

IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: UN PERFETTO SCONOSCIUTO?

MARCO MAZZAMUTO



Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?

Administrative law: a perfect stranger?

MARCO MAZZAMUTO

Professore ordinario, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Palermo.
E-mail: marco.mazzamuto@unipa.it

ABSTRACT

Lo studio, dal titolo volutamente provocatorio, intende mettere in evidenza come nelle riflessioni dei filosofi e dei teorici generali del diritto non si prenda di solito in adeguata considerazione la peculiarità del diritto amministrativo. A partire da una ricognizione dei suoi tratti sistematici caratterizzanti, specialmente sulla scorta del paradigmatico modello francese, si perviene all'assunto che esso dia luogo ad un modo *sui generis* di funzionamento dell'ordinamento giuridico, ad una sorta di *tertium genus* tra civil law e common law.

This study, with its deliberately provocative title, aims to highlight how the peculiarity of administrative law is not usually taken into adequate consideration in the reflections of scholars in jurisprudence and legal theory. Starting from a survey of its distinguishing features, especially on the basis of the paradigmatic French model, the conclusion is reached that it gives rise to a *sui generis* mode of functioning of the legal system, to a sort of *tertium genus* between civil law and common law.

KEYWORDS

specificità del diritto amministrativo, storia del diritto amministrativo, sistema di common law, sistema di civil law, sistema di diritto amministrativo

specificities of administrative law, history of administrative law, common law system, civil law system

Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?

MARCO MAZZAMUTO

1. Le riflessioni dei filosofi del diritto o dei teorici generali appaiono sempre costruite attorno al paradigma del diritto civile o attorno all'alternativa tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law*. Non che siffatte ambientazioni non abbiano la loro ragion d'essere, ma esse risultano quantomeno parziali, se non invero errate qualora, come avviene usualmente, abbiano la pretesa di rappresentare l'intero universo giuridico.

In ciò ha anche inciso una visione semplificata delle vicende del XIX sec., secondo talune dominanti vulgate storiografiche volte al superamento dello Stato borghese, ritenuto in quanto tale uno Stato autoritario, mentre si tratta di un secolo che andrebbe meglio conosciuto e rivalutato, poiché è proprio in questo periodo che il genio giuridico ha sviluppato svariate e sofisticate garanzie dello Stato di diritto di cui continuiamo ancor oggi a godere.

Si potrebbe indugiare su molti argomenti: la personificazione dello Stato come presupposto della costruzione di relazioni giuridiche con i cittadini; la sovranità dello Stato come modo per attribuire tale sovranità ad un'entità astratta affinché nessuno possa in realtà *in toto* esercitarla; la separazione dei poteri pubblici affinché appunto non vi sia nessun organo statale che possa appropriarsi di tale sovranità; anzi la più sofisticata teoria della condivisione dei poteri, nel timore che una rigida separazione possa determinare uno stallo e che un organo, tra gli altri, come il re o il parlamento, per superare l'*impasse* possa assumere una posizione di supremazia; e ancora, come di regola si dimentica, un'articolazione dei poteri pubblici che non si limiti alla triade montesquieuiana, ma che penetri all'interno di ciascun potere, per prevenire non solo un Leviatano *tout court*, ma anche un pur sempre temibile Leviatano aggettivato, cioè un Leviatano legislativo, giudiziario o esecutivo (si pensi al bicameralismo e soprattutto alla parcellizzazione del potere legislativo insita nel divieto di mandato imperativo; si pensi al carattere diffuso del potere giurisdizionale; si pensi infine al potere esecutivo e a quello amministrativo frammentati in una pluralità di competenze)¹; e così via².

Si tratta di un armamentario che probabilmente ha avuto uno straordinario sviluppo per superare ad una certa ritrosia a incardinare una dimensione costituzionale, nel timore dell'avvento di un potere costituente, cioè di un potere privo di limiti, che potesse negli esiti riesumare le ombre dittatoriali del giacobinismo rivoluzionario.

Ebbene, questo grandioso ordito ottocentesco non riguarda soltanto le sfere alte dell'ordinamento, come la forma di governo, ma ha interessato, e per certi versi in modo ancor più significativo, la costruzione delle concrete "guarentigie" del cittadino nei confronti del potere amministrativo, in luogo delle fatue dichiarazioni dei diritti³.

* Questo scritto è dedicato alla memoria del caro amico Bruno Celano.

¹ MAZZAMUTO 2018, 107.

² Sulla *ratio* liberale che informava la giuspubblicistica ottocentesca, ed in particolare sulla scuola italiana (palermitana), ingiustamente accusata di autoritarismo, oltre a precedenti scritti, vedi MAZZAMUTO 2020a, 309; MAZZAMUTO 2020b, 355.

³ Così ORLANDO 1888, 3, 11 e 18: «le moltitudini, malamente guidate dai "ciechi che si fanno duci", si sono preoccupate moltissimo della dichiarazione dei loro diritti, ma troppo poco della guarentigia di essi. Il risultato è noto: la più ampollosa e la più larga concessione di diritti popolari non ha impedito, anzi ha incoraggiato il dispotismo di un capo-partito, di una maggioranza e, più particolarmente, di una burocrazia»; oltre alla "libertà popolare", occorre provvedere a "quell'altra idea di libertà", ossia alla "libertà giuridica individuale" o "libertà civile", "assai meno

Nell'esperienza continentale, e in primo luogo nel paradigmatico modello francese, cui essenzialmente ci atterremo⁴, ciò ha dato luogo alla formazione di un pezzo pregiatissimo della nostra civiltà giuridica: il diritto amministrativo, per come almeno ha preso forma e ci è stato consegnato dal XIX sec. Tralasciamo qui approfondimenti, pur prospettabili, in ordine a presunti prodromi pre-ottocenteschi di tale diritto⁵. E lo stesso in ordine all'esistenza di un risalente diritto amministrativo inglese, atteso che, anche a dare una risposta positiva⁶, anche cioè a rintracciare frammenti di regole particolari per l'amministrazione, nessuno, neanche la stessa dottrina inglese, è comunque sin qui riuscito a dimostrare, a parte ovviamente le più recenti vicende della seconda metà del XX sec.⁷, la storica ricorrenza di un vero e proprio "sistema" di diritto amministrativo o di un'autonoma branca del diritto, paragonabili all'esperienza francese⁸, il che fa comprendere il senso dell'individuazione di "Stati senza regime amministrativo" da parte di Santi Romano⁹.

Questo diritto è sempre stato oggetto di contrastanti valutazioni in ordine alla sua riconducibilità ad una matrice autoritaria o invece, più correttamente, ad una matrice liberale, come si desume dal carattere di gran lunga più garantista del suo regime giuridico. Se la legalità privatistica è una legalità carezzevole, non troppo invasiva, perché timorosa di limitare oltre misura quell'autonomia privata che intende preservare, la legalità pubblicistica ha tutta altra densità, poiché questa volta, a tutela di quella stessa autonomia privata o anche delle pretese del cittadino, non si vuole riconoscere una medesima autonomia all'amministrazione: la legittimità dell'atto di diritto pubblico è condizionata dai fini, dai mezzi, dai procedimenti, dalla separazione dei poteri anche all'interno dello stesso potere amministrativo, da un coacervo impressionante di norme scritte, fatto di fonti primarie, secondarie e terziarie, il cui mancato rispetto di rego-

adatta ad essere proclamata ed assai più difficile ad essere attuata" con riguardo a "quanto s'attiene alle garanzie dei diritti del cittadino singolo, di fronte all'azione Stato", di fronte ad "un potere esecutivo" che "esercitasse poi nel fatto un vero dispotismo in rapporto ai diritti individuali"; e ciò "specialmente oggidi in cui così vasta è l'azione sociale dello Stato e sempre più va estendendosi sotto l'impero di necessità imprescindibili, quest'azione in mille modi ci tocca, può ledere un nostro diritto, può giovare ad un nostro interesse; in qual modo questi diritti si faranno valere? Come potranno questi interessi tutelarsi?».

⁴ Sulla derivazione francese dell'esperienza italiana, MAZZAMUTO 2021, 301.

⁵ Vedi ad es. di recente MESTRE 2011, 3.

⁶ Come già sosteneva GNEIST 1884, 205, il quale, a proposito del "classico" commento di Blackstone sul diritto inglese, osserva che «Il suo libro non dà alcuna immagine completa del Diritto Pubblico e specialmente del Diritto Amministrativo. (...) tutte le fondamenta che non erano visibili furono in buona fede considerate come non esistenti. Le vere massime giuridiche del diritto costituzionale e amministrativo dell'Inghilterra, che il continente europeo voleva imitare, dovevano cercarsi nella collezione delle leggi inglesi, nelle decisioni delle corti di Giustizia e negli innumerevoli dettagli della giurisdizione dei Giudici di Pace. (...) Quanto tempo ci volle all'Europa per sottoporre ad una seria critica le dottrine di alcuni commentatori e per riconoscere l'errore!». Vedi anche, in seguito, in contraddittorio con Dicey, JÈZE 1925, 1-2, nota; nonché SALANDRA 1904, 258 e 265, e CAMMEO 1919, 285 ss.

⁷ LOUGHLIN 2010, 440 ss., osserva che nella tradizione di *common law* «no formal system of administrative law could be established», mentre è solo nella seconda metà del XX sec., «only after reform to judicial review procedures, and only after the judiciary had made significant progress in developing a more coherent set of public law principles, could the haphazard arrangements of administrative tribunals be streamlined into an ordered system».

⁸ Di recente, CRAIG 2015 ha avviato una ricerca volta a dimostrare la sussistenza plurisecolare di regole giuridiche vincolanti l'amministrazione inglese, ma ci sembra che si sia ancora lontani dalla ricognizione di un "sistema" di diritto amministrativo.

⁹ ROMANO 1950, 368: «Ci sono infatti degli Stati che hanno naturalmente un'amministrazione, anche molto sviluppata e complessa, ma che tuttavia non hanno un diritto amministrativo, perché l'ordinamento ad essa relativo non è una sfera a sé stante, ma si confonde con le altre sfere dell'ordinamento statale e, più particolarmente, col c.d. diritto comune. In questo senso si parla di Stati senza regime amministrativo».

In ciò ha certamente pesato l'assenza di una giurisdizione amministrativa centralizzata. Anche con riferimento allo sviluppo degli *Administrative Tribunals*, MANNORI, SORDI 2004, 499: «Quella strada, in realtà non poteva portare lontano perché minata alla base dalla assenza di un'unica giurisdizione amministrativa capace di sviluppare una strategia giurisprudenziale unitaria e coerente». Non a caso, HAURIOU 1916, 599, individuava, tra i vantaggi della centralizzazione amministrativa francese, «la création de l'admirable jurisprudence du recours pour excès du pouvoir».

la, senza bisogno di apposita comminatoria, determina invalidità, e infine da uno straordinario diritto pretorio che ha imposto ulteriori vincoli di carattere generale e che soprattutto ha negato all'amministrazione una sfera di libero arbitrio, come quella di cui gode un privato, sindacandone le scelte discrezionali. Non diversamente può dirsi sul versante dei rimedi: mentre nel sistema privatistico vige il primato della tutela risarcitoria per equivalente, sanzione più rispettosa dell'autonomia privata, nel sistema pubblicistico vige il primato della tutela in forma specifica, grazie al carattere generale dell'azione di annullamento e al contenuto conformativo delle pronunce sull'attività futura dell'amministrazione. E ben si comprende che applicare il primo a detrimento del secondo costituirebbe la sicura premessa di una deriva autoritaria: cioè di un pubblico potere sempre libero di fare quel che vuole, anche illegittimamente, bastando che metta quattro soldi di risarcimento nelle tasche del malcapitato cittadino¹⁰. Si pensi anche, *mutatis mutandis*, alla giustizia costituzionale, in ciò chiaramente figlia della giustizia amministrativa: sarebbe mai ammissibile pensare che una legge liberticida e contraria al dettato costituzionale, invece che essere annullata, possa continuare a produrre i suoi effetti, perché i cittadini godranno comunque di una compensazione monetaria?

Ma ciò che si vuole qui sottolineare e che lascia fortemente interdetti è che si sia potuto ignorare come ci si trovasse di fronte ad un'esperienza non riconducibile ai modelli esplicativi correnti.

È di particolare appariscenza che lo Stato di diritto ottocentesco venga di solito rappresentato come uno Stato di diritto "legislativo", mentre, proprio nel cuore dei sistemi di *civil law*, aveva preso corpo il più grande *judge-made law* del XIX sec., frutto di una giustizia amministrativa che, già nella giuspubblicistica ottocentesca, veniva espressamente accostata al pretore romano¹¹. Basterebbe anche soltanto un siffatto rilievo per comprendere quanto le considerazioni sui rapporti tra diritto e giudice nei sistemi di *civil law* possano risultare carenti o mal poste se riferite al diritto amministrativo.

Né si tratterebbe di virare *sic et simpliciter* verso l'esempio della giurisprudenza creativa di *common law*. Il diritto amministrativo non si distingue soltanto, rispetto ai giudici di *civil law*, per la sua origine pretoria, ma presenta ulteriori significative peculiarità che ne escludono altresì un'assimilabilità al paradigma inglese.

Al di là dell'ovvia differenza sul risultato, cioè la creazione del diritto amministrativo, quanto più si approfondiscono i caratteri del sistema pubblicistico, tanto più si ha infatti l'impressione di trovarsi di fronte ad un modo peculiare di funzionamento dell'ordinamento giuridico, ad una sorta di *tertium genus* tra *civil law* e *common law*. Ovviamente ciò esige sia una comprensione di tale sistema per quello che è, sia una rivisitazione dell'immagine complessiva dei sistemi di *civil law*, che invero nascondevano una realtà giuridica ben più articolata.

2. Lo svolgimento di questa straordinaria esperienza è strettamente legata all'origine *graziosa* della giustizia amministrativa, cioè di una giustizia esercitata in nome della sovranità del re, supremo *iudex* e vertice dell'amministrazione.

L'attitudine distruttiva degli ordinamenti dell'antico regime da parte della rivoluzione francese non riuscì ad impedire la riesumazione, nella rinnovata veste di un Consiglio di Stato, di

¹⁰ Sul carattere di gran lunga più garantista del regime amministrativistico, sia per la maggiore stringenza dei vincoli pubblicistici, sia per il primato della tutela in forma specifica, oltre allo scritto sopra citato e a scritti meno recenti, v. MAZZAMUTO 2019, 283.

¹¹ Basti il riferimento a DUGUIT 1914, 407: «The part played by the French Council of State and by French jurists versed in public law may assuredly be compared, and not unfavorably, with that of the Roman praetor and iurisprudentes»; HAURIOU 2014: «La juridiction administrative est essentiellement prétorienne»; o anche, nel caso italiano, ORLANDO 1900, 45, il quale nota la coincidenza tra lo sviluppo del diritto amministrativo ed di quello romano, in entrambi incentrato sull'esercizio della giurisdizione, ove l'autorità del giudice non è limitata all'applicazione della legge, ma ne costituisce la *viva vox*.

quell'antica istituzione del Consiglio del Re (e delle sue varie articolazioni), solo per un brevissimo intervallo abolita. Sul piano delle funzioni giustiziali, la rivoluzione gli sottrasse definitivamente gli affari civili e penali deferiti al nuovo Tribunale di Cassazione, assunto ad esecutore delle leggi stabilite dal parlamento, se non inizialmente tenuto al *référé législatif*, ma non anche gli affari amministrativi, e soprattutto, sul piano ordinamentale, non fu di ostacolo al risorgere di quell'alto rango dell'istituzione derivante dall'origine regia.

Il destino del Consiglio di Stato non era quello, come nel caso della Cassazione, di divenire un semplice giudice che applica le leggi. Esso continuava a far parte della compagine della sovranità, pur in un gioco divenuto ben più complesso per la sopravvenuta concorrenza del parlamento, mantenendo una molteplicità di funzioni, giustiziali e consulenziali, non solo in materia amministrativa, ma anche nella produzione legislativa, ivi compresa, per fare una significativa esemplificazione, la gestazione del codice civile napoleonico. Ancora, in un rapporto del 1849, Vivien vede nel Consiglio un organo intermedio tra potere legislativo ed esecutivo che «*facilité leurs relations mutuelles et temperât ce que l'Assemblée unique pouvait avoir de trop hardi, ce que le Gouvernement pourrait avoir d'arbitraire*»¹².

Si tratta invero di una vicenda storica alquanto articolata¹³, con l'evolversi della forma di governo francese, ma questi scarni riferimenti sono pur sempre sufficienti a far comprendere la posizione ordinamentale del Consiglio di Stato e a far comprendere, per quello che qui soprattutto interessa, come, proprio per tale posizione ordinamentale, sia stato possibile che in un nascente sistema di *civil law*, inneggiante al primato sovrano della legge sui giudici, abbia preso corpo una giurisprudenza creativa che, in modo centralizzato, ha dato luogo all'invenzione di una intera branca del diritto, o che non ha remore, ove occorra, a contrapporsi al dettato legislativo o a manipolarne vistosamente il dato letterale, o che ancora, pur facendosi nei propri sviluppi concreta costruttrice di certezze giuridiche, non intende, per altro verso, sottoporsi al troppo stretto vincolo "formale" dello *stare decisis*, al quale rimane invece avvinto un giudice di *common law*.

Un giudice sovrano dunque, come lo era il re, o, più esattamente, un giudice che continua a concorrere all'esercizio dei poteri sovrani, pur con modulazioni variamente dettate dall'evoluzione costituzionale.

Ed è questo rango, di una giustizia esercitata in nome del re, che è anche all'origine dello sviluppo di un penetrante controllo dell'attività amministrativa, cioè di quell'ineguagliato sistema di garanzie del diritto amministrativo¹⁴. Né va dimenticato che soltanto nella seconda metà dell'Ottocento il Consiglio di Stato assumerà una formale veste giurisdizionale, avendo a lungo continuato a prestare il suo solo avviso (invero mai disatteso) alle pronunce giustiziali del re e a godere del paravento della sovranità regia.

Non è difficile così cogliere come la giustizia amministrativa costituisca storicamente un modello lontano non solo da un semplice giudice di *civil law*, ma anche dal ben più limitato orizzonte di un giudice creativo di *common law*¹⁵.

¹² Riportato da AUCOC 1876, 123.

¹³ Per una ricognizione del rilievo, pur tormentato (specie tra il 1817 e il 1830), della posizione del *Conseil d'État* nel corso del XIX sec., v. ad es. VIVIEN 1841, 161; AUCOC 1876.

¹⁴ AUCOC 1878, 17: «*c'est précisément la fiction constitutionnelle d'une juridiction exercée par le Souverain qui a permis au Conseil de créer le recours pour excès de pouvoirs et de lui donner tous les développements que nous allons signaler. Parlant au nom du Souverain, chef de tous les agents de l'administration, assuré que ses décisions ne rencontreraient aucune résistance quand elles auraient été approuvées, il n'en a eu que plus de hardiesse pour protéger les droits des citoyens, et il a, par cela même, rendu les plus grands services à l'administration*».

¹⁵ In questo senso, al di là della generica comunanza di un'attitudine pretoria, appare difficile parlare di una "stretta somiglianza", come affermato da SCHWARTZ 1954, 1-2: «*the droit administratif, unlike most other branches of French law, bears a close resemblance to the kind of law prevalent in the Anglo-American system. French administrative law [...] is a judge-made law*».

3. Occorre adesso, pur sempre sinteticamente, entrare all'interno dei meandri della creatura, di questo sistema di diritto amministrativo.

Una volta enfatizzato il ruolo pretorio della giustizia amministrativa, potrebbe naturalmente ritenersi che le norme scritte siano di limitata ricorrenza. Ed invece il diritto amministrativo è al contempo il regno dell'ipertrofia normativa¹⁶.

In primo luogo, emerge un quadro alquanto articolato delle fonti scritte. E ciò non soltanto per il prodursi di innumerevoli comparti normativi, parallelamente alla estensione dei compiti pubblici, ma anche per la tipologia e la stratificazione delle fonti.

Ridurre alla fonte legislativa il comando normativo sarebbe una grossolana semplificazione. A differenza del diritto privato, il diritto amministrativo è segnato da una moltitudine di fonti regolamentari e di fonti *lato sensu* terziarie che condizionano la legittimità dell'atto amministrativo¹⁷.

In secondo luogo, questo affastellarsi di norme è sempre stato caratterizzato sia dalla scarsa e caotica qualità degli enunciati, spesso tra loro mal coordinati¹⁸, sia, ad ulteriore aggravante del primo difetto, da un'accentuata propensione alla mutevolezza¹⁹, essendo il diritto amministrativo particolarmente esposto alla continua pressione degli interessi e delle politiche pubbliche.

Questa apparente contraddittorietà tra il ruolo delle fonti scritte e quello delle fonti giurisprudenziali trovava invero il suo punto di equilibrio in una sorta di divisione dei compiti: le fonti scritte imperversavano nella normativa settoriale, mentre il giudice era il creatore ed il *dominus* della parte generale e dei principi. La riserva creativa di giurisdizione *versus* il legislatore veniva anche accuratamente presidiata sul versante processuale²⁰.

Non a caso il dibattito ottocentesco sulla codificazione assunse nel diritto amministrativo una propria caratterizzazione e nella giuspubblicistica dell'epoca, pur con qualche apertura alla codificazione delle normative settoriali²¹, era diffusa l'avversione all'idea di una codificazione della parte generale²².

Ne derivava anche una particolare attitudine del giudice pretore nei confronti delle fonti scritte. Il mito della norma scritta, dalle XII tavole al codice napoleonico, come fonte di certezza non poteva trovare alcun riscontro nelle fonti scritte del diritto amministrativo, regno, come si è detto, dell'ipertrofia, del caos e della mutevolezza normativa. Costatazione comune nella giuspubblicistica ottocentesca era infatti che la fonte della certezza fosse piuttosto il giudice pretore²³.

¹⁶ Sulle considerazioni che seguono v. anche MAZZAMUTO 2015b, 295; nonché MAZZAMUTO 2011, 463, specie l'ultimo paragrafo sulla diversa *forma mentis* del giudice amministrativo nell'interpretazione delle leggi.

¹⁷ MAZZAMUTO 2015a, 684, anche con riguardo alle fonti terziarie e all'invenzione italiana di un modello, quello delle circolari, di *defeasible rules*.

¹⁸ Già MACAREL 1818, VII: «le lois administratives ... sont, pour la plupart, obscures, incomplètes, embarrassées des détails et de dispositions accidentelles et transitoires».

¹⁹ Ancora agli inizi del XX sec., BERTHELEMY 1911, 63, osservava che tre sono le caratteristiche delle leggi amministrative: «l'extrême diversité de son objet, la grande mobilité des dispositions qui le mettent en oeuvre, l'absence de codification».

²⁰ Significativa è la disinvoltura esegetica con la quale LAFERRIERE 1887, VII, afferma che «Le législateur a voulu qu'il en fût ainsi; il a déclaré à plusieurs reprises, et non sans raison, que le contentieux administratif ne pouvait pas être enfermé dans les formules rigides de textes législatifs. Aussi a-t-il donné au Conseil d'État une délégation très large pour définir, par sa jurisprudence, les règles de droit applicables aux litiges administratifs».

²¹ AUCOC 1869, 27: i caratteri «qui sont propres à cette branche du droit, ont entravé jusqu'ici et nous paraissent devoir entraver longtemps encore une codification générale. Seulement, nous inclinons à croire qu'il serait possible, et assurément il serait utile, de faire, dans des formes spéciales, une sorte de codification des règles qui régissent certains services publics pour lesquels les principes sont bien arrêtés».

²² LAFERRIERE 1887, VII: «Le Droit civil, commercial, criminel est codifié; le Droit administratif ne l'est pas, et il est douteux qu'il puisse l'être»; ORLANDO 1940, 18: «il diritto pubblico non si codifica, non solo per la ragione, gravissima certo, ma di indole transitoria, della poca elaborazione che esso ha avuto, ma soprattutto perché l'indole medesima di quei rapporti non si presta non che ad una codificazione, spesso neanche ad una dichiarazione legislativa».

²³ Basti il riferimento a SERRIGNY 1842, IV: «la jurisprudence du conseil d'état. C'est la source la plus abondante et

Non sorprende dunque che la giustizia amministrativa, avvalendosi di quella libertà che gli derivava dall'origine graziosa, abbia sviluppato un'attitudine manipolatoria delle norme scritte di grado incommensurabilmente superiore al *modus operandi* di un semplice giudice civile (financo nella sua più emancipata versione odierna) o di un giudice di *common law*. Ben inteso, non si trattava affatto di arbitrio, bensì della necessità di ricondurre la ricorrente scompostezza o irrazionalità delle norme scritte ai principi, mantenendo così la coerenza del sistema, non rinunciando, se del caso, a mettersi sostanzialmente contro il legislatore: non solo dunque creatore di norme, ma anche correttore della legislazione.

Potremmo dire, con una qualche semplificazione di sintesi, che il diritto amministrativo è più un diritto per principi, di elaborazione giurisprudenziale, che conforma l'ingombrante e scomposta presenza di norme scritte, mentre il diritto civile, pur non certo privo di principi, è più un diritto fondato sulle norme scritte e sulla loro interpretazione²⁴.

In un quadro siffatto, di continuo confronto con le cangianti leggi amministrative, si comprende parimenti perché il giudice pretore, sempre grazie alla propria libertà graziosa, non abbia mai ritenuto di dover ricorrere al principio dello *stare decisis*. Anche qui non si trattò affatto di una licenza arbitraria, tanto è vero che, come si è già detto, la giustizia amministrativa fu creatrice di certezze, attraverso una prudente elaborazione dei principi nel segno della continuità, bensì di non rimanere imbrigliati in un principio troppo rigido per fronteggiare la straordinaria dinamica del sistema giuspubblicistico.

In definitiva, vi è da chiedersi quanto le dotte disquisizioni sul rapporto tra la legge e il giudice o sulla teoria dell'interpretazione, costruite attorno al semplice modello del primato della legge e di un giudice, come quello civile, che vi dà applicazione, possano mai avere rilievo nei confronti di una giustizia amministrativa informata strutturalmente ad una ben diversa ambientazione. Certamente taluni schemi di ragionamento saranno ancora riproducibili, ma è evidente che, anche in tal caso, la riflessione "concettuale", per potere risuonare di una effettiva intellegibilità in una scienza pratica, quale è quella giuridica, presuppone una precognizione della realtà sottostante, e qui la "cosa" è diversa.

Se quanto, pur sinteticamente, si è andato dicendo appare convincente e al di là della cerchia ristretta degli amministrativisti che conoscono concretamente l'atteggiarsi della loro disciplina, non potrà sfuggirsi alla constatazione della esistenza di una significativa lacuna nel pensiero giuridico che attende di essere colmata.

4. Resta infine da verificare se vi siano stati o meno tra Ottocento e Novecento dei cambiamenti significativi rispetto a questo ordito pubblicistico ottocentesco.

Una prima e impegnativa prova si ebbe negli ultimi decenni del XIX sec., quando la giustizia amministrativa, datrice sin lì di pareri alla giustizia regia, acquisì un formale *status* giurisdizionale. Un passaggio questo alquanto contrastato poiché si temeva che in tal modo il Consiglio di Stato si riducesse ad un semplice giudice. Emergono infatti per la prima volta questioni che non avevano ragion d'essere nel largo contenitore della giustizia graziosa.

la plus sûre du droit administratif, à tel point, que je ne crains pas d'affirmer que, sans l'existence de ce conseil, jamais cette partie de la législation ne se serait élevée à l'état de science».

²⁴ LAFERRIERE 1887, VII: «Pour le Droit codifié, l'exégèse des textes est la méthode dominante, et la jurisprudence ne peut être qu'un auxiliaire; pour le Droit administratif, c'est l'inverse; l'abondance des textes, la diversité de leurs origines, le peu d'harmonie qu'ils ont souvent entre eux, risquent d'égarer le commentateur qui voudrait leur appliquer les mêmes méthodes qu'au Droit codifié. La jurisprudence est ici la véritable source de la doctrine, parce qu'elle seule peut dégager les principes permanents des dispositions contingentes dans lesquelles ils sont enveloppés, établir une hiérarchie entre les textes, remédier à leur silence, à leur obscurité ou à leur insuffisance, en ayant recours aux principes généraux du Droit ou à l'équité».

La forza della tradizione tuttavia prevalse, pur attraverso dei puri *escamotage* che fornissero, nel nuovo contesto, una patina di giustificazione formale all'idea di un giudice che applica la legge.

Il giudice grazioso poteva sindacare la discrezionalità, cioè quanto per definizione è al di là della legge, e per questo tramite creare principi (ad es. è arbitrario che l'amministrazione prenda una decisione discrezionale senza una motivazione). Si dirà adesso *mutatis mutandis* che in tal modo il giudice sta vagliando l'interesse pubblico contenuto nella norma, dunque sta applicando la norma.

Il giudice grazioso, in via equitativa, consentiva un ampio *locus standi*, anche per interessi che non avevano alcun riconoscimento normativo. Si dirà adesso *mutatis mutandis* che il giudice sta ancora una volta vagliando l'interesse pubblico contenuto nella norma, il quale, pur non menzionandoli, dà indirettamente rilievo ad interessi occasionalmente protetti o diritti riflessi, oppure si dirà che la giustizia amministrativa ha una natura obiettiva per attenuare il filtro degli interessi giuridicamente rilevanti e salvare la larghezza graziosa.

Il giudice grazioso, cioè di un re che era anche il vertice dell'amministrazione, poteva emanare ordini e sostituirsi *in toto* all'amministrazione. Adesso si afferma che il giudice amministrativo, una volta divenuto un potere formalmente distinto dall'amministrazione, incontra un limite nel merito amministrativo, una sorta di nocciolo duro insindacabile della discrezionalità, e non può sostituirsi all'amministrazione, ma anche qui *mutatis mutandis* sarà sempre il giudice a stabilire fin dove arrivare nel sindacato sulla discrezionalità e a mantenere una *vis ordinativa* attraverso una pronuncia di annullamento che, nella motivazione che accerta l'esistenza del vizio, dirà *a contrario* all'amministrazione cosa deve fare.

E ancora il nuovo *status* formalmente giurisdizionale non farà venire meno quell'altro importante ordine di funzioni, quelle di carattere consulenziale. Non a caso questo cumulo di funzioni ha continuato ad essere oggetto di una avversa litanìa dei detrattori della giustizia amministrativa, i quali, affetti da un monismo geometrico sull'idea di giurisdizione, vorrebbero ridurre il Consiglio di Stato ad un giudice comune, ignorando sia che l'autonomia di questo giudice deriva già da quell'elevato rango di origine regia, neanche bisognoso delle sopravvenute garanzie della giurisdizione, tanto che nella sua storia nessuno ne ha mai concretamente messo in dubbio l'indipendenza, sia che quel cumulo di funzioni, consentendo un'approfondita conoscenza della realtà amministrativa²⁵, è stato (e continua ad essere) una delle leve che ha contribuito a costruire uno straordinario sistema di tutela.

Più in generale, si ignora che, per svolgere in modo efficace il proprio mandato, un giudice dei poteri pubblici, così come il giudice costituzionale, non potrà mai equipararsi ad un semplice giudice, ma, come diceva Santi Romano, deve essere una "supergiurisdizione" in quanto "le funzioni di giustizia amministrativa sono qualcosa di più fine, di più elevato e più efficace che non siano le funzioni semplicemente giurisdizionali"²⁶, e ciò fa comprendere la necessità di un'articolazione dei modelli.

In altre parole, da quel momento, cioè dall'assunzione dello *status* formale di giurisdizione, e nel corso del Novecento, la giustizia amministrativa ha indossato un nuovo vestito, ma il corpo della tradizione è rimasto sostanzialmente intatto.

Una seconda prova è costituita in questi ultimi decenni, se si fa eccezione della legge austriaca del 1925 sul procedimento amministrativo, da una qualche tendenza alla codificazione della parte generale del diritto amministrativo sia sostanziale, sia processuale.

Non si può dire che ciò abbia nel complesso alterato la *forma mentis* del giudice amministrativo, che continua, ove occorra, ad esercitare la funzione pretoria, a manipolare l'interpretazione

²⁵ È ancora valido quanto affermato nel rapporto di Dumon del 1843, citato da AUCOC 1876, 127: «Nous croyons que la réunion des deux fonctions du Conseil d'Etat est favorable à l'exercice de toutes deux. On prépare mieux les décisions administratives quand on a l'expérience des difficultés contentieuses qu'elles peuvent faire naître; on résout mieux les difficultés contentieuses quand on connaît l'esprit des décisions administratives».

²⁶ ROMANO 1901, 539. Di recente, PAJNO 2020, 23.

delle norme scritte o ancora a contrapporsi al legislatore. Facciamo un esempio recente per carirci: in Italia, una commissione di consiglieri di Stato elabora la proposta del codice del processo amministrativo, includendovi la c.d. azione di adempimento; il Governo approva con decreto legislativo la proposta, ma mettendo da parte la suddetta azione; subito dopo l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, disobbedendo palesemente alla scelta legislativa, statuisce che comunque la suddetta azione si ricava dai principi ed è dunque esperibile; con un decreto legislativo correttivo il Governo si piega infine al volere del Consiglio di Stato²⁷.

Ma non si tratta di una prova da poco per il sistema giuspubblicistico. Come era prevedibile, l'inevitabile propensione al perenne mutamento delle leggi amministrative ha finito per coinvolgere anche le leggi che riguardano la parte generale. Il risultato è che quella garanzia di certezza che offriva il giudice amministrativo, in quanto *dominus* esclusivo della parte generale, è oggi fortemente disturbata dalla reiterata invadenza legislativa. Non a caso, già qualche anno fa, chi scrive aveva formulato l'auspicio che il diritto amministrativo torni pienamente ad essere un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata.

All'orizzonte è infine apparso *ab externo* un ben più temibile avversario fondato sulla forza di un "fatto" capace di imporsi sul "diritto" o comunque di modularlo incisivamente, e cioè gli stringenti condizionamenti della competizione internazionale in un mondo globalizzato, che sembrano esigere, sopra ogni cosa, tempestive capacità di reazione da parte di ciascun sistema a tutti i suoi livelli, dal governo alla legislazione e dall'amministrazione alla giurisdizione.

Tutto questo milita in direzione di minori vincoli giuridici e di maggior libertà d'azione, mettendo inevitabilmente a repentaglio le conquiste tradizionali dello Stato di diritto, specialmente nella parte cui in cui, grazie al diritto pubblico, esso pone dei limiti ai pubblici poteri, politici o amministrativi.

Se ne possono già esemplificativamente riscontrare le prime tracce: dalla marcata propensione per forme di governo più decisioniste all'emergere di uno sfavore nei confronti dei giudici dei pubblici poteri, che si tratti della giustizia amministrativa o della giustizia costituzionale.

Anche il nostro Consiglio di Stato ha dovuto, da ultimo, concedere qualcosa, ad es. iniziando a restringere la tradizionale larghezza graziosa del *locus standi*, per sottrarsi all'ingiusta accusa di costituire, con l'annullamento degli atti amministrativi, un ostacolo all'efficienza del sistema.

Siamo così alla fine, ma anche ben al di là della portata del presente scritto, di fronte alla formidabile sfida di quanto potrà essere preservato o invece perduto della gloriosa tradizione garantista del diritto amministrativo, se non più ampiamente della nostra stessa civiltà giuridica nel mondo globalizzato.

²⁷ Anche la giuspubblicistica francese continua ancor oggi a rappresentare un Consiglio di Stato che all'occorrenza dà luogo ad una «jurisprudence contre la loi», così da «faire échec à une volonté, pourtant clairement exprimée, du législateur» (WACHSMANN 2011, 577).

Riferimenti bibliografici

- AUCOC L. 1869. *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Dunod éditeur.
- AUCOC L. 1876. *Le Conseil d'Etat avant et depuis 1789, ses transformations, ses travaux et son personnel*, Imprimerie nationale.
- AUCOC L. 1878. *Des recours pour excès de pouvoirs devant le conseil d'État*, Imprimerie E. Colas.
- BERTHELEMY H. 1911. *La méthode applicable à l'étude du droit administratif*, in LARNAUDE F., BERTHELEMY H., TISSIER A., TRUCHY H., THALLER E., PILLET, GARÇON E., GENY E. (eds.), *Les méthodes juridiques: leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910*, Giard et Brière éditeurs, 63 ss.
- CAMMEO F. 1919. *Il diritto comparato e l'unificazione legislativa nella Società delle Nazioni*, in «Rivista di diritto commerciale», I, 1919, 285 ss.
- CRAIG P. 2015. *UK, EU and Global Administrative Law: Foundations and Challenges*, Cambridge University Press.
- DUGUIT L. 1914. *The French Administrative Courts*, in «Political Science Quarterly», 29, 1914, 385 ss.
- GNEIST R. 1884. *Lo Stato secondo il diritto ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, Zanichelli, 1884 (ed. or. *Der Rechtsstaat*, 1872), 205 ss.
- HAURIOU M. 2014. *Le Conseil d'Etat juge de droit commun en premier ressort du contentieux de la pleine juridiction - la fin de la pratique du ministre-juge*, Note sous Conseil d'Etat, 13 décembre 1889, *Ca dot c/ Ville de Marseille*, in «Revue générale du droit on line», 2014.
- HAURIOU M. 1916. *Principes de droit public*, Libraire de la Société du Recueil Sirey.
- JEZE G. 1925. *Les principes généraux du droit administratif. La technique juridique du droit public français*, Dalloz.
- LAFERRIERE É. 1887. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. I, Berger-Levrault ed Libraires éditeurs.
- LOUGHLIN M. 2010. *Foundations of Public Law*, Oxford University Press.
- MACAREL L. A. 1818. *Éléments de jurisprudence administrative*, Dondey-Dupré.
- MANNORI L., SORDI B. 2004. *Storia del diritto amministrativo*, Laterza.
- MAZZAMUTO M. 2011. *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in «Diritto processuale amministrativo», 2011, 463 ss.
- MAZZAMUTO M. 2015a. *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in «Diritto amministrativo», 23, 2015, 684 ss.
- MAZZAMUTO M. 2015b. *L'incertezza nel diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, in «Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo (AIPDA). Annuario 2014. L'incertezza delle regole. Atti del convegno annuale. Napoli 3-4 ottobre 2014», Editoriale scientifica, 295 ss.
- MAZZAMUTO M. 2018. *Partiti, movimenti, democrazia diretta e divieto di mandato imperativo*, in «Diritto e società», 2, 2018, 107 ss.
- MAZZAMUTO M. 2019. *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in GRISI G. (ed.), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Jovene editore, 283 ss.
- MAZZAMUTO M. 2020a. *Orlando uno e trino versus Orlando dimenticato o immaginario*, in CORTESE F., CARUSO C, ROSSI S. (eds.), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Franco Angeli, 309 ss.

- MAZZAMUTO M. 2020b. *Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano e Franco Gaetano Scoca*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. IV, Editoriale scientifica, 3555 ss.
- MAZZAMUTO M. 2021. *The formation of the Italian administrative justice system, European common principles of administrative law and “jurisdictionalization” of administrative justice in the nineteenth century*, in DELLA CANANEA G., MANNONI S., (eds.), *Administrative Justice Fin de siècle*, Oxford University Press, 301 ss.
- MESTRE J.L. 2011. *L’histoire du droit administratif*, in GONOD P., MELLERAY F., YOLKA P. (eds.), *Traité de droit administratif*, I, Dalloz.
- ORLANDO V.E. 1888. *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, Utet.
- ORLANDO V.E. 1900. *Introduzione al diritto amministrativo*, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Società Editrice Libreria, 45 ss.
- ORLANDO V.E. 1940. *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, 3 ss. (originariamente edito in «Archivio Giuridico», I, 1889).
- PAJNO A. 2020. *Santi Romano ed il Consiglio di Stato*, in MAZZAMUTO M. (ed.), *Santi Romano. L’ordinamento giuridico (1917-2017)*, Napoli, 23 ss.
- ROMANO S. 1901 *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in V.E. ORLANDO (ed.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Società Editrice Libreria, 507 ss.
- ROMANO S. 1950. *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, in ID., *Scritti minori*, vol. II, Giuffrè, 425 ss.
- SALANDRA A. 1904. *La giustizia amministrativa nei governi liberi: con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Utet.
- SERRIGNY M. 1842. *Traité de l’organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, vol. I, Durand.
- SCHWARTZ B. 1954. *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York University Press.
- VIVIEN A.F. 1841. *Le Conseil d’État*, in «Revue des deux mondes», 1841, 161 ss.
- WACHSMANN P. 2011. *La jurisprudence administrative*, in GONOD P., MELLERAY F., YOLKA P. (eds.), *Traité de droit administratif*, I, Dalloz, 563 ss.