

## ***“Disputare de potestate” : giustizia nell’amministrazione e giusto processo***

### INTRODUZIONE AL CONVEGNO

La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi

MODANELLA (SIENA) 19 20 MAGGIO

#### **1.- “VANUM DISPUTARE DE POTESTATE”.**

*“VANUM DISPUTARE DE POTESTATE”*. Eugenio Cannada Bartoli intitolava così un suo dotto saggio del 1989 sul tema della (data di) nascita del Diritto Amministrativo, destinato ad essere inserito negli Scritti in onore di Massimo Severo Giannini e pubblicato anche nella rivista *Diritto Processuale Amministrativo* (fasc. 2/1989).

Perché discutere sulla data di nascita del Diritto Amministrativo ?

La discussione poteva apparire oziosa e priva di qualsivoglia utilità; specie se si considera che la datazione, comunemente, pacificamente e tradizionalmente seguita, risale a Maestri quali Santi Romano e Zanobini; nonché allo stesso Giannini, dalla cui *Prolusione sassarese del 1940 (Profili storici della scienza del diritto amministrativo)* prende spunto Eugenio Cannada Bartoli.

Ancora oggi si è soliti ricondurre la nascita del diritto amministrativo alla rivoluzione francese; per l’esattezza al 28 piovoso dell’anno VIII, con l’adozione in tale data della legge sull’organizzazione amministrativa, vedendo in tale legge un insieme organico

di norme giuridiche, obbligatorie per l'amministrazione e distinte da quelle del diritto comune, che strutturava lo Stato in un regime di diritto amministrativo fondato sulla separazione dei poteri, distinguendosi in tal modo dal regime assolutistico, pieno o illuminato che potesse essere.

Perché Eugenio Cannada Bartoli non è pago di tale assunto ?

Ciò che non lo convince è il fatto che la legislazione dell'anno VIII rappresenta sì un corpo organico e sistematico di norme giuridiche sulla pubblica amministrazione, ma è limitato alla sola organizzazione ed alle garanzie che devono essere assicurate all'Amministrazione nei confronti degli altri pubblici poteri (giurisdizionale in primo luogo); rappresenta cioè uno statuto soltanto della pubblica amministrazione, dell'Autorità. Manca in questo sistema normativo la considerazione di una qualsivoglia garanzia del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, che le disposizioni si preoccupano anzi di escludere evitando che i giudici possano in qualsiasi modo ingerirsi nelle faccende dell'Amministrazione. Manca in buona sostanza, nel corpo della legislazione dell'anno VIII, la considerazione del rapporto cittadino – pubblica amministrazione come **rapporto giuridico**, con il relativo sistema di garanzie.

Di qui l'osservazione che, **perché possa dirsi esistente il diritto amministrativo, deve necessariamente sussistere un sistema di garanzie in grado di mettere in discussione l'imperium ove questo venga arbitrariamente esercitato.**

Ecco perché Cannada Bartoli ritiene riduttivo e parziale e mette in discussione l'assunto che il diritto amministrativo nasca solo in tale momento; e spinge oltre la ricerca, cercando momenti storici in cui vi sia testimonianza del fatto che alle regole, giuridiche e diverse da quelle del diritto civile, proprie dell'Amministrazione, si accompagna l'affermazione della possibilità che i tribunali garantiscano il rispetto dei limiti che queste stesse norme pongono al potere che può essere esercitato per fini di utilità generale, d'interesse pubblico.

E qui gli piace indugiare sui **rescritti del Cardinal de Luca** dei primi del settecento, che considerano casi nei quali l'*imperium* viene speso per limitare o vietare l'uso dei molini o dei forni o per rimuovere un funzionario da quello che definiremmo oggi un pubblico ufficio, ed in cui si afferma che le disposizioni della città o del barone o del signore che le impongono ben possono ritenersi viziate per "*manifestam irrationalitatem*" o per "*inaequalitas*".

La ricerca serve a raggiungere la conclusione che si può parlare di nascita del diritto amministrativo dal o nel momento in cui non risulta più "*vanum disputare de potestate*"

Il momento delle GARANZIE delle libertà, del rispetto dei limiti del potere, è essenziale per la configurazione del diritto amministrativo come disciplina autonoma; e l'autonomia della disciplina può esser predicata se ed in quanto essa si dedica allo studio del rapporto giuridico che l'esercizio del potere crea nei confronti

del suo destinatario e delle forme di tutela previste per assicurare il rispetto delle regole che governano tale rapporto.

## **2.- Perché di tratta di una riflessione sempre attuale ?**

Il fatto che non sia vano "*disputare de potestate*" è dunque un fattore identitario del Diritto Amministrativo.

Se il diritto amministrativo ha una sua specificità rispetto alle altre discipline giuridiche, che non si risolve soltanto nella peculiarità del suo oggetto o a mere esigenze di classificazione a scopo didattico, è perché è informato da un insieme di principi e regole che governano la creazione, modifica o estinzione dei rapporti giuridici in maniera differente rispetto al diritto dei comuni cittadini, dei privati; ed è ovvio che la disciplina abbia un senso compiuto solo se ed in quanto regole e principi sono assistiti da un sistema di rimedi volto a garantirne l'osservanza in caso d'inadempimento. Maggiore è il sistema delle garanzie (innanzi tutto: giurisdizionali); senz'altro maggiore è il livello di civiltà giuridica dell'Ordinamento.

**Il rischio che si smarrisca questo fattore identitario è sempre sentito** nei diversi momenti storici, ed è particolarmente avvertito nell'attuale momento storico.

La crisi della politica, e le conseguenti carenze e incertezze dimostrate dal legislatore nella selezione e protezione degli interessi e nella fissazione delle regole e delle garanzie dei rapporti giuridici retti da regole di diritto pubblico, riattualizzano l'esigenza di riflessione sull'effettività della tutela giurisdizionale amministrativa,

vista come componente essenziale dell'autonomia e, direi, a questo punto, della dignità della disciplina del diritto amministrativo

Il giudice amministrativo è infatti sempre più spesso costretto ad assumere un improprio ruolo di supplenza del legislatore. E' un fatto che concorre ad aumentare in maniera innaturale la domanda giurisdizionale, dal momento che questa appare necessitata non più solo dall'esigenza di ottenere l'esatta interpretazione della *regula juris*, ma anche dall'esigenza che il vuoto normativo venga appunto colmato dall'esercizio della funzione pretoria del giudice amministrativo.

Si tratta di un profilo di notevole criticità per la giustizia amministrativa, che si aggiunge a quello, per così dire, tradizionale, che comporta l'esposizione del giudice amministrativo all'accusa di compromettere l'efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa con i suoi interventi.

Se l'azione della pubblica amministrazione fosse governata da regole certe e chiare, di cui il giudice amministrativo fosse semplicemente chiamato ad assicurare il rispetto, si eviterebbero tanto l'impropria invasione del campo legislativo, quanto la possibilità di accusare il giudice amministrativo di paralizzare o rallentare l'azione amministrativa solo perché la illegittimità non è d'immediata percezione.

Fatto sta che, al momento attuale, si deve registrare la crescente deprecabile tendenza a creare filtri della più varia natura per condizionare l'accesso alla giustizia, a dispetto dell'art. 113 Cost. e a scapito, in ultima istanza, della garanzia del buon

andamento dell'amministrazione. Ne sono esempio la limitazione della tutela cautelare, l'anticipazione dell'onere di impugnazione di determinati atti a prescindere dall'attualità e dalla concretezza dell'interesse a rimuoverli, l'introduzione di limiti dimensionali degli scritti difensivi e l'irragionevole aumento del contributo unificato e via dicendo.

Da qui l'importanza di mantenere costante e rivitalizzare la riflessione sulle regole e sulle modalità di esercizio della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, alla luce dei principi fondamentali garantiti dalle norme costituzionali e dal diritto eurounitario, pena lo smarrimento del principale fattore identitario della ns disciplina.

### **3.- Da Pontignano e Modanella.**

Sto adesso ripetendo parole e concetti che per la gran parte ho condiviso con Maria Alessandra Sandulli nella presentazione del volume che raccoglie gli scritti del convegno di Pontignano dello scorso anno e che abbiamo tutti dedicato a Leopoldo Mazzaroli.

Leopoldo Mazzaroli ed Eugenio Cannada Bartoli, figure accomunate da assoluto rigore scientifico e morale.

E facile pensare ed organizzare queste nostre Giornate Senesi sulla Giustizia amministrativa, se solo si cerca di riannodare il filo che lega l'insegnamento di Eugenio Cannada Bartoli di Leopoldo Mazzaroli e li si guardi come esempi da

seguire nella necessaria ricerca dell'equilibrio che deve essere sempre assicurato tra l'esigenza di tutela del pubblico interesse e degli interessi individuali, che la Costituzione vuole venga costantemente garantito dal giudice amministrativo pur nel variare degli indirizzi politici.

Il confronto è ripartito lo scorso anno muovendo dalla riflessione sulla innegabile duplice anima del processo amministrativo, strumento di tutela dell'interesse individuale nei confronti del potere pubblico e di garanzia della "giustizia nell'amministrazione" (e quindi inevitabilmente teso tra questi due poli).

Prosegue quest'anno cercando di vedere se e come l'affermazione e la codificazione sul piano delle fonti del principio del giusto processo, avvenuta non solo a livello di legislazione ordinaria (art 2 c.p.a.), ma anche a livello costituzionale (art 111), eurounitario (art 47 Carta di Nizza) e sovranazionale (art 6 e 13 CEDU), tenda a modificare istituti tradizionali e fondamentali del processo amministrativo nel momento in cui la declinazione del principio non risulta più limitata alla "procedura" (ragionevole durata del processo e rispetto del contraddittorio), ma si estende alla "sentenza" vera e propria (giustizia intrinseca della decisione).

E' evidente che un'affermazione di primazia dell'esigenza di rispetto di un principio di giustizia sostanziale mette in crisi l'equilibrio esistente tra questo principio e quello anch'esso fondamentale, e non solo processuale, della certezza del diritto.

Il giudicato, la revocazione, i limiti dell'appello, l'impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato sono gli istituti e i rimedi che assicurano e custodiscono l'equilibrio raggiunto tra le esigenze di giustizia sostanziale e di certezza del diritto, stabilendo il limite oltre il quale la possibilità di rimediare all'errore del giudice e di assicurare l'effettiva giustizia della pronuncia divenga recessive di fronte all'esigenza che la decisione diventi ad un certo punto irretrattabile.

Se e fino a che punto questo equilibrio possa o debba cambiare è il tema sul quale si confronteranno le diverse relazioni e gli interventi che ci accingiamo ad ascoltare nella cornice del castello di Modanella.

**Fabio Francario**

professore ordinario di Diritto Amministrativo  
presso l'Università degli studi di Siena

pubblicato il 9 giugno 2017