

## RELAZIONE

### 1. Le nuove norme sull'azione amministrativa.

Anzitutto, vorrei ringraziare gli organizzatori di questo convegno su *"Le nuove regole dell'azione amministrativa"*, e, in primo luogo, il prof. Agatino Cariola, per avermi invitato a parlare oggi su tale tema, in questa occasione così stimolante, e in una sede di ricerche così nota e prestigiosa.

Dunque, le nuove regole dell'azione amministrativa. Questa loro aggettivazione porta a concentrare l'attenzione sulle recenti modifiche della legge sul procedimento amministrativo, più e prima che sul suo testo originario, e di quello che oggi, di conseguenza, complessivamente ne risulta.

Quindi, soprattutto la legislazione del 2005. Ossia, in primo luogo, la legge 11 febbraio, n. 15, *"Modifiche e integrazioni alla l. 7 agosto 1990, n. 241, ..."*, la cui intitolazione, peraltro, dopo un inizio così sommesso, prosegue rivelando ben più elevate ambizioni normative (appunto: *"...concernenti norme generali sull'azione amministrativa"*, e non solo sui procedimenti dell'amministrazione). E, poi, anche un intervento legislativo ancora pressoché coevo, ma, *more solito*, alquanto scollegato da quello immediatamente precedente: il d. l. 14 marzo, n. 35, nonché la relativa legge di conversione, ovviamente con ampie modifiche, 14 maggio, n. 80. Decreto-legge il quale, come denuncia la sua intitolazione, pretende di disciplinare materie molto importanti, e vistosamente eterogenee - tanto eterogenee, che non si può non rimanerne stupiti, pure in questi anni di così accentuato degrado delle tecniche di legislazione -: *"Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale"*, e, in aggiunta, come se trattasse di una appendice per settori marginali, *"Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di Cassazione e di arbitrato, nonché per la riforma organica delle procedure concorsuali"*.

Sicuramente, è quest'ultimo intervento legislativo che, oltre alla l. 15/05, ha inciso più profondamente nel testo originario della l. 241/90: ne ha riscritto assai innovativamente due articoli-chiave, come il 19 e il 20. Però, mi pare opportuno richiamare a questo proposito anche un'altra disposizione, pur se formalmente del 2004; essa, infatti, non solo è comunque pressoché contemporanea, e sostanzialmente connessa, ma anche, e per di più, partecipa ugualmente, pur se sotto diverso profilo, della stessa approssimazione nello stile di redazione: perciò, è altrettanto discutibile. Ossia, una disposizione inserita nella l. 30 dicembre, n. 311, *"Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2005)"*. Non è facile trovarla in tale testo: che consta di un solo articolo, ma nel quale, però, all'evidente fine di compattare le deliberazioni parlamentari sotto l'usbergo di un unico voto di fiducia, sono concentrati addirittura 572 commi; brillante esempio, del resto sulle orme di casi risalenti agli anni '90 del secolo scorso, di come si possano rendere difficilmente

leggibili e conoscibili norme pur pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale*. Comunque, il lettore tenace che sia riuscito a leggere i primi centotrentacinque commi, che non si sia scoraggiato prima, trova espressa nel comma 136, una disciplina dell'annullamento di ufficio di atti evidentemente fonte di obbligazioni per l'amministrazione, tutta in chiave di limitazione della spesa pubblica: ossia, in una prospettiva non proprio coincidente a quella generale dell'istituto, viceversa in chiave più garantistica per il percipiente, dettata dal nostro articolo 21-*nonies*.

È uno dei tanti esempi della frequente applicazione che fa il nostro legislatore, della massima evangelica per la quale non sappia la destra quel che fa la sinistra. Più generalmente, le nuove norme appaiono di cattiva fattura tecnica. Ed ho trovato, anche da questo punto di vista, di grande interesse la relazione introduttiva del presidente Zingales: perché, nell'analisi delle norme di cui ci dobbiamo occupare qui, comprende, tra l'altro, un catalogo molto puntuale di una serie di disposizioni di incerta interpretazione e applicazione, quando non addirittura di dubbia costituzionalità. E mi sento confortato da questa illustrazione, perché conferma la fondatezza di tante perplessità che già avevo, sulle vicende tormentate e contorte, ma anche per altro verso talvolta affrontate un po' spensieratamente, attraverso le quali questa legislazione del 2004 e 2005 è stata elaborata; e, quindi, sulla bontà del suo innesto in quella originaria della l. 241/90.

## **2. Possibili classificazioni di tali norme e delle prospettive di loro valutazione.**

Il mio compito di esposizione generale di tale disciplina, è molto facilitato.

Anzitutto, perché il Presidente Zingales ci ha già anticipato analiticamente tante cose importanti.

E, poi, perché il programma di questi due giorni di convegno è quanto mai ricco ed è articolato in tante relazioni, il cui complesso è in grado di coprire pressoché tutti gli aspetti del testo oggi vigente: altro merito che va riconosciuto agli organizzatori. Mi sarebbe stato impossibile, evidentemente, inoltrarmi nella esegesi di tutte le sue norme. Ma ora appare evidente che sarebbe stato pure del tutto superfluo: poiché su ciascun tema ascolteremo un relatore che lo illustrerà molto più ampiamente e approfonditamente di quel che avrei potuto fare io.

Quindi, mi potrò soffermare solo su alcuni profili che mi paiono di rilevanza saliente, soprattutto perché generali. E, in primo luogo, cercherò di delineare un abbozzo di classificazione delle nuove norme oggetto del nostro incontro di oggi; non inopportunamente, credo, data la loro notevole eterogeneità.

Al riguardo, mi sembra che si possano individuare tre gruppi di disposizioni. Il primo gruppo, il più numeroso, è formato da quelle che riguardano il procedimento in quanto tale, e che paiono mirare ad miglioramento della sua funzionalità; che poi raggiungano effettivamente questo obiettivo, è questione che qui può essere lasciata da parte: anzitutto, molti più precisi elementi per la loro analisi, ci verranno già oggi dai relatori di settore; e, comunque, le risposte definitive circa l'effettiva portata positiva di queste norme potranno venire solo dalla futura esperienza della loro applicazione. Come esempi di esse, citerei, tra i tanti altri, la nuova disciplina del termine e della sua determinazione; l'accentuazione della rilevanza delle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile, più vincolanti per organo competente all'adozione del provvedimento finale; la maggiore

completezza della comunicazione di avvio del procedimento; il nuovo art. 10-*bis*, che impone all'amministrazione procedente di dare al richiedente un provvedimento favorevole, il preavviso che la sua istanza, viceversa, sarà respinta; ecc., ecc.

Poi, vi sono le norme che, pur inserite in una legge intitolata al procedimento, solo assai riduttivamente possono essere ascritte alla disciplina di questo. In proposito, una attenzione particolare, ovviamente, va data alla riscrittura degli artt. 19 e 20, soprattutto del 19. Il legislatore, infatti, quando abolisce la sottoposizione di determinate attività individuali ad un regime autorizzatorio, incide sulle libertà dei cittadini; quindi, in realtà, ridefinisce sul piano sostanziale i loro rapporti con l'amministrazione. E mi pare chiaro che non si può ragionare in modo troppo diverso, riguardo ai casi legislativamente ammessi del c.d. silenzio-assenso: riguardo all'ipotesi, cioè, della equiparazione dell'inerzia che l'amministrazione oppone ad una domanda di provvedimento favorevole rivolta da un privato, alla accettazione di questa; e, quindi, riguardo alla sostituzione di questa previsione, almeno entro certi limiti e a certi effetti, al dovere dell'amministrazione di concludere il procedimento "*...mediante l'adozione di un provvedimento espresso*", e alla definizione in termini di un inadempimento della sua violazione - o, al limite, in termini di rigetto -.

Vi è poi un terzo gruppo di norme, che vorrebbero avere un respiro ancora più ampio, e che a mio avviso, viceversa, sono le più criticabili: quelle che Filippo Satta ha definito come un trattatello di diritto amministrativo in forma legislativa, e che, per la maggior parte, si trovano formulate nel capo IV-*bis*.

Questi tre gruppi di norme, a loro volta, possono essere visti da vari angoli visuali. Ne selezionerei soprattutto tre.

In primo luogo, si dovrebbe considerare il rapporto tra attività amministrativa e legge, che vengono a delineare queste nuove norme, e il complessivo testo nel quale si inseriscono, integrandolo e modificandolo. Poi, quale sia il riparto di competenze soprattutto legislative tra Stato e regioni, sul quale gli stessi soprattutto si basano, e solo limitatamente, del resto, definiscono. Infine, la relazione che si può intravedere, soprattutto tra queste norme, ma anche più in generale tra questa legge e il diritto amministrativo.

Va da sé, peraltro, che le une e l'altra vanno valutate criticamente non solo per quel che dicono, e che avrebbero dovuto tacere, o, per lo meno, dire diversamente; ma anche - talvolta soprattutto -, per i silenzi che mantengono su questioni cruciali. E, in ogni caso, va da sé che queste diverse prospettive possono essere ora applicate, solo ad alcune delle tantissime norme di cui si è prima abbozzata una classificazione.

### **3. I principi generali dell'attività amministrativa dell'art. 1: la carenza di un sufficiente richiamo dei principi di legalità e di imparzialità.**

Nella prima prospettiva qui da considerare, ossia quella relativa al rapporto tra attività amministrativa e legge, acquistano la massima rilevanza i "*Principi generali dell'attività amministrativa*" elencati al comma 1 del novellato articolo 1.

La loro esposizione in questa norma, peraltro, sembra francamente deludente. Vi troviamo, mescolati, criteri di chiara derivazione per così dire aziendalistica; altri sì di garanzia giuridica del cittadino, ma solo di recente acquisizione; e, per chiudere, un fuggevole omaggio al diritto comunitario (che, forse, non ne avrebbe neppure bisogno,

dato che ha ampiamente la forza propria di imporsi da sé). Ma manca un esplicito richiamo del principio cardine sul quale l'intero diritto amministrativo si fonda: il principio del vincolo dell'amministrazione alla legge. La quale viene qui ricordata, solo per quel che concerne la determinazione dei fini ai quali si deve indirizzare l'attività amministrativa: che, almeno questa, è detto espressamente che le deve essere riservata. Davvero che ciò può bastare? E i mezzi (giuridici), sono per l'amministrazione liberi? E i loro limiti sono da questa disponibili?

Avrei preferito che, specie in una normazione che vuol essere dell'intera azione dell'amministrazione, questi corollari del principio di legalità fossero stati meglio delineati. E che, in tale sede, e appunto perché in tale sede, fosse stato enunciato a tutte lettere questo postulato: che essa ha i poteri, e solo i poteri che la legge le abbia attribuito (più precisamente: almeno la legge; nel senso che li può sì acquisire anche da diversa fonte, ma solo se questa sia ancora superiore: di livello costituzionale, se non addirittura di derivazione sistemica e istituzionale). E che, per di più, essa li ha, solo entro gli stretti limiti con i quali almeno la legge glieli ha attribuiti.

E ancora: mi pare criticabile che in tale così significativa sede sia stato ommesso ogni richiamo ad un altro principio cardine del diritto dell'amministrazione: la necessità, l'essenzialità della sua imparzialità. Colpisce che, nella formulazione della norma, questo principio sia rimasto in un cono d'ombra, in confronto a quelli della pubblicità e della trasparenza del suo agire, pur rispetto ad esso in qualche modo derivati, e quindi secondari; i quali, però, ciò nonostante, dal canto loro, viceversa, hanno avuto diritto ad una esplicita menzione. E, d'altra parte, non sembra che questo silenzio possa ritenersi spiegato e giustificato dalla possibilità - peraltro indubbia -, che l'interprete ha, di ricavare il principio dell'imparzialità direttamente dal livello normativo più alto: quello costituzionale (dall'art. 97 comma 1, certo; ma anche, almeno indirettamente, come si vedrà, dal riferimento alla giustizia amministrativa come materia di competenza legislativa esclusiva statale, del vigente art. 117 comma 2).

Comunque, è la mancanza di un adeguato richiamo del principio di legalità, specialmente nel quadro delle modifiche introdotte dalle nuove norme nel precedente testo, che a mio parere dovrebbe lasciare più perplessi; non solo per la fondante centralità di tale principio, rispetto all'intero diritto amministrativo.

Tali nuove norme, infatti, con innovazione per lo meno discutibile, hanno preteso di definire le forme di invalidità del provvedimento. Ma le hanno definite, prescindendo totalmente da un previo disegno del rapporto, o, meglio, dei diversi rapporti assai articolati e sfaccettati, che l'ordinamento delinea tra la legge - ma anche tra la normazione secondaria -, l'attività dell'amministrazione, ed i poteri di cui questa ultima risulta attributaria: dal disegno, cioè, che è stato sempre al centro di ogni teorizzazione generale di tale diritto amministrativo. La prospettiva che deriva da questa amputazione, risulta gravemente monca; ed è questa sua angustia il fattore che contribuisce fortemente a far sentire gli attuali artt. 21-septies e 21-octies come astratti, come calati dall'alto e dal di fuori dalla trama dei nostri istituti. E, quindi, come formulati a prescindere completamente dei condizionamenti e dalle implicazioni che, per un verso, si collegano alla distinzione tra nullità e annullabilità del provvedimento pur così ridefinite, ma che, dall'altro, si connettono alla soluzione di problemi viceversa veri e concreti - e qui totalmente ignorati -, che storicamente abbiamo: da quello della qualificazione della invalidità che lo colpisce quando leda un diritto, a quello dei nessi di questa qualificazione stessa con i criteri di riparto della giurisdizione.

#### **4. Segue; le perplessità suscitate dal comma 1-bis.**

La critica alla vigente formulazione dell'art. 1 della l. 241/90, potrebbe continuare nei confronti del suo comma 1-*bis*, sul quale, del resto si è già formata un'ampia letteratura, generalmente orientata in senso negativo. Si potrebbe osservare ancora, infatti, che è delimitato solo troppo vagamente l'ambito nel quale l'amministrazione può agire secondo le norme del diritto privato; e che non emerge il rapporto tra le sue scelte che si concretino in atti civilistici, e i suoi fini istituzionali: i quali, neppure quando così operi, ci pare che possano essere ritenuti del tutto irrilevanti.

E, poi, più generalmente: la norma sembra voler privilegiare ancora - ossia, anche nella versione attuale -, una visione dell'amministrazione secondo la quale questa dovrebbe tendere a spogliarsi della sua veste di autorità e dei suoi poteri unilaterali. La vigente sua formulazione sembrerebbe smentire il timore di eccessi in questa direzione. Ma essa, ben più restrittiva di sue precedenti versioni, potrebbe venire superata da altre successive, secondo l'attuale tendenza legislativa a rimaneggiare continuamente testi pur solo della settimana scorsa. Quindi, mi sembrerebbe opportuno precisare che tale visione dell'amministrazione risponde sì ad un indubbio stato di fatto: essa agisce ormai largamente esplicando la sua capacità privatistica; e si può anche convenire che questo sia il suo modo di agire più adatto, quando operi attraverso il mercato: ciò che accade sempre più ampiamente. Ma questa visione di essa, se la si volesse esaltare oltre certi limiti, mi pare che possa diventare alquanto utopistica. E, per certi aspetti, addirittura rischiosa: perché banalizza il suo ruolo; viene a parificarla troppo largamente, cioè, ad un comune operatore privato, elidendo il divario che dovrebbe pur continuare a sussistere, tra gli interessi collettivi di cui deve rimanere portatrice, e quelli individuali propri di tale operatore. In proposito, vi è una notissima e importante esperienza recente: quella della c.d. privatizzazione del rapporto di impiego con le pubbliche amministrazioni; le quali, quindi - sia detto di passata: con grande soddisfazione dei giuslavoristi -, lo gestiscono con la capacità e i poteri dell'imprenditore privato. Ebbene, mi sembra che questa esperienza sia nettamente negativa, anzitutto nei suoi assetti di diritto sostanziale, e, quindi, e di qui, sul piano delle tutele giurisdizionali. E trovo in questi suoi esiti la conferma che la prospettiva del comma 1-*bis* andrebbe apprezzata solo molto cautamente.

#### **5. Segue: gli aspetti positivi del comma 1-ter.**

Per contro, vi è una componente della riscrittura dell'art. 1 in esame, che, viceversa, mi pare assai positiva: il suo comma 1-*ter*, secondo il quale, come è noto: "*I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1*".

La disposizione ha un preciso riscontro nella definizione dettata dal successivo art. 22, comma 1, lett. *e*), dei soggetti i quali devono consentire il diritto di accesso ai loro atti, da parte degli interessati. Ed ha una prima e diretta incidenza, che è resa palese dal suo tenore letterale: anche i soggetti privati che esercitino una attività siffatta, devono essere sottoposti alle regole cui sono assoggettate le pubbliche amministrazioni. Si noti: non vi è alcun richiamo all'ipotesi nella quale queste operino privatisticamente; il quale, ovviamente, sarebbe stato restrittivo. Quindi, si deve intendere: a quelle cui sono assoggettate, nella esplicazione della loro capacità pubblicistica, del resto per loro più consueta.

Ritengo che queste regole, tutte, abbiano una precisa ragion d'essere e quindi, una radice comune. Conseguano, cioè, da un principio di base: l'attività dell'amministrazione che ne è oggetto, deve considerarsi permeata intrinsecamente dalla sua funzionalizzazione a fini collettivi; solo da questo punto di vista, mi pare, si può comprendere perché la vincolino, e in che modo, sul fondamento del principio di legittimità. Quindi, la disposizione che sottopone quell'azione di tali soggetti privati, in tale loro ruolo, alle medesime regole che le amministrazioni devono osservare quando agiscano anzitutto pubblicisticamente, ha un chiaro presupposto: che anche questa azione debba considerarsi del pari così funzionalizzata. È abbastanza generalmente accettato, e da tempo, che così accada, quando tali soggetti privati operino esercitando capacità pubblicistiche: che, come è tradizionalmente risaputo, possono essere attribuite, per esempio, ai concessionari di funzioni pubbliche, sia pure entro certi limiti e con certi caratteri. Ma, ora, si deve precisare: la medesima funzionalizzazione deve essere rilevata pure in quella attività amministrativa che quei soggetti privati medesimi esercitano con la loro capacità di diritto comune.

Certo, è assai problematico distinguere e delimitare questa attività così funzionalizzata di tali soggetti, dall'altra che per loro è generalmente connaturata, che funzionalizzata non è, che è da loro liberamente determinata secondo i loro personalissimi scopi e valutazioni. Ma che la prima esista pare indubbio. Ce ne erano già, e non da ieri, dei chiari esempi, e anche riscontri di diritto positivo. Uno per tutti: l'attività che esplicano gli enti previdenziali c.d. privatizzati dall'art. 1 del d.lgs. 509/94, la quale sia più direttamente collegata al perseguimento dei loro fini; fini che, dal canto loro, rimangono pur sempre collettivi, e, per essi, pur sempre istituzionali. Ed ora, questo comma 1-ter ce ne dà conferma: a meno di non ritenerlo come riferito alla sola attività anche formalmente pubblicistica dei soggetti privati che considera; il che, francamente, non mi parrebbe condivisibile.

D'altra parte, questa conclusione suggerisce il richiamo di altri dati. È ovvio che anche gli enti pubblici possono esplicare attività privatistica. Ma, ora, è importante sottolineare che, anche in questa, è possibile isolare una parte, la quale presenti il medesimo carattere prima visto: la sua uguale funzionalizzazione parimenti intrinseca, a loro fini di interesse collettivo e istituzionali. Che anche essa sia rilevabile, lo sapevamo da tempo (come conoscevamo da tempo, d'altra parte, l'esistenza di enti pubblici privi di capacità pubblicistica). E, del resto, già nel 1938 Amorth la aveva definita, analizzandola e ricostruendola con la sua consueta profondità, e approdando alla distinzione di essa dalla attività meramente privata delle amministrazioni; e denominandola come loro *attività amministrativa di diritto privato* (*Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, Arch. Dir. Pubbl., pagg. 455 ss.; specialmente pagg. 485 ss.). Va escluso, peraltro, che l'individuazione di questa attività sì privatistica, ma funzionalizzata di soggetti pubblici, possa attenuare le perplessità che si sono sopra espresse, nei confronti del comma 1-bis. Questa disposizione, infatti, ci era parsa tendente a privatizzare attività pubblicistiche di tali soggetti, in un certo senso anche liberalizzandola: si era notata la mancata esplicitazione di un suo persistente nesso con fini pubblici. Mentre la delimitazione di una attività privatistica dei medesimi soggetti, qualificabile però pur sempre come "amministrativa", ha l'obiettivo precisamente opposto: di farla apparire come comunque funzionalizzata a fini collettivi.

## 6. Segue; l'emersione di una nozione di amministrazione in senso oggettivo; i conseguenti problemi di tutela giurisdizionale

È in questo ordine di idee, che emerge una nozione di attività amministrativa che va definita tale in senso oggettivo: perché, pur esplicitata con capacità di diritto comune, è oggettivamente funzionalizzata in modo diretto al perseguimento di fini pubblici. E la sua nozione, delineata a partire, da ultimo, da riferimenti all'azione di soggetti pubblici, si presenta subito come assai più ampia: perché verrebbe a comprendere anche quell'attività prima considerata, che pongano in essere soggetti privati, la quale, pur realizzata con la loro capacità di diritto comune, risulti parimenti così finalizzata. Così, i principi del comma 1 - quelli che vi sono esplicitati, come quelli che vi avrebbero dovuto esserlo -, si rivelano disciplinarla nella sua interezza. Certo, talvolta, solo in modi e misure variabili: si pensa soprattutto al principio di legittimità; ma, talaltra, con maggiore interezza e tassatività: come il principio di imparzialità.

Di più: non si può non vedere che il contenuto di una siffatta nozione di attività amministrativa in senso oggettivo, tenda sempre più a dilatarsi. Infatti, si ampliano progressivamente ambedue le componenti delle quali consta: la privatizzazione, ma non anche la de-funzionalizzazione, per così dire, di attività di soggetti pubblici; e, per contro, la funzionalizzazione di attività di soggetti privati, altrimenti libera. Delle varie accezioni nelle quali è intesa la nozione di amministrazione, quella che appare fino a tempi recenti dominante, è quella di amministrazione in senso soggettivo: attività che è amministrativa, perché posta in essere da soggetti di amministrazione; per di più, quasi generalmente, con la loro capacità pubblicistica. Non che fosse ignota, come si è visto, la loro attività, ugualmente amministrativa, nel senso si funzionalizzata, ma realizzata con la loro capacità di diritto viceversa privato; come quella posta in essere da soggetti privati, che fosse parimenti funzionalizzata. Non che fosse ignota, cioè, l'attività qui intesa come amministrativa solo oggettivamente; ma ad essa sembrava riservarsi un ruolo solo marginale.

Questa evoluzione comporta due rilevanti conseguenze.

Sul piano del diritto sostanziale, sulla definizione dei concetti generali del diritto amministrativo. Perché ha dato un ben maggiore risalto alla nozione di amministrazione in senso solo oggettivo, a spese di quella in senso soggettivo, fino a ieri assolutamente dominante; pure perché, forse, è quella che a questa presta il significato più profondo. E anche se non fosse diventata la più importante, sicuramente appare oggi come la più interessante.

Sul piano delle tutele giurisdizionali, poi, fa emergere subito e spontaneamente il problema della individuazione di quale sia il giudice avente giurisdizione al riguardo. Ci pare che debba essere quello amministrativo: come del resto è affermato, pur non senza contrasti, da varie importanti pronunce recenti. Vi sono molti argomenti a favore di questa conclusione: a cominciare dalla definizione generalissima di tale giurisdizione, come di quella sulla "*funzione pubblica*"; la quale, ormai non può più essere confinata nei limiti della sola attività esplicitata mediante provvedimenti: deve comprendere anche quella privatistica che, appunto, risulti essere così funzionalizzata.

E, di questo orientamento, vi è una conferma specifica: la sottoposizione alla medesima giurisdizione delle procedure di contrattazione che l'amministrazione deve svolgere per la stipulazione di appalti pubblici. Si dirà: però, al riguardo vi è una disposizione,

specifica ed esplicita. Ma la risposta non può essere considerata soddisfacente. Non lo può essere, da chi non si contenti di giustificare una scelta normativa consacrata in una disposizione del genere, solo con l'”*ipse dixit*” (dove l'*ipse*”, ovviamente, è il legislatore): da chi cerchi sempre, cioè, di darle un fondamento nella “*natura delle cose*”. Meglio: nelle logiche dell'intero ordinamento, inteso come una entità, che “...*si muove in parte secondo le norme, ma, soprattutto, muove, quasi come le pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura*” (Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 2<sup>a</sup> ediz., Firenze 1946, pagg. 15-16). Si preferisce dire, perciò, che la sottoposizione alla giurisdizione del giudice amministrativo del contenzioso sulle procedure di contrattazione, prima e indipendentemente da ogni previsione legislativa che la confermasse, sarebbe stata già imposta dalla convergenza di due fattori. Da un lato, la nozione di questa giurisdizione che si è accennata, che è da ricavarsi sul piano generale, come sindacato esteso a tutta la funzione amministrativa, a tutta l'attività finalizzata a scopi collettivi posta in essere dall'amministrazione, anche quando sia esplicazione di una sua capacità privatistica. E, dall'altro, la consapevolezza che l'acquisizione da parte sua sul mercato, della costruzione di opere, della fornitura di cose e della prestazione di servizi, le quali tutte siano strumento necessario, diretto e immediato per l'esercizio di sue attività funzionalizzate al perseguimento di suoi fini istituzionali, venga anch'esse attratta nell'ambito di questa: divengono a loro volta così funzionalizzate, perché ne vengono a mutuare il vincolo finalistico intrinseco (cfr. già Amorth, *op. loc. cit.*).

E, tratta questa conclusione a favore della giurisdizione amministrativa, per l'attività amministrativa solo in senso oggettivo che sia posta in essere da soggetti pubblici, è molto breve il passo per arrivare ad una analoga e simmetrica, per quella ugualmente così definibile di soggetti privati: appunto perché intrinsecamente omogenea.

Di più. Va osservato che l'attività amministrativa solo in senso oggettivo, che si è visto in grande espansione, in precedenza era esercitata più generalmente dall'amministrazione (e non da privati); non solo: ma lo era mediante suoi provvedimenti. Quindi, per il giuoco di questi due fattori, era pacificamente sottoposta al sindacato del giudice amministrativo. Ora, è esplicita mediante atti di diritto privato e, inoltre, spesso da soggetti che sono anch'essi privati. E se su di essa non fosse mantenuta comunque la giurisdizione del giudice amministrativo - il che significherebbe, in sostanza: se la forma privatistica prevalessse sulla finalizzazione pubblicistica -, questa si ridurrebbe di altrettanto. L'attuale riparto di giurisdizioni verrebbe alterato incisivamente: non solo quantitativamente, ma anche qualitativamente, perché passerebbe a quella civile, il sindacato su quel che pur sempre rimarrebbe materialmente esercizio di funzione amministrativa. Ci sembra che la soluzione con la quale questa alternativa verrà sciolta, peserà notevolmente sulla evoluzione del nostro sistema dualistico di giustizia amministrativa: oltretutto, non solo in senso opposto a quello della legislazione del 1998-2000, ma anche oltre quel che la Corte costituzionale sembra aver affermato come di riserva costituzionalmente garantita al giudice civile. E pare che salti addirittura agli occhi, che tale soluzione sia assai più importante degli esiti delle battaglie di attrito, che attualmente sono al centro dei contrasti giurisprudenziali. Le quali, da questo punto di vista, appaiono, al contrario, tutto sommato relativamente secondarie: a cominciare da quella relativa alla spettanza delle domande risarcitorie conseguenti a pronunce annullatorie.

## 7. Il diritto amministrativo tra legislazione nazionale e regionale; il nuovo art. 29.

Saranno molto più brevi - ma dovrebbero essere anch'esse assai più lunghe -, le considerazioni che si possono svolgere sulle nuove norme dell'azione amministrativa, a partire dalla seconda prospettiva selezionata: quella del riparto di competenze tra lo Stato e le regioni.

Qui la norma direttamente applicabile è l'art. 29. Il testo originario del comma 1, primo periodo, era molto chiaro: "*Le regioni a statuto ordinario regolano le materie disciplinate dalla presente legge (s'intende: con i più ridotti contenuti che aveva nel 1990), nel rispetto dei principi desumibili dalle disposizioni in essa contenute, che costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico*". Si prescinde da una analisi più specifica sia del secondo periodo, come del comma 2: il richiamo di tale precedente testo è già sufficiente per un raffronto con esso della novella del 2005.

Che ci pare meno chiara e coordinata.

Comma 1: "*Le disposizioni della presente legge si applicano ai procedimenti amministrativi che si svolgono nell'ambito delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali...*". E qui c'è una prima distonia: il riferimento è "*...ai procedimenti amministrativi...*". Ma nel testo ora vigente della "*...presente legge...*" c'è ben altro che la loro disciplina: basta pensare all'intero Capo IV-bis.

Comunque, proseguiamo: "*...e, per quanto stabilito in tema di giustizia amministrativa, a tutte le amministrazioni pubbliche*". Che vuol dire "*...giustizia amministrativa...*"? Non crediamo che la locuzione possa essere intesa nello stretto senso di giurisdizione amministrativa (ma anche civile, in quanto di quella giustizia faccia parte). Disposizioni in materia nella legge ci sono (ad esempio, la previsione della giurisdizione amministrativa esclusiva nell'art. 11, comma 5, e, ora, nell'art. 19, comma 5); ma sono troppo sporadiche. E, per di più, il loro richiamo sarebbe del tutto inutile: l'intera materia della giurisdizione è rimasta di competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. l) - vorrei permettermi di aggiungere: vivaddio -; e quindi la sua disciplina si impone a tutti i soggetti dell'ordinamento, compresi tutti gli enti pubblici, territoriali o no che siano.

La nozione di "*...giustizia amministrativa...*" è evidentemente più ampia, e non perché vi rientrerebbe comunque l'amministrazione c.d. giustiziale, in particolare la disciplina dei ricorsi amministrativi. Intuitivamente, sembrerebbe che dovesse comprendere ampie parti del diritto amministrativo sostanziale. Per un verso, i suoi istituti che più direttamente si connettono alle tutele giurisdizionali; per l'altro, quelli storicamente elaborati dalla giurisprudenza. E le due aree largamente si sovrappongono; un esempio solo, ma cruciale: i vizi di legittimità del provvedimento. L'idea ci sembra chiara. Ma non altrettanto, purtroppo, i limiti entro i quali si potrebbe applicare. Vi potremmo ricondurre, in primo luogo, il citato Capo IV-bis: se non tutto, quasi? Eppure, la loro precisazione sarebbe essenziale: non dimentichiamoci che la stessa locuzione è impiegata nella medesima norma costituzionale ora citata, per designare un altro oggetto (oltre alla giurisdizione propriamente detta), di competenza legislativa esclusiva statale.

Comunque, vediamo adesso il comma 2: "*Le regioni e gli enti locali (ma è possibile non tener conto che a questi ultimi non spettano funzioni legislative, e, più generalmente, hanno una autonomia costituzionalmente ben meno garantita?), nell'ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla presente legge nel rispetto*

*del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge.*” La prosa non è gran che, e la chiarezza dei contenuti è peggio. Una osservazione *per absurdum*: se si prendesse alla lettera l'espressione “...materie disciplinate dalla presente legge...”, si dovrebbe ritenere che ciascuna regione potrebbe ridefinire, per esempio, il regime il regime di validità e di efficacia dei provvedimenti, così come è sancito, tra l'altro, negli artt. 21-bis, 21-septies, 21-octies. E sarebbe una conclusione che non varrebbe la pena di contestare in modo argomentato, perché non ci parrebbe neppure pensabile.

È ovvio che i margini solo entro i quali anche le regioni possono regolare “...le materie disciplinate dalla presente legge...”, devono essere dedotti - restrittivamente -, dalle successive clausole limitative. Sicuramente già quella del rispetto “...delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa...”, particolarmente, in riferimento a quelle di partecipazione ai procedimenti. Ma anche, e soprattutto, “...del sistema costituzionale...”: che dovrebbe venire a comprendere perfino l'assetto sostanziale dei rapporti tra amministrazione e individuo; con esclusione, cioè, sia degli altri aspetti della disciplina dei procedimenti, che anche, e prima ancora, dell'organizzazione per così dire interna degli enti pubblici: materie, queste, che paiono costituire l'essenziale della competenza legislativa delle regioni.

## **8. I principi generali del diritto amministrativo e i diritti soggettivi tra leggi nazionali e leggi regionali.**

Per ogni approfondimento di questi problemi, si impone una considerazione preliminare: non si può delineare la ricostruzione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione, considerando solo questa parte del suo testo; cioè, in modo autoreferenziale, per così dire. È necessario partire da una prospettiva più generale: quella che consegue dai suoi *Principi fondamentali*, formulati nei suoi primi articoli. Certamente, tra di questi, all'art. 5 vi sono intestati anche il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali (tra le quali pure quelle regionali, peraltro anch'esse così classificate e denominate, sembra un po' riduttivamente; e significativamente?). Ma, perciò, si pone il problema di delineare un temperamento di tale principio con gli altri, a cominciare dai fondamentali primi tre. Non si tratta di stabilire tra di questi una loro impossibile gerarchizzazione; ma solo di coordinarli, secondo i loro contenuti, e, quindi, la rilevanza oggettiva di questi. Quali siano le linee di coordinamento che riterrei più fondate, tra tante possibili ed opinabili, andrebbe argomentato. Non potendolo ovviamente fare qui, mi devo limitare ad enunciarla: il principio di uguaglianza tra i cittadini, l'esigenza di omogeneità e di uniformità dei tratti fondamentali della loro soggettività, deve prevalere comunque sulle autonomie anche regionali.

Anche in questa prospettiva, è evidente che la competenza legislativa esclusiva dello Stato non possa essere estesa, oltre che all'ordinamento civile e penale, anche a quello amministrativo: proprio per la riserva stabilita per i primi due, la legislazione regionale non può riguardare il terzo. Ma, sicuramente, non senza limiti. E mi parrebbe di poter affermare che vi è un nucleo di principi generali dell'ordinamento amministrativo medesimo, sui quali le leggi regionali non possono incidere; di poter affermare che vi è, ma anche - lo ammetto -, di sperare che ci sia. Un nucleo di principi generali,

dunque, che investano tutte le teste di capitolo del diritto amministrativo: anzitutto i soggetti - di amministrazione, ma anche privati, nei loro rapporti con questi; i poteri dell'amministrazione - ablativi, autorizzatori e concessori *in primis*, ma anche le correlate situazioni individuali -; quindi, i conseguenti procedimenti e provvedimenti, i contratti, i servizi e i beni pubblici; le responsabilità di e verso le amministrazioni e i suoi funzionari.

E qui emerge un problema di prima grandezza: se la legislazione regionale, sicuramente competente in materia di organizzazione e procedimenti e, più generalmente, sulla disciplina dell'esercizio dei poteri amministrativi, possa anche ri-delimitarli. Cioè, se possa incidere sulla linea di confine tra di essi, in quanto possibilità di disporre di interessi individuali, che, perciò, non possono essere considerati come tutelati dall'ordinamento come diritti soggettivi pieni; e i diritti soggettivi pieni dei privati, che possono essere considerati tali, solo perché nei loro confronti l'amministrazione non ha alcun potere di disposizione. Riaffiora così un problema che, in realtà, è molto antico. Una ricostruzione storica del significato dell'espressione "*diritto civile o politico*" della legge del 1865, infatti, porta a sottolineare che, allora, era possibile considerare così tutelati, solo interessi individuali protetti dalla legge: da una legge, nei confronti di poteri che trovavano *aliunde* il loro fondamento, ossia, nell'istituzione regia; da una legge, nel cui procedimento di formazione era dominante la componente parlamentare, e, di qui, almeno parzialmente, ma anche progressivamente, direttamente rappresentativa. È ovvio che oggi una simile prospettiva sia del tutto superata. Ma lo è solo la prospettiva nella quale va delineato il problema della necessità della connessione tra diritti soggettivi e protezione legislativa, perché questo rimane anche ora: eccome. Anche adesso, infatti, non si vedono diritti soggettivi pieni che possano essere considerati tali, perché protetti da norme sui poteri amministrativi che siano di livello solo regolamentare; *id est*: anche adesso i regolamenti possono disciplinare tali poteri solo per quel che riguarda il loro esercizio - per l'essenziale: quanto all'organizzazione e i procedimenti -, ma non anche nei loro rapporti con i cittadini. Solo, bisogna tenere conto che oggi esiste la legislazione regionale, in qualche modo intermedia tra le leggi dello Stato, e norme solo secondarie. E, quindi, il vecchio problema adesso si ripropone anche da questo punto di vista: se l'assetto dei rapporti tra poteri e diritti possano essere definito, o ri-definito, anche da parte di quella legislazione. Ossia: se le regioni, regolando i loro poteri ablatori, autorizzatori, concessori, ecc., possano, oltre che disciplinarne l'esercizio, arrivare addirittura anche a delimitare - il che, in concreto, significa ampliare -, le aree dei beni privati, che possono essere ablati nonché i presupposti che consentano che lo siano, le attività individuali che possono essere sottoposti ad un regime autorizzatorio, e le attività e i beni della mano pubblica che possono essere oggetto solo di concessione. Come dire: se anche oggi sia fondata la constatazione che possa dirsi diritto soggettivo solo l'interesse individuale che sia protetto sul piano sostanziale non solo da una legge, ma anche da una legge che sia dello Stato.

È ovvio che un simile problema non possa essere trattato a fondo in questa occasione. E tutti sappiamo che sia poco percepito e considerato: effetto, questo, del tutto indesiderato del predominio che sui riparti di competenza degli artt. 117 e 118 Cost, esercita il quanto mai rozzo criterio della enumerazione delle materie. Ci fermiamo qui, quindi. Ma crediamo di aver lasciato trasparire a sufficienza quale sia la soluzione che ci pare preferibile.

## **9. Spunti sui limiti della competenza legislativa regionale (ma anche nazionale), in ordine al diritto amministrativo.**

Che cosa le regioni possano legislativamente disporre in materia amministrativa, e, quindi, se e in quali limiti possano incidere sui suoi principi e concetti generali che ne costituiscono il nucleo essenziale - una sorta di diritto amministrativo generale -, ancora oggi è tutto da definire. A partire da basi alle quali qui si può solo accennare.

Una è assolutamente ovvia: il complesso delle riserve di legislazione esclusiva statale costituzionalmente stabilite, e, inoltre, l'attribuzione allo Stato stesso della determinazione dei principi fondamentali nelle aree della legislazione concorrente.

Ma è solo la prima base di altre. Tra le quali, merita di essere posta in evidenza una particolarmente significativa, se si vuole più sottile, ma sicuramente più pregnante. Quel nucleo e tali principi, infatti, hanno in buona parte una derivazione soprattutto giurisprudenziale, ma anche in notevole misura dottrinale; e sono meno opera del legislatore, che, molto spesso, è intervenuto solo in seconda battuta, ossia solo limitandosi a recepire esiti cui giurisprudenza e dottrina erano già pervenute. Quindi, tali principi si sono radicati nell'ordinamento non perché stabiliti da leggi, ma piuttosto per forza propria. Deriva da qui la loro rilevanza giuridica, ed anche una certa qual loro impermeabilità e resistenza ad alterazioni che disposizioni legislative volessero infliggere loro troppo bruscamente e brutalmente. Per tale loro matrice il legislatore, non solo quello regionale, ma già quello statale, dovrebbe in qualche misura rispettarle, e rispettarne l'evoluzione che analogamente possono avere spontaneamente in futuro, come si accennerà meglio in seguito.

## **10. Le innovazioni legislative e il diritto amministrativo: la loro antistoricità.**

La terza prospettiva dalla quale meritano di essere valutate le innovazioni inserite nella legge sul procedimento, come si è detto, è quella del loro rapporto col diritto amministrativo, che, credo sia ormai evidente, ci pare qualcosa di molto più importante delle disposizioni legislative che lo riguardano. Ed è dagli ultimi cenni che può partire la critica più sentita all'innovazione legislativa costituita dal nuovo Capo IV-*bis*: da quel trattatello di diritto amministrativo che finora il legislatore ci aveva fortunatamente risparmiato.

Vi è un primo punto di vista: la inattendibilità, per così dire, la non pertinenza di tante disposizioni di questo Capo e del loro contenuto specifico.

Si è già accennato come la disciplina della nullità dei provvedimenti espressa dall'art. 21-*septies* sia astratta, e del tutto avulsa dai problemi che nel diritto amministrativo vi si ricollegano. Che nascono da disposizioni legislative, certo, ma alle quali è il giudice che deve trovare soluzioni concrete, e a cui il dottrinario cerca di dare un inquadramento sistematico. Ma ancor più deviante si rivela, almeno per certi aspetti, l'art. 21-*octies*.

Chi si fermasse al mero tenore letterale della norma, potrebbe stupirsi di questa valutazione. A prima lettura, infatti, potrebbe trovarla solo una insignificante riscrittura di disposizioni che hanno alle spalle ben altro spessore storico: di quello che era in origine l'art. 3 della l. 31 marzo 1889, n. 5992 (*Costituzione di una nuova*

*Sezione del Consiglio di Stato per la giustizia amministrativa, Modifica alcuni articoli della l. 20 marzo 1865, all. D - Legge sul Consiglio di Stato*); che era divenuto l'art. 24 del susseguente e moto sollecito *T. U. del Consiglio di Stato* approvato con r.d. 2 giugno 1889, n. 6166; e che, attraverso la normazione del 1907, leggiamo nell'art. 26 del tutt'ora residualmente vigente medesimo t.u., poi approvato col r.d. 26 giugno 1924, n. 1054; e, quindi, nell'art. 3 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, *Istituzione dei tribunali amministrativi regionali*.

È vero che la nuova disposizione, apparentemente, comporta solo qualche modifica e inversione testuale di questi precedenti. Ma, in realtà, ribalta addirittura la prospettiva concettuale, e prima ancora culturale del diritto amministrativo: perché definisce l'invalidità del provvedimento anzitutto su un piano sostanziale, e non a partire da quello delle tutele giurisdizionali. È al primo che attribuisce il ruolo dominante, e riserva al giudice amministrativo, solo quello, ormai reso relativamente marginale, di trarre le conseguenze che da tale definizione discenderebbero sul secondo: esattamente come il codice civile, specie agli artt. 1418 ss., e 1425 ss., dispone per il giudice relativo.

Invece, tutta la storia del diritto amministrativo è di segno opposto. Il legislatore del 1889, e quelli successivi, con una concretezza infinitamente superiore, parte dalla determinazione dei poteri, originariamente della IV Sezione del Consiglio di Stato, e oggi dell'intera giurisdizione amministrativa: stabilito che chi sia legittimato da un adeguato interesse, gli si possa rivolgere chiedendo tutela contro un provvedimento che glielo leda, tale legislatore gli ha attribuito la possibilità di annullarlo (attuali artt. 45 del r.d. 1054/24, e 26 l. 1034/71); e ciò, sia pure vincolandolo al previo riscontro della concretizzazione in esso di un caso riconducibile ad una delle tre faticose famiglie di vizi. In altre parole: nel diritto amministrativo, è impropria e anti-storica la prospettiva nella quale si può arrivare alla conclusione che il giudice può annullare il provvedimento illegittimo, in base ad una definizione come di annullabilità della invalidità di questo. In una prospettiva corretta, ed aderente sia allo sviluppo storico che alla natura delle cose, è il rilievo che il giudice può annullare il provvedimento illegittimo che pone il fondamento della definizione della sua invalidità come di annullabilità: con una qualificazione che ci pare soprattutto di sapore teorico.

Sembra che la differenza di impostazione abbia avuto una grande influenza nello sviluppo del diritto amministrativo. È di notazione comune la spiccata creatività del nostro giudice; per quel che qui importa di più, in particolare per la finezza di analisi, ma anche per l'inventiva, con le quali ha individuato e selezionato le figure di illegittimità del provvedimento, moltiplicabili all'infinito, ma sempre inquadrabili nella scarna triade del 1889: incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere; ed è stato particolarmente apprezzato l'approfondimento del significato di quest'ultimo, dal cattivo uso della discrezionalità amministrativa, alla corretta procedimentalizzazione del suo concretarsi. Ma ci si deve chiedere se il giudice amministrativo avrebbe potuto arrivare a questi esiti, se avesse operato solo come esegeta di una definizione teorica di annullabilità. E sembra che si debba concludere che ha potuto raggiungere questi brillanti risultati, solo perché, viceversa, ha agito in vista dell'esercizio dei suoi poteri annullatori, e della rilevazione dei presupposti di questo. Meglio: in vista dell'allargamento degli ambiti di questo esercizio, e, quindi, della gamma dei motivi di illegittimità che glielo consentivano; il tutto, ben s'intende, in funzione dell'ampliamento della sua possibilità di dare tutela agli interessi di chi gli si rivolgeva, chiedendogliela.

Conclusivamente: se il legislatore del 1889, invece di disporre risolutamente che la IV Sezione poteva e doveva annullare i provvedimenti che riscontrava illegittimi, fosse partito dalla definizione di questi come annullabili, il giudice amministrativo avrebbe avuto una spinta di meno ad essere così creativo come è stato.

L'invalidità del provvedimento, dunque, è nata dalla disciplina legislativa dei poteri del giudice. E le sue definizioni, nelle sue varie forme, che si volessero imporre mediante una analoga disciplina anche sul piano sostanziale, sarebbero quanto meno irrilevanti, se non dannose: come tutte le cristallizzazioni. Si pensi agli inconvenienti che produrrebbero schematizzazioni legislative dei contenuti che la giurisprudenza e la dottrina hanno attribuito soprattutto all'eccesso di potere.

## **11. Lo scarso peso del legislatore nel grande sviluppo della giurisdizione amministrativa.**

Ma ora abbiamo queste definizioni. E il fatto che il legislatore ce le abbia dettate, ci deve portare a far riflettere su quale sia il rapporto che deve essere correttamente delineato nella formazione e nelle evoluzioni del diritto amministrativo, tra interventi legislativi, interpretazioni e sviluppi giurisprudenziali, nonché costruzioni dottrinali.

È ovvia la conclusione alla quale si tende: giurisprudenza e dottrina hanno inciso molto di più della legislazione, almeno nella formulazione di quel nucleo essenziale dei principi generali del diritto e della giustizia amministrativa. Quel nucleo che, anzitutto, si vorrebbe intangibile da parte del legislatore regionale, ma anche poco disponibile persino da parte di quello nazionale.

Si consideri proprio la giurisdizione amministrativa, anche se ci si potrebbe obiettare che scegliamo il campo nel quale possiamo argomentare più facilmente: perché è una delle non molte grandi riuscite del nostro ordinamento. Il legislatore la ha definita come tale, come si sa, solo con alcune norme della l. 7 marzo 1907, n. 62 (*Modifiche alle disposizioni della legge sul Consiglio di Stato*, poi trasfusa nel T.U. approvato col r.d. 17 agosto 1907, n. 638); ma questa qualificazione era già stata acquisita dall'ordinamento: la aveva già imposta la Cassazione romana, superando la fiera opposizione del Consiglio di Stato stesso, e di giuristi come Vittorio Emanuele Orlando e Santi Romano.

E ancora: la garanzia che il ricorrente in sede gerarchica contro un provvedimento non definitivo, potesse comunque arrivare al giudice malgrado il silenzio che gli avesse opposto l'amministrazione decidente, come si sa, è stata canonizzata solo dall'art. 5 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, *t.u. legge comunale e provinciale*; ma la Plenaria la aveva già assicurata fin dal 1901. Che per garantire effettività anche delle decisioni del giudice amministrativo, pure nei loro confronti sia esperibile il giudizio di ottemperanza, è stato esplicitato solo dall'art. 37 della l. 1034/71; ma il Consiglio di Stato ci era già arrivato nel 1928. Che il giudice amministrativo potesse tutelare in sede di giurisdizione esclusiva anche diritti patrimoniali, almeno purché intrinseci al rapporto, e non viceversa consequenziali, lo possiamo leggere in una disposizione positiva solo dal 1971 (art. 26, comma 3, della l. 1034/71); ma a questo esito il Consiglio di Stato era già arrivato tra il 1939 e il 1940, con la svolta c.d. Fagiolari. ecc., ecc.

La legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, almeno per certi aspetti ed entro certi limiti, costituisce un modello di intervento legislativo. Da un lato, recepisce

soluzioni di problemi processuali, cui già la giurisprudenza era pervenuta (e la dottrina vi aveva certamente dato il suo contributo). Dall'altro, risolve problemi per il cui superamento tale intervento non è sostituibile. L'istituzione di tali tribunali, appunto. Nessuna Plenaria può arrivare a fondare un intero ordine di giudici di primo grado. Ma l'esigenza di tale istituzione era già maturata, e maturata imperiosamente, all'interno dell'ordinamento, e non si direbbe che la prima più urgente sua causa sia stata una disposizione costituzionale esplicita e specifica (art. 125, allora comma 2): piuttosto, per lo sviluppo parimenti costituzionalmente disposto delle autonomie locali, a cominciare da quella delle neonate regioni, e per il conseguente largo trasferimento ad esse di nuove attribuzioni; e per le nuove garanzie costituzionali sull'indipendenza degli organi giurisdizionali, che hanno travolto le vecchie giunte provinciali amministrative in sede giurisdizionale - limitato modello di allora, di giudice amministrativo di primo grado -, la cui composizione è stata dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale (sent. 16 marzo 1967, n. 30). Ecco l'ordinamento di Santi Romano che si muove per vita propria: arriva, poi, ad esprimersi con una legge, ma questa, però, non è nient'altro che mero strumento di concretizzazione di evoluzioni in qualche misura già nell'ordinamento medesimo potenzialmente inveratesi.

Queste considerazioni ci paiono tanto più significative, se vengono poste in relazione con la trasformazione che ha avuto il giudizio amministrativo tra il 1889 e il 1971 - ma anche oltre -. Ed è una trasformazione enorme: quello che era un mero procedimento amministrativo, solo un po' perfezionato rispetto a quello per la decisione del ricorso straordinario - ma, del resto, anche oggi, quello di procedura non è un regolamento, che, appunto disciplina ciò che era sentito soprattutto come un procedimento amministrativo decisorio? -, è diventato un compiuto processo. Un processo, più precisamente un processo di parti, che ha ormai acquisito una sua dottrina e una cultura, le quali cominciano ad essere paragonabili a quelle del tanto più antico e dotto processo civile. Ma questa trasformazione è avvenuta, in primo luogo, per merito di una giurisprudenza sempre più attenta alle esigenze di selezione delle ragioni di tutela di interessi individuali, che d'altro canto sempre più largamente li riconosceva meritevoli di essa - ecco la sua creatività -; nonché di garanzia del contraddittorio mediante il quale il ricorrente la può ottenere - ecco un altro campo nel quale si deve riconoscere che si è esplicata: gli esempi prima accennati di conquiste giurisprudenziali solo poi legislativamente recepite, possono essere qui richiamati pure a questo specifico proposito. E, poi, per robusti contributi dottrinali, basti, per tutti, il richiamo al libro di Benvenuti su *L'istruzione nel processo amministrativo*, del 1953. Per contro, per tutto quel quasi secolo, ma anche dopo, il legislatore è stato del tutto silente, se non per qualche ratifica di quelle conquiste.

E la legge del 2000, delle linee con le quali si viene tratteggiando il rapporto tra legislazione e il diritto amministrativo, ci offre non solo la prova, ma anche la controprova. La prova: le sue disposizioni che sono più generalmente apprezzate e più compiutamente applicate, sono quelle che corrispondono ad esigenze che la giurisprudenza aveva già fatto emergere e alle quali aveva già cercato di dare soddisfazione. Un esempio per tutti: la disciplina di una tutela cautelare anche atipica, che trova le sue radici in spinte, e forse anche eccessi, che giurisprudenza e dottrina avevano manifestato fin dagli anni '70. La controprova: quelle altre disposizioni che, viceversa, hanno costituito una forzatura ed una fuga in avanti, come quelle sull'ampliamento della giurisdizione amministrativa

esclusiva, e sul riparto di giurisdizioni in genere, per contro hanno suscitato reazioni, e poi sono state ridimensionate; ma, si noti, anche qui ad opera di componenti non legislative dell'ordinamento: dalle resistenze della Cassazione, alle soluzioni della Corte costituzionali, che, ancorate all'art. 103, comma 1, Cost., hanno poi provocato, per ricaduta una sorte di mediazione.

## **12. Le perplessità suscitate dai recenti interventi del legislatore: possibili limiti ai suoi interventi.**

Non si può né si vuole negare che questa impostazione dei rapporti tra legislatore da un lato, e dall'altro il diritto amministrativo nella sua totalità e complessità, è rafforzata da una profonda sfiducia nei confronti del primo, almeno di quello degli ultimi decenni. Che ci pare oscillare tra l'incapacità di vedere sistematicamente e lontano, di dire parole che possano durare del tempo - tutti leggiamo i continui rimaneggiamenti di leggi pur promulgate solo ieri -; e suoi interventi, tanto più criticabili perché assolutamente né necessari né richiesti, in problemi che, quando venissero trattati, quelle parole viceversa richiederebbero, e che si rivelano in definitiva essere più grandi di lui.

Ed è una diffidenza stimolata anche dalle venature anti-garantistiche che da quegli interventi traspaiono. È ovvio, anzitutto, il richiamo al comma 2 dell'art. 22-*octies*, tanto discusso nelle sue due proposizioni, soprattutto per i timori che la sua applicazione possa diminuire la tutelabilità degli interessi individuali.

Ma è proprio un episodio del tormentato *iter* di quella che poi è diventata la l. 15/05, che ci offre la più significativa giustificazione di queste perplessità. Tutti noi ricordiamo che in una delle tante sue stesure era stato fortemente ridimensionato il vizio di incompetenza. Chi considera irrinunciabili le garanzie di tutela giurisdizionale consacrate in vari articoli della Costituzione, e particolarmente nell'art. 113 e nel suo comma 2, non poteva non essersi allarmato, perché, cullato fino ad allora, dalle certezze che ne sembravano scaturire ineludibilmente, ha scoperto d'un tratto la loro relativa illusorietà, in quanto aggirabili da nuove e più restrittive definizioni dei vizi di legittimità del provvedimento, che il legislatore potrebbe imporre. Di qui, la spinta a cercare difese, contro il legislatore, degli esiti delle elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali che si vorrebbe salvaguardare, anche oltre le garanzie costituzionalmente stabilite *per tabulas*. Anzitutto, certo, la ricerca potrebbe essere orientata verso la rilevazione di una ipotizzabile loro ricezione implicita da simili disposizioni costituzionali. Ma, anche, potrebbe tentarsi di ricavarla dalla loro stessa matrice: nell'argomentazione di una riserva di loro ulteriori elaborazioni - in chiaro: di loro ulteriori, sperabili sviluppi -, a quelle componenti non legislative dell'ordinamento da cui derivano.

## **13. Critiche conclusive.**

Almeno in questa occasione, mi sarebbe piaciuto di poter affermare che per il legislatore fosse intangibile quel che giurisprudenza e dottrina hanno prodotto di positivo, in attuazione dei valori costituzionali di protezione di interessi individuali sostanziali e di correlate garanzie processuali. Questa tesi, nella sua assolutezza,

evidentemente è difficilmente sostenibile; almeno, oltre quanto costituzionalmente disposto, anche solo indirettamente. Però, pare che il legislatore del Capo IV-*bis* sia stato davvero troppo disinvolto, e abbia forzato i limiti almeno di opportunità del suo ruolo nel sistema.

Al riguardo, credo che sia qui calzante il richiamo di un altro passo di Santi Romano, tratto da quell' *"Italienisches Staatsrecht"*, scritto per illustrare ai lettori tedeschi i tratti essenziali del nostro diritto pubblico, terminato nell'agosto del 1914, per questa sua datazione mai comparso in Germania, e pubblicato postumo in Italia nel 1988. Egli, in tale passo, si occupava di un problema all'epoca molto delicato: se ed in quale modo il legislatore ordinario potesse modificare lo Statuto Albertino, che, come si sa, a differenza della nostra attuale Costituzione, col suo art. 139 Cost., non prevedeva alcuna procedura per la sua revisione. Santi Romano non considerava intangibile lo Statuto a causa di questo suo silenzio, e per altre ragioni e non poteva trovare la competenza a modificarlo, se non nel normale legislatore, se non altro, per via di esclusione: *"Senonché, questo non dovrà dimenticare che si tratta di una legge superiore, e, per conseguenza, non vi derogherà e non procederà alla sua riforma, se non per speciali e gravi motivi e con opportune cautele, cioè: per necessità, per riconoscere una consuetudine che già abbia acquistato consistenza; per integrarlo, aggiungendo alle sue norme, altre disposizioni nuove o implicite, che, pur lasciando formalmente sussistere le prime, ne modifichino la portata e la disposizione, infine, per coordinarlo e armonizzarlo con istituzioni, che, pure essendo state da esso fondate, si sono venute naturalmente modificando"* (pag. 235).

A me sembra che, al di là di improponibili confronti, molte delle cautele che Santi Romano suggeriva di osservare al legislatore che avesse voluto intervenire sullo Statuto Albertino, dovrebbero valere pure per quello che intendesse incidere sui principi del diritto e della giustizia amministrativa, nelle sue parti derivanti dalle altre componenti del nostro ordinamento. Soprattutto, dovrebbero vincolarlo al rispetto del criterio di fondo dal quale quelle cautele stesse conseguono: la ponderatezza.

Ecco. La critica più forte e incisiva che credo si possa e debba rivolgere al nostro legislatore del Capo IV-*bis*, è di aver agito in modo esattamente opposto: di aver legiferato su temi così impegnativi - si ripete: senza vera necessità e *self-restraint*, e neppure richiesto -, in modo viceversa spensierato.