morale corrente ecc. richiamano espressamente delle direttive di condotta (1). E il fatto che nel nostro ordinamento, senza una norma che la richiami, la direttiva non abbia efficacia nei rapporti giuridici, non toglie che essa sia, per sua natura, regola di condotta ed attui, per sua specifica funzione, la disciplina di determinati rapporti sociali.

Il richiamo della norma giuridica non costituisce, quindi, che mero rinvio ad una o più regole sociali, in funzione delle quali frequentemente l'ordinamento giuridico si pone (2).

Altro e più delicato problema è quello della ricerca di siffatte regole da parte di chi è chiamato ad applicarle; ed è grave errore confondere il problema della natura e della funzione delle direttive con quello della loro individuazione.

Tale problema notoriamente non si pone per le norme giuridiche e ciò costituisce appunto il vero vantaggio del sistema delle norme, con la sua certezza, sul sistema delle direttive. Il quale, d'altro canto, per essere fondato direttamente sulla realtà, presenta a sua volta il vantaggio di fronte alla norma, rigida e astratta, della flessibilità e della migliore aderenza ai singoli rapporti sociali da regolare (3).

della incompletezza, dato che ogni ordinamento si presenta per sè stesso completo. Gli ordinamenti a tipo anglo-americano potranno apparire incompleti a chi li consideri — come noi siamo abituati — di fronte a un sistema di norme, ma non possono non apparire completi di fronte al principio istituzionale sul quale essi sono espressamente costruiti. Tale è la ragione per cui non pare si possa accettare l'opinione, o meglio, l'espressione del CARNELUTTI (*Sistema*, I, 117) che per la soluzione autointegrativa del problema delle lacune (propria del nostro ordinamento) parla di coerenza dell'ordine giuridico e per la soluzione eterointegrativa, di incoerenza. Che il criterio di scelta fra la prima e la seconda soluzione sia di natura politica (ivi, pagg. 115-116) è incontestabile, ma che si possa parlare di coerenza e di incoerenza dell'ordine giuridico, mi pare discutibile. Se si parlasse di coerenza del sistema delle norme, allora certo il sistema eterointegrativo apparirebbe incoerente, ma se si parla di coerenza dell'ordine giuridico, anche il sistema eterointegrativo è coerente rispetto al principio sul quale è costruito. Si tratta, in altre parole, di due diversi punti di vista, non assimilabili in unica formula.

(1) Gli esempi nel diritto privato e processuale civile sono citati dal CARNELUTTI, *Sistema*, I, pag. 136. Per quanto, concerne il concetto di buoni costumi nel diritto civile, Cfr. recentemente MAIORCA, *Se sia ammissibile l'equiparazione dell'offesa ai buoni costumi alla lesione del diritto*, in *Annali dell'Univ. di Camerino*, 1936 pag. 135 e seg. Per il diritto internazionale v. il recentissimo studio di JENKS C. W. *Equity as a Part of the Law applied by the Permanent Court of International Justice*, in *The Law Quarterly Review*, 1937, Vol. LIII, n. 212, pag. 519 e gli AA. citati V. inoltre, VERDROSS, *Trattati contra bonos mores*, in *Riv. dir. intern.*, 1937, pag. 3 e segg.

(2) V. sul punto ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, Riv. dir. pubbl. 1909, I, 493.

(3) Inutile aggiungere che, nonostante tali vantaggi, la nostra dottrina, assoluta-

Ora, come il legislatore, così anche colui che deve individuare la direttiva come criterio regolatore di rapporti giuridici (cioè intersoggettivi) non può raggiungere il suo scopo che attraverso un procedimento di mediazione (1), si chiami procedimento degli standard, dell'uomo medio, del *bonus pater familias* nel diritto romano o del vigile e onesto lavoratore nel Codice di famiglia sovietico (2).

Rimane, in tal guisa, chiarita la vera funzione esercitata nel campo del diritto da concetti come l'equità (c. d. giustizia del caso concreto), l'*arbitrium boni viri* (c. d. appello alla coscienza e all'onestà del giudice (3), i buoni costumi ecc., concetti che non solo si presentano per sè stessi privi di omogeneità, ma che — considerati da un punto di vista strettamente giuridico — non avrebbero alcun significato (4), nelle giustificazioni ad essi date con esclusivo riguardo al loro intrinseco contenuto, piuttosto che alla loro reale funzione nel campo dei rapporti giuridici.

Tale funzione, invece (che conferisce loro omogeneità e cittadinanza nel mondo giuridico) è esclusivamente strumentale rispetto alle direttive: i concetti del *bonus*, del *diligens pater familias*, il concetto di *boni mores* ecc. servono a individuare regole di condotta sociale necessarie alla regolamentazione di determinati rapporti giuridici.

13. — L'importanza delle direttive nel diritto pubblico specie amministrativo, nonostante i riconoscimenti or espliciti (5) or impliciti (6),

mente dominante, non accetta le opinioni della scuola del diritto libero o della scuola storica di cui ultima espressione è l'opera del KRABBE, *Die moderne Staatsidee* Aufl., Aja 1919 (specie a pagg. 121, 124, 198 e segg.). Cfr. in Italia, per una vigorosa critica di quelle concezioni FERRARA F., *Potere del legislatore e funzione del giudice*, in *Riv. dir. civ.* 1911, Fasc. 4. Cfr. anche, in genere, sui c. d. poteri creativi della giurisprudenza, con ampi riferimenti agli ordinamenti e alla dottrina inglese e americana BIGIARI W., *Appunti sul diritto giudiziario*, in *Studi Urbinate*, 1933, pag. 88 e segg., e 1934 pag. I e segg.

(1) In tale senso va inteso l'art. 1 del Cod. Civ. Svizzero che dà al Giudice il potere di decidere determinati rapporti giuridici « secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore ».

(2) Cfr. PREDELLA, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, Torino, 1934 passim e specie a pagg. 138-139.

(3) Così ad es. VENZI, *Note a PACIFICI MAZZONI*, V. ed. pag. 311.

(4) Lo riconosce, infatti, e giustamente RAVA', *Il diritto come norma tecnica cit.* pagina 86.

(5) Per il diritto costituzionale v. ROMANO, *Diritto e correttezza cit.* passim; per il diritto amministrativo cfr. DONATI D., *I caratteri della legge in senso materiale*, Camerino, 1910, Nota 28 e anche nei *Principi di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, III ed. lit., 1932, pagg. 11-18; HAURIOU, *Police juridique cit.* pag. 273 e 282.

(6) Da parte di tutti coloro che si sono occupati di potere discrezionale della Pubbl. Amm. La letteratura è vastissima: cfr. recentemente GUICCIARDI, *L'atto politico*, cit. pag. 312 n. 1.

Sull'equità, oltre al citato discorso, inaugurale del CAMMEO, Cfr. dello stesso A. il

è stata sempre più sentita che spiegata, soprattutto per la tendenza generale della dottrina allo studio del potere discrezionale in senso soggettivo piuttosto che in senso oggettivo o materiale.

Dimostrato, in tesi generale, che le direttive sono per natura regole dell'agire e che esse, nel campo specifico dell'istituzione amministrativa, originano dalla stessa posizione di questa, quale risulta dalla sua organizzazione e dai suoi fini, è dimostrata anche la loro struttura all'interno della istituzione e la loro funzione regolatrice dei rapporti che in tale sfera si svolgono.

Ciò detto, chi consideri il potere discrezionale da un punto di vista materiale, rileverà facilmente che esso non è altro che il potere conferito a chi agisce per la Pubblica Amministrazione di individuare la direttiva corrispondente al fine specifico da raggiungere e di attuarla nel caso concreto.

Siffatto procedimento di individuazione delle direttive (che è il momento più importante dell'azione discrezionale amministrativa, poichè l'attuazione consequenziale si riduce alla mera obbedienza al comando, comunque ricavato) non solo è rilevante dal punto di vista interno della Pubblica Amministrazione, ma anche dal punto di vista esterno, sia per i casi specifici di sindacato sull'uso del potere discrezionale (eccesso di potere) che si riduce al sindacato sull'esatta applicazione e logicamente (come *prius*) sulla esatta individuazione delle direttive da parte dell'organo di amministrazione attiva (1), sia per la specifica giuridicità dei fini posti dalla legge alla Pubblica Amministrazione.

Ora, il procedimento di individuazione delle direttive vigenti nei rapporti intersoggettivi, procedimento di medietà che si attua in funzione di determinati prototipi di condotta (di diligenza, di morale ecc.) è evitemente da un lato inapplicabile, dall'altro — anche se per assurdo lo si ritenesse applicabile — inadeguato nel campo della discrezionalità della Pubblica Amministrazione.

È certo inapplicabile, perchè si attua con un procedimento di media presupponente un numero adeguato di soggetti attivi, dalla cui condotta estrarre il paradigma regolatore, mentre l'istituzione amministrativa, considerata *ex interiore*, non è un soggetto, nè svolge attività paragonabile con quella di altri soggetti, perseguendo attraverso i propri interessi l'interesse pubblico generale.

Corso di diritto amministrativo, Padova, 1914, I, pag. 336 e, inoltre RANELLETTI, *Principi di dir. amm.*, Napoli, 1915, pag. 50-51; RAGGI, *Contributo all'apprezzamento del concetto di equità*, in Filangeri, 1919 pag. 31 e segg.; SCAVONETTI, *L'equità della Pubblica Amministrazione*, in *Studi per CAMMEO*, II, 510 e segg.

(1) Perciò, in sostanza, quando il legislatore attribuisce al giudice amministrativo il sindacato per eccesso di potere, gli conferisce il potere di sindacare l'eventuale violazione delle direttive di buona amministrazione.

D'altra parte, dato pure che fosse in ipotesi applicabile (se mai come media delle azioni delle persone dei funzionari o agenti in genere), sarebbe naturalmente inadeguato, per la deficienza che il criterio della media contiene in sè stesso.

Nei rapporti intersoggettivi, infatti, dominati dal principio di libertà nella sfera del lecito (per cui la norma si preoccupa degli scopi e degli intenti ulteriori dei singoli soggetti solo dal punto di vista negativo della non impedibilità), una media delle attività lecite offre un criterio pratico per la desunzione di una regola. Inevitabilmente, però, accade che da un lato alla media si sacrificano molti intenti giusti, dall'altro, con la regola da essa desunta, si proteggono molti intenti ingiusti. Da tale constatazione è nata l'aspirazione moderna della scienza del diritto privato, a reprimere l'abuso del diritto, controllando il fine particolare che il soggetto titolare del diritto, usando di questo, si propone di raggiungere (1).

L'osservazione che nel diritto amministrativo l'abuso del diritto è da tempo represso in virtù del sindacato per eccesso di potere (2) contiene una profonda intuizione della verità, anche se non ne offre la spiegazione. Questa però si ottiene facilmente riflettendo che nella sfera della discrezionalità amministrativa (3), le direttive non si ricavano (nè si potrebbero ricavare) con un procedimento esterno, meccanico e livellatore, ma col procedimento finale, che si svolge nell'interno dell'istituzione e che si attua nella considerazione del fine da raggiungere (4).

In tal guisa, non solo la regola è veramente adeguata, ma il raggiungimento del fine è garantito mercè l'indicazione della direzione alla volontà dell'agente.

Poichè, infatti, «l'esercizio di ogni potere amministrativo è strettamente rinchiuso nella strada che mena al fine suo proprio e non può essere impiegato ad altri scopi, anche amministrativi» (5), è il fine specifico che

(1) In tale ordine di idee, v. MARKOVITCH M. *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Paris, 1936, specie a pag. 151, e l'ampia bibliografia riportata (v. specialmente le opere del SALEILLES e del GENY).

(2) CAMMEO, *L'equità* cit. pagg. 30-31.

(3) Il che non esclude che anche alla Pubblica Amministrazione, nella sua soggettività giuridica e quindi nei rapporti con altri soggetti, si possano applicare (specialmente nella c. d. attività strumentale) regole ricavate col procedimento di media proprio delle relazioni intersoggettive.

(4) Parallelo, quindi, al procedimento che si attua nell'interno di ogni individuo per le regole della morale, per cui la condotta è valutata alla stregua del fine. Tale è la ragione per la quale alcuni Autori francesi (HAURIOU, WELTER ecc.) hanno parlato, con termine improprio, ma con concetto appropriato, di moralità amministrativa. Che anzi, se per morale si intendesse genericamente la doverosità in forma soggettiva (DEL VECCHIO, *L'homo iuridicus e l'insufficienza del diritto come regola della vita*, in *Riv. int. di Filosofia del diritto*, 1936, pag. 22 dell'estr.) anche il termine «moralità amministrativa» non mancherebbe di appropriazione.

(5) HAURIOU, nota in *Sirey*, 1911, 3. 33.

richiama la regola dell'azione corrispondente al suo raggiungimento.

Le direttive di buona amministrazione sono, dunque, vere direttive finali cioè regole poste all'azione amministrativa per il raggiungimento dei fini specifici assegnati dalla legge alla Pubblica Amministrazione.

14. — Il carattere finale delle direttive di buona amministrazione, desunto a posteriori, per mera comodità di indagine, dal procedimento necessario alla loro individuazione, è naturalmente insito nel loro contenuto, nella loro struttura e nella loro qualificazione, all'interno della istituzione amministrativa.

Le direttive di buona amministrazione, infatti, disciplinando l'attività amministrativa, non verso altri soggetti di diritto, *uti singuli*, cioè come titolari di specifici interessi, ma verso l'ordinamento giuridico, titolare dell'interesse pubblico generale, sono essenzialmente regole dell'interesse e solo mediatamente — come tutte le regole dell'interesse — si possono considerare regole dell'operare.

In dipendenza di tale natura, nella loro struttura materiale si riscontra che il vincolo da esse imposto alla volontà, alla quale si dirigono, è un comando economico, cioè sanzionato economicamente, in quanto la violazione delle direttive produce, come immediata conseguenza, il mancato raggiungimento dello scopo, e, quindi, la mancata soddisfazione del bisogno.

Ulteriore conferma della natura finale delle direttive qui considerate si ha nella qualifica che serve a individuarle nel loro specifico campo di azione.

Contrariamente, infatti, a quanto sulle prime si può pensare, il concetto di buona amministrazione non rappresenta un *quid medii* tra la cattiva e l'ottima amministrazione, sempre per la essenziale ragione che è impossibile un procedimento di media nei rapporti istituzionali amministrativi.

Buona amministrazione esprime un concetto finale: è l'attività amministrativa perfettamente adeguata, nel tempo e nei mezzi, al fine specifico da raggiungere.

L'attività amministrativa deve essere, perciò, istituzionalmente buona o giusta (1), perchè deve necessariamente essere adeguata non solo all'interesse pubblico generale, ma ai fini specifici assegnati alla Pubblica Amministrazione.

A tale concetto finale, anzi, si può ridurre dal punto di vista strettamente giuridico anche il famoso principio della giustizia nella Ammini-

(1) Il GIOBERTI, *Protologia*, Napoli, 1861, II, 268 osservava che *justus* in buon latino « significa tra le altre cose » compiuto, adeguato assolutamente » e si dice di ogni oggetto, anche materiale, purchè completo nel suo genere (*justus exercitus, justa arma*).

strazione (1), che, attuandosi col controllo dei mezzi, attua precisamente, nei limiti in cui è consentito, il sindacato dei fini amministrativi.

15. — Per rendersi plasticamente conto delle entità e della necessità della funzione spiegata dalle direttive di buona amministrazione, occorre osservare da un lato il sistema materiale delle norme giuridiche, per riscontrare la presenza tra norma e norma di « spazi liberi » (2), e, dall'altro, l'ordinamento giuridico da un punto di vista istituzionale, per rilevare che quegli spazi lasciati liberi dalla norma giuridica contengono regole di vario genere (di convenienza, del costume, della morale ecc.), le quali, senza essere diritto, disciplinano con varia efficacia rapporti sociali e in funzione delle quali, esplicitamente o implicitamente, spesso l'ordinamento giuridico si pone (3).

Ciò si verifica con particolare frequenza nell'ordinamento della Pubblica Amministrazione, in cui la norma giuridica si pone spesso in funzione delle direttive di buona amministrazione.

Sotto l'aspetto istituzionale, si può pertanto affermare che le direttive suddette, nel sistema delle norme che disciplinano l'attività finale della Pubblica Amministrazione, funzionano da giunti elastici (4) e rappresentano una necessità immanente in questo ordinamento, per la flessibilità indispensabile all'azione amministrativa in relazione ai fini da raggiungere, e per l'inettitudine della norma materiale a prevedere adeguatamente tutte le situazioni che si determinano in ordine ai fini stessi (5).

(1) È evidente che da un punto di vista politico, esso ha il significato (non contrastante con quello giuridico, ma diverso) di programma per l'azione governativa.

(2) Cfr. ROMANO, *Diritto e correttezza*, cit. pag. 494; FLEINER, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, (trad. EISENMANN), Paris, 1933, pag. 94-95; GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, pag. 586; LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers*, Paris, 1893, pagg. V-VI; NAWIASKI H., *Forderungen und Gewaltverhältniss*, in *Festschrift für ZITELMANN*, München, 1913, e, inoltre, in *Einiges über Steuerrechtliche Grundfragen. Vierteljahrschrift für Steuer- und Finanzrecht*, 1928, pag. 448-450.

(3) ROMANO, *Diritto e correttezza* cit. pag. 493. Per la duplicità del punto di vista esposto nel testo cfr. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modena, 1925, pag. 10.

(4) Il termine è del CARNELUTTI, *Sistema*, I, 135. Identico concetto fu espresso dal WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien, 1904, pag. 86 (che li chiama concetti valvole), dal POLLACCO, *Le cabale del mondo legale*, in *Atti del R. Istituto Veneto*, T. LXVII, Venezia, 1908, pag. 172 dell'estr. (« organi respiratori » dell'organismo del diritto); dal DONATI D., *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano 1910, pag. 210 (organi di adeguazione). Cfr. DEL VECCHIO, G. *Sui principi generali di diritto*, *Archivio Giur.* vol. LXXXV, fasc. I, pag. 56 dell'estr.

(5) V. SALEMI, *La c. d. responsabilità per atti legittimi della Pubbl. Amministrazione*, Milano, 1912, pag. 12, per cui il concetto di discrezionalità fa parte del concetto di amministrazione. Inoltre, cfr. RENARD, nella prefazione al volume del VELTER, *Le contrôle de la moralité* ecc. cit. pag. XIII; GIRARD, *Etude sur le pouvoir discretionnaire*, in *Rèv. Gen. d'ad-*

La funzione delle direttive di buona amministrazione consiste, perciò, in un completamento necessario del sistema delle norme amministrative, considerato nella sua attualità, e in un modo di perfezionamento del sistema stesso, nel suo divenire, in quanto le direttive suggeriscono le variazioni e le modificazioni indispensabili alle norme, per tener dietro al movimento incontenibile dei rapporti sociali da essi regolati e le attuano, mercè un processo di evoluzione, per cui una direttiva, consolidata dall'esperienza, può divenire norma giuridica (1).

16. — Il contenuto proprio delle direttive di buona amministrazione sfugge per la sua stessa natura ad ogni indagine giuridica, ma non è, per questo, meno rilevante per la scienza del diritto amministrativo.

La sola considerazione che il vizio di merito degli atti amministrativi costituisce un vizio della validità dei medesimi e, quando ne è ammessa denuncia da parte del singolo, motivo di annullamento dell'atto stesso (2), sarebbe già sufficiente ragione di indagine, anche a voler trascurare il non trascurabile profilo generale della necessaria aderenza dell'atto amministrativo discrezionale, per sè stesso, allo scopo da raggiungere.

E mestieri, però, osservare che se tutto il merito amministrativo è compreso nella attività discrezionale (3), questa si estende anche al di là del puro merito.

Le direttive di buona amministrazione non sono, perciò, solo direttive dell'azione di merito amministrativo (tale affermazione sarebbe vera, ma non conterrebbe tutta la verità), ma sono essenzialmente direttive finali, e come tali, attinenti direttamente anche alla sfera della legittimità.

Scendendo alla determinazione del loro contenuto, l'indagine giuridica non può assumere a contenuto che la loro natura, dato che essa si ferma all'aspetto puramente formale del fenomeno. A tale stregua si può affermare che le direttive di buona amministrazione contengono precetti di aderenza al fine che l'Autorità amministrativa si propone di raggiungere.

Il loro contenuto sostanziale, corrispondente alla natura del comando da esse recato, è economico o, se si vuole, politico.

Il noto principio romagnosiano « massimo utile pubblico, con minimo

ministration, 1924, pag. 206 (« il potere discrezionale è una condizione di buona amministrazione »).

(1) Su tale processo evolutivo cfr. DONATI D., *Principi di dir. amm.* cit. pag. 14.

(2) V. ROMANO, Voce « Annullamento » (di atti amministrativi) in *Nuovo Digesto Italiano*; RESTA, *La revoca degli atti amm.* cit. pag. 36, e Autori cit.

(3) V. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella Pubbl. Amm.* V. ed., pagg. 308-309; BORSI, *La giustizia amministrativa*, e VI d. (1938) pagg. 230-231; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II (La giustizia amministrativa), 1938, pag. 254; FAGIOLARI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, in *Studi in occasione del Centenario*, Roma, 1932, III, pagg. 68-69.

sacrificio privato» (1) rappresenta appunto la regola di politica amministrativa che funge da principio generatore delle direttive di buona amministrazione (2).

Ogni ulteriore determinazione del loro contenuto esula dal campo strettamente giuridico, per entrare a far parte della scienza politica applicata alla Pubblica Amministrazione.

17. — Le direttive di buona amministrazione sono state, nelle considerazioni, svolte, riguardate quasi esclusivamente da un punto di vista interno, ossia istituzionale, e solo sotto tale aspetto hanno presentato natura e struttura di regole di condotta, contenenti comandi economici, con funzione specifica nei rapporti amministrativi.

Ma, evidentemente, c'è un aspetto non meno importante sotto il quale le direttive medesime devono essere considerate, l'aspetto cioè esterno, propriamente giuridico, intersoggettivo.

Chi si pone da tale punto di osservazione non potrà non rilevare che la considerazione delle direttive si presenta, al solito, sotto tre distinti aspetti, nei confronti della norma giuridica, alla quale occorre necessariamente riferire tutto quel che cade nel dominio del diritto.

Può darsi, infatti, che la norma giuridica riconosca e faccia propria la direttiva di buona amministrazione, formalmente incorporandola in sè stessa: siamo in tale ipotesi di fronte alla attività vincolata (finale), in cui la direttiva è un presupposto della norma o è essa stessa norma giuridica. Può darsi, in secondo luogo, che la norma pur imponendo obbligatoriamente un comportamento, lasci un margine alla direttiva, come tale: siamo allora nella ipotesi della discrezionalità limitata, in cui la volontà amministrativa può essere vincolata all'azione dalla norma e vincolata alla direttiva nel contenuto dell'azione (convenienza), oppure vincolata dalla direttiva nel tempo dell'azione (opportunità) e dalla norma nel contenuto (3).

Può darsi, infine, che la norma lasci alla direttiva di regolare in pieno la condotta dell'Autorità in relazione al fine ad essa posto: è l'ipotesi della discrezionalità piena.

Il problema sta nel vedere se e quali siano gli effetti giuridici delle direttive di buona amministrazione nei casi in cui (seconda e terza ipotesi)

(1) V. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali del diritto amministrativo*, III, ed. Prato, 1835, pag. 15. V. anche la formulazione che del principio fa il CAMMEO: « massimo utile pubblico, col massimo vantaggio o il minimo sacrificio al privato » (*L'equità*, cit. pag. 28).

(2) Sulla natura e sulla funzione dei principi generatori delle regole finali (esprimenti il rapporto di causalità efficiente) V. BRUNETTI *Corso di diritto civile*, lit., Firenze 1934, pagine 66-67.

(3) Per una distinzione analoga cfr. REGLADE, *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité*, in *Rév du droit public* ecc. 1925, 436 e segg.

esse naturalmente attingono, dato il loro carattere finale, i rapporti propriamente giuridici; problema che è, poi, quello della efficacia giuridica delle c. d. norme interne, non importando — sotto tale riflesso — nessuna differenza all'indagine il fatto che si considerino le regole formali (istruzioni, circolari) o quelle non formali o inesprese (direttive di buona amministrazione).

Essendo ormai da tempo fuori discussione (1) che tali norme non contengono diritto, ma che, ciò nonostante, hanno rilievo sul terreno dei rapporti giuridici, la questione si riduce vedere come abbiano rilievo e entro quali limiti.

La soluzione di entrambe le questioni è da ricercare nella natura e nella misura del riconoscimento che ad esse offre la norma giuridica.

Or è evidente che la norma non solo non considera la regola o la direttiva di buona amministrazione come negozi giuridici (2), ma nemmeno come atti giuridici in senso stretto.

Infatti, a parte ogni questione pratica che sorgerebbe per le direttive di buona amministrazione, data la loro consistenza unicamente materiale, certo è che, come i negozi, così i meri atti giuridici sono riconosciuti tali dalla norma in omaggio al loro contenuto.

La differenza tra atti e negozi basa, invero, sul fatto che nei negozi ha rilievo la direzione della volontà, mentre nei meri atti la volontà ha rilevanza come tale, indipendentemente dalla sua direzione (nei rari e dubbi casi in cui meri atti giuridici hanno un effettivo contenuto volitivo) ovvero — di regola — come volontà rappresentativa, ossia come dichiarazione di rappresentazioni, di scienza, di desideri ecc.

Ora, tanto per le regole espresse quanto per le direttive di buona amministrazione, non si può dire che la norma riconosca comunque il contenuto della volontà in esse e per mezzo di esse manifestata, nè nella sua direzione, nè nella sua mera esistenza.

È assurdo, infatti, pensare che una regola possa valere come regola

(1) V. ZANOBINI, *Le norme interne* cit. pag. 17 e *Corso di dir. amm.* I, pag. 279; FORTI, *Dir. amm.* I, 83; SALEMI, *Le circolari amm.* cit. pag. 63 e Autori cit. in nota.

(2) SALEMI, *Le circolari*, cit. pag. 77, il quale, tuttavia riconosce la qualità di atti giuridici (ordini o manifestazioni di scienza) alle circolari che intercedono tra organi dello Stato e altri soggetti di diritto (soggetti autarchici e cittadini in rapporto speciale di subordinazione) (*op. cit.*, pagg. 79-80). È evidente però che, nel caso dei soggetti autarchici, le circolari hanno valore di meri consigli, la cui efficienza pratica è posta in rilievo dall'istituto dei controlli ma la cui natura giuridica non ha niente a che vedere con le regole o le direttive di buona amministrazione. — Nell'ipotesi invece dei cittadini in rapporto speciale di subordinazione, le regole contenute nelle circolari hanno vero e proprio valore normativo, come tutte quelle che si dirigono a coloro che entrano in rapporti con istituzioni pubbliche. Cfr. ancora una volta su tale punto il cit. studio del KARADGE ISKROW.

in un ordinamento e come negozio in un altro, oppure come regola in uno e mero atto in un altro.

Una dichiarazione di volontà o si considera come tale (cioè per quel che contiene, e quindi: norma, negozio, mero atto) o si considera solo perchè si pone nel campo dei rapporti regolati dal diritto, ossia come fatto giuridico. In altre parole, o si considera rilevante il legame dell'evento con la volontà dell'agente (atto) o si considera tale legame del tutto indifferente (fatto): *tertium non datur*.

Dato che la norma giuridica non riconosce nè regole espresse nè direttive di buona amministrazione per quel che contengono, si deve concludere che il riconoscimento giuridico, se e quando c'è, se e quando in altre parole, a dette regole è collegato il prodursi di determinati effetti giuridici, attiene unicamente alla loro esistenza di fatto.

Perciò, regole espresse e direttive di buona amministrazione sono riconosciute come fatti giuridici: la norma, senza riconoscere efficacia alla volontà in esse contenuta, ricollega di solito determinati effetti alla loro mera posizione nell'ordinamento giuridico (1).

18. — Specificata la natura del riconoscimento che la norma giuridica offre alle regole espresse e alle direttive di buona amministrazione, occorre aggiungere, a complemento dell'indagine, che la norma ricollega effetti giuridici a tutte siffatte regole finali.

In altre parole, col porre il fine specifico alla Pubblica Amministrazione, la norma ricollega effetti giuridici alla regola (finale) che l'Amministrazione medesima è tenuta a seguire per raggiungerlo.

Tale proposizione è dimostrata direttamente dalla giuridicità dei singoli fini amministrativi; è dimostrata indirettamente, ma con maggiore efficacia, dalla positiva esistenza del sindacato per eccesso di potere e più ancora dal sindacato di merito, sia amministrativo che giurisdizionale, quali sono ordinati dalle nostre leggi positive.

Tali forme di sindacato non sarebbero spiegabili nè attuabili senza riferimento alle regole espresse o alle direttive di buona amministrazione.

(1) Il fenomeno di un atto che può considerarsi unicamente come fatto in un rapporto diverso da quello in cui vale come atto, è comune e spesso notato nella scienza del diritto: cfr. le osservazioni del DELITALA, sulla sentenza dichiarativa di fallimento agli effetti della punibilità del fallito (*Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930, pag. 107); le osservazioni del MORELLI su *La sentenza internazionale* (Padova 1931) e quelle del CALAMANDREI sulla sentenza come fatto giuridico (*Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, in *Studi sul processo civile*, III, pag. 131 e segg.) cfr., però, su tale ultimo le osservazioni critiche del SATTA in *Riv. Dir. Proc.* 1934, I, pag. 251 e segg.) e la monografia dell'ENRIQUEZ, *La sentenza come fatto giuridico*, Padova 1936. « Sul significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica » ha scritto egregiamente il CAMMARATA (*Annali Univ. Macerata*, vol. V, 1929, in onore di ZORLI) con molte osservazioni (cfr. ad es. pag. 419) interessanti il nostro argomento.

Basta a dimostrare la verità di questa affermazione la riflessione che il controllo dei fini amministrativi (nel quale si sostanzia il sindacato per eccesso di potere) è possibile solo in funzione di siffatte regole e, soprattutto, del loro momento finale.

Se il giudice amministrativo non avesse a propria disposizione il termine di paragone costituito dal fatto della esistenza di regole determinate, non avrebbe modo di potere esercitare il sindacato stesso. Giudicare, infatti, significa essenzialmente comparare e il giudice amministrativo non ha altro termine di paragone se non quello offerto dal mezzo (regola finale) usato dalla Pubblica Amministrazione per raggiungere il fine specifico assegnatole dalla legge.

Dal che deriva e si spiega il comune insegnamento secondo cui il magistrato amministrativo per giudicare se un atto è viziato o meno da eccesso di potere, deve esaminare se il potere amministrativo fu esercitato nella direzione e per il fine voluto dalla legge. In altre parole, il giudice deve esaminare la condotta della Pubblica Amministrazione alla stregua della regola (finale) corrispondente al fine da raggiungere.

E senza entrare a sindacare il contenuto (merito) di essa, deve fermarsi al punto terminale (il fine), per vedere se la regola seguita è quella che, per quel fine, avrebbe dovuto essere seguita.

19. — Il principio per cui le direttive di buona amministrazione hanno rilievo nel campo dei rapporti giuridici, come meri fatti cui la norma ricollega determinati effetti, comporta una notevole eccezione.

Ogni qual volta al singolo è riconosciuto il diritto di provocare sugli atti amministrativi il sindacato di merito, la norma giuridica riconosce efficacia piena alle direttive di buona amministrazione: il che da un lato costituisce riprova della loro indiscutibile importanza come fonti materiali di comandi amministrativi, dall'altro pone il concetto che nulla vieta alla realtà amministrativa di siffatte regole di tramutarsi in vera realtà giuridica.

Mediante rinvio recettizio — attuato in virtù di una norma di collegamento tra l'ordinamento giuridico e l'ordinamento (interno) dell'istituzione amministrativa — le direttive di buona amministrazione, nei casi di sindacato di merito, spiegano nel campo dei rapporti giuridici la stessa efficacia che hanno nei rapporti interni (1).

Esse, in altre parole, sono richiamate nel campo di azione della norma giuridica per quello che contengono, e producono tutti gli effetti di cui sono capaci, in ragione della loro intrinseca natura.

Notoriamente, il singolo ha il diritto di provocare il sindacato di me-

(1) Il rinvio implica pertanto che quelle regole spieghino efficacia nell'ordinamento giuridico, non che diventino diritto (ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., pag. 266).

rito sugli atti amministrativi in due diversi casi: nel caso del sindacato gerarchico (controllo di merito in via amministrativa) e nel caso del sindacato giurisdizionale di merito (controllo di merito in via giurisdizionale).

Il primo caso si verifica per tutti gli atti di autorità inferiori, aventi efficacia esterna e si spiega col fatto che, essendo normale nel rapporto interno di gerarchia (tra superiore e inferiore) l'efficacia vincolante delle direttive di buona amministrazione, tale efficacia permane immutata nel caso in cui il sindacato gerarchico sia provocato dall'esterno (ricorso gerarchico).

Ed è logico che sia così, perchè il diverso modo di provocazione del sindacato gerarchico non muta la natura di questo nè i principi che ne disciplinano l'attuazione: di guisa che, sia procedendo di ufficio sia su denuncia, rimostranza o ricorso gerarchico, il superiore, nel riesaminare il contenuto dell'atto dell'inferiore, deve valutarlo alla stregua del contenuto della direttiva di buona amministrazione corrispondente al fine che si persegue con l'atto riesaminato.

Il caso del sindacato giurisdizionale di merito ha bisogno, invece, di ulteriori precisazioni.

È noto, anzitutto, che esso è eccezionale nel nostro sistema positivo, e che non trova riscontro negli ordinamenti stranieri se non in rarissimi, sporadici casi (1). È, inoltre, pacifico che per sindacato di merito nel diritto processuale amministrativo si intende qualcosa di sostanzialmente diverso dal sindacato di merito nel diritto processuale comune (2).

Tale diversità non consiste tanto nel limite all'accertamento dei fatti (interdetto al giudice civile o penale di legittimità e consentito al giudice amministrativo), quanto nella ragione che si tratta di due istituti aventi medesimo nome, ma esprimenti concetti diversissimi, non comparabili e però non considerabili con unico criterio.

Tanto vero che il sindacato di merito amministrativo, con la sua natura ed i suoi stessi eccezionali limiti di applicazione, non è sconosciuto, ma solo diversamente denominato nel diritto processuale civile.

La giurisdizione di equità ha, infatti, nel processo comune la stessa funzione della giurisdizione di merito del processo amministrativo (3), in

(1) Cfr. sul punto ZANOBINI, *Corso*, cit., II, pag. 254. È escluso ad es. in Francia: V. REGLADE, *Du prétendu contrôle*, ecc. e WELTER, *op. cit.*, pag. 21-22.

(2) Cfr. ZANOBINI, *op. cit.*, pagg. 251-252 e FAGIOLARI, *op. cit.*, pagg. 65-67.

(3) CARNELUTTI, *Sistema*, I, 255; ZANOBINI, *Corso*, cit., II, 252-53 il quale, tuttavia, vede una differenza essenziale nel fatto che nella giurisdizione di equità si aggiungerebbe alla funzione giurisdizionale una funzione legislativa, mentre nella giurisdizione di merito amministrativo, alla funzione giurisdizionale si accompagnerebbe una funzione amministrativa. Sulla natura dichiarativa delle sentenze emanate dagli organi delle giurisdizioni di equità cfr., invece, CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità* in *Studi*, cit., II, pagg. 33-34.

virtù di attribuzione al giudice del potere di individuare la direttiva di condotta nel caso concreto e di attuarla mediante provvedimento diretto (provvedimento nuovo, nei limiti del rinvio fatto dalla norma alla direttiva di condotta).

L'unica sostanziale diversità è nel procedimento di individuazione della direttiva da applicare, dovendo il giudice comune desumerla da una media di comportamenti soggettivi e il giudice amministrativo dal fine specifico perseguito dall'Amministrazione con l'atto impugnato.

Nel resto non vi ha che il fenomeno comune della elevazione — in virtù di espressa norma giuridica — delle fonti materiali del diritto (alle quali del resto attinge lo stesso legislatore) al rango di fonti formali.

20. — L'ultima determinazione, necessaria alla conclusione delle presenti osservazioni, concerne la natura degli effetti che la norma giuridica riconnette alle direttive di buona amministrazione sia quando le considera meri fatti giuridici sia quando le recepisce come tali nel campo dei rapporti giuridici.

Non bisogna infatti, credere che detti effetti si rivelino giuridicamente solo nella ipotesi patologica dei controlli giurisdizionali o in quella eccezionale dei controlli amministrativi esterni (di merito). Anche se in tali ipotesi il rilievo è macroscopico (per dirla col Carnelutti) non è dubbio che esso sussista e si attui normalmente in tutta l'attività finale della Pubblica Amministrazione che, per la sua stessa natura e per comodità di indagine, si è considerata come in antitesi alla attività strumentale (compresa in questa non solo l'attività privata ma anche quella parte di attività pubblica non attinente direttamente al raggiungimento dei fini amministrativi) (1).

Ora, cominciando dal caso più semplice in cui le direttive di buona amministrazione vengano riconosciute come regole giuridiche della condotta amministrativa, dalla loro stessa natura finale postula l'esistenza di tanti oneri a carico della Pubblica Amministrazione quanti sono i fini che ad essa la norma ha assegnato.

In altre parole, la posizione giuridica della volontà amministrativa di fronte a una direttiva di buona amministrazione riconosciuta come tale dalla norma giuridica (cioè presupposta o richiamata espressamente o implicitamente), è quella del dovere, nella forma specifica dell'overe, in quanto il vincolo imposto per la soddisfazione di un suo interesse (fine specifico) è utilizzato e riconosciuto dalla norma per la soddisfazione dell'interesse pubblico generale.

(1) Una interessante applicazione di questa distinzione è stata fatta di recente dal CAMMEO C., *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Firenze 1937.

Si è in tal caso in presenza dell'onere giuridico vero e proprio, in quanto è giuridico il comando nel suo specifico contenuto.

21. — Più delicato è il caso in cui la direttiva di buona amministrazione rileva all'esterno come mero fatto giuridico.

Considerata dall'interno dell'istituzione amministrativa, è indubbio che la natura finale della direttiva porta a configurare come onere il dovere di buona amministrazione incombente agli organi attivi di potestà amministrativa, data la posizione e la funzione della Pubblica Amministrazione nella organizzazione dello Stato.

Ma se all'esterno la direttiva ha rilievo come mero fatto, occorre precisare la natura dell'effetto che la norma le ricollega.

Tale effetto consiste precisamente nell'onere di buona amministrazione.

Per dimostrarne la natura, occorre por mente a due punti fondamentali: la giuridicità dei fini amministrativi e la natura del riconoscimento come *quid facti* che la norma giuridica offre alle direttive di buona amministrazione.

Dalla giuridicità dei fini amministrativi si deduce che le direttive di buona amministrazione non solo debbono necessariamente avere rilievo giuridico, ma che tale rilievo deve ricondursi alla loro natura finale.

In secondo luogo, si deve considerare che la norma, riconoscendo le direttive come fatti giuridici, prescinde dal loro contenuto proprio, ma non può prescindere dalla loro natura.

In altri termini, la norma giuridica non riconosce i criteri portati dalle direttive, non riconosce il contenuto del comando che le impone, ma non può discoscere la natura economica del comando, nè la conseguente sanzione economica che lo accompagna (l'inosservanza della direttiva conduce al mancato raggiungimento del fine). La norma, quindi, anche quando si limita a riconoscere la direttiva come mero fatto giuridico, ne riconosce la natura finale, all'infuori della quale la direttiva stessa non si potrebbe considerare nemmeno posta come fatto nel campo dei rapporti giuridici.

Per logica conseguenza, la norma non può non riconoscere l'onere che rappresenta specificamente la configurazione del dovere incombente alla volontà amministrativa di fronte alla direttiva di buona amministrazione, ossia, dal proprio punto di vista (esterno), il fatto condizionante la validità della manifestazione di volontà della Pubblica Amministrazione.

L'onere di buona amministrazione, pur nel limitato riconoscimento della norma alla sua mera posizione di fatto, ha indiscutibile importanza, poichè la violazione del vincolo da esso imposto, importando la mancata soddisfazione dell'interesse specifico della Pubblica Amministrazione, im-

plica la contemporanea mancata soddisfazione dell'interesse pubblico generale, in vista del quale la norma, sancendo la giuridicità del fine amministrativo, aveva offerto il suo limitato riconoscimento.

Perciò, ogni qual volta la Pubblica Amministrazione ottiene dalla norma un potere discrezionale in relazione a un fine determinato, e nei limiti in cui l'ottiene, ha l'onere di attenersi alla direttiva di buona amministrazione corrispondente al fine stesso.

La norma che concede il potere discrezionale attua il collegamento tra la direttiva, come fatto interno, e l'ordinamento giuridico e fa sì che in questo abbia rilievo la direttiva non in sè, ma nel suo momento finale, che ne esprime l'obbligatorietà, come onere.

Appunto per la giuridicità speciale di quest'onere (per il fatto che si pone, non per il contenuto con cui si pone) nell'ordinamento giuridico, è opportuno qualificarlo onere di buona amministrazione, per distinguerlo dall'onere giuridico vero e proprio, che vincola nei casi anzidetti la volontà amministrativa.

Questo fenomeno non ha riscontro nel diritto privato, perchè ivi la irrilevanza dei fini leciti perseguiti dai soggetti, nell'ambito del diritto di libertà loro riconosciuto, esclude la possibilità di un rilievo giuridico degli oneri propriamente economici, di correttezza, di morale ecc., fino a quando dura la suddetta irrilevanza.

Quando invece la norma giuridica riconosce il fine o, come accade per la Pubblica Amministrazione, lo impone, è la giuridicità del fine che dà rilievo giuridico all'onere, corrispondente alla direttiva da seguire per raggiungerlo.

In conclusione, l'ordinamento della Pubblica Amministrazione conosce due specie di oneri: l'onere giuridico, che è la posizione della volontà amministrativa di fronte alla norma finale (regola finale incorporata o presupposta o riconosciuta come tale dalla norma giuridica), e l'onere di buona amministrazione, che rappresenta la posizione della volontà amministrativa di fronte alla direttiva di buona amministrazione.

Il primo è un vero e proprio dovere giuridico, il secondo un dovere di buona amministrazione, avente rilevanza giuridica per gli effetti che la norma, sia pur limitatamente, gli ricollega.

22. — Se dal campo puramente teorico si scende sul terreno della realtà, banco di prova di tutte le teorie, è facile riscontrare la presenza di numerosi oneri di buona amministrazione nei rapporti di diritto amministrativo.

A titolo esemplificativo, si può ricordare l'onere dell'autoimpugnazione nei riguardi di atti negoziali, per cui la Pubblica Amministrazione ha il dovere (indipendentemente dalla ipotesi in cui la norma conceda o neghi al cittadino il mezzo di far valere gli eventuali vizi dell'atto am-

ministrativo) di riesaminare i propri atti, avendo interesse diretto e specifico alla loro piena validità.

In diretta connessione con l'onere dell'autoimpugnazione si riscontra l'onere dell'annullamento di ufficio, che incombe alla Pubblica Amministrazione quando, nel procedimento autotutelare di impugnazione dei propri atti, questi presentino vizi di validità.

Si può ancora ricordare utilmente l'onere della motivazione per alcuni tipi di atti amministrativi (es. revoca), da tener distinto dall'onere giuridico della motivazione che può essere voluta dalla norma in casi determinati. A differenza dagli oneri suddetti, riguardanti più che altro atti amministrativi, l'azione amministrativa è onerata anche in senso generico: si pensi, ad es., all'onere dell'impulso di ufficio, all'onere della ispezione, all'onere dell'istruzione, a quello della consultazione (vigente specie nei casi di c. d. discrezionalità tecnica), all'onere della esecuzione di ufficio, all'onere della comunicazione e a quello del contraddittorio nelle questioni concernenti i vari *status* dei cittadini, all'onere della scelta migliore per i funzionari e per gli agenti in genere (1).

Si tratta sempre di oneri di buona amministrazione, i quali spesso finiscono per diventare oneri giuridici veri e propri.

Considerati, però, come meri oneri di buona amministrazione essi spiegano molte situazioni di diritto amministrativo che altrimenti sarebbero inspiegabili.

Si prenda ad esempio — e valga per tutti — l'onere dell'annullamento di ufficio. Di fronte a un atto amministrativo illegittimo e inopugnabile da parte dell'interessato, si verifica la situazione in cui la Pubblica Amministrazione ha il potere discrezionale di procedere all'annullamento di ufficio, può cioè procedere o non procedere all'annullamento, senza per questo violare alcun obbligo giuridico verso il singolo.

Il Consiglio di Stato, posto di fronte a tale situazione, ha adottato soluzioni discordanti, ora affermando decisamente l'obbligo dell'Amministrazione di procedere all'annullamento, or negandolo, per riaffermare la mera discrezionalità dell'azione amministrativa in questo campo (2).

(1) Di tale specifico onere si occupa diffusamente il MICHOUX nello *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration*, in *Annales de l'Université de Grenoble*, 1913, T. XXV, n. 3 pagg. 486-488.

Naturalmente l'onere della scelta migliore porta seco altri oneri specifici a seconda dei sistemi di scelta. Per il pubblico concorso, ad es., valgono altri oneri supplementari, tra cui l'onere del trattamento paritario per i concorrenti, quanto all'ammissione (cfr. SIBERT, *Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique*, Paris, 1911, pag. 117 e segg.), quanto all'accertamento della capacità ecc. (v. TOMMASONE, *L'attività dell'amministrazione nel concorso a pubblico impiego*, Firenze 1926, pag. 249) ecc.

(2) Per la questione e i precedenti cfr. la mia nota, *L'annullamento di ufficio di atti amministrativi come onere di buona amministrazione* in *Foro amm.*, 1937, I, 1, 121, tenendo

Il contrasto, apparentemente irresolubile tra la norma che lo esclude come obbligo e le esigenze della logica e della giustizia che richiedono un vincolo a carico della Pubblica Amministrazione di fronte a situazioni illegittime, si compone facilmente, riflettendo che l'Autorità Amministrativa ha l'onere (di buona amministrazione) di procedere all'annullamento di ufficio degli atti illegittimi. Tale onere importa la presenza di un vincolo a carico della volontà amministrativa, apparentemente posto nell'interesse della stessa Amministrazione alla legittimità del suo operato, ma avente rilievo giuridico in vista dell'interesse pubblico generale, indubbiamente leso dalla illegittimità delle situazioni di diritto amministrativo.

L'inosservanza del vincolo non solo impedisce all'Amministrazione di raggiungere legittimamente, ossia adeguatamente, il fine propostosi con l'atto viziato, ma la rende carente di fronte al pubblico interesse.

23. — In realtà, l'onere di buona amministrazione rappresenta una delle posizioni estreme riservate al diritto (1), per cui è necessario fare riferimento alle direttive di buona amministrazione e calcolare sulla loro efficacia.

È evidente che da tale posizione avanzata più largo è l'orizzonte più vasta — talvolta, perciò, diversa — la visuale di molti problemi del diritto amministrativo.

Questa fatica non sarebbe stata del tutto vana, se le idee qui espone in sintesi, potessero essere utilizzate fruttuosamente nella revisione critica e nella soluzione positiva di qualche problema ancora aperto, nel campo del diritto amministrativo.

presente che il concetto di onere, cui ivi si faceva mero rinvio, è stato modificato nelle osservazioni preliminari svolte nel presente studio.

(1) Su tali posizioni v. le fondamentali osservazioni del ROMANO, *Diritto e correttezza*, cit., pag. 494.

BIS 11331



Biblioteca comunale dell'Archiginnasio



SCAFFALI ONLINE
<http://badigit.comune.bologna.it/books>

L'onere di buona amministrazione / Raffaele Resta

Padova : CEDAM, 1939

Collocazione: BORSI E.00 00934

<http://sol.unibo.it/SebinaOpac/Opac?action=search&thNomeDocumento=UBO2288693T>

Questo libro è parte delle collezioni della Biblioteca dell'Archiginnasio.

L'ebook è distribuito con licenza Creative Commons solo per scopo personale, privato e non commerciale, condividi allo stesso modo



4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode>

Per qualsiasi altro scopo, o per ottenere immagini a risoluzione superiore contattare: archiginnasio@comune.bologna.it