

Alberto Romano - Alessandro Cioffi

GIOVANNI MIELE E IL DIRITTO CONTEMPORANEO

Estratto

GIOVANNI MIELE E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO CONTEMPORANEO

SOMMARIO: 1. L'Uomo e la formazione. — 2. Le opere. Il periodo 1931-1945. — 3. (*segue*): il periodo successivo alla Costituzione: Lo Stato moderno. — 4. Influssi sul diritto amministrativo contemporaneo: inesauribilità ed esercizio del potere. — 5. L'ultima lezione: i Principii e l'Umanesimo giuridico.

5

1. *L'Uomo e la formazione.* — Giovanni Miele fu allievo di Santi Romano e iniziò la sua formazione a Pisa, dove insegnava anche Guido Zanobini. Ebbe così un doppio punto di osservazione e finì per dividersi tra le stanze di palazzo Spada e la cattedra della facoltà pisana¹. Al momento della maturità passò da Pisa a Firenze, grazie alla chiamata di

¹ V. G. MIELE, *Stile e metodo nell'opera di Santi Romano*, (1941), ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, I, 339 ss. Del suo Maestro, recensendo il *Corso di diritto costituzionale*, scrive: "il ROMANO ha il gusto della scoperta e del nuovo: quando tocca un argomento, non v'è lato di esso che gli rimanga ignoto: i suoi scritti sono notevoli per la copia di deduzioni, di raccostamenti, di spiegazioni, che denotano una rara facoltà di osservazione e d'intuizione. Il lettore è colpito dalla ricchezza d'idee, di definizioni, di giudizi, d'illazioni, che si trovano qua e là disseminati con una certa noncuranza signorile e che racchiudono lo spunto per nuove ricerche, e sempre l'occasione a meditazioni su argomenti che sembravano esauriti. ... Egli ama la sfumatura, l'accenno, e sembra di vederlo, talvolta, col suo fine sorriso, a proporre con poche parole, ben studiate, nuove soluzioni per questioni lungamente dibattute... Nei suoi lavori lo sforzo rimane dietro lo scritto, tanto la sua mano è leggera... Dovunque avventura lo sguardo, egli sa sceverare l'utile dall'inutile, l'occasionale o l'accessorio da ciò che costituisce il vero oggetto della ricerca... Ha il dono della seconda vista, il più alto dono riservato a un giurista ..." (*ibidem*, 339-341).

Salvatore Romano. Il Preside aveva intessuto la facoltà fiorentina di personalità notevoli: Calamandrei, Barile, Micheli, D'Avack; donde una certa discendenza: Cappelletti, Grossi, Breccia e, tra gli amministrativisti, Capaccioli, Nigro e Giannini. In questo clima si formò il giovane Miele. E in questo clima venne fuori anche la prima architettura della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, che vedeva Zanobini direttore e, vicedirettrici, Giannini e Miele stesso. Un simile contesto può forse spiegare la sua doppia vocazione, al diritto costituzionale e al diritto amministrativo, secondo la tradizione di Santi Romano e di Vittorio Emanuele Orlando. Miele ne fu preso, ma non fu un allievo dimesso. Scriverà un *Contributo di V.E. Orlando agli studi di diritto amministrativo*² e sarà lui a commemorare Zanobini sulla pagine della *Trimestrale di diritto pubblico*³; tuttavia, in tutta la sua opera Miele non finì schiacciato dalla gigantesca personalità dei suoi maestri, ma seppe distaccarsene — vedremo in quali

² Del suo Maestro (e di V. E. Orlando) Miele esalta soprattutto il principio di unità del diritto pubblico e di autonomia del diritto amministrativo — scrive: l'Orlando “si è proposto sempre di risalire ai principi per ordinare e coordinare la infinita varietà dei rapporti amministrativi. Solo in virtù di questo superiore punto di vista egli ha potuto rivendicare la piena autonomia della nostra scienza, confutando vigorosamente le vecchie concezioni che facevano del diritto amministrativo un diritto speciale di contro al diritto privato, considerato come un diritto comune” — G. MIELE, *Il contributo di V. E. Orlando agli studi di diritto amministrativo* (1953), ora in *Scritti giuridici...* cit., 587 ss., 599. Sul rapporto tra Miele, Zanobini e Santi Romano v. nota successiva.

³ V. G. MIELE, *Guido Zanobini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 523 ss. Sul rapporto tra Miele e i suoi maestri, nello studio delle fonti risalta una differenza. Nell'albero genealogico che è in appendice a *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo* (a cura di L. TORCHIA, E. CHITI, R. PEREZ, A. SANDULLI), Napoli, 2008, Giovanni Miele figura come allievo di Zanobini (*ibidem*, scheda n. 55, dedicata a G. Miele; v. anche scheda n. 47, su G. Zanobini e, infine, la mappa dell'albero genealogico). Questa attribuzione, che vede Miele allievo di Zanobini e non di Santi Romano, in appendice a un'opera di vasta informazione documentale e di giudizi storiografici sicuramente acquisiti e riconosciuti, va di certo rivista e riletta, iniziando dal quadro delle fonti che sono oggetto del presente saggio e arrivando — questo è il punto che verrà sviluppato — a inquadrare Miele come allievo di Santi Romano, in virtù di un metodo specifico: quello di rileggere parte dell'opera di Miele attraverso il pensiero di Santi Romano. Soprattutto, sul piano dell'interpretazione del pensiero scientifico: non solo facendo riferimento al fatto che Miele stesso si vedeva come allievo del Romano, ma assumendo che quel suo vedersi “romaniano” finisce, nelle sue opere, in una concentrazione del pensiero che non è solo riduzione ma evoluzione delle idee; e specialmente di quelle idee che Miele verserà nel diritto amministrativo e in una sua ricostruzione del sistema — su questo aspetto v. la fine di questo paragrafo, lo sviluppo del paragrafo 4 e le conclusioni del paragrafo 5. Vi è poi un altro e distinto aspetto, quello del parallelo tra Miele e Giannini, che emerge anche nella vicedirezione che i due ebbero della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*; ed è vero che Giannini fu allievo di Santi Romano (v. *ibidem*, scheda n. 64), ma con accenti e distinzioni che richiederebbero una ricostruzione separata — su questo aspetto v. S. CASSESE, *Massimo Severo Giannini e il diritto amministrativo degli anni trenta*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica moderna*, 1990, n. 2, 419.

MIELE E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO CONTEMPORANEO

punti — talora abbandonando il tono asciutto, quasi algido, dei *Principi*, e calando le nozioni classiche in un suo disegno del diritto positivo; mai però fu dogmatico, anzi spesso s'immerse nel realismo, talora cedendo al pessimismo, senza mai rinunciare a quella speranza di rinascita che rivelò in *Umanesimo giuridico* (1945), e che molto sviluppò dopo la Costituzione. Per questo, nel rileggere le sue opere, si è pensato di proporre un doppio periodo, prima della guerra e dopo la guerra, assumendo il 1945, l'anno dei *Principi* e di *Umanesimo giuridico*, come spartiacque.

2. *Le opere. Il periodo 1931-1945.* — La sua opera è resa inconfondibile da precisi elementi scientifici e biografici, che attraversano e segnano un'epoca. Nel 1931 ha già alle spalle una prima monografia, che inserisce la volontà del privato nel sistema, ma senza fonderla nel provvedimento amministrativo, distinguendo la volontà individuale come condizione preparatoria, indispensabile al prodursi di alcuni effetti provvedimentali ⁴. Non sembra poco, nella tendenza al rafforzamento dell'autorità, in una precisa e difficile epoca. Tra il 1931 e il 1945 scrive sugli enti, sulla nozione di procedimento, di funzione e di servizio pubblico ⁵; quindi affronta le grandi distinzioni, quella tra diritto e interesse e quella tra ente pubblico ed ente privato ⁶. In soli quindici anni abbraccia tutti i fondamentali e ne estrae lo scibile essenziale. Sarà questa la materia prima che servirà per la costruzione dei *Principi di diritto amministrativo*, nel 1945 ⁷. Ma il 1945 è anche l'anno di *Umanesimo giuridico*, saggio sulla scienza e sul metodo ⁸. Più che sul diritto sembra una lezione sull'uomo, che probabilmente influenza i *Principi*. Difatti, scorrendo l'indice dei *Principi*, il lettore che si attenda l'esposizione della materia secondo la sistematica classica, non troverà nulla di tradizionale — quasi nulla per esempio sull'attività —, perché, scrive nella prefazione, “lo schema non

7

⁴ G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931.

⁵ G. MIELE, *I poteri degli enti autarchici fuori del loro territorio* (1931), ora in *Scritti giuridici ... cit.*, 1; *In tema di successione degli enti territoriali autarchici* (1933), *ibidem*, 65; *Ente pubblico e concessione di servizi pubblici* (1942), *ibidem*, 359; *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo* (1933), *ibidem*, 119; *Pubblica funzione e servizio pubblico* (1933), *ibidem*, 135.

⁶ G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa* (1940), ora in *Scritti giuridici ... cit.*, 275; *La distinzione tra ente pubblico e privato* (1942), *ibidem*, 365.

⁷ G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1945 (seconda edizione 1953).

⁸ G. MIELE, *Umanesimo giuridico*, (1945), ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, II, 445 ss.

8 | è quello solito dei manuali”. E così il lettore troverà un'altra idea, una “novità” visibile nel capitolo intitolato *Nozioni generali*; questa parte, dice, non corrisponde semplicemente ad una parte generale, ma contiene i “lineamenti di una teoria generale del diritto nelle sue attinenze al diritto amministrativo”⁹. Dunque, il diritto amministrativo visto nelle sue attinenze con la teoria generale. Il disegno è consequenziale: l'indice dei *Principi* si svolge delineando le nozioni soggettive, ovvero personalità, capacità, soggetti del diritto, figure soggettive; infine, cosa inusitata per quel tipo di opera — e che in pochi oggi si azzardano a trattare — scrive una parte finale su fonti del diritto, validità e interpretazione, in tre capitoli distinti, ma da leggere come fossero un tutt'uno. Ne esce fuori un diritto amministrativo diverso. È centrato sulla norma, che resta un concetto “primario”, ma in fondo poggia sul concetto di soggetto del diritto. Questa novità traspare nelle prime pagine. Nell'apertura del primo capitolo scrive: il diritto prima ancora che norma è fondato su un fatto, un “fatto, che ne costituisce il principio originario e permanente: sul fatto, cioè, di una *organizzazione sociale*”¹⁰; in questa organizzazione agiscono lo Stato e gli altri soggetti e lo scopo è quello di garantire le relazioni non dello Stato, ma dei “soggetti fra di loro”. Ne deriva che il diritto amministrativo è, sì, costituito da norme, ma soprattutto dal destinatario delle norme: “essere destinatari di una norma equivale a esserne considerato come *soggetto, persona...*”¹¹.

In questo modo, la posizione delle relazioni fondamentali — quelle che corrono tra uomo e società, tra uomo e Stato — si trae dalle norme, ma soprattutto dal fatto che la norma, ogni norma, si modella sul soggetto, su di una certa idea di Uomo. È il richiamo all'Umanesimo. Ed è una promessa così forte che, dice, tutto quel che dopo la guerra sta per venire alla scienza, non potrà che rifondarsi sul soggetto di diritto, sull'idea di persona: per non dimenticare il passato e per non tornare indietro¹². Sembra, questo, quasi uno spartiacque, dal quale si può

⁹ Così nella *Avvertenza alla prima edizione dei Principi*.

¹⁰ G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo* ... cit., 1 e 5.

¹¹ G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo* ... cit., 39.

¹² G. MIELE, *Umanesimo giuridico* ... cit., 445-446: “Le scienze sociali, e quelle giuridiche in particolare, dovranno perdere quel carattere astratto e formale che così bene ha favorito le varie tirannidi, e porre in essere i procedimenti atti a dare incremento a tutto quanto v'ha di nobile e di perenne nell'animo umano, la libertà, la giustizia, la solidarietà, la carità del prossimo, lo spirito di fraternità. È alla luce di questo criterio che oggi s'impone e dev'essere iniziata una radicale revisione dei concetti che possono esercitare un'influenza decisiva in tale

MIELE E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO CONTEMPORANEO

iniziare a leggere la sua opera ulteriore, quella che dopo il 1945 si svolge nella Costituzione.

3. (segue): *il periodo successivo alla Costituzione: lo Stato moderno*. — L'ordinamento costituzionale gli apparirà idoneo ad accogliere la lezione dell'umanesimo¹³, ma la svolgerà in un contesto più ampio e in più direzioni. Si occuperà, per esempio, di proprietà privata e pubblica, di impresa pubblica, di intervento dello Stato nell'economia, di pianificazione economica, di regioni, dei nuovi enti pubblici¹⁴ e persino della natura giuridica della RAI¹⁵. Non a caso, per i tipi Eri-edizioni Rai esce un'opera poco nota: *Lo Stato moderno*¹⁶. Lo segnaliamo perché è un libro che in poco più di settanta pagine ridisegna tutte le categorie — la proprietà, l'impresa, l'economia, l'individuo, lo Stato — ma tutto è letto in un senso *moderno*, che riflette la sua idea di democrazia. Tre linee gli paiono essenziali: la democrazia sociale, la democrazia economica e la democrazia politica. Le risolve nell'autonomia. In particolare: l'autonomia sociale, l'autonomia individuale e una certa autonomia politica, del parlamento e del governo, in equilibrio reciproco. Infine, le autonomie le ricompone tutte nello Stato. Ne delinea i caratteri: lo Stato moderno non ha una organizzazione, ma "è una organizzazione". È la "organizzazione di una società"¹⁷. Nella vita sociale lo Stato interviene, "a migliorare

9

campo: per il giurista si tratterà di riesaminare la complessa realtà dello stato, la natura dei suoi compiti, la distribuzione dei suoi organi e delle sue funzioni, i suoi rapporti con l'individuo, i rapporti di questo con i suoi simili, l'autonomia del singolo e dei gruppi, gli apporti che ciascuno può recare a un edificio sociale avente le sue fondamenta e insieme la sua legge di sviluppo nei principi più sopra ricordati. Ciò risponde categoricamente a un'esigenza di costruzione, di conservazione e di rinnovamento della società democratica: è quindi un'esigenza di vita."

¹³ Cfr. G. MIELE, *I giuristi e la Costituente* (1946), *ibidem*, II, 483.

¹⁴ Cfr. G. MIELE, *La proprietà terriera nella Costituzione* (1956), ora in *Scritti giuridici...* cit., II, 719; *Problemi costituzionali e amministrativi della pianificazione economica*, *ibidem* (1954), II, 643; *In tema di costituzionalità di attività economiche dello Stato* (1958), *ibidem*, II, 803; *Brevi osservazioni in tema di enti pubblici economici* (1959); *Attualità e aspetti della distinzione fra persone giuridiche pubbliche e private* (1959), *ibidem*, II, 819; *La tutela dell'interesse pubblico nell'impresa* (1960), *ibidem*, II, 837; *Le Regioni come assenti o come nascituri?* (1950), *ibidem*, II, 515; *Il decentramento regionale* (1953), *ibidem*, II, 607; *La potestà regolamentare delle Regioni* (1958), *ibidem*, II, 763; *Sulla competenza legislativa delle Regioni in materia di agricoltura e foreste* (1971), *ibidem*, II, 1079; *Introduzione a « Le regioni: politica o amministrazione? »* (1973), *ibidem*, II, 1105.

¹⁵ G. MIELE, *Qualifica e posizione giuridica dell'Eiar (ora RAI)*, in *Giur compl. Cass. Civ.*, 1949.

¹⁶ G. MIELE, *Lo Stato moderno*, Torino, Eri-Edizioni Rai, 1959.

¹⁷ G. MIELE, *Lo Stato moderno ... cit.* 11.

sotto ogni aspetto le condizioni di vita dei cittadini”¹⁸. Tuttavia, scrive nel finale, l’ordinamento di uno Stato non è tutto: ed è destinato a non funzionare, se non vi sia una condizione di fondo: se ad esso non corrisponda una “struttura politica, economica e sociale adeguata”; infatti non basta una buona Costituzione, ma servono forze politiche adeguate, un’amministrazione organizzata; e tutte funzionano se fondate su una certa “educazione civica”. Inoltre, avverte, nella sfera di contatto tra democrazia politica e democrazia economica, bisogna evitare il “prevalere di interessi privati sotto specie dell’interesse pubblico” e, invece, assicurare che lo Stato affronti “risolutamente il problema della direzione economica nel proprio Paese”¹⁹. Quanto alla sfera della democrazia politica, suggerisce di abolire la seconda Camera, di riservare al Parlamento solo le “norme con carattere più generale”, di accrescere corrispondentemente la “funzione normativa del Governo sotto il controllo del Parlamento”²⁰, di limitare l’influenza politica dei partiti e di riportare le decisioni in Parlamento²¹. Dice che sono considerazioni “scontate”; ma al lettore contemporaneo suonano in un modo non banale, anzi, pieno di intuizioni. Nell’ultima pagina Miele consegna un monito conclusivo: rafforzare le “garanzie giuridiche”, creare una “efficace giustizia costituzionale e amministrativa”. In questo modo Miele ridisegna l’ordinamento e consegna la sua idea di “Stato moderno”²².

4. *Influssi sul diritto amministrativo contemporaneo: inesauribilità ed esercizio del potere.* — Questa sua teoresi, solo in apparenza minimale, non sfuggirà alla scienza giuridica successiva, che della sua opera voterà le grandezze e stigmatizzerà alcuni punti. In *Rileggendo Giovanni Miele*, Nigro vede un Miele normativista e formalista, solo in apparenza dedito alla teoria dell’ordinamento-istituzione di Santi Romano²³. Miele, vice-

¹⁸ G. MIELE, *Lo Stato moderno* ... cit. 12.

¹⁹ G. MIELE, *Lo Stato moderno* ... cit. 62-65.

²⁰ G. MIELE, *Lo Stato moderno* ... cit. 69.

²¹ G. MIELE, *Lo Stato moderno* ... cit. 70.

²² G. MIELE, *Lo Stato moderno* ... cit. 70.

²³ Cfr. M. NIGRO, *Rileggendo Giovanni Miele, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Milano, 1988, 17, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, III, 1941. Va infine osservato che nella rilettura il giudizio finale è punteggiato di ammirazione e di qualche avversione, ma finisce per riconoscere che “Al di là dei singoli problemi affrontati, al di là dell’esattezza delle singole soluzioni proposte, mi pare così che il senso e il valore ultimo dell’insegnamento di Miele stiano, da una parte, nell’aver posto ad oggetto dei suoi studi quello che è il dramma delle moderne società o, forse più, il dramma delle moderne coscienze — il contrasto

MIELE E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO CONTEMPORANEO

versa, Santi Romano lo vedeva così: “la considerazione formalistica della legge gli è estranea, così come ignora il preconconcetto, l’abito acquisito. La sua acuta penetrazione della realtà gli è sempre presente quando espone il diritto positivo: non si lascia afferrare da schemi, da teorie, né il miscuglio torbido della realtà gli prende la mano quando espone e descrive gli istituti giuridici. V’è in lui la consapevolezza della sostanza sociale che si cela dietro di questi, ma essa si equilibra con la conoscenza del diritto: armonia fra l’una e l’altra, non assorbimento dell’una a danno dell’altra, né, tantomeno, separazione... Questa visione reale delle cose non significa, però, mancanza di un filo conduttore, assenza di concezioni sue proprie del mondo del diritto, o, peggio ancora, indifferenza di fronte alla morale e alla giustizia che costituiscono gli autentici titoli di nobiltà di un ordinamento giuridico.”²⁴

Ecco allora che il “filo conduttore” di cui Miele parla rompe il formalismo delle norme e tocca la realtà del sistema, componendo insieme norma giuridica, fatto e ordinamento; e questo avviene, precisamente, nei *Principi*. L’impianto dei *Principi* non è normativista, ma è del tutto romaniano. Difatti, si svolge seguendo il filo delle manifestazioni della soggettività giuridica, trattata secondo regole e configurazioni prevalentemente oggettive.

Quella di Miele verso Santi Romano, tuttavia, non fu solo adesione. Miele si distaccò dal suo maestro in almeno due punti importanti. Il primo è quello della inesauribilità del potere. Per Romano, ricordiamo, l’esercizio del potere non ha limiti, perché l’inesauribilità è un predicato del potere stesso²⁵. Si sa che questo carattere del potere avrà enormi sviluppi e ne cogliamo almeno due implicazioni. La prima è nell’autotutela, potere che si può esercitare “entro un termine ragionevole” (art. 21-*nonies*); la seconda è nei termini di conclusione del procedimento (art. 2 della legge n. 241 del 1990), considerati non come perentori bensì come dilatori, secondo una costruzione giurisprudenziale consolidata, che

11

immanente fra libertà e potere — dall’altra di essersi sforzato di dominare il suo inquieto oggetto con la forza della ragione, la obiettività, la chiarezza, che, per il meglio o per il peggio, sono i soli strumenti di cui dispone il giurista.” — cfr. M. NIGRO, *Rileggendo Giovanni Miele ... cit.*, 1962.

²⁴ G. MIELE, *Stile e metodo nell’opera di Santi Romano ... cit.*, 340-341.

²⁵ Cfr. SANTI ROMANO, *Decadenza*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, rist., (1944), 46 ss.; nonché nella voce *Poteri, Potestà*, *ibidem*, 172 ss.

esclude che il termine sia fattore di validità dell'esercizio del potere ²⁶. Ne discende la inesauribilità del potere, avvertita come lezione corrente; e al riguardo ci sembra emblematica questa massima di un recente manuale, che solo in apparenza è manualistica: "Il potere ha il carattere dell'inesauribilità, nel senso che finché resta in vigore la norma attributiva, esso si presta a essere esercitato in una serie indeterminata di situazioni concrete. Ogni qual volta poi si verifica una situazione di fatto conforme alla fattispecie tipizzata nella norma di conferimento del potere, l'amministrazione è legittimata a esercitare il potere... e a provvedere così alla cura dell'interesse pubblico" ²⁷.

Enorme fu, dunque, l'influsso della teoria dell'inesauribilità, da cui viene la questione che agita il centro del dibattito contemporaneo: l'inesauribilità, discendente dalle dottrine romane e oggi considerata come un dogma ²⁸, va superata?

A suo tempo Miele aveva visto la cosa diversamente e si era distac-

²⁶ Sul punto il principio è consolidato e la giurisprudenza unanime — v. la massima di Cons. St., sez. IV 11 giugno 2002 n. 3256: "Costituisce principio generale del diritto amministrativo quello secondo il quale i termini del procedimento amministrativo devono essere considerati ordinatori qualora non siano dichiarati espressamente perentori dalla legge. In ogni caso, quelli previsti dall'art. 2 L. n. 241/1990 per la conclusione del procedimento amministrativo hanno natura acceleratoria, non contenendo la norma alcuna prescrizione in ordine alla perentorietà dei termini stessi, né alla decadenza della potestà amministrativa, ovvero all'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato" (principio seguito in modo conforme — v. *ex multis* Cons. St. sez. VI n. 358/2002; Id., sez. V, 3 giugno 1996, n. 621; sez. V, 13 febbraio 1997, n. 153; sez. II, 16 ottobre 1996, n. 1154; Cons. giust. amm. reg. sic., 14 febbraio 2001, n. 77; T.a.r. Lazio, sez. II, 3 aprile 1996, n. 636; Id., sez. II, 24 gennaio 1994, n. 65; T.a.r. Marche 10 ottobre 1997, n. 1016; T.a.r. Toscana, sez. II, 15 maggio 1998, n. 394; T.a.r. Calabria, Catanzaro, 10 novembre 1999, n. 1380; T.a.r. Emilia-Romagna, sez. II, 29 maggio 1999, n. 274; T.a.r. Puglia, sez. I, n. 16/1994; T.a.r. Toscana, sez. II, 23 febbraio 1996, n. 70). Ne consegue che, superato il termine conclusivo, l'amministrazione non perde il potere e può sempre adottare un atto tardivo, che non è valutato in termini di illegittimità bensì di responsabilità. Questa concezione riflette quella del silenzio-inadempimento, considerato come fatto giuridico che non denota una volontà di rifiuto, bensì la semplice violazione del dovere di provvedere — v. Cons. St. Ad. Plen. 9-1-2002 n. 1.

²⁷ Così M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 99; *et amplius* v. M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995. In giurisprudenza, *ex multis*, v. Cons. St., sez. III, n. 660/2017, in tema di revoca di delibera di indizione di un servizio di pulizia.

²⁸ Cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018, ove si legge una dimostrazione ampia e profonda della fine della inesauribilità. Per una rilettura v. anche A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, Napoli, 2018 e, particolarmente, V. CERULLI IRELLI, *Introduzione*, *ibidem*, 1 ss.; nonché F. FRANCIOSI, *Conclusioni*, *ibidem*, 361 ss.; nonché A. SCOGNAMIGLIO, A. RALLO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, Napoli, 2016; G. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione*, Torino, 2017.

cato dall'inesauribilità, ma non perché la sentisse come dogma, bensì per un altro motivo. Nei *Principi* scrive: "Diversamente da quanto si sostiene, il potere giuridico può essere oggetto di trasmissione da un soggetto a un altro... e perdersi per decadenza" ²⁹. E questo perché, dice, il potere non è un carattere statico del soggetto e non è una posizione o uno svolgimento della sua capacità, ma è una "forza attiva", riconosciuta dall'ordinamento, per produrre modificazioni giuridiche ³⁰. Dunque, quel che conta è la forza giuridica di modificare le situazioni dei soggetti, per come è modellata dall'ordinamento giuridico, e non per la natura del soggetto e tantomeno per l'autorità insita in esso. Di qui sorge il secondo e notevole punto di distacco dalle teorie del suo maestro: la natura dell'esercizio del potere e le sue conseguenze. Santi Romano vedeva l'esercizio del potere in una chiave rigidamente oggettiva. Al contrario, in molti dei suoi scritti, Miele matura l'idea che le norme di esercizio del potere non siano solo oggettive e che in esse vi sia sempre una "scintilla soggettiva", un *quid* a favore del soggetto ³¹. Il che ha grandi implicazioni: sull'interesse legittimo, sulla illegittimità, sui vizi deducibili, sulla possibilità della doppia tutela, dunque, sulla relatività e sulla risarcibilità delle situazioni giuridiche soggettive ³².

13

5. *L'ultima lezione: i Principii e l'Umanesimo giuridico.* — La *scintilla soggettiva* è insita nelle norme di esercizio del potere e anche altrove: questo suo modo di sentire l'intero ordinamento, è, senza dubbio, un risvolto del principio di umanità. Ne diremo meglio tra poco. Intanto ci sembra ben visibile nella scienza successiva. Molto evidente, per esempio, in un volume sul processo amministrativo, a lui dedicato da chi gli è stato più vicino ³³. Ma, soprattutto, è ben visibile in chi gli è stato

²⁹ G. MIELE, *Principi* ... cit., 47.

³⁰ G. MIELE, *Principi* ... cit., 45.

³¹ Una possibile composizione dell'aspetto oggettivo e di quello soggettivo si legge in ALB. ROMANO, *Autonomia*... cit., 34 ss.; nonché in ALB. ROMANO, *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, III, c. 3222.

³² Una visione del genere emerge leggendo G. MIELE, *Relatività della tutela giurisdizionale contro gli atti amministrativi secondo le specie della loro illegalità* (1952), in *Scritti giuridici* ... cit., II, 569 ss.; G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa* (1940), in *Scritti giuridici* ... cit., I, 275 ss. G. MIELE, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione di interessi legittimi ad opera della P.A.*, *ibidem*... cit., II, 955.

³³ Cfr. E. CAPACCIOLI (a cura di), *Il processo amministrativo. Scritti in onore di G. Miele*, Milano, 1979.

vicinissimo e ne ha ricevuto il magistero, sviluppando l'idea che la costruzione del diritto amministrativo sia nella specifica prospettiva del soggetto e dell'istituzione³⁴. Di qui appare in controluce l'autonomia e, forse, la sua ultima lezione. Nelle ultime pagine dei *Principi* scrive: l'ordinamento giuridico è un ordinamento di "distinzioni", non di separazioni; pertanto, non si spiega più la normalità del diritto privato e la supposta eccezionalità del diritto amministrativo³⁵. Viceversa, il diritto amministrativo è unitario ed è il diritto *normale* dell'amministrazione, un diritto non diverso dal diritto privato, ma da vedere rispetto ad esso, con alcune distinzioni. Questo consente di rileggere l'amministrazione in una luce diversa, distaccandosi dalla specialità e accettando la sua *normalità*. In particolare, la soggettività dell'amministrazione e la sua prima espressione: l'autonomia. Dall'albero genealogico dell'autonomia, vista in una certa tradizione, vengono fuori tre rami: l'autonomia dei *Frammenti* di Santi Romano, insita nell'ordinamento istituzionale; l'autonomia dei privati di Salvatore Romano, insita nel Codice civile e nell'art. 2 Cost.; l'autonomia pubblica di Zanolini, insita nell'ordine delle fonti normative³⁶. Ecco allora che l'autonomia, riferita all'amministrazione, assume una precisa diramazione: è autonomia funzionale³⁷. Nell'autonomia funzionale dell'amministrazione, al contrario dell'autonomia privata, riconosciuta dall'ordinamento e preesistente allo Stato, la disposizione dell'interesse non è libera e non può foggare cause atipiche. L'autono-

³⁴ Cfr. ALB. ROMANO; *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 1987, 30 ss., spec. 34.

³⁵ G. MIELE, *Principii di diritto amministrativo...* 251-252, spec. 252: "... la nostra disciplina, per la ricchezza e la varietà delle norme intorno ai molteplici aspetti dell'attività amministrativa, si è costituita in entità organica, svincolandosi dai primi rapporti di dipendenza con il diritto privato: e cade perciò il fondamento per fare di quest'ultimo il diritto-regola rispetto all'amministrazione."

³⁶ Cfr. SANTI ROMANO, *Autonomia, Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, rist., 1983, 14 ss.; SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1956, 801 ss.; G. ZANOLINI, *Autonomia pubblica e privata*, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 391 ss.

³⁷ Cfr. ALB. ROMANO; *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 1987, 30 ss., spec. 34. In particolare, la sua elevazione a predicato soggettivo dell'amministrazione pubblica, di ogni amministrazione; e con l'estensione non solo all'autonomia normativa, ma all'autonomia operante nel produrre effetti giuridici puntuali e specifici, a mezzo del provvedimento. In questo, soprattutto, si supera la scissione tra momento soggettivo e momento oggettivo dell'autonomia, tra riconoscimento del soggetto in sé e capacità riconosciuta al soggetto di darsi un ordinamento oggettivo; momenti, questi, che sono ricomposti insieme nell'ordine delle fonti e delle norme, primarie e secondarie, nell'unità dell'ordinamento. In esso primeggia l'idea che il diritto è unitario e così soggetto e oggetto non sono termini diversi o contrapposti.

MIELE E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO CONTEMPORANEO

mia dell'amministrazione è solo funzionale³⁸. Precisamente, la norma attribuisce il potere per una causa, l'interesse pubblico specifico; questo interesse è poi modellato dagli elementi del potere, definiti dalla norma, in termini di oggetto, soggetto e fine. Il fine ultimo emerge dalla definizione causale del potere³⁹. Il cosiddetto fattore causale del potere affiora già dall'indicazione di tutti i suoi elementi, per come sono riflessi nel provvedimento e, soprattutto, nei suoi presupposti di esercizio, nel modo in cui la norma li dispone in struttura, inclinandoli verso un fine specifico⁴⁰. Questa operazione non è affatto eccezionale, è solo un definire l'autonomia dell'amministrazione rispetto al suo fine e al suo oggetto, nell'ordinamento generale. Non a caso, l'art. 1 della legge n. 241 del 1990 stabilisce che l'amministrazione persegue i *fini determinati dalla legge*; il che vale in via generale e per principio. Sembra un preciso riconoscimento: l'amministrazione è configurata sul piano generale e non solo per l'azione ma per i suoi fini. Così l'esercizio dell'autonomia e il diritto amministrativo tornano a essere un fatto non eccezionale ma normale⁴¹.

³⁸ Cfr. ALB. ROMANO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in ALB. ROMANO, (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 796 ss., 810: "È nella formulazione dello stesso art. 1322 c.c. già richiamato, ma ora al comma 2 — ed in relazione a questo passo che la sua rubrica "*Autonomia contrattuale*", manifesta il massimo della sua significatività —, che il nostro ordinamento statuale ha espresso la sua apertura a questa autonomia medesima: « *Le parti possono anche concludere contratti ...* » (...) ed è una concessione di grande pregnanza, perché esplicita in sintesi la natura profonda e l'ampiezza del riconoscimento che esso ordinamento statuale ha assentito alla naturale capacità negoziale che i privati hanno sempre mostrato di avere. Va sottolineato: pure in quel 1942 nel quale il codice civile entrò in vigore nella sua interezza. Cioè, in un regime politico che ci si limiterà a dire fosse più marcatamente statalista di quello che portò alla elaborazione della Costituzione del 1948; e all'enunciazione del comma 1 dell'art. 41: « "*L'iniziativa economica privata è libera*" — per quanto anche l'art. IX della cd. *Carta del lavoro* del 1927 predicasse il carattere solo sostitutivo dell'intervento pubblico, nella produzione industriale, ad una iniziativa privata, quando questa si fosse rivelata insufficiente; a parte l'eventualità che siano in gioco interessi politici dello Stato ».

³⁹ Cfr. ALB. ROMANO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in ALB. ROMANO, (a cura di), *L'azione amministrativa ... cit.*, 810 ss.

⁴⁰ In questa operazione non conta la natura discrezionale o vincolata d'un provvedimento, ma la considerazione che l'ordinamento abbia di quegli elementi — per esempio, nella considerazione del vincolo d'interesse culturale su di un bene, non conta la cosa o la discrezionalità su di essa, ma la relazione tra soggetto, oggetto e fine, cioè il loro assetto, ovvero la disponibilità giuridica che il soggetto abbia dell'oggetto, rispetto al fine, secondo la disposizione data dalla norma attributiva del potere. Ovvero, secondo ciò che l'ordinamento giuridico dispone.

⁴¹ G. MIELE, *Principi...* cit., 20: "Senonché speciale non vuol dire eccezionale e il diritto amministrativo è un diritto speciale solo nel senso che esso è il diritto *proprio* dei rapporti amministrativi, il diritto che normalmente si applica a questi, a differenza del diritto privato, il quale è un diritto comune solo nel senso che esso, oltre a regolare l'attività di altri soggetti, può applicarsi anche allo Stato, ma in via secondaria..."

In questo modo il diritto amministrativo italiano potrebbe uscire dalla specialità e aprirsi alla possibilità d'interpretare le sue norme in modo diverso ⁴². In particolare, nell'interpretazione: la possibilità di estendere le norme del diritto amministrativo, e, altresì, di intendere diversamente le vicende legate all'analogia e ai principi. Le conseguenze sono intuibili e infine si potrebbe pensare che il modo di interpretare il diritto amministrativo sia un modo funzionale al fine, non speciale ma *normale*; e che, nel dualismo del sistema, sia il solo modo utile a intendere le norme sui provvedimenti amministrativi, sulla giurisdizione amministrativa, sui limiti della giurisdizione ordinaria ⁴³. Forse, questa è l'ultima lezione che Miele poteva consegnare, quella dell'ordinamento e della normalità che in esso riveste il diritto amministrativo, definito con la leggerezza che solo i grandi hanno, quando lasciano intravedere il formidabile significato di una lezione senza farne sentire il peso.

Abstract

16

Questo saggio disegna un ritratto scientifico di Giovanni Miele. Ne ripercorre le opere e ne propone una rilettura nel quadro del diritto contemporaneo. In particolare, si sofferma sull'idea, che traspare dai *Principi*, del diritto amministrativo come diritto visto nelle sue attinenze con la teoria generale. In questa prospettiva, l'analisi si sofferma sull'ordinamento giuridico, sullo Stato moderno, sul potere amministrativo; e, in particolare, considera la teoria della inesauribilità del potere, la natura del principio di legalità e, infine, una possibile interpretazione del diritto amministrativo e delle sue norme. In questa luce, il saggio porge una possibilità. È quella di interpretare il diritto amministrativo come diritto non speciale bensì normale. Il diritto amministrativo è il diritto che normalmente si applica all'amministrazione pubblica, anche perché è il riflesso di un diritto inteso come espressione della persona e di *Umanesimo giuridico*, principio che Miele teorizzò nella celebre voce e che sembra essere la *sua* lezione sull'Uomo e in fondo sul diritto stesso.

⁴² G. MIELE, *Principi...* cit., 252: "Se ne deduce che tanto l'analogia da disposizioni di diritto amministrativo, quanto l'analogia da disposizioni di diritto privato devono ritenersi permesse."

⁴³ Cfr. R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, 637 ss., spec. 650-651.

Abstract

This essay aims to present a scientific Portrait of Giovanni Miele, in the context of today's Administrative law. The essay concerns Miele's doctrines, dividing them following two distinct profiles: before the Constitution and after the Constitution. The analysis focuses on Principles of law and on the wider use of administrative powers. Hence the essay shows the main modifications imposed by Miele's doctrines in Administrative law. A final issue focuses the principle of legality, considered as the obligation to pursue the aims indicated by the law, but always having a special regard to fundamental rights of the person, in the light of Miele's doctrine on Humanism.