



Intorno alla normazione amministrativa (notazioni generali).

di Vincenzo Cerulli Irelli

1. Sulla “politica della normazione”: il riordino della normazione vigente.
2. Principi e regole per la redazione dei testi normativi. 3. Su alcuni caratteri della normazione amministrativa: diritto pubblico e diritto privato. 4. Segue: sul carattere cogente delle norme di diritto pubblico.

1. La mia relazione ha ad oggetto la normazione amministrativa in generale; quindi, credo che abbia uno scopo anche introduttivo e che coniughi la normazione amministrativa con il principio di effettività dell’ordinamento (da intendere “dell’ordinamento amministrativo”, cioè della stessa normazione amministrativa).

Io preferirei, piuttosto che di “effettività”, parlare di “efficacia” della normazione amministrativa anche per non sollevare problemi di carattere più generale, filosofico, che sono collegati al principio di effettività dell’ordinamento inteso come quel carattere dell’ordinamento in quanto mediamente obbedito; insomma che sia capace di assicurare una media obbedienza da parte di una collettività.

Ora, “efficacia” o “effettività” - se volete - della normazione (e quindi anche della normazione amministrativa) può essere intesa, a mio giudizio, sotto due aspetti: come la sua capacità, appunto, ad essere obbedita mediamente (questo è propriamente il principio di effettività); e poi come la sua capacità a raggiungere i risultati pratici conseguiti. Perché noi ci occupiamo di un settore di normazione (che si traduce in azione) che serve alla cura di interessi della collettività. Non ha valore in sé, è strumento per il raggiungimento di fini (di risultati, diciamo pure) nei quali si realizza il bene della collettività. L’aveva forse nello Stato assoluto un valore in sé, quando i sudditi erano al

servizio del sovrano. Ma oggi è il sovrano (il potere legislativo, il Comune, le Pubbliche Amministrazioni) al servizio dei sudditi.

Quindi principio di “efficacia” o di “effettività” dal nostro punto di vista significa capacità di una normazione che abbia ad oggetto l’amministrazione a raggiungere i risultati pratici che essa persegue, che deve perseguire, nell’interesse della collettività.

La prima serie di questioni che si pongono riguarda quella che possiamo denominare - oramai mi pare che questa terminologia è abbastanza in uso - come politica della normazione.

La politica della normazione è una delle politiche pubbliche.

Le altre politiche pubbliche hanno oggetti settoriali (la politica dell’ambiente, la politica del territorio, la politica della sanità); la politica della normazione ha un oggetto generale, cioè riguarda tutte le normazioni di settore ed ha lo scopo di far sì che tutte le normazioni di settore, e quindi la normazione nel suo complesso, abbia la capacità di governare in un modo mediamente accettabile una società in un certo momento storico.

Sapete bene che la politica della normazione è entrata da qualche anno nell’agenda politica, nell’agenda politica dei governi, dell’Unione Europea, delle istituzioni internazionali; e l’OCSE ne fa oggi uno dei punti fondamentali della sua azione. Perché si ci è resi conto che avere una buona normazione, cioè una normazione capace di assicurare determinati risultati in un certo momento storico o sociale, è un valore per la collettività. Ed è un elemento fondamentale di competitività del sistema Paese, come s’usa dire, di una determinata società politica di fronte alle altre; nel confronto internazionale, che ormai si fa particolarmente duro, segnatamente sul versante economico.

Se si esaminano gli ultimi lavori della Confindustria - cioè la rappresentanza di grandi interessi economici del Paese - su questi temi, si vedrà che essa pone a uno dei primi punti della sua agenda (come insieme di rilievi e di richieste alle forze politiche e al governo, per la competitività del Paese) il problema della normazione, perché sa che il Paese si presenta nella sfida europea e nella sfida internazionale anche per la normazione che possiede come quella capace di assicurare alle aziende, al lavoro, una accettabile condizione di esistenza e di sviluppo.

Altri Paesi competono su questo terreno, e le forze produttive sono pronte a spostarsi con facilità dall'un Paese all'altro (da qui la competitività dei sistemi Paese nella società "globalizzata").

La politica della normazione si presenta sotto due punti di vista; ovvero, se si vuole, si esprime attraverso due manifestazioni fondamentali.

Innanzitutto come quella intesa al riordino della normazione esistente.

Noi veniamo da un sistema caratterizzato da una normazione assolutamente pervasiva, invasiva, sovrapposta, caratterizzata da un numero assolutamente spropositato di leggi statali e regionali, di difficilissima lettura (alle quali si aggiungono, di ancor più difficile e intricata lettura, le fonti del diritto comunitario, che pervadono ormai molteplici aspetti della nostra pubblica amministrazione).

Da questo punto di vista e per quanto, in particolare, riguarda l'ordinamento amministrativo, quel che ci si propone come politica del riordino sono sostanzialmente due cose.

La prima, è l'adozione di testi unici.

Sapete che i testi unici sono uno strumento importantissimo per consentire l'accesso alla normazione di un determinato settore, distribuita altrimenti in una miriade di fonti (primarie e secondarie) spesso difficilmente reperibili, a volte in contraddizione tra loro, delle cui norme non sempre è facile stabilire la vigenza. Su questo punto, la l. 8.3.1999, n. 50, ha dato avvio ad un importante processo normativo attraverso un vasto programma di testi unici "riguardanti materie e settori omogenei, comprendenti in un unico contesto e con le opportune evidenziazioni, le disposizioni legislative e regolamentari" (art. 7, l. cit.; su questo punto, v. Camera dei deputati, Risoluzione sul programma di riordino normativo 24.11.1999; Senato, id.). E i primi testi unici ormai ben noti (sull'espropriazione, sull'edilizia, sulla documentazione amministrativa, etc.) sicuramente costituiscono nei rispettivi settori una svolta importante in termini di miglioramenti nel sistema normativo; anche se presentano alcune carenze segnatamente in ordine alla non raggiunta omnicomprensività (restano cioè pezzi di normazione di settore fuori dal t.u.).

Ma siamo ancora molto indietro, se si guarda alla normazione amministrativa nel suo complesso.

E nell'ambito di questa vicenda normativa si è inventato un modello di normazione intesa al riordino (atti normativi comprensivi di norme legislative e di norme regolamentari) che può essere assai interessante; anche se, allo stato, non siamo in grado di valutare quali saranno gli esiti complessivi di questo processo. In sostanza, attraverso questo modello una unica fonte di cognizione, capace perciò di produrre nei confronti degli operatori e degli utenti un unico risultato cognitivo, compone in sé corpi normativi diversi, non solo perché distribuiti su atti differenziati, ma anche quanto a valore formale delle rispettive norme.

La seconda manifestazione della politica del riordino normativo, è quella che possiamo denominare la politica delle semplificazioni e delle delegificazioni.

Questa è andata un pochino più avanti ed ha avuto principalmente ad oggetto la normazione amministrativa: quindi ci interessa direttamente. Essa ha significato, come sapete, che una parte anche abbastanza cospicua dei procedimenti amministrativi è stata trasferita dalla fonte legislativa alla fonte regolamentare, indicando al Governo una serie di principi per la redazione dei regolamenti intesi alla semplificazione dei procedimenti stessi: soppressione delle fasi inutili, previsione di silenzi assenti, previsione di possibilità di accordo, eliminazione di pareri, riduzione dei tempi, e così via.

Sul punto, si pone, un delicato problema di teoria delle fonti in ordine ai rapporti tra leggi e regolamenti, sul quale sarebbe necessaria qualche osservazione. Qui mi limiterò a indicare semplicemente il problema, il quale, com'è noto, ha due risvolti. L'uno attiene al profilo della competenza. Vi sono materie che si ritenevano in larga misura riservate alla legge, come ad esempio quella dell'organizzazione amministrativa ai sensi dell'art. 97; e adesso in larga misura sono attribuite alla fonte regolamentare o addirittura ad atti interni di organizzazione (art. 13, l. 15.3.1997, n. 59; art. 4, d.l.vo 30.7.1999, n. 300). L'altro attiene al profilo della gerarchia. Infatti, i regolamenti di delegificazione hanno la forza di abrogare norme legislative, su autorizzazione bensì della legge di delegificazione, ma rimanendo alla fonte regolamentare l'individuazione specifica delle norme da abrogare, nel cui spazio normativo, reso vuoto dall'abrogazione, si introduce la normazione regolamentare.

C'è anche da tener presente un terzo aspetto di questa politica del riordino normativo, sul quale siamo ancora più indietro. Si tratta di quelle che potremmo chiamare le politiche della "liberalizzazione" (normativa). Ci si rende conto che una

serie di norme amministrative concernenti aspetti della vita economica e sociale sono del tutto inutili, in quanto questi aspetti della vita economica e sociale possono liberamente esplicitarsi senza bisogno di essere assoggettati al regime amministrativo (più o meno intenso, comunque inutilmente invasivo della sfera privata).

In questo caso il problema è quello di ritirarsi da questi settori della vita economica e sociale, cioè eliminare la normazione, la normazione amministrativa, o ridurla ai minimi termini e far sì che la società in questi aspetti possa estrinsecarsi liberamente.

Sotto questo capitolo si possono inquadrare anche quegli istituti, oramai abbastanza diffusi, del tipo della dichiarazione di inizio attività, attraverso i quali in sostanza un determinato settore, prima sottoposto a regime autorizzatorio, viene dequotato, liberalizzato in un certo senso, gravato soltanto di un obbligo di comunicazione.

Però, ancor di più, si può procedere liberalizzando senz'altro interi settori di attività privata.

Questa, a grandi linee, è la politica del riordino.

2. La seconda manifestazione della politica della normazione è quella che attiene alla nuova normazione. Può essere affrontata sotto tre profili problematici.

Innanzitutto è indispensabile, è necessario, proprio ai fini di assicurare l'effettività dell'ordinamento - se volete la sua efficacia - che le norme che vengono proposte e poi adottate siano legittime.

Il primo carattere che deve essere assicurato ad una normazione è la sua *legittimità*, perché al di là dei profili formali la legittimità è garanzia di certezza per gli operatori.

Gli operatori devono sapere che quando operano sulla base di una norma, essa è stata elaborata e adottata secondo le regole che presiedono all'esercizio dell'attività normativa e perciò di essa possa essere predicata la legittimità dal punto di vista dell'ordinamento; ed essa non venga successivamente annullata, o dichiarata illegittima, o ritenuta siccome abrogata o disapplicata (secondo i diversi schemi nei quali la tipologia dell'illegittimità normativa si articola).

Questo profilo emerge, con maggiore incisività, nei tempi più recenti, in virtù delle modifiche costituzionali che hanno reso molto più rigido il sistema delle competenze circa la normazione nel suo complesso: rapporti tra leggi e regolamenti, rapporti tra Stato e Regioni, rapporti tra Stato e Regioni ed Enti locali. E ancora più incisivamente, il rapporto tra fonti nazionali e fonti europee.

Basti pensare a tutta la fioritura dei pareri del Consiglio di Stato sui regolamenti del Governo, tutta quanta incentrata sul problema di stabilire i limiti del potere regolamentare del Governo, e quindi sul problema di stabilire la legittimità dei singoli testi che vengono proposti (a fronte della riserva costituzionale di potestà regolamentare alle regioni: art. 117, 6° co., Cost.).

Dal punto di vista operativo, su questo profilo della legittimità dei testi normativi, è previsto uno specifico strumento, disciplinato con molta attenzione in atti legislativi e in atti del Governo; in realtà nella pratica in larghissima misura del tutto trascurato (dirett. p.c.m., 27.3.2000; circ., p.c.m. 2.5.2001, Guida alla redazione dei testi normativi, n. 4.9).

Mi riferisco all'analisi tecnico-normativa, A.T.N., che dovrebbe accompagnare ogni proposta di legge del Governo; la quale è proprio intesa ad accertare l'incidenza della normativa sull'ordinamento giuridico vigente, la sua conformità a Costituzione, il suo rispetto dei limiti di competenza, il rispetto della normativa comunitaria, la correttezza delle definizioni e dei procedimenti, etc..

Strumento questo che deve servire al legislatore, ma poi anche all'interprete, per decidere se quel testo è un testo dotato di tutti i caratteri della legittimità e della correttezza che sono necessari.

Particolarmente qui si pone - lo ripeto - il problema dei rapporti tra fonti, che sta diventando sempre più complesso, specialmente nella normazione amministrativa, perché lo spazio del potere regolamentare è enormemente aumentato, è aumentato per le politiche della delegificazione a cui facevo riferimento; ma è aumentato anche per vincoli costituzionali.

Pensate, soltanto, alla riserva di potere regolamentare che l'art. 117, co. 6 Cost. attribuisce ai Comuni e alle Province in materia di organizzazione e di funzionamento; ciò che sicuramente riduce il potere legislativo tanto statale che regionale.

Basti pensare alla riserva di potere regolamentare alle Regioni, cui s'è appena accennato, nelle materie anche di competenza concorrente, che riduce una serie di poteri normativi già attribuiti all'autorità statale.

Quindi si pongono, in punto di legittimità della normazione, tanto legislativa quanto regolamentare, una serie di vincoli e di ostacoli, precedentemente non così incisivi. E si pone il problema dei principi. La normazione statale nella grandissima parte delle materie deve essere oramai vista come normazione per principi, non come normazione di sostanza o di dettaglio, perché il grosso della normazione sostanziale di dettaglio è affidata ad altri enti normatori, è affidata ad altri enti di governo (si ricordi che già l'art. 5, Cost., rimasto inascoltato, seguiva questa impostazione).

Su questo punto, delicatissimo, si pone una difficoltà di carattere obiettivo: i Parlamenti non sono abituati a normare per principi. I Parlamenti sono abituati a normare su tutto, dalle corse per le biciclette alle piste ciclabili, ai ponti sui torrenti. E questo difetto, questa malattia (per così dire) che è tipica dei Parlamenti, di tutti i Parlamenti, si viene accentuando oggi in virtù del sistema elettorale fondato sui collegi uninominali. Ogni parlamentare si sente in dovere, in qualche modo, di farsi carico dei più minuti interessi nella vita economico-sociale del Collegio, a prescindere dalle competenze regionali e locali, e farne oggetto di proposte di leggi o di emendamenti a leggi più generali, che molto spesso hanno un esito positivo nell'itinerario legislativo.

Il problema dell'A.T.N., del controllo preliminare circa la legittimità si pone anche sotto questo punto di vista; cioè far sì che il Parlamento, che il legislatore, operi per principi e non vada anche ad invadere tutta la normazione di dettaglio.

Ancora, ricordo che alla Camera esiste un organo specificamente adibito al controllo della legislazione: il Comitato per la legislazione, cioè un organo a composizione politica, ma non maggioritaria, cioè composto per metà di maggioranza e per metà di opposizione, quindi non a carattere strettamente politico, il quale proprio dovrebbe presiedere a questi scopi e non sempre, come sappiamo, ci riesce (regol. Camera, art. 16-bis, art. 79, art. 96-ter).

Il secondo profilo problematico è quello - diciamo così - dell'*accessibilità* delle norme.

Le norme devono essere facilmente, agevolmente rintracciabili in un testo, identificabili in un contesto normativo da parte dell'operatore medio. Anzitutto,

dell'operatore tecnico, invero; ma anche dell'operatore medio, che significa, non solo il cittadino o l'impresa, ma anche l'agente amministrativo, il sindaco, l'amministratore locale, che molto spesso non sono in possesso delle cognizioni tecniche necessarie.

Questo problema che io chiamo dell'accessibilità delle norme (non sempre viene indicato con questa terminologia) si traduce in tutta quella vasta elaborazione dottrinale, ma anche operativa, che va sotto il nome di "tecniche legislative". Anche la redazione dei testi unici, come s'è accennato, nell'ambito del riordino della normazione esistente, è intesa ad una migliore accessibilità delle norme.

Le tecniche legislative indicano quei principi e quelle regole che servono per la redazione dei testi normativi; e quindi la formulazione linguistica delle disposizioni, la loro dislocazione nell'ambito di un testo, la loro intitolazione, le tecniche dei rinvii e delle abrogazioni e così via. Tutta una serie di regole che sono ben identificate in molti documenti, anche recenti, del Governo. del Parlamento e dei Consigli regionali, ma pochissimo seguite nella prassi legislativa (circ. Presidente Camera sulla formulazione tecnica dei testi legislativi, 20.4.2001; circ. Presidente Senato sulla formulazione tecnica dei testi legislativi, 20.4.2001; circ. p.c.m., 2.5.2001, cit., "Guida alla redazione dei testi normativi"; "Regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi", Osservatorio legislativo Interregionale 2002; in dottrina, per tutti, G.U. RESCIGNO, "Tecnica legislativa", in Enc. Giur., Roma, 1993.

Queste regole servono appunto per far sì che la norma - quindi la disposizione linguistica che si traduce in norma dal punto di vista operativo - possa essere agevolmente identificata.

In terzo luogo, si pone il problema dell'*efficacia*, dell'effettività, se si vuole, della normazione amministrativa.

La norma deve avere la capacità di produrre i risultati che ritiene debbano essere prodotti, che il legislatore, il normatore ritiene debbano essere prodotti.

Da questo punto di vista il problema si pone, particolarmente, per la normazione amministrativa; anche se, ovviamente, si tratta di un problema generale.

Sapete che nell'ordinamento è previsto un meccanismo, bellissimo nelle sue formulazioni, assai studiato ed elaborato, ma quasi mai seguito nella prassi.

Mi riferisco a quella che si chiama analisi dell'impatto della regolamentazione, A.I.R.. Si tratta di un documento che dovrebbe seguire ogni proposta di legge del

Governo. (Sapete che le proposte di legge del Governo sono il grosso delle proposte di legge; il grosso della normazione viene dal Governo). L'A.I.R., afferma precisamente la dirett. cit., p.c.m. 27.3.2000, "è uno strumento per stabilire la necessità di un intervento di regolamentazione e per scegliere quelle più efficace". Quindi il documento deve contenere una serie di valutazioni circa l'impatto della regolamentazione proposta sull'organizzazione delle amministrazioni pubbliche, nonché sui cittadini e sulle imprese.

Il primo ordine di valutazioni riguarda quella che si chiama la copertura amministrativa delle leggi (che vuol dire capacità dell'apparato amministrativo che deve applicare quella normazione ad applicarla, cioè avere gli strumenti organizzativi, tecnici e finanziari tali da rendere possibile l'applicazione del nuovo testo normativo). Sul punto, si ricordi che il prof. Giannini, nel suo famoso Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato, presentato come ministro della funzione pubblica, (16.11.1979) aveva richiamato l'attenzione sul problema "delle analisi di attuabilità amministrativa delle leggi, che da noi ha particolare rilievo per l'abbondanza delle grida in forma di legge del Parlamento o delle regioni. Il problema ha, altrove, soluzione o nella vigenza di una norma non scritta che impone la verifica preventiva di attuabilità di ogni progetto di legge, o nell'esistenza di un ufficio del Governo che procede alla verifica" (nella stessa linea di pensiero, *Fattibilità ed applicabilità delle leggi*, relazione Barettoni-Arleri).

E ancora, il profilo dell'impatto del testo di legge sui cittadini e sulle imprese è assai rilevante, soprattutto nel contesto culturale attuale, nel quale ogni nuova legge di carattere amministrativo è vissuta come un impaccio (e spesso lo è). E ciò rende necessario porsi preliminarmente il problema se quella determinata proposta di legge migliori effettivamente l'assetto dei rapporti della pubblica amministrazione con i cittadini e con gli utenti in quel determinato settore, o comunque i rapporti in esso svolgentesi nel gioco della realtà sociale.

Nell'ambito dell'A.I.R. si introduce anche (e a mio giudizio si tratta di uno spunto molto interessante) la necessità di valutare quella che si chiama "l'opzione nulla" o "l'opzione zero"; valutare cioè se sia meglio non farlo quell'intervento legislativo, cioè "stare come si sta", senza modificare la legislazione o la normazione presente in quel settore.

Questa valutazione che dovrebbe sempre essere tenuta presente perché uno dei problemi principali della nostra normazione è che ce n'è troppa e che si fanno troppe leggi, nella pratica è fondamentalmente trascurata. Però essa è prevista nell'ambito dell'A.I.R., in maniera precisa dalle disposizioni vigenti sulla normazione. Ciò può far sperare che lo strumento possa essere nella successiva esperienza meglio utilizzato.

Il problema dell'efficacia della normazione (di un determinato testo normativo) non si presenta soltanto *ex ante*: *ex ante* si presenta il problema che il legislatore o il normatore valuti, sulla base di una serie di valutazioni prognostiche, quello che potrà essere l'impatto di quel testo. E a questo serve l'A.I.R.. Ma poi c'è un altro problema: quello di valutare quel che succede delle diverse normazioni che entrano in vigore nell'esperienza applicativa; cioè seguire le normazioni nel loro impatto applicativo e far sì che il legislatore ne sia edotto; che sappia che cosa succede delle normazioni che sono state introdotte, quale è il risultato pratico che via via si verifica. E poi utilizzi questi risultati, queste verifiche, al fine di stabilire la necessità di nuove normazioni, di modifica di quelle precedenti o di normazioni del tutto nuove.

Anche a questo fine è stato introdotto, sia pure a titolo sperimentale, uno strumento (anch'esso ignorato nella prassi quanto i precedenti), che si chiama "valutazione dell'impatto della regolamentazione", V.I.R. ("modalità di monitoraggio e verifica *ex post* dell'impatto della regolamentazione, del suo grado di applicazione e della sua efficacia rispetto agli obiettivi prefigurati con l'A.I.R."); dirett. p.c.m. cit., 21.9.2001.

Anche in questo caso si tratta di uno strumento che dovrebbe accompagnare ogni proposta di atto normativo del Governo, elaborata dagli uffici del Governo (almeno sui principali testi normativi, sulle normazioni destinate a produrre maggior impatto, sia nell'ambito amministrativo che nella realtà sociale) e trasmesso al Parlamento in modo che questo possa prenderne atto ai fini della successiva attività legislativa o anche per stabilire se ciò che è stato fatto prima debba essere modificato.

Debbo ricordare che qualche interessante tentativo di stabilire propriamente degli organi parlamentari deputati al monitoraggio delle normazioni in vigore è stato fatto.

Un esempio fu quello - che ha avuto qualche successo - della c.d. "Bicameralina" (cioè una Commissione bicamerale, Senato e Camera) della scorsa

legislatura, ma adesso rinnovata nella nuova, la quale ha lo scopo, tra l'altro, di verificare, di monitorare, la legislazione amministrativa in materia di organizzazione dei Ministeri e di semplificazione delle procedure (art. 5, l. n. 59/97, cit.).

Ed effettivamente in quella esperienza qualcosa si è fatto e si sta facendo: questo organismo, attraverso indagini proprie o attraverso audizioni degli esponenti amministrativi del Governo o delle parti sociali, riesce a farsi un'idea di come una certa normazione impatta sulla realtà, se debba essere modificata e come. Quindi è in grado di suggerire al Governo o al Parlamento determinati meccanismi di adattamento, ovvero di modificazione o addirittura di soppressione.

Questo è il quadro (a grandi linee) di quella che possiamo chiamare la "politica della normazione" per quanto concerne segnatamente il settore amministrativo.

Vedete che è un quadro molto sconnesso, molto problematico, un quadro che si trova anche a dover combattere con una realtà ostica – diciamo - a farsi imbrigliare da regole, a farsi imbrigliare da principi e da obiettivi di razionalizzazione. Ciò anche per un dato che occorre sottolineare (spesso sfugge alla dottrina) di carattere eminentemente politico: la normazione e, soprattutto, la normazione di fonte parlamentare o la normazione dei Consigli regionali, è frutto di un lavoro politico, di mediazioni politiche, di iniziative politiche e molte volte il risultato non riesce, con tutta la buona volontà degli autori, a tener conto di principi e di regole proprio perché sopraffatto da esigenze di carattere politico.

I testi spesso escono male, sono mal fatti e, tutto sommato, si è consapevoli che sono mal fatti e che non possano funzionare; ma cionondimeno si adottano perché servono per superare una determinata questione o una determinata difficoltà di carattere politico.

Questo deve essere tenuto presente perché è un problema, una difficoltà che si troverà sempre, che si trovano di fronte tutti i Parlamenti democratici del mondo e che non è superabile soltanto con principi e regole, ma è superabile attraverso un certo contesto di carattere politico, e direi anche in virtù di una migliore selezione della classe politica, che è uno dei grandi problemi di questo Paese.

3. Passo, adesso, all'altra parte di questa relazione che riguarda alcuni caratteri della normazione amministrativa.

I caratteri da illustrare sarebbero tanti; ma io mi soffermo su due soli di essi che mi sembrano, soprattutto nella nostra esperienza di questo periodo, particolarmente significativi.

Il primo carattere del quale voglio trattare, riguarda il tipo di normazione (diciamo così) che le Amministrazioni debbono applicare quando agiscono o quando si organizzano. Normazione pubblicistica o normazione privatistica? Diritto pubblico o diritto privato?

Anzitutto, occorre chiarire un punto, che altra cosa è la normazione amministrativa, altra cosa è il diritto amministrativo. La normazione amministrativa è la normazione che le pubbliche amministrazioni sono tenute ad applicare nel loro agire e nel loro organizzarsi. Essa si compone di norme di diritto amministrativo, di diritto civile, di diritto commerciale, di diritto del lavoro, di diritto penale, e così via.

Segnatamente, con riguardo all'azione amministrativa, osserviamo che le pubbliche amministrazioni applicano a volte il diritto pubblico (quando agiscono nell'esercizio dei poteri amministrativi) a volte il diritto privato nelle sue diverse branche. Credo che statisticamente il diritto privato prevalga. Ma ad ogni modo il problema di stabilire la disciplina applicabile in ogni singola concreta azione è un problema di diritto positivo, e solo di diritto positivo. Ci sono casi in cui occorre usare il diritto amministrativo, casi in cui occorre usare il diritto privato. E' stato sempre così: se si deve espropriare un fondo e il titolare del fondo è disponibile alla vendita si può usare la compravendita (cioè uno strumento di diritto privato); se non è disponibile alla vendita occorre usare l'espropriazione (cioè uno strumento di diritto pubblico).

Nella nostra dottrina opera tuttavia un risalente principio che non trova invero nelle fonti legislative una chiara esplicitazione, ma è stato considerato pacifico per decenni nella nostra esperienza positiva. Secondo questo principio le pubbliche Amministrazioni agiscono per regola secondo norme di diritto pubblico. E c'è un famoso passo di Cammeo, nel suo *Corso di diritto amministrativo* del 1914, che afferma: "il diritto pubblico è il diritto comune, ordinario per i rapporti tra individuo e Stato", i quali devono dunque "presumersi regolati dal diritto pubblico, se non v'è espressa e chiara ragione in contrario".

In tempi recenti, si va affermando il principio opposto, cioè che l'Amministrazione, per regola, agisce secondo il diritto privato (salvo che la legge

disponga altrimenti). In questo senso, si esprime già la Commissione bicamerale istituita ai sensi della l. cost. n. 1/97 (le pubbliche Amministrazioni “salvi i casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, agiscono in base alle norme di diritto privato”), proponendo una norma di rango costituzionale. E adesso il testo di riforma della l. n. 241/90, in corso di approvazione in Parlamento, afferma a sua volta: “la pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente” (A.C. 3890-B, art.1).

Sembra dunque che si stia affermando, nel dibattito politico-culturale, un principio opposto a quello tradizionale. Invero, l’applicazione di questo principio da luogo ad una serie di questioni, alle quali mi limito ad accennare.

Anzitutto, occorre tener presente che vi è uno spazio tecnico (diciamo così) di applicazione del diritto privato nell’azione amministrativa, che non è esiguo, ma neppure pervasivo. Esso investe solo una parte di detta azione (è tecnicamente capace di “coprire” solo questa parte) e non tutta. Chè gli strumenti di diritto privato possono essere utilizzati soltanto laddove essi sono tecnicamente capaci di produrre gli effetti (e perciò i risultati pratici voluti) che occorre produrre mediante l’azione concreta di cui si tratta.

Sicuramente strumenti di diritto privato sono utilizzabili, come è ben noto, nell’area dei procedimenti concessori (la locazione, o l’affitto, in luogo della concessione amministrativa); nell’area dei procedimenti ablatori reali laddove non sia necessario il ricorso all’autorità (cioè vi sia il possibile consenso dei destinatari: la compravendita in luogo dell’espropriazione, l’affitto in luogo della requisizione, e così via, secondo i notissimi esempi). Mentre, al di là dell’area dell’autorità in senso stretto (alla quale, com’è noto, all’origine il diritto amministrativo era esclusivamente correlato) resta al di fuori degli strumenti di diritto privato l’area coperta dei procedimenti autorizzatori non essendo agevolmente rintracciabile in diritto privato uno strumento analogo (una sorta di consenso preliminare di difficile decifrazione) e resta fuori l’area degli atti di certezza pubblica essendo la produzione delle certezze un effetto proprio ed esclusivo degli atti pubblici.

Ma al di là di questo problema dell’individuazione dello spazio tecnico, l’utilizzo degli strumenti di diritto privato esteso in via di principio a tutti i rami della

pubblica amministrazione laddove è tecnicamente possibile estenderlo, presenta problemi di costituzionalità, sia sotto il profilo della disciplina sostanziale (l'azione amministrativa procedimentalizzata garantisce la partecipazione degli interessati e assicura il rispetto del principio di imparzialità); sia sotto il profilo della tutela giurisdizionale (la tutela dell'interesse legittimo che si estende *ai terzi* rispetto ad una determinata azione amministrativa) presenta aspetti di maggiore intensità rispetto alla tutela dei diritti). Quindi occorre esaminare caso per caso, nelle diverse manifestazioni dell'azione amministrativa, l'utilizzabilità in concreto degli strumenti privatistici sotto il profilo della compatibilità con i principi costituzionali.

In terzo luogo si osserva che l'Amministrazione, pur quando agisce secondo il diritto privato, è tenuta in ogni caso a rispettare alcuni principi, la cui applicazione modifica notevolmente il funzionamento stesso degli strumenti privatistici sino a trasformarli in strumenti a disciplina mista, per così dire, che presentano cioè elementi di diritto pubblico e di diritto privato (una sorta di diritto privato speciale, come anche si è detto).

Tra questi principi vorrei segnalare il principio di economicità dell'azione amministrativa (collegato al principio costituzionale del buon andamento) che significa che la pubblica amministrazione anche quando negozia deve sempre rispettare regole di economicità, che si traducono nel divieto di sperpero del pubblico denaro (la spendita dei minori mezzi a fronte dei migliori risultati); il principio della parità di accesso dei cittadini alle *utilitates* prodotte dalla pubblica amministrazione, ciò che sta alla base delle regole dei pubblici incanti nei contratti pubblici; il principio della corretta esecuzione del contratto. Laddove il contratto viene usato come strumento di cura di interessi pubblici (ad esempio, la realizzazione di una pubblica strada) la sua esecuzione a sua volta realizza interessi pubblici e ciò comporta la necessità di imputare alla pubblica amministrazione contraente poteri amministrativi o comunque una supremazia speciale nell'ambito del rapporto contrattuale, con oggetto l'esecuzione del contratto.

Da ultimo, voglio ricordare il fenomeno che si sta verificando nell'esperienza di questi ultimi anni, che possiamo denominare come il fenomeno della intercambiabilità tra diritto pubblico e diritto privato nell'amministrazione, a discrezione del legislatore e a volte della stessa giurisprudenza. Si pensi al rapporto di pubblico impiego che era regolato dal diritto pubblico e concretizzato mediante esercizio di poteri amministrativi

tutelati davanti al giudice amministrativo, che il legislatore ha trasformato in rapporto di diritto privato (poteri negoziali tutelati davanti al giudice comune). Si pensi ancora ai contratti d'appalto posti in essere da soggetti del tutto privati, ma tuttavia sottoposti secondo la giurisprudenza al diritto amministrativo, sia sul piano sostanziale che su quello della tutela giurisdizionale, una volta che questi contratti sono posti in essere da soggetti legati da un determinato rapporto con la pubblica amministrazione.

Quello che era negozio diventa provvedimento; nell'altro caso quello che era provvedimento diventa negozio; con spostamenti consistenti nel sistema delle tutele.

Sul punto si veda l'importante sentenza della Corte costituzionale n. 275/01, che ha chiarito che la tutela giurisdizionale di una determinata situazione soggettiva avente una certa natura (come quella del dipendente pubblico nei confronti della pubblica amministrazione) una volta modificato il regime giuridico dei rapporti, il regime della tutela giurisdizionale deve conservare quegli elementi che la rendono idonea alla tutela necessaria per quella determinata situazione soggettiva (con riferimento all'art. 113, 2° co., Cost.).

4. Il secondo carattere della normazione amministrativa che voglio ricordare riguarda la parte pubblicistica di essa (le norme di diritto pubblico): la disciplina dei procedimenti amministrativi nei quali il potere amministrativo, nelle sue varie manifestazioni, si esprime.

Secondo un principio consolidato, le norme di diritto pubblico sono considerate tutte cogenti, non disponibili dai soggetti che le applicano nel loro agire (a pena di invalidità dei relativi atti). Questo principio (sulla cui fondatezza, anche in termini costituzionali, non mi soffermo) in un contesto quale quello della nostra pubblica amministrazione, pervaso, come sopra si accennava, da un'infinità di minute norme che regolano ogni aspetto dei singoli procedimenti, produce una dilatazione abnorme dell'area dell'invalidità amministrativa, foriera molto spesso di ingiustificati intralci nella cura degli interessi pubblici cui l'Amministrazione stessa è deputata (in contrasto perciò con il principio costituzionale di buon andamento).

Sul punto, è in atto un ripensamento della nostra tradizionale impostazione, in dottrina e in giurisprudenza, inteso a verificare, nella diversificata casistica, se determinate violazioni di norme da parte dell'amministrazione vigente, per il loro carattere meramente formale (come s'usa dire) possano non dar luogo alla sanzione

dell'invalidità dei relativi atti. Questo orientamento, che nella giurisprudenza più recente è emerso, ad esempio, con molteplici pronunce, in ordine alla violazione della norma di cui all'art. 7 della l. n. 241/90, sulla comunicazione dell'avvio del procedimento (in molteplici casi del tutto inutile, dato il contesto nel quale si opera), ha trovato un eco nel progetto di modifica della l. n. 241/90, cui s'è già accennato (A.C. 3890-B), laddove si afferma che non è annullabile "il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato" (art. 21-*octies*).

Circa l'applicazione di questa norma, una volta che essa sarà emanata, occorrerà riflettere approfonditamente. Si deve tuttavia notare che il suo contenuto dispositivo in larga misura corrisponde agli orientamenti, cui s'accennava, dell'ultima giurisprudenza, che in molteplici casi ha ritenuto non annullabile un atto amministrativo adottato in violazione di determinate norme (dequoting perciò il carattere cogente di queste ultime), laddove si tratta di violazioni del tutto marginali (irregolarità) ovvero laddove lo scopo della norma risulta in concreto raggiunto; e ancora, nei casi di provvedimenti vincolati (ai quali specificamente fa riferimento la norma citata), laddove una volta accertata la conformità dell'atto alla norma (data l'assenza di discrezionalità è accertabile precisamente) eventuali violazioni di carattere procedimentale che hanno preceduto il provvedimento sono del tutto ininfluenti.

La tematica è strettamente correlata al contenuto della tutela giurisdizionale amministrativa come si è venuta evolvendo nell'esperienza più recente, come quella intesa alla protezione di situazioni di interesse sostanziale (pretese garantite dalla legge al conseguimento di un bene nei confronti della pubblica amministrazione). Laddove non sussistono le condizioni sostanziali per il soddisfacimento della pretesa la violazione normativa nella quale l'Amministrazione può essere incorsa, diviene (in determinati casi) irrilevante.

Questo orientamento giurisprudenziale e legislativo viene a modificare notevolmente la tradizionale configurazione delle norme di diritto pubblico come tutte cogenti e apre un'area nella quale anche le norme di diritto pubblico (alcune di esse, applicate in un determinato contesto procedimentale) rivelano caratteri che le assimilano alle norme dispositive del diritto privato. E d'altro canto, la tutela giurisdizionale

amministrativa viene ad acquistare caratteri che la assimilano alla tutela giurisdizionale civile (con quella intesa all'accertamento, in capo all'attore, della sussistenza delle condizioni sostanziali per il soddisfacimento della sua pretesa).

Sulla politica della normazione, si richiamano qui le osservazioni che avevo prospettato in *Costituzione e amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore*, Torino 2002, pag. 171 ss..

Sulle c.d. tecniche normative, il punto in G.U. Rescigno, *Tecnica legislativa*, voce *Enc.giur.*, Roma 1993, dove anche i principali riferimenti (dello stesso Autore, v. poi, l'importante volume su *L'atto normativo*, Bologna 1998).

Il Rapporto Giannini del 1979, è pubblicato in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 715.

La Relazione Barettoni-Arleri è pubblicata in *Fattibilità ed applicabilità delle leggi*, Rimini 1983.

Tutta la necessaria documentazione di carattere legislativo, nonché documenti parlamentari, atti del Governo, etc., si trova raccolta nel *Manuale della legislazione*, in due volumi, Roma, Camera dei deputati, 2003.

Su alcuni dei caratteri sulla normazione amministrativa, qui brevemente riassunti, la mia posizione, peraltro del tutto problematica, è esposta in *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir.amm.*, 2003, 217; *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir.pubbl.*, 2004, 187.