

SABINO CASSESE

### Nuovi paradigmi per la giustizia amministrativa<sup>1</sup>

Il tema della prima sessione di questo incontro è «Dalla l. n. 205 del 2000 ad oggi»: ci viene quindi chiesto un bilancio dello stato della giustizia amministrativa e della pubblica amministrazione.

Il tracciato del percorso di questo quindicennio è già stato esposto dal Presidente Cavallari. Se dovessi riassumerlo in una parola, direi che in questo periodo è continuata la marcia di avvicinamento della giustizia amministrativa ad un comune sistema di giustizia. È una marcia cominciata nel 1971, poi continuata nel 1993, che ha trovato il punto di svolta nella legge del 2000 e poi nelle sentenze della Corte costituzionale del 2004 e del 2006, ha successivamente avuto leggi minori e infine quella principale, del 2010, che costituisce un autonomo corpo di norme processuali.

Da questo punto di vista, la marcia della nostra giustizia amministrativa è in consonanza con il processo mondiale, che possiamo riassumere come un processo di cambiamento di un paradigma che si era costruito ad opera di due personaggi sui quali ritornerò nel corso di questa relazione: Tocqueville in Francia e Dicey in Inghilterra.

Secondo questo paradigma vi erano sistemi monistici di giustizia a sistemi dualistici. Questo paradigma sta cambiando attraverso un processo chiamato sommariamente di «convergenza», ma che in realtà è più complesso e si compone di tre elementi.

Il primo elemento è costituito dalla de-differenziazione dei sistemi di giustizia, in cui ciascuno perde la propria peculiarità; il secondo è costituito dalla diffusione, sia nei sistemi monistici sia nei sistemi dualistici, di alcuni principi, quali quelli di ragionevolezza e di proporzionalità; il terzo è costituito dal fenomeno chiamato dei «trapianti», e cioè degli sviluppi per imitazione degli ordinamenti giuridici.

Per esempio, nel Regno Unito, prototipo dei sistemi monistici, c'è una sezione specializzata del sistema giudiziario ordinario, che ha regole processuali proprie, diverse da quelle della giustizia ordinaria amministrata da

---

<sup>1</sup> Introduzione alla prima sessione del convegno sulla giustizia amministrativa, Tar di Lecce, 16. 10 2015

altre sezioni. In Francia, che è un prototipo del sistema di giustizia dualistico, si è sviluppato il ricorso di piena giurisdizione e si è abbandonato l'istituto del *Commissaire du gouvernement*, a causa dell'influenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che impone il rispetto di alcuni principi comuni.

Questa direzione di marcia richiede di ripensare giustizia amministrativa in termini completamente diversi da quelli fissati dal paradigma monismo – dualismo, nato dall'”opposizione” Tocqueville – Dicey, che ebbe la sua origine da una frase del libro di scienza politica più famoso dell'800, «La democrazia in America» di Tocqueville.

Nel 1835 Tocqueville scrisse, in un passaggio di questo libro: quando io dico ai miei interlocutori americani che il Re può ordinare a un suo dipendente di commettere un'ingiustizia o un'illegittimità, e che quando il privato reagisce cercando di portarlo davanti a un giudice il Re può ordinare a un altro suo organo, che si chiama Consiglio di Stato, di impedire che il giudice aggredisca l'impiegato e condanni l'illegittimità, questi mi guardano con orrore o non credono a quanto io dico loro.

Quest'affermazione colpì moltissimo Dicey, che era un ammiratore di Tocqueville, e su di essa Dicey costruì tutta la sua grande idea che i sistemi monistici di giustizia rispettano la *rule of law* perché sono sistemi basati sul principio di eguaglianza, mentre quelli dualistici violano la “rule of law”, perché fondati su un principio opposto, di differenziazione.

Dicey scriveva nel 1885 e Tocqueville aveva scritto nel 1835: nel frattempo erano cambiate molte cose. Anzitutto era scomparso il principio della garanzia dei funzionari, quindi non c'era più la possibilità di coprire l'illegittimità del funzionario nei confronti dell'intervento del giudice. Inoltre, il giudice era diventato effettivamente tale, perché il *Conseil d'État* dal 1872 aveva la *justice déléguée* e non più la *justice retenue*, quindi non era più un organo consultivo del Re, bensì un organo che emetteva una decisione finale sulle controversie.

Successivamente, c'è stata una marcia – lo riconosco, molto lenta – di avvicinamento, che non ha impedito le polemiche del pensiero liberale contro il sistema di giustizia amministrativa.

Io credo che a questo punto il problema della contrapposizione tra i due modelli sia evaporato a causa di questo avvicinamento.

Si apre invece un altro problema, quello del diritto amministrativo. Ora, con riguardo al diritto amministrativo, si sono affacciate negli ultimi tempi due opinioni critiche.

C'è una critica specifica, diretta a una particolare declinazione del diritto amministrativo: si dice che il diritto amministrativo non è funzionale al processo economico e che occorre quindi riallineare il primo al secondo. Questa è, per così dire, una critica dall'interno, diretta non al diritto amministrativo in sé, ma alla concezione meccanicistica che noi abbiamo di esso, al modo in cui viene gestito e applicato.

C'è poi una critica più radicale, che fu affacciata in un agosto di due anni fa con la proposta di abolire i Tar e il Consiglio di Stato «per non legare le gambe all'Italia» ed è stata riaffacciata questo settembre in questi termini: «non è possibile che i Tar decidano su tutto, dall'iscrizione a un asilo alla chiusura di un'ambasciata». Quindi occorre ridurre il loro raggio di azione. Il punto di vista critico è condiviso all'estero. Un famoso economista, che ha avuto grandi responsabilità nell'ambito europeo, questa estate ha detto che «la lentezza dell'Italia è l'eredità di una pessima gestione dell'amministrazione pubblica». E se si legge il libro di Carlo Cottarelli, «La lista della spesa», si nota che nel capitolo conclusivo si auspica di «non morire di diritto amministrativo», di «liberarsi del diritto amministrativo».

Quindi, in questo momento il diritto amministrativo non gode di buona stampa. Questo è successo anche in altri momenti: è noto che De Gaulle voleva sopprimere il *Conseil d'État* quando questo prese la famosa decisione *Canal*, con la quale impedì una impiccagione. E che limitazioni al potere dei giudici nei confronti dell'amministrazione sono state proposte recentemente nel Regno Unito dal ministro Grayling.

Qualche riflessione su questi temi. Non possiamo non ricordare che il diritto amministrativo ha mutato completamente la sua natura: è nato per sottrarre ai giudici le decisioni dei re, ma poi è diventato il mezzo per difendere i cittadini nei confronti dei re. Da strumento del governo è diventato strumento per proteggersi dal governo. Questo è oggi il modo in cui si conforma il diritto amministrativo ed è evidente che non si può lasciare il cittadino senza la tutela che esso assicura nei confronti degli atti dell'autorità.

Però chiediamoci anche, se si affacciano queste critiche al diritto amministrativo, se non ci siano cause che vanno analizzate, prima di contrap-

porre i teorici del diritto amministrativo e della giustizia amministrativa ai teorici del diritto monistico, per i quali uno è l'ordinamento e uno deve essere il diritto, sia dal punto di vista sostanziale, sia dal punto di vista processuale.

Un'analisi della situazione odierna, in Italia, non può prescindere dall'esame di tre fenomeni che sono molto preoccupanti.

Il primo è quello della trasformazione del Parlamento in un autentico co-amministratore. Ricordo che Costantino Mortati, scrisse un noto saggio sulle leggi-provvedimento. Oggi noi non abbiamo soltanto le leggi-provvedimento: abbiamo provvedimenti in forma legislativa e abbiamo – per citare il titolo di un libro – un «amministrare per legge». Ciò accade per un motivo sostanziale, che deriva dal nostro sistema istituzionale e politico: i governi durano troppo poco, e quindi vogliono decidere e realizzare. Ma la decisione è adottata con legge e la realizzazione a mezzo di amministrazione. Quindi, occorre assorbire l'attività amministrativa nella legge, con risultati abnormi: ad esempio la chiusura con legge di una delle sedi di un Ministero a Roma.

Dal carattere transeunte dei governi deriva uno spostamento del potere esecutivo verso il potere legislativo, il quale naturalmente se ne impadronisce, o perché non sa o perché c'è un ingestibile intreccio normativo. Di qui il fenomeno della co-amministrazione parlamentare e un sovraccarico che viene imputato al diritto amministrativo, ma di cui il diritto amministrativo e la pubblica amministrazione sono soltanto una concausa.

Infine, viene l'amministrazione, composta, a seconda dei punti di vista, di oziosi, recalcitranti, poco motivati, malgestiti, che tirano dalla parte opposta, sabotatori (la teoria del sabotaggio fu avanzata per la prima volta da Léon Blum, grande Consigliere di Stato, quale capo del primo governo di sinistra della storia dell'Europa, in Francia). Così si spostano le responsabilità sull'amministrazione. Ma questo rivela anche l'incultura delle classi dirigenti, prigioniere del punto di vista secondo il quale la pubblica amministrazione è puro meccano: basta fare una legge, perché burocrati senz'anima, senza interessi, senza passioni, senza sangue, senza nervi, saranno immediatamente attuatori di quel dettato. Ma tutti gli uomini hanno passioni, ideologie, orientamenti, che portano ad agire in un modo o in un altro, spesso legittimamente. Uno dei grandi studiosi della discrezionalità, un francese, scrisse che la discrezionalità, anche quando è limitata, dà sempre la scelta del tempo.

Per concludere: noi abbiamo oggi un problema della giustizia amministrativa che è meno rilevante, ma abbiamo un problema del diritto amministrativo che è più rilevante. Questo in parte deriva da una mancata comprensione del modo in cui si è svolta la storia del diritto amministrativo, da protettore dei governi a protettore dei cittadini nei confronti dei governi; in parte deriva da un atteggiamento di insoddisfazione, di reazione un po' superficiale, di insofferenza nei confronti dei Tar; e in parte deriva anche da alcuni difetti del nostro diritto amministrativo, che ha bisogno non di essere abbandonato, ma di essere riconcettualizzato in chiave moderna

A questo punto, il mio compito è quello di «rilanciare» brevemente gli spunti ai partecipanti a questa Tavola rotonda. Ci sono quattro punti che hanno costituito il filo rosso di queste osservazioni.

Il primo è quello della terzietà del giudice *dell'amministrazione* e non *nell'amministrazione* e la domanda è: se questa è la strada, che si può fare per evitare battute d'arresto e ritorni indietro?

Il secondo punto è: c'è insofferenza rispetto al giudice in generale e al giudice amministrativo in particolare, ma riusciamo a capire accuratamente quali sono le ragioni di questa insofferenza? Riusciamo a farne un'analisi

precisa e a capire in quale misura essa è fondata agli occhi di chi deve affrontare i costi e i tempi del decidere?

Terzo punto, relativo al peso che grava sulla giustizia e alla de-processualizzazione: siamo consapevoli del fatto che spesso la giustizia è usata e che, come ci diceva il Sen. Pellegrino, non c'è un principe né un mugnaio, ma ci sono passanti che sfruttano l'esistenza della giustizia? E ricordiamo che la giustizia è uno di questi servizi in cui la quantità è determinata dall'offerta più che dalla domanda?

Quarto argomento, la semplificazione: spesso noi semplifichiamo complicando. Siamo consapevoli dei limiti dei semplificatori, e cioè del fatto che noi non abbiamo le competenze tecniche per semplificare? Chi fa in Italia l'analisi dei processi di decisione? Chi fa in Italia l'analisi delle funzioni? Se non si fanno le analisi delle funzioni e dei processi di decisione (l'unica è quella ricerca promossa da Giannini, quando questi non era più Ministro) come può essere posto rimedio alla complicazione e si può semplificare davvero? Non ci vorranno, oltre ai giuristi, anche analisti e tecnici?