Sabino Cassese

Verso un nuovo diritto amministrativo?[1]

Questa lezione sarà articolata in tre parti. Nella prima spiegherò perché il diritto amministrativo ha un presente oscuro. Nella seconda perché ha un futuro radioso. Nella terza trarrò le implicazioni di queste diagnosi per lo studio e per l'insegnamento del diritto amministrativo.

Il diritto amministrativo non ha buona stampa in Italia, viene ritenuto il regno del bizantinismo, delle complicazioni, della

[1] Lezione per festeggiare il 60° anniversario della Scuola di specializzazione in studi sulla pubblica amministrazione - Spisa, Bologna, 26 ottobre 2015. La lezione è stata preceduta dalle seguenti parole: sono felice di festeggiare con voi questo sessantesimo anniversario della Scuola di specializzazione in studi dell'amministrazione pubblica. Ritengo la SPISA un capitolo glorioso della storia della nostra cultura per quattro motivi. Perché ha unito lo studio del diritto amministrativo e quello delle scienze non giuridiche dell'amministrazione, continuando una tradizione dell'ateneo bolognese, simboleggiata da Luigi Rava, che è stato due volte professore, agli inizi del secolo scorso, dell'ateneo bolognese, e uno degli iniziatori dello Stato sociale in Italia. Perché è riuscita ad aprirsi alle culture dell'antico e del nuovo mondo. Perché si è impegnata nella formazione non solo universitaria ma anche post universitaria. Perché ha stabilito rapporti stretti tra il mondo della scienza e quello della pratica. E tutto questo mentre nella cultura giuridica italiana prevalevano il formalismo, la dogmatica, l'approccio puramente nazionalistico e la chiusura verso la pratica. E questi meriti si comprendono meglio se si considerano comparativamente gli altri tentativi, quale quello, degli anni '60, della scuola romana, di Massimo Severo Giannini, che ha avuto un breve arco di vita e non è sostanzialmente mai riuscita a decollare.

corruzione. È criticato perché non funzionale al processo economico. Questa è una critica non al diritto amministrativo, ma al modo in cui esso si presenta oggi. Per superarla, basterebbe riallinearlo alle esigenze dello sviluppo economico del Paese.

C'è poi una seconda critica, più radicale. Quella svolta da Romano Prodi l'11 agosto del 2013 ("Il Messaggero"), quando proponeva di "abolire Tar e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia". Il 5 Settembre del 2015 ("La Repubblica"), gli ha fatto eco Matteo Renzi, che ha espresso l'opinione seguente: "non è possibile che i Tar decidano su tutto, dall'iscrizione all'asilo alla chiusura di un'ambasciata; bisogna ridurre il loro raggio d'azione". Renzi, il 17 ottobre ("Il Corriere della sera"), è ritornato sul tema, affermando che l'università va tolta "dal perimetro della pubblica amministrazione perché non si governa con gli stessi criteri con cui si fa un appalto in una Asl: il modello deve essere Boston, gli atenei inglesi o quelli in Oriente". A sua volta, Vincenzo Visco, il 4 novembre ("Lavoce.info"), ha criticato il "formalismo giuridico" che

concepisce “la pubblica amministrazione come un tutt’uno”, senza lasciare autonomia gestionale alle Agenzie fiscali.

Di questa sfiducia nel diritto amministrativo e nei suoi giudici è un segno la costituzione di un singolare angelo custode che dovrebbe assicurare l’onestà della pubblica amministrazione, un “gendarmone”, l’Autorità nazionale anticorruzione, così affidandone la cura ad un organismo esterno e separando onestà e buon andamento dell’amministrazione, che sono, invece, tutt’uno.

Di questa situazione difficile è testimonianza un libro, “La lista della spesa” di Carlo Cottarelli (Milano, Feltrinelli, 2015), il cui ultimo capitolo contiene una frase: “non possiamo morire di diritto amministrativo”, che è stata ripresa più volte nel dibattito politico e culturale recente da coloro che hanno suggerito di liberarci del diritto amministrativo.

È bene ricordare che non è solo in Italia che è stata manifestata dai governanti una insofferenza nei confronti del diritto amministrativo e dei suoi giudici: basti pensare alla prima reazione di De Gaulle all’“Arrêt Canal”.

Facciamo un passo indietro, alla storia del diritto amministrativo. Questo, in termini generali, nel mondo, ha subito una evoluzione completa diventando il contrario di quello che era all'origine. Nacque per sottrarre al diritto comune o generale le decisioni del re, come mezzo per assicurare un diritto speciale a chi governava. Nel corso di un secolo, ha fatto un percorso completamente opposto, è diventato mezzo per difendere i cittadini nei confronti dell'amministrazione. Quindi, da strumento di governo è diventato strumento per proteggersi dal governo. Questa è oggi la vera natura del diritto amministrativo.

Chiediamoci allora: perché critiche tanto radicali al diritto amministrativo? Si vogliono privare i cittadini dello scudo che esso assicura? Oppure quelli che oggi dicono "non possiamo morire di diritto amministrativo" hanno qualche ragione dalla loro parte? Non è facile rispondere a questa domanda, perché le con-cause dell'attuale stato del diritto amministrativo sono molte e hanno origini in parti diverse del sistema politico amministrativo.

Il diritto amministrativo italiano è oggi dominato da tre fenomeni: il primo è l'"esondazione" del Parlamento, diventato co-

amministratore; il secondo è la debolezza dei governi (l'organo di guida dell'amministrazione), per la loro breve durata; il terzo la debolezza strutturale della pubblica amministrazione.

Il primo fenomeno: accanto alle leggi - provvedimento, oggi vi sono provvedimenti in forma legislativa e un diffuso "amministrare per legge". Da un terzo a due terzi del contenuto delle leggi è la traduzione in norma di un dettato amministrativo. Si è giunti a disporre la chiusura della sede di un ministero a Roma per legge, quando bastava una decisione dirigenziale. Il problema era di provvedere rapidamente, da parte di un governo che sapeva di essere transeunte, e quindi aveva bisogno di adottare nello stesso tempo un atto legislativo e un atto amministrativo.

Dunque, la sofferenza del diritto amministrativo deriva dal Parlamento che amplia l'area della legislazione, per soddisfare un bisogno dei governi, che deriva dal modo in cui è strutturato il sistema costituzionale italiano. Di qui un malessere del diritto amministrativo, che è sostanzialmente discrezionalità, adattamento continuo dell'amministrare alla realtà, non meccanica applicazione di norme.

Così si produce un irrigidimento dell'amministrazione e la necessità di altre leggi per modificare quelle precedenti, con un continuo ampliamento dell'area legislativa.

Si aggiunga che nelle amministrazioni vi sono persone poco motivate, mal gestite, talora anche oziose o recalcitranti. Che gli uffici hanno pochi mezzi strumentali. Che le loro sedi sono spesso obsolete. Che le dotazioni tecnologiche sono insufficienti. Che gli utenti sono scontenti perché pagano una tassa occulta, consistente nel tempo per iscrivere un figlio a scuola, essere autorizzati ad aprire un agri-turismo, ottenere una licenza edilizia.

Il diritto amministrativo attraversa dunque un periodo difficile per un complesso di cause che partono dall'assetto costituzionale e si riflettono nell'opinione pubblica e sui servizi che l'amministrazione rende al cittadino. Non si può disconoscere, quindi, che i critici abbiano qualche buon argomento a loro favore.

Perché, al contrario, il futuro del diritto amministrativo è radioso? Mentre si registra una sua perdita di identità e sempre più

frequentemente si produce una costituzionalizzazione del diritto amministrativo (non solo i principii, ma tutto il diritto amministrativo ora comincia dalla Costituzione, sia quella nazionale, sia le due sovranazionali) e una sua privatizzazione (la parte prevalente dell'azione amministrativa si svolge ormai in forme privatistiche), mentre si riscontra questa sorta di confluenza di altri rami del diritto verso il diritto amministrativo – che quasi ne verrebbe sopraffatto - si registra un ulteriore fenomeno, di segno opposto, una sorta di rivincita del diritto amministrativo. Indico un solo segno di questa: più della metà delle questioni portate alla Corte costituzionale appartengono a questo ramo del diritto. Insomma, "Grecia capta ferum victorem coepit".

Il secondo punto di forza del diritto amministrativo sta nel fatto che, mentre perde il suo centro, perché diminuisce la sua componente autoritativa, stabilisce rapporti più stretti con le aree contermini, per cui si sviluppano un diritto amministrativo penale (si pensi alla disciplina della corruzione) e un diritto amministrativo commerciale (si pensi alla disciplina della società e della borsa). Qui c'è uno

sviluppo nuovo e interessante del diritto amministrativo che, mentre sembra perdere il proprio centro, viene posto al centro dell'ordinamento giuridico.

Un altro paradosso è il seguente. Avevamo imparato che esiste una stretta relazione tra lo Stato e il diritto amministrativo, un rapporto di familiarità: il diritto amministrativo è figlio dello Stato. Esiste un diritto amministrativo in quanto esiste uno Stato. Invece, ora il diritto amministrativo va oltre. Tutta l'area una volta strettamente privatistica è piena di diritto amministrativo, anche se non c'è lo Stato. E quindi si verifica un fenomeno di trasposizione di istituti propri del diritto amministrativo in aree nelle quali non c'è una dominanza della figura statale. Norme sulla trasparenza e sull'obbligo di informare e sentire gli interessati prima di decidere ed altri istituti fondamentali del diritto amministrativo sono presenti in altri campi, prima retti soltanto da discipline civilistiche. Si aggiunga che il diritto amministrativo conquista spazi che non solo non sono legati allo Stato, ma che vanno oltre gli Stati, e quindi si de-territorializza. Esso diviene dominante nell'area globale. E questo sviluppo insolito del diritto amministrativo

ne nasconde un altro, costituito dalle convergenze nazionali che vengono così favorite, oltre e sotto le differenze. Esso, dunque, ha invaso campi che sembravano prima preclusi al diritto amministrativo perché questo sembrava legato solo allo Stato e quindi necessariamente diritto statale.

Questi sviluppi producono turbolenza: invaso da disposizioni costituzionali e privatistiche, sotto la pressione di norme penali e commerciali, il diritto amministrativo è in una mutazione continua, ciò che richiede una modificazione della cultura tradizionale. Infatti, in Francia si è parlato di esaurimento della vena delle costruzioni teoriche generali con debole valore esplicativo (così F. Rolin, nel recensire la tesi di H. Frachon, *Écrire l'histoire du droit administratif*, in "RFDA", 2014, juillet-août, p. 818). In Italia possiamo dire che cinque contrapposizioni classiche, a lungo ritenute la base del diritto amministrativo, Paesi a diritto comune – Paesi a diritto amministrativo, monismo – dualismo giudiziario, ente pubblico – ente privato, diritto soggettivo – interesse legittimo, norme di azione – norme di relazione, hanno perduto sia il valore rappresentativo (della

realtà), sia la portata euristica che avevano in origine e sono rimaste solo come strumento per penetrare in istituti del passato.

Quali le implicazioni di tutti questi cambiamenti per lo studio e per l'insegnamento? La prima: se si sono rotte le barriere laterali tra settori e rami del diritto, ci si deve rendere conto che esiste continuità tra di loro. Si prenda il principio di proporzionalità, figlio del diritto amministrativo, che nasce in Prussia, si sviluppa in Germania, da qui passa nell'Unione Europea, dall'Unione Europea cala sugli ordinamenti nazionali, molti dei quali lo conoscevano, ma declinato in altro modo. Ma esso conquista anche il diritto costituzionale (non c'è sentenza importante di Corte costituzionale che non lo invochi). A questo punto lo si può studiare solo come cultori di diritto amministrativo o si deve tener conto anche delle implicazioni costituzionali? Si può studiare un ordinamento solo, o non si deve tener conto della circolazione delle idee e degli istituti, come hanno

fatto in passato Mayer in Germania, Dicey e Hamson in Inghilterra, Goodnow negli Stati Uniti?

Seconda implicazione: in questi anni siamo andati perdendo la tradizionale grammatica del diritto amministrativo, di origine romanistica e di impronta privatistica. Il diritto civile era la base, forniva i principi teorici di ogni ramo del diritto. Ma esso è divenuto incapace di spiegare numerosi fenomeni amministrativi. Alcune figure giuridiche soggettive che si sono sviluppate nel campo del diritto amministrativo non possono essere studiate facendo ricorso al tradizionale armamentario civilistico. Ad esempio, le autorità amministrative sono tutte persone giuridiche? Quando i collegi che le gestiscono si dividono in due parti, il collegio e chi lo presiede, intestatario autonomamente di alcuni poteri, separatamente dal collegio, a quale delle tradizionali figure organizzative di origine civilistica ci si può richiamare? Nella teoria delle figure giuridiche soggettive di impronta romanistica e privatistica una figura di questo tipo non c'è. Gli unici precedenti sono i capi di Stato collegiali, che avevano poi all'interno del collegio una persona fisica con autonome

funzioni. Questo richiede di mutare il nostro modo di studiare tale realtà.

La terza implicazione riguarda il movimento, al quale si è prima fatto cenno. Il diritto amministrativo e le scienze applicate alla pubblica amministrazione tradizionali assumevano un corpo amministrativo immobile perché prigionieri del motto "i governi passano, l'amministrazione resta". Ma quante volte è stata modificata la legge del 1990 sul procedimento amministrativo? Quante volte modificata la disciplina delle conferenze dei servizi? Quanto spesso mutano le autorizzazioni e le concessioni? E allora perché inseguire l'ultima legge e non invece studiare la direzione di marcia della legislazione? Il diritto amministrativo cambia e quindi non si capisce se non si padroneggiano le regole del mutamento. Ecco una terza e importante sfida che viene dal mutamento del nuovo diritto amministrativo: occorre inglobare nello studio le esigenze del mutamento ed esaminare istituzioni, non fissarsi solo su un certo momento storico destinato a diventare obsoleto nel giro di breve tempo, per evitare un'opera avvilente, faticosa e alla fine inutile.

Infine, le implicazioni per l'insegnamento. La prima è una giusta declinazione della pluridisciplinarità nello studio dell'amministrazione. Come notato, si diffonde l'idea che le pubbliche amministrazione debbano essere studiate con le tecniche dell'analisi economica del diritto, che i giuristi stessi hanno introdotto nel mondo del diritto, ritenendo che potesse essere utile (F. Romani, *Le radici intellettuali di "law and economics"*, in "Mercato, concorrenza, regole", 2014, n. 1). Queste, però, se diventano esclusive o vengono surdimensionate, corrono il rischio di introdurre una nuova dogmatica del diritto amministrativo, mentre, invece, bisognerebbe adottare il criterio del pluralismo metodologico, criterio adoperato in moltissime scienze. Questo richiede di adoperare gli strumenti concettuali di discipline diverse, in relazione alla peculiarità di ciascun oggetto, senza stabilire una sorta di ipoteca generale e astratta sullo studio della pubblica amministrazione perché questa è una realtà complessa e, come tutte le realtà complesse, può essere studiata solo facendo ricorso a una pluralità di metodi e non seguendo la linea tracciata da Vittorio Emanuele Orlando che ne voleva uno esclusivo, quello "giuridico". Il diritto amministrativo è anche la sua storia (sia una

storia presente, sia una storia che si è consumata, ma senza della quale non si capisce il presente); esso è immerso in una società che ne plasma istituti e applicazioni; risponde a bisogni dell'economia e della politica. Si potrebbe, allora, fare a meno, nello studiarlo, della storia, della sociologia, dell'analisi economica, della politologia? Bisogna ripudiare, come faceva nel campo della storia dell'arte Warburg, le "guardie confinarie delle cosiddette discipline", tener conto che le discipline e i saperi si mescolano, evitando il monismo metodologico (ma anche il dilettantismo pluridisciplinare). Far proprio il motto di Max Weber: non sono un asino, non ho un campo.

Poi, c'è un problema importantissimo a cui siamo impreparati, quello di abbandonare lo studio esclusivo delle "local legal cultures", promuovere e sviluppare modi di pensare e una educazione giuridica non nazionalistica o di tipo universalistico. Come studiare e insegnare i problemi dell'ambiente senza tener conto delle implicazioni sulla disciplina nazionale, di quella europea e di quella mondiale, dal Protocollo di Kyoto all'accordo di Parigi? Come illustrare Internet che

è regolato da un'autorità globale sita in California? Come studiare e spiegare le migrazioni tenendo conto solo della disciplina nazionale?

Qui viene l'ultimo punto, che fa parte di un dibattito che si è aperto in Francia, dove l'"Institut d'Études Politiques" ha recentemente costituito una "École de Droit", il cui direttore, Christophe Jamin, ha scritto un libro intitolato "La cuisine du droit", in cui affronta il problema: nella formazione giuridica, occorre cominciare con il diritto nazionale o con il diritto non nazionale, con il Codice Civile oppure con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo? Il problema è lasciato aperto da Jamin. Ma sarebbe opportuno che essa partisse da tutte e due le parti, per incontrarsi sulla realtà dei fatti. Partire, da un lato, dal diritto nazionale: è un'illusione quella che la globalizzazione porti ad una dissoluzione degli Stati, che continuano a giocare un ruolo fondamentale anche all'interno della globalizzazione. Ma bisogna partire contemporaneamente dalle norme che sono andate maturando fuori dagli ordinamenti nazionali, in modo da far vedere le imbricazioni tra i due ordini giuridici.