

23 MAGGIO 2018

Considerazioni sul dibattito tra giovani studiosi sui concetti tradizionali del diritto amministrativo e sulla loro evoluzione

di Fabio Francario

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Siena



Considerazioni sul dibattito tra giovani studiosi sui concetti tradizionali del diritto amministrativo e sulla loro evoluzione *

di Fabio Francario

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Siena

1- Negli ultimi decenni l'Italia ha vissuto una stagione di continue riforme legislative che hanno profondamente segnato il modo d'intendere il diritto amministrativo, i suoi confini e i suoi contenuti.

Per grandi linee, con tutti i limiti propri di una schematizzazione siffatta, nell'ambito di un percorso che si snoda a partire dalla legge sul procedimento amministrativo del 1990, per arrivare fino alla legge 124/2015 (riforma Madia), oltre a questi primi due momenti, se ne possono indicare almeno altri tre particolarmente significativi: la privatizzazione del pubblico impiego, progettata dal d.lgs 29/1993 al fine di consentire l'ingresso della fonte negoziale nella disciplina del rapporto e l'attribuzione alla giurisdizione del giudice ordinario delle controversie sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni; il superamento del binomio autarchia – autonomia per spiegare la distribuzione delle funzioni tra i centri della sovranità, con l'introduzione di elementi di federalismo amministrativo da parte delle leggi 59/1997 e 127/1997 e successivamente con la riforma del titolo V della Costituzione del 2001 e con l'introduzione delle amministrazioni cd indipendenti; la realizzazione nel 2010 del codice del processo amministrativo, che riconosce al giudice amministrativo praticamente tutti i poteri cognitori e decisorii che il giudice ordinario può esercitare nelle controversie di diritto civile tra soggetti privati.

Questo frammentario, ma pressoché ininterrotto, processo di riforme legislative, interne all'ordinamento nazionale, si accompagna peraltro, è appena il caso di sottolineare, ad una più generale crisi del concetto di sovranità, indotta sia dalla perdita di potere degli Stati nazionali nei confronti dei processi mondiali di globalizzazione, che dalla creazione di un sistema di tutela dei diritti fondamentali al quale gli Stati nazionali si trovano assoggettati nell'ordinamento sovranazionale. Il sistema delle fonti dunque si complica. La legge statale non è più l'unico fondamento e limite del potere amministrativo. Emergono nuove forme e nuovi moduli di azione ed organizzazione amministrativa, che si ha difficoltà a ricondurre negli schemi tradizionali esistenti, spesso inadeguati a spiegare i nuovi fenomeni.

* Riceviamo e volentieri pubblichiamo. Il contributo prende spunto dalle conclusioni svolte nel convegno tenuto presso la Facoltà di giurisprudenza della Sapienza Università di Roma il 2 febbraio 2017 sul tema “*Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione. Dibattito tra giovani studiosi sulle trasformazioni in corso*”.

Nel mentre, il processo amministrativo si è evoluto e trasformato, e sembrerebbe divenuto in grado di poter assicurare, al ricorrente che ha ragione, tutto quello e proprio quello che avrebbe diritto di ottenere sul piano sostanziale, secondo la nota formula chiovendiana impiegata per spiegare il significato del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

E' questo il contesto nel quale s'inseriscono le opere in esame.

Tratto comune dei diversi studi che sono all'attenzione è nel fatto che essi non sono meramente ricognitivi, non si limitano cioè ad assumere ad oggetto un istituto ben determinato, ricostruendo in maniera ordinata l'insieme di norme e principi ad esso afferenti; ma s'interrogano problematicamente sulla evoluzione in atto per capire se e quali trasformazioni si siano verificate negli istituti tradizionalmente intesi. Ciò che al fondo li accomuna, al di là della specificità dei temi prescelti, è il fatto d'interrogarsi in ultima analisi sulla ragione della specialità del diritto amministrativo; e in particolare sul fatto se il diritto amministrativo si sia oggi dissolto o sia in fase di dissoluzione, conseguentemente alla sempre crescente perdita di autoritarità dell'azione dei pubblici poteri, al diffondersi di sistemi di amministrazione degli interessi non più governati dalla pubblica amministrazione tradizionalmente intesa, alla equiparazione delle forme di tutela esperibili nei confronti della pubblica amministrazione a quelle ordinariamente riconosciute per risolvere le liti insorte tra soggetti privati. In quest'ottica, prima ancora delle risposte e delle soluzioni date, i contributi si segnalano perché i temi prescelti mettono in evidenza attuali criticità del sistema.

2.- I contributi di Moliterni e Zampetti sono decisamente orientati sui profili di teoria generale e invitano a riflettere sulla ragione della specialità del diritto amministrativo. L'interrogativo di fondo che viene posto e affrontato è se, alla luce delle trasformazioni avvenute e delle evoluzioni ancora in atto, abbia ancora senso o meno considerare il diritto amministrativo come una materia caratterizzata da principi fondamentali diversi da quelli del diritto comune dei soggetti privati: tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi, a fronte della atipicità degli schemi negoziali civilistici; imperatività e unilateralità nella produzione degli effetti giuridici a fronte del consenso e dell'accordo tra le parti; obbligo di buon andamento ed imparzialità a fronte della semplice liceità della causa del negozio; necessaria procedimentalizzazione della formazione della volontà amministrativa a fronte della libertà delle forme dei soggetti privati; rilevanza ed irrilevanza dell'elemento finalistico dell'azione.

Da Moliterni¹ il problema è affrontato in maniera apparentemente più circoscritta, con più specifico riferimento cioè all'attività di diritto privato dell'amministrazione. Nondimeno, proprio per questo è

¹ A. Moliterni, *L'amministrazione consensuale tra pubblico e privato*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione. Dibattito tra giovani studiosi sulle trasformazioni in corso* ", Atti del convegno tenuto il 2 febbraio 2017 presso la facoltà di

costretto a tracciare nei suoi termini generali il *discrimen* tra attività di diritto privato e attività di diritto pubblico. Il tentativo di teorizzare la neutralità delle tecniche e degli strumenti dell'azione amministrativa rispetto alle esigenze funzionali è notevole. Chiarire che struttura negoziale e funzione sinallagmatica possono bene assicurare l'ottimale perseguimento degli interessi pubblici, rafforzando fiducia e collaborazione tra settore pubblico e privato, vale però solo a spostare più in là il confine tra diritto pubblico e privato, non a sopprimerlo del tutto. Moliterni non può infatti fare meno di sottolineare che, per quanto si possano usare strumenti civilistici per produrre effetti giuridici non autoritativamente, la rilevanza dell'elemento finalistico del negozio rimane comunque incomprimibile oltre un certo limite, dato dalla disponibilità degli interessi. Laddove non vi sia disponibilità degli interessi, i principi pubblicistici caratterizzano la disciplina rivelando la propria ragion d'essere.

Se nel lavoro di Moliterni la riflessione sulla specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune è affrontata facendo specifico riferimento all'attività negoziale delle pubbliche amministrazioni, la riflessione è dichiaratamente svolta sul piano della teoria generale nel lavoro di Zampetti, dedicato ai comportamenti amministrativi². Zampetti mostra come la nozione di comportamento amministrativo, tradizionalmente circoscritta alle ipotesi di attività fondamentalmente estranee all'esercizio del potere, possa essere oggi ripensata in modo da poter qualificare non solo e non tanto i comportamenti rilevanti come meri fatti, ma le diverse forme di decisione che possono essere comunque considerate manifestazioni del potere amministrativo. Zampetti constata il progressivo ridimensionamento del provvedimento come centro di produzione e imputazione degli effetti giuridici e la tendenza in atto nell'ordinamento a ritenere manifestazioni di potere amministrativo non più soltanto le manifestazioni provvedimentali o attive, e sostiene che la nozione di comportamento amministrativo possa essere oggi ridefinita con più ampia capacità qualificatoria in modo da comprendere anche e proprio le diverse nuove manifestazioni dell'agire amministrativo; precisando che il comportamento, in quanto manifestazione del potere amministrativo, rimane comunque soggetto al rispetto del nucleo sostanziale delle regole fondamentali dell'attività amministrativa. Precisazione importante proprio perchè muove dalla constatazione che la decisione amministrativa non è più necessariamente il risultato di una predefinita sequenza procedimentale e può pertanto essere non sempre assistita dalle garanzie proprie e tipiche del procedimento amministrativo.

Entrambi i lavori, a dispetto forse delle apparenze, giungono al medesimo risultato; dimostrano cioè che possono cambiare gli strumenti, le forme, i moduli dell'agire amministrativo, può essere anche inteso in

giurisprudenza dell'Università Sapienza di Roma, in corso di pubblicazione, nonché, *amplius*, in *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Jovene, Napoli, 2016.

² E. Zampetti, *La nuova nozione di comportamento amministrativo*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, cit., nonché *amplius* in *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2015.

forma più elastica il principio di legalità dell'azione amministrativa, ma ciò non implica il tramonto o l'abbandono dei principi fondamentali che contraddistinguono il diritto amministrativo rispetto al diritto civile; per la semplice ragione che ciò dipende dal fatto che le condotte dell'amministrazione, quali che siano le forme e i modi in cui si esprimano, non sono libere, ma si caratterizzano per il carattere della doverosità e per la rilevanza dell'elemento finalistico.

3.- Sicuramente il modo di essere del principio di legalità nei nostri tempi sta cambiando. In parte ne ho già ricordato la ragione, legata alla creazione di un sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali, sia sotto il profilo della normazione, che della giurisdizione; fattore al quale deve senz'altro aggiungersi la conclamata crisi della politica con la conseguente compromissione del ruolo d'indirizzo e di selezione degli interessi da parte del legislatore. Ma rimane il fatto che, per quanto possa essere riduttivamente o elasticamente inteso, il principio di legalità continua a fungere da parametro di misurazione della validità dell'azione amministrativa e ad essere quindi un valore protetto dell'Ordinamento.

In questa prospettiva, l'interrogativo che si pongono gli studi di Allena, Calabrò e Freni riguarda i soggetti che sono tenuti a custodire il valore della legalità dell'azione amministrativa; e la risposta data sembra essere ancor oggi : la Pubblica amministrazione, innanzi tutto.

La Allena³ affronta il problema dell'annullamento d'ufficio, che viene indagato nella prospettiva volta a capire se sia o meno uno strumento a disposizione del cittadino per la tutela dei suoi interessi. Lo studio deve però registrare l'esistenza di uno scenario disorganico e confuso, nel quale l'annullamento d'ufficio continua ad essere teso tra i due estremi della doverosità e della discrezionalità, senza riuscire a trovare un ben preciso punto di equilibrio. Per cui allo stato rimane una forma di autotutela, un privilegio concesso alla pubblica amministrazione di farsi giustizia da sé assicurando la legittimità dei propri atti, sempre che sussista un interesse pubblico in tal senso.

Calabrò⁴ tratta invece il tema della funzione giustiziale nei suoi termini più generali, chiedendosi se non possa essere oggi ripensata nella prospettiva della valorizzazione dei rimedi alternativi per la definizione delle controversie. Calabrò osserva che l'attuale insoddisfacente stato dei ricorsi amministrativi è dovuto essenzialmente al fatto che con essi l'amministrazione non è chiamata a dirimere una controversia in maniera neutrale, bensì a rivalutare il proprio operato senza significative differenze rispetto all'esercizio di una funzione di amministrazione attiva o di autotutela; e sottolinea che vi sono attualmente spazi non

³ M. Allena, *L'annullamento d'ufficio come strumento di tutela del cittadino*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, cit., nonché *amplius*, in *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2018.

⁴ M. Calabrò, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, cit., nonché, *amplius*, in *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2012.

coperti dai rimedi giurisdizionali, vuoi per lo sproporzionato costo di accesso alla giustizia, vuoi per l'elevato livello di tecnicismo della decisione, che suggeriscono di rileggere l'esperienza dei ricorsi amministrativi non tanto in funzione deflattiva del contenzioso giurisdizionale, ma piuttosto di completamento dell'offerta complessiva di tutela (*one size doesn't fit all*).

Anche Freni⁵ dedica la sua attenzione ad un rimedio amministrativo, per quanto straordinario; il ricorso straordinario al Capo dello Stato. Il rimedio sembra quasi essere un vero e proprio modello di *alternative dispute resolution*: il rimedio è alternativo a quello giurisdizionale; il parere vincolante del Consiglio di Stato garantisce l'indipendenza del decisore; il costo di accesso alla giustizia è contenuto. Tuttavia Freni mette bene in luce come l'eccessiva giurisdizionalizzazione del rimedio, di volta in volta occasionalmente realizzata in nome dell'esigenza di assicurare l'effettività della tutela, abbia finito per snaturarlo, auspicando *de iure condendo* un intervento chiarificatore da parte del legislatore.

Dunque gli studi sull'autotutela o più in generale sulla funzione cd giustiziale attestano che, oggi come oggi, il diritto amministrativo si caratterizza ancora per la presenza di istituti che non hanno riscontro nel sistema della tutela civile dei diritti e che in tanto si giustificano in quanto il valore che si vuole proteggere, prima ancora dell'interesse individuale, è dato dal buon andamento e dall'imparzialità dell'azione amministrativa.

4.- Gli studi di Carbone, Mari e D'Angelo s'interrogano invece sul ruolo del giudice amministrativo. Come già ricordato, il processo amministrativo sembrerebbe oggi in grado di assicurare al ricorrente che ha ragione tutto quello e proprio quello che avrebbe diritto di ottenere sul piano sostanziale, secondo la già ricordata nota formula chiovendiana, in quanto il codice sembrerebbe aver attribuito al giudice amministrativo pienezza dei poteri di cognizione e di decisione, non più limitati al solo annullamento, in ordine al rapporto controverso.

Sotto questo profilo, lo studio di Carbone⁶ va senz'altro annoverato tra quelli più completi e raffinati nel filone di pensiero che vuole che l'effettività della tutela giurisdizionale sia garantita, nel processo amministrativo, attraverso la quanto più possibile piena e completa ricostruzione della sentenza in termini di condanna. Carbone sottolinea come il codice abbia consacrato il principio della pluralità delle azioni esperibili nel processo amministrativo, e come ciò abbia inciso profondamente sulla struttura stessa del processo amministrativo. La "pretesa" del ricorrente, osserva sempre Carbone, può essere oggi assistita

⁵ F. Freni, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato ieri, oggi e (forse) domani*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, cit nonché *amplius*, in *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Dike, Roma, 2012.

⁶ A. Carbone, *L'azione di condanna ad un fare. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, cit., nonché, *amplius*, in *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012.

da diverse azioni, compresa quella risarcitoria, e ciò può far ritenere ormai superata la costruzione classica del processo amministrativo in termini di giudizio di legittimità avente ad oggetto la validità dell'atto amministrativo, a vantaggio di un giudizio sulla fondatezza della pretesa, in grado di sfociare in una sentenza di condanna. Carbone coglie un disegno che è effettivamente possibile intravedere nella trama del codice, ma il problema che a questo punto si apre è se la strada intrapresa dal legislatore sia veramente la migliore per assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale.

Il codice non ha definitivamente sciolto l'ambiguità di fondo che sussiste sul modo d'intendere l'esatta consistenza della pretesa protetta sul piano sostanziale. Caratteristica di un processo, come si è già ricordato, è la strumentalità; nel senso che si fa (il processo) per far conseguire all'attore che ha ragione ciò che la norma ha voluto garantire sul piano sostanziale, e che non è stato possibile ottenere a causa dell'inosservanza da parte del soggetto obbligato al rispetto della norma. Prima ancora che possa aversi una qualsiasi forma di esecuzione forzata, la prima cosa che il processo deve creare è la certezza sulla spettanza del bene della vita; e questa certezza viene raggiunta attribuendo alla cosa giudicata quel particolare valore e quella particolare efficacia che sono racchiuse nella formula per cui il giudicato copre il dedotto ed il deducibile. Se dunque la cosa giudicata è quanto in ultima analisi ci fa capire quale sia il bene protetto conseguibile tramite il processo, lo studio della Mari⁷ ci fa comprendere che il problema che è tutt'oggi ancora aperto è proprio quello della esatta individuazione della pretesa che può essere protetta tramite il processo amministrativo. Questo perché proprio lo studio del giudicato dimostra che, per quanto il processo amministrativo possa essere stato equiparato al processo civile, riconoscendo la possibilità di condannare ai danni, e non solo, rimane la specialità del giudicato; il fatto cioè che nel processo amministrativo il giudicato si forma solo sul dedotto e non copre anche il deducibile. Nonostante gli sforzi del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza, ci ricorda la Mari, il concetto di cosa giudicata continua a rimanere elastico, lasciando inevitabilmente aperta la questione del riesercizio del potere. Laddove i vizi dedotti non siano tali da consumare completamente il margine di decisione dell'amministrazione nel riesercizio del potere, diventa quindi inutile chiamare la sentenza in un modo anziché in un altro perché possa essere effettivamente intesa come una sentenza di condanna, suscettibile di esecuzione forzata. E questo ci riporta all'interrogativo di fondo posto sopra; se cioè valga o meno la pena seguire la strada dell'equiparazione alla sentenza civile di condanna per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale assicurata dal processo amministrativo.

⁷ G. Mari, *L'evoluzione del rapporto tra giudicato amministrativo e successivo riesercizio del potere amministrativo: riflessioni sulle tradizionali nozioni di giudicato amministrativo, giudicato a formazione progressiva e commissario ad acta alla luce del c.p.a.*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, cit., nonché, *amplius*, in *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione ed ottemperanza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

La chiave per la risposta ce la fornisce lo studio di D'Angelo, sulla giurisdizione di merito⁸. Nel senso che sulla giurisdizione di merito si gioca una partita vitale per l'effettività della tutela giurisdizionale amministrativa. Il tema di solito è affrontato sbrigativamente, assumendo che le ipotesi di giurisdizione di merito siano casi rari e marginali, fatta eccezione per il giudizio di ottemperanza, e che la stessa nozione di merito debba ritenersi ormai superata in quanto sinonimo di insidiabilità dell'azione amministrativa. D'Angelo ha il merito (si perdonerà il gioco di parole) di rivitalizzare l'utilità di un concetto tradizionale, qual'è il merito amministrativo, come nozione correlata all'opportunità dell'azione amministrativa; sebbene anch'egli non sembri poi del tutto immune dalla tentazione di ritenere anacronistico, visti i progressi ormai fatti dalla giurisdizione di legittimità in punto di sindacato sull'attività amministrativa, il mantenimento di una giurisdizione di merito. Recuperare il concetto di merito come nozione strettamente correlata all'opportunità e non semplicemente alla piena conoscenza dei fatti, quest'ultima ormai possibile anche nella giurisdizione di ordinaria legittimità, può aprire la strada per un più incisivo ed efficace recupero delle potenzialità della giurisdizione di merito nella sua più importante e tipica ipotesi, che è quella del giudizio di ottemperanza. Chiarire che nella giurisdizione di merito il giudice amministrativo non incontra i limiti ed i vincoli cognitori e decisorici che possono derivare dalla discrezionalità che può essere insita nel riesercizio del potere dimostra che non è affatto necessario e meno che mai utile la sua assimilazione ad un processo di esecuzione forzata civile, se ciò che si vuole perseguire è il rafforzamento dell'effettività della tutela giurisdizionale per far conseguire all'attore che ha ragione tutto quello e proprio quello che ha diritto di ottenere sul piano sostanziale. L'esecuzione forzata civile è costretta a muoversi nei più ristretti limiti dell'accertamento effettivamente operato nella sentenza passata in giudicato ed è per sua natura impossibilitata a trasformarsi in un processo di cognizione, laddove il giudizio di ottemperanza, se non si abbandona gratuitamente la possibilità di sindacare l'opportunità dell'azione amministrativa connaturata alla giurisdizione di merito, consente la piena sostituzione del giudice amministrativo all'amministrazione; che può essere surrogata se ed in quanto si accerta che la sua azione abbia violato un comando recato non più solo da una norma di legge, ma anche da una sentenza passata in giudicato.

5.- La problematica della strumentalità del processo viene affrontata anche dagli studi di M.C. Romano e di Trimarchi, che sostanzialmente cercano di dare risposta a due interrogativi fondamentali: a chi serve il processo amministrativo; a cosa serve il processo amministrativo.

⁸ F. D'Angelo, *Esiste ancora il merito amministrativo?*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, cit., nonché, *amplius*, in *La giurisdizione dei merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Giappichelli, Torino, 2013.

Come si è ricordato, qualsiasi processo serve a far conseguire, a colui che si rivolge al giudice, quello che il venir meno della spontanea cooperazione di un altro soggetto, obbligato a tenere un dato comportamento da una norma, non gli ha consentito di ottenere; ed è quindi chiaro che l'effettiva consistenza del bene protetto dipende dalla norma che viene violata. Quando ci si pone questo problema con specifico riferimento al processo amministrativo si viene inevitabilmente al cuore del problema del diritto amministrativo: qual'è il bene della vita che viene protetto tramite il processo amministrativo? Com'è noto, il problema è aperto e dibattuto fin dalle origini del sistema di giustizia amministrativa, perchè è innegabile che nella giurisdizione amministrativa convivano profili di diritto soggettivo e di diritto oggettivo⁹. Gli studi di M.C. Romano e di Trimarchi, al fondo, ci riportano a questo eterno problema.

M.C. Romano¹⁰ rilegge il problema della legittimazione nella prospettiva del sindacato giurisdizionale europeo, interrogandosi sulle conseguenze prodotte dalla spinta della Corte di giustizia verso la omogeneizzazione dei sistemi processuali nazionali e dall'emergere di situazioni spesso desoggettivizzate, specie in materie quali i pubblici appalti, l'ambiente e i beni culturali. Secondo la Romano ciò non ha avuto vere e proprie conseguenze sul piano del "genere" delle situazioni soggettive tutelabili, in quanto la protezione di interessi superindividuali è caratteristica delle norme di diritto pubblico che, per loro natura, non escludono forme di controllo di diritto oggettivo, aggiuntive e integrative della tutela giurisdizionale individuale. Ragione per cui la legittimazione a ricorrere, nel processo amministrativo, è necessariamente più ampia rispetto a quella propria del sistema della tutela civile dei diritti.

Trimarchi¹¹ affronta direttamente il problema se la legittimità possa essere oggi considerata una nozione ancora attuale alla luce dell'evoluzione del diritto positivo, ovvero se sia divenuta una formula verbale ormai incapace di sintetizzare il regime giuridico del provvedimento amministrativo. Per quanto Trimarchi sottolinei come sia oggi necessario accostarsi in modo critico alla nozione di legittimità, se non si vuole correre il rischio di contemplare una immagine che non corrisponde più all'effettivo regime dell'atto amministrativo, la conclusione obbligata è che la legittimità rimane pur sempre una necessaria modalità di svolgimento del sindacato sui pubblici poteri.

⁹ Mi sia consentito rinviare al riguardo agli atti delle Giornate senesi di studio sulla giustizia amministrativa del 2016 dedicate a Leopoldo Mazzaroli, raccolti nel volume *"Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzaroli"*, a cura di F. Francario e M.A. Sandulli, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

¹⁰ M. C. Romano, *Linee evolutive del sindacato giurisdizionale europeo. Riflessi sulla legittimazione ad agire in Italia e in Germania*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, cit., nonché *amplius* in *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, Jovene, Napoli, 2013.

¹¹ M. Trimarchi, *Appunti sulla legittimità in diritto amministrativo: origine, evoluzione e prospettive del concetto*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, cit., nonché *amplius* in *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, ETS, Pisa, 2013.

6.- I diversi contributi di questi giovani studiosi, nel momento in cui si sono interrogati problematicamente sulle trasformazioni che si sono verificate negli istituti tradizionali del diritto amministrativo e, in ultima analisi, al di là della specificità dei temi prescelti, sulla ragione della specialità del diritto amministrativo, consentono di giungere alla conclusione che, oggi come oggi, questa specialità continua ad avere una sua precisa ragion d'essere.

Nel loro insieme, meritano il plauso di aver affrontato i diversi temi con metodo giuridico, cogliendo le trasformazioni in atto nel diritto amministrativo senza rinunciare al tentativo di ricostruzione sistematica degli istituti sulla base della perdurante ragione di specialità del diritto amministrativo.

Oggi come oggi è infatti diffusa la tendenza a ritenere in via di dissoluzione, se non ormai già superata, la distinzione tra diritto civile e diritto amministrativo, tra diritto privato e diritto pubblico o, più in generale, la possibilità di continuare ad impiegare categorie giuridiche tradizionali ovvero ad applicare metodo giuridico nello studio del diritto. Che gli istituti e le categorie giuridiche tradizionali siano in una crisi anche profonda è un dato di fatto, ma ciò per un giurista deve essere solo il punto di partenza del ragionamento giuridico. Nella dottrina contemporanea si registrano invece due tipi di risposta profondamente diversi.

Alcuni si limitano ad indicare le cause della crisi ed a spiegarne, condivisibilmente, le ragioni: crisi della politica; inadeguatezza del principio di legalità e complicazione e moltiplicazione del sistema delle fonti; crisi della sovranità in un sistema di produzione normativa e di tutele multilivello globalizzato etc.. Si limitano però a prendere atto del fenomeno e ritengono che, non essendo più in grado gli istituti tradizionali di spiegare il presente, la distinzione tra diritto pubblico e privato non abbia più ragion d'essere, il diritto pubblico (costituzionale ed amministrativo) sia in via di dissoluzione, il Sapere giuridico sia un inutile orpello della società contemporanea ormai liquida. E rinunciano per questa via a ricostruire secondo sistema le trasformazioni in corso, delegando alla giurisprudenza il compito di assicurare giustizia caso per caso, secondo il modello tradizionale (e in realtà anch'esso superato) di *common law*. Quasi rinnegando il retroterra millenario che il diritto continentale, unico tra le scienze sociali, può vantare.

Diversamente, v'è chi prova comunque a spiegare secondo sistema la confusione attuale, muovendo dalla constatazione che gli istituti sono in trasformazione ma senza fermarsi a ciò; senza rinunciare a cercare d'indagare quale sia la nuova logica del dato positivo; senza lasciare che la giurisprudenza, nel colmare i vuoti lasciati dal legislatore, proceda solo secondo la logica del precedente e non anche secondo i principi generali della materia, che è compito precipuo della dottrina, non pressata dalla necessità di decidere un caso concreto, definire. Gli studi in esame non solo rispondono in questo secondo modo, ma dimostrano che il diritto amministrativo non è ormai superato ed ha ancora pienamente ragione di conservare la sua specialità, perché forme e modi della cura e della protezione degli interessi pubblici ubbidiscono a principi

fondamentali differenti rispetto a quelli propri della cura e della protezione degli interessi privati, tanto sul piano sostanziale, quanto su quello giustiziale, non mutuabili dal sistema di diritto privato. Rilevanza dell'elemento volontaristico e atipicità degli effetti giuridici contraddistinguono il diritto privato; procedimentalizzazione dell'attività, unilateralità e tipicità degli effetti giuridici, il diritto amministrativo (e pubblico). Sono studi che s'interrogano dunque sulle trasformazioni in atto, tenendo ben presente che le ragioni della specialità del diritto amministrativo non si risolvono nel mero tecnicismo della disciplina, ma si riassumono nella specificità dei principi informatori. Ciò da un lato evita il rischio che si risolvano in mere esercitazioni accademiche, dall'altro aiuta il confronto con le altre discipline proprio nel momento in cui, quella stessa globalizzazione cui è in gran parte imputabile la crisi del sistema attuale, tende ad imporre che i Saperi si omogenizzino quanto più possibile per agevolare la comunicazione e favorire il confronto e riconosce la specialità della disciplina solo se questa abbia una chiara e giustificata ragione d'essere.

L'ordinamento, gli ordinamenti giuridici, sono in trasformazione, e questo rende senz'altro spesso inadeguati gli istituti tradizionali. Ma, quali che siano le forme che il nuovo ordinamento assumerà al termine della crisi, una volta stabilito il nuovo ordine, ci sarà sempre qualcuno che dovrà provvedere alla cura degli interessi propri della collettività unitariamente considerata per assicurarne la conservazione o lo sviluppo. E si riproporrà a questo punto l'alternativa tra modelli diversi. Il modello del Principe di Machiavelli, secondo il quale chi governa il popolo non deve preoccuparsi dei modi o mezzi attraverso i quali raggiunge il fine di assicurare la cura dell'interesse della collettività governata; anzi: più inganna il popolo, come la volpe, e più è autoritario, come un leone, e più risponde al modello ideale di buon governatore; non contano le regole dell'azione, perché agire con la forza e non secondo la legge è spesso dovere del buon Principe; il fine giustifica i mezzi (N. Machiavelli, *Il principe*, 1514). Ovvero il modello del Romagnosi o del Cardinal De Luca, per il quale regola fondamentale “è far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità” (“Lo che è sinonimo di far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della proprietà privata e libertà. Qui la prevalenza della cosa pubblica alla privata non colpisce il fine o l'effetto ma il semplice mezzo”; così G.D. Romagnosi, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Parma, 1814, p. 14) ed è essenziale che non diventi “*Vanum disputare de potestate*” (Cardinal De Luca, *Summa sive compendium Theatri veritatis et iustitiae*, Roma, 1679). L'alternativa rende evidente che un ordinamento può anche fare a meno del diritto amministrativo e dei suoi principi, ma bisogna aver ben presente che su questo piano si gioca il livello di civiltà dell'ordinamento medesimo.