

Processo economico, sindacato giurisdizionale ed autonomia dell'amministrazione: la questione del merito amministrativo*

Di Giancarlo Montedoro
Pubblicato il 06/10/2014.

1. L'effettività della giustizia come Moloch: una prospettiva critica. 2. Invadenza della giurisdizione amministrativa sulla società civile? 3. Incidenza di tale invadenza sull'economia? 4. La magistratura amministrativa come Nomenklatura. Critica di tale tesi. 5. La crisi dell'amministrazione. 6. La crisi della giustizia. 7. La crisi finanziaria. 8. La crisi del costituzionalismo. 9. Possibili risposte sul piano della riforma costituzionale: i ricorrenti tentativi di fare rinascere la tematica dell'unità della giurisdizione. 10. La suggestione del modello tedesco. 11. Alcune risposte normative a costituzione invariata (l'unificazione dello status delle magistrature sul piano disciplinare sostanziale; critica e prospettiva dell'Alta Corte di Giustizia disciplinare, unico giudice per diversi modelli deontologici). 12. Risposte a criterio di riparto invariato (la riduzione della giurisdizione esclusiva e la problematica questione dei diritti fondamentali). 13. Risposte sul piano interpretativo: l'analisi del rapporto fra legittimità e merito amministrativo. Attinenza del problema al tema della divisione dei poteri. 14. La riserva di funzione amministrativa. 15. Cos'è il merito amministrativo? 16 La giurisprudenza della Cassazione sull'eccesso di potere giurisdizionale.

“Si va facendo la frattura fonda”
G. Ungaretti

“A una certa età gli affetti contano più dei concetti”
N. Bobbio

“Si potrebbe dire che abbiamo due destini: uno mobile e senza importanza, che si compie; e un altro, immobile e importante, che non si conosce mai”
R. Musil

1. L'effettività della giustizia come Moloch: una prospettiva critica.

Non è facile – è stato notato – farsi un'idea di cosa significa effettività.

La questione – sfuggente - è di quelle che sono da sempre al centro della teoria generale del diritto. L'effettività è un requisito della normatività, della giuridicità.

Sotto questo riguardo essa è requisito di esistenza di un determinato ordinamento giuridico ovvero il criterio legittimante la costituzione di una comunità politica e ciò in una prospettiva istituzionalistica.

In diversa chiave l'effettività è stata vista come un concetto che designa una realtà che riemerge, inevitabilmente, come una sorta di ritorno del rimosso, anche da teorie normativistiche del diritto, una sorta

di inesorabile nemesi finale della fattualità contro concezioni volte a confinare il diritto nel mondo delle idee e del dover essere (della dottrina pura).

Tale riemersione – visibile ad esempio nella dinamica fra potere costituente e potere costituito - determina problemi inestricabili di circolarità dei concetti, di continuo rinvio dal *Sein* al *Sollen* ma vivifica l'esperienza giuridica con la forza dei fatti storici (non estranei nemmeno alla prospettiva kelseniana letta in modo non ingenuo e scolastico).

All'opposto essa è stata vista – nel suo ridurre il diritto al fatto - come “un altro dei tanti segni del nostro tempo caratterizzato dal crepuscolo dei valori morali” ed è l'approccio di chi non rinuncia a coniugare il diritto con la teoria della virtù.

Con l'effettività il fatto si traduce in diritto (magicamente e gli ordinamenti consuetudinari ne sono un esempio).

Ma l'effettività indica anche una qualità del fenomeno giuridico: la sua capacità di incidere sulla realtà.

Nel processo l'effettività della tutela giurisdizionale è divenuta un adagio ricorrente, un principio che ausilia l'interprete, forse, ormai è da intendersi alla stregua di un *primum movens* dell'ordinamento processuale, concepito come un insieme teso a conseguire efficacia della tutela, da adeguarsi alle situazioni di vantaggio che la normativa sostanziale riconosce ai consociati.

L'effettività della tutela giurisdizionale è la stessa forza del diritto sostanziale quale risulta al termine delle vicende processuali che ne devono garantire l'attuazione.

Ciò determina la conseguenza che il giudice amministrativo deve godere degli strumenti di tutela idonei a garantire che gli scopi legislativamente previsti vengano conseguiti.

L'effettività è un principio precettivo, non è solo uno strumento di analisi (come potrebbe invece dirsi dell'analisi economica del diritto) che consenta di valutare l'operatività degli istituti processuali.

Il processo passa da una concezione meramente formale, di tipo impugnatorio, ad una concezione sostanziale in cui si esercita una giurisdizione piena sul rapporto amministrativo che si legittima per i risultati che consegue concretamente e quindi - è stato acutamente osservato - “si proietta al di là dell'annullamento dell'atto amministrativo verso l'ambito proprio dell'amministrazione che deve completamente soggiacere al *decisum* in sede giurisdizionale”¹.

L'effettività dunque conferisce concretezza alla giustizia amministrativa, collega le aspettative dei singoli al risultato ottenibile nel processo, ma induce un effetto indesiderato: l'idea che quello che non è possibile ottenere dall'amministrazione si possa ottenere dal giudice amministrativo.

Ciò conferma la tradizionale diffidenza che i cittadini hanno verso l'amministrazione, svaluta e deresponsabilizza la stessa amministrazione, assegna un ruolo sociale sempre più rilevante alla magistratura amministrativa (che ormai è andato al di là del ruolo esercitato all'epoca dell'Assemblea Costituente; epoca nella quale alla magistratura amministrativa era affidato il “classico” sindacato sull'atto amministrativo finalizzato al suo annullamento).

¹ G. ROMEO *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?* in Dir. proc. amm. 2004, 653 e ss. aveva già analizzato, in prospettiva critica, il principio di effettività della giustizia. Del pensiero di G. ROMEO si condividono le osservazioni critiche che vengono in questo paragrafo aggiornate e sviluppate in una diversa chiave ricostruttiva conducente alla rivalutazione della nozione del merito amministrativo.

L'evoluzione della giurisdizione amministrativa - è stato osservato - è parallela allo sviluppo dello Stato sociale; ne segue la parabola e tende a soddisfare bisogni emergenti attingendo ai principi sostanziali della Costituzione².

Persa è anche l'idea dell'interesse legittimo, oramai si ammette che i giudici amministrativi tutelino i diritti fondamentali e si parla oggettivamente, per definire il loro spazi giurisdizionale, solo di norma attributiva del potere, potere che deve garantire ai cittadini alcuni beni vitali (il "paternalismo" o il carattere pastorale del potere che ha connotato le vicende dalla nascita dello Stato secondo Foucault³, ne risulta rafforzato pur in un'epoca connotata dalla crisi della sovranità⁴).

L'amministrazione quindi viene messa sotto tutela giudiziaria, depotenziata e privata della sua funzione tradizionale, mentre non recede, fra gli amministrati, l'ideologia dello spirito del tempo dello Stato-providenza (secondo la quale v'è un potere che deve provvedere alla nostra salvezza), pur essendo evidente che le dinamiche della globalizzazione non sono in grado di fare svolgere alla sfera pubblica moderna le tradizionali funzioni securitarie per cui dai tempi di T. Hobbes essa si è costituita.

Il risultato è che si investe il giudice di una funzione salvifica - con conseguente dismissione delle funzioni della politica e dell'amministrazione - a fronte della quale non possono che innescarsi esiti deludenti.

Anche la domanda di giustizia muta caratteristiche in conseguenza dell'effettività della giustizia, come è stato notato, non si chiede al giudice di comporre il dualismo fra interesse pubblico ed interesse privato nel segno della legalità, ma di assicurare comunque protezione all'interesse dedotto in giudizio⁵.

E se è vero che al "personaggio interesse pubblico" se ne dovevano di ogni genere tanto che egli condizionava il giudice nella sua tecnica di controllo del potere pubblico, l'idea del processo effettivo - che a rigore vuole estinguere irenicamente il potere - sospinge il processo nella mitologia.

Ad un Moloch⁶ (l'interesse pubblico) se ne sostituisce un altro: l'effettività della giustizia. All'intangibilità ed insindacabilità dell'attività dell'amministrazione si sostituisce il mito dell'infallibilità del giudice (da ottenersi

² C. VARRONE *Stato sociale e giurisdizione sui diritti del giudice amministrativo* Napoli, 2001.

³ Foucault individua nel potere pastorale della Chiesa una sorta di modello esemplare del governo. In altre forme, ovviamente, esso si è affermato soprattutto nell'ambito dello Stato, per effetto dei processi di secolarizzazione del potere. Ma, al di là di questo, nella nostra società è soprattutto la razionalità economica a caratterizzare le forme prevalenti di governo degli uomini (cfr.: *Omnes et singulatim*, in *Biopolitica e liberalismo*, Milano, Medusa, 2001, pp. 107-146; *Sicurezza, territorio, popolazione*, Milano, Feltrinelli, 2005; *Nascita della biopolitica*, Milano, Feltrinelli, 2005). In uno scritto in via di uscita su Rivista trimestrale di diritto dell'economia della Fondazione Capriglione chi scrive ha cercato di criticare l'assolutizzazione del paradigma dell'*homo oeconomicus*.

⁴ Possono rileggersi con utilità a fronte della situazione del potere amministrativo e del potere mediatico e dell'inerzia da loro indotta nei cittadini le pur datate considerazioni di Kant nello scritto *Risposta ad una domanda: Che cos'è l'illuminismo ?*: "A persuadere la grande maggioranza degli uomini (e con essi tutto il bel sesso) che il passaggio dallo stato di minorità è difficile e anche pericoloso, provvedono già quei tutori che si sono assunti con tanta benevolenza l'alta sorveglianza sopra i loro simili minorenni. Dopo di averli in un primo tempo *istupiditi come fossero animali domestici* e di avere con ogni cura impedito che queste pacifiche creature osassero muovere un passo fuori della carrozzella da bambini in cui li hanno imprigionati, in un secondo tempo *mostrano ad essi il pericolo che li minaccia qualora cercassero di camminare da soli* [...] È dunque difficile per ogni singolo uomo lavorare per uscire dalla minorità, che è divenuta per lui una seconda natura. Egli è perfino arrivato ad amarla e per il momento è realmente incapace di valersi del suo proprio intelletto, non avendolo mai messo alla prova. Regole e formule, questi strumenti meccanici di un uso razionale, o piuttosto di un abuso delle sue disposizioni naturali, sono i ceppi di una eterna minorità." Questa riemersione della condizione di minorità è tipica delle odierne comunità dell'età della comunicazione e dello spettacolo, amministrate da Stati, entrati ormai nell'epoca della post-sovranià.

⁵ G. ROMEO op.ult. cit. pag. 658.

⁶ La Bibbia, nell'Antico Testamento (2 Re 23:10; Geremia 7:31), cita alcune volte un certo dio Moloch venerato dai cananei al quale venivano offerti dei bambini in sacrificio (la Bibbia dice "passati per il fuoco"). All'effettività della giustizia sacrificiamo quindi l'interesse pubblico. Come all'interesse pubblico prima si sacrificava la giustizia.

a tutti i costi e di qui le aspettative riposte nell'istituto della responsabilità civile anche esse dotate di un certo grado di illusorietà).

L'ottemperanza viene concepita come il luogo del processo in cui la vicenda deve chiudersi con necessaria soddisfazione dell'interesse sostanziale, evitando che l'amministrazione possa conservare il suo potere dopo il processo, con piena sostituzione della funzione giurisdizionale alla funzione amministrativa. L'amministrazione come apparato e come funzione viene quindi oscurata e superata dalla funzione giurisdizionale.

Inutile dire che i poteri privati ed il mondo dell'economia instano per questo esito; con esso si desidera non solo (come è ovvio) che l'amministrazione venga piegata al rispetto delle regole; ma si chiede di svolgere al giudice una funzione ulteriore: rendere l'amministrazione rapida ed efficiente, garantire l'amministrazione di risultato e l'efficienza economica attraverso il processo.

Ma è il processo un luogo sempre idoneo a svolgere questa funzione di garanzia dei risultati?

E può darsi una giustizia amministrativa senza garanzia di uno spazio proprio dell'amministrazione?

La Costituzione usa la formula giustizia nell'amministrazione per definire la giustizia amministrativa: è una formula casuale o non denota l'impossibilità di fare scomparire l'amministrazione dall'orizzonte del giudizio?

E cosa significa questa impossibilità di fare scomparire l'amministrazione come apparato e come funzione dal giudizio ?

Occorre ripensare la questione nei termini classici della divisione dei poteri, tenendo sempre distinta l'amministrazione dalla giustizia ed evitando una prospettiva secondo la quale – comunque e sempre – l'amministrazione si annulla nella giustizia e la giustizia, a quel punto, si tramuta necessariamente in amministrazione.

Ciò è possibile solo a certe condizioni – anche di diritto costituzionale - che vanno precisate ed indagate.

È la questione dell'autonomia dell'amministrazione, degli eventuali spazi di essa non conformabili dal giudice amministrativo, ad essa riservati o per scelta costituzionale o per effetto di scelta normativa ordinaria o per la natura stessa del potere in giuoco.

È la questione del merito amministrativo, rimasta in ombra nella più recente evoluzione del sistema giudiziario amministrativo e che può costituire la risposta ad alcune contraddizioni del presente o comunque una feconda prospettiva ricostruttiva della funzione del giudice amministrativo e del processo (da affiancarsi all'effettività come suo connaturato limite).

L'autonomia dell'amministrazione non è stata naturalmente mai messa apertamente in dubbio dagli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sull'effettività della giustizia amministrativa ma essa ha comportato una dilatazione degli interessi pretensivi e la ricerca di nuove forme di legittimazione all'azione in giudizio di cui, nonostante le previsioni codicistiche, si postula l'atipicità per permettere la conversione di interessi nuovi, non normativamente riconosciuti in modo espresso, in pretese giuridiche, ove sussista la meritevolezza della tutela di cui unico arbitro è, in definitiva, il giudice.⁷

⁷ Cfr. L. MARUOTTI *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela* in www.giustizia-amministrativa.it e P.M.ZERMAN *L'effettività della tutela nel codice del processo amministrativo* in www.giustizia-amministrativa.it R. CHIEPPA *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela* in www.giustizia-amministrativa.it

Si criticano in questa prospettiva l'eccessivo formalismo ed il concettualismo legati alla prospettiva chiovendiana di autonomia dell'azione, alla tipicità delle azioni, alla sottovalutazione del ruolo di mediazione del giudice rispetto alle istanze sociali che non hanno trovato immediata soddisfazione nelle scelte legislative ma che pure reclamano tutela sulla base di valori e principi costituzionali.

2. Invadenza della giurisdizione amministrativa sulla società civile?

Nelle democrazie si è assistito a un progressivo indebolirsi del potere rappresentativo a fronte dell'espandersi della funzione giurisdizionale dovuta a un aumento del territorio interessato dalle decisioni dei giudici fino ad un'espansione del giudiziario invasiva sulla società civile. Questo aumento si è manifestato in vari modi.

Ad esempio, con l'accresciuta partecipazione del giudice alla creazione della legge, la tendenza degli organi legislativi a delegare a quelli giurisdizionali decisioni delicate, l'allargamento dell'accesso alla giustizia da parte dei cittadini e, soprattutto, l'introduzione del controllo di correttezza o di virtù da parte della magistratura, la cui cogenza dipenderebbe dalla rilevanza politica e costituzionale acquisita grazie all'espansione delle funzioni giurisdizionali.

Tale alterazione sarebbe stata causata da due importanti processi di trasformazione degli assetti iniziali dei regimi rappresentativi, quali l'emergere dei partiti e della sfera pubblica. Quest'ultima viene definita come l'insieme delle attività e dei movimenti di opinione che propongono riforme della società, stimolando la formazione di partiti ideologici e inaugurando la stagione della politica programmatica. Con questa politica la produzione normativa assumerebbe una natura diversa rispetto a quella prodotta tradizionalmente dai regimi rappresentativi, finendo per dilatare anche l'attività giudiziaria.

In queste condizioni si avrebbe un progressivo indebolimento dei partiti, del parlamento e, quindi, anche delle opposizioni, che non riuscirebbero più né a soddisfare né a disciplinare la frammentarietà delle richieste della popolazione.

Parallelamente anche la sfera pubblica si trasformerebbe riferendosi più alle persone che al loro ruolo. Gli operatori pubblici devono perciò fare i conti con l'aumento dell'importanza della comunicazione di massa, per vedersi conferire dei riconoscimenti pubblici.

Fra gli altri fattori di lungo periodo che favoriscono un aumento dell'incidenza politica del sistema giudiziario ed altresì una sorta di invadenza (vedremo in quale senso) del giudiziario anche sulla società civile vanno ricordati soprattutto il crescente intervento pubblico nella vita sociale ed economica e un'evoluzione degli atteggiamenti dei cittadini che mette un forte accento sui diritti individuali⁸. In particolare, sono importanti l'affermarsi dello Stato sociale e il crescente 'gigantismo' delle organizzazioni economiche e sociali⁹.

L'espansione dei diritti sociali, la crescita degli apparati amministrativi incaricati di tutelarli, la crescente, e inevitabile, delega all'esecutivo di funzioni un tempo riservate al legislativo e l'aumentata rilevanza che decisioni di soggetti formalmente privati hanno per un numero sempre più ampio di cittadini hanno moltiplicato le occasioni di conflitto fra cittadini, Stato e grandi organizzazioni, e perciò rafforzato il bisogno di tutela nei confronti di apparati amministrativi che sempre più si ingeriscono nella vita dei singoli.

⁸ M. SHAPIRO, *The globalization of law*, in "Global legal studies journal", 1993, XXXVII, pp. 37-64.

⁹ M. CAPPELLETTI, M., *Giudici legislatori?*, Milano: Giuffrè, 1984.

Proprio per le sue caratteristiche procedurali, che fanno sì che una risposta alle domande del cittadino vada comunque data, il sistema giudiziario si è trovato sollecitato a intervenire a difesa degli interessi dei singoli nei confronti delle grandi organizzazioni pubbliche e private. Inoltre, si sono modificati gli atteggiamenti individuali e collettivi nei confronti del diritto. Si è sviluppata una domanda di giustizia sempre più pervasiva, che sta diventando uno dei tratti caratteristici dei regimi democratici contemporanei. La 'sete di diritti' individuali e collettivi - alimentata dal costituzionalismo liberale, nazionale e sovranazionale, dall'affermarsi dello Stato sociale e soprattutto dell'individualismo della cosiddetta 'società orizzontale' - si rivolge con sempre maggiore frequenza ai tribunali per tentare di far valere pretese che altrove non hanno trovato risposta¹⁰.

Non tutti i sistemi politici hanno conosciuto in eguale misura questo fenomeno. In linea di principio, condizione necessaria perché il potere giudiziario si espanda è la presenza di attori politicamente influenti interessati al suo rafforzamento e in grado di favorire decisioni che vadano in questa direzione.

Per quanto in Italia ciò sia mancato (per ragioni peculiari legate alla storia del conflitto di interessi epidemico che connota le nostre classi dirigenti ed al conseguente timore di controllo giudiziario), la società civile ha comunque effettuato scelte nella direzione dell'espansione del potere giudiziario (reclamando direttamente tutela).

La debolezza delle *elites* politiche ha comportato l'adozione di una strategia ambigua nei confronti del potere giudiziario di volta in volta blandito o contrastato.

Frutto di questa ambiguità è lo sviluppo della giurisdizione esclusiva su diritti del giudice amministrativo.

Il sistema politico per lunghi anni diffidente nei confronti della giurisdizione ordinaria ha invece scelto di fare espandere la giurisdizione amministrativa mediante il ricorso alla giurisdizione esclusiva, anche al fine di contenere un certo protagonismo giudiziario della giustizia penale, valorizzando la funzione preventiva di restaurazione della legalità del giudice amministrativo (naturalmente se questo è vero c'è da attendersi che un ritorno alla fisiologia del sistema penalistico possa accompagnarsi alla riduzione delle materie affidate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; ma la prospettiva è ben lontana dal potersi realizzare politicamente).

Proprio il ricorso alla giurisdizione esclusiva ha dato l'impressione di una certa invadenza della giurisdizione amministrativa anche in ambiti che non le sono propri, non solo quelli che le sono naturalmente affidati (di qui le note rimessioni al giudice delle leggi da parte dei giudici ordinari).

Capire l'itinerario che ha caratterizzato l'istituto della giurisdizione esclusiva nella sua lunga storia è uno strumento interpretativo corretto per intervenire sulle questioni poste dal d.lgs. n. 80 e dalla l. n. 205 fino alla codificazione che ha tenuto conto dell'intervento della Corte Costituzionale ma non ha sopito del tutto le polemiche (se è vero che sono finite innanzi al giudice delle leggi varie scelte codicistiche specie in materia di sanzioni delle amministrazioni indipendenti).

Con questo non si vuole dimenticare che l'ampliamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, specie con il meccanismo dei blocchi di materie, è stato auspicato da molti per correggere i difetti di quello che appariva ai più critici come un "parasistema che crea ingiustizia e genera disordine sociale" (Giannini).

¹⁰ L.FRIEDMAN, M., *Total justice*, New York: Russell Sage Foundation, 1985.

Sull'evoluzione di tale sistema e sui rischi di pan-giurisdizionalismo ad essa legati, aveva avvertito il Pres. De Lise nella propria relazione del 20 ottobre 2004 alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in occasione dell'incontro di studio promosso dalla prof.ssa Maria Alessandra Sandulli sul tema "Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela *ante causam* e confini della giurisdizione esclusiva": "Non si vuole insomma negare o sottovalutare che per rendere più semplice il sistema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo il legislatore ha creato aree di giurisdizione esclusiva per ragioni per così dire di "convenienza" o di semplificazione (anche se non sempre un tale effetto si è verificato), così come non si può negare che questa tendenza legislativa è diventata, negli anni novanta, così forte da suscitare il timore per un effetto non correttivo sul sistema, ma dirompente.

Nondimeno la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo presenta tratti genetici che, seppur in un contesto sociale ed istituzionale profondamente mutato rispetto alle sue origini, sono individuabili anche negli ultimi interventi normativi, perché sono tratti consustanziali al sistema, che appartengono cioè alla sua essenza.

Si può dire, anche se l'affermazione può apparire paradossale, che la *ratio* sottesa alla giurisdizione esclusiva preesiste a se stessa. Anteriormente al r.d. n. 2840 del 1923 ed al t.u. n.1054 del 1924, la cognizione di controversie coinvolgenti posizioni di diritti era ammessa, infatti, dalla legge istitutiva della Quarta Sezione e, forse, ancor prima, quando il Consiglio di Stato esercitava "giurisdizione propria" sulle liti in tema di interpretazione dei contratti di prestito pubblico (art.10, comma 1, l. n. 2248 del 1865 all. D, recante la legge sul Consiglio di Stato). Inoltre, la quasi totalità delle ipotesi di giurisdizione esclusiva contemplate nell'art. 29 del t.u. n.1054 del 1924 deriva da ipotesi di giurisdizione di merito che leggi precedenti, come la legge istitutiva della Quarta Sezione o quella sulle IPAB, prevedevano.

La cognizione del giudice amministrativo su controversie coinvolgenti posizioni di diritto non nasce dall'eccentricità o dall'arbitrio del legislatore, ma dalla "compresenza" di posizioni di diritto con quelle di interesse legittimo.

Questa "compresenza" è stata spiegata spesso ricorrendo all'immagine dell'intimo intreccio tra diritti ed interessi contenuta nella Relazione al r.d. n. 2840 del 1923. La fortuna di questa elaborazione molto semplificante deriva con ogni probabilità dal fatto che spesso un'immagine è più efficace di tante parole.

Ma se si ha la pazienza di rivedere questa Relazione, oggi da alcuni vigorosamente criticata, si rileva che in essa vi erano considerazioni più avvertite: per spiegare meglio il fenomeno della giurisdizione esclusiva la Relazione fa riferimento testualmente a "taluna determinata materia nella quale è così connaturato col diritto l'interesse pubblico, che è impossibile o assai difficile separare l'uno dall'altro, mentre l'interesse suddetto è così prevalente ed assorbente da far scomparire o affievolire la portata effettiva della questione patrimoniale o di diritto privato".

"Taluna determinata materia" che, nel linguaggio dell'art. 103 della Costituzione, diventa l'espressione "particolari materie".

È quindi un ininterrotto percorso che lega tutti i principali interventi normativi sulla giustizia amministrativa a dimostrare che l'espressione "particolari materie" contenuta nell'art. 103 Cost. va interpretata non in base ad un criterio quantitativo – particolari materie come materie eccezionali –, bensì in base ad un criterio qualitativo – particolari materie come materie specifiche –, ove la specificità è segnata dalla predetta

“compresenza”, sì da configurare la giurisdizione esclusiva come complementare rispetto alla giurisdizione generale di legittimità.

La sentenza n. 204 – superando, forse proprio in relazione all’ampiezza dell’estensione della giurisdizione esclusiva disposta dalla l. n. 205, il precedente orientamento della Corte costituzionale che lasciava sostanzialmente libero il legislatore ordinario nel ripartire tra giudice ordinario e giudice amministrativo le più varie tipologie di controversie – ha accolto la predetta impostazione, quando osserva che “il vigente art. 103, primo comma, Cost. *non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell’attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare ‘particolari materie’ nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe anche diritti soggettivi*”.

Questa è la chiave di volta della sentenza....

Che questi siano lo spirito e la portata della sentenza n. 204 deriva dalla testuale affermazione della stessa che ha dichiarato la incostituzionalità della disposizione sui pubblici servizi (l’art. 33, comma 2, del d.lgs. n. 80), “in quanto individua controversie nelle quali può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla pubblica amministrazione–autorità”, cioè all’esercizio del potere (e ciò a prescindere dall’uso, fatto nella sentenza, di espressioni che possono apparire desuete, come è stato rilevato in alcuni studi che hanno operato una sorta di vivisezione della motivazione, anche sotto l’aspetto lessicale!).

La previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è consentita – si può dire è imposta – nelle materie nelle quali la fruizione del diritto è, in varia misura e con varie modalità, condizionata dall’esercizio di un potere amministrativo.

In questi casi il giudice competente a stabilire se il potere sia stato o meno correttamente esercitato non può che essere il giudice amministrativo, che è *deputato a conciliare due esigenze ugualmente rilevanti: da un lato, la salvaguardia dell’apparato amministrativo, che è andato sempre più assumendo una connotazione marcatamente democratica e quindi di diretta derivazione politica, come interprete dei bisogni della comunità; dall’altro, l’effettività della tutela giurisdizionale, che comporta il controllo da parte del giudice della legittimità dell’operato dell’amministrazione, senza peraltro travalicare nel merito dell’azione amministrativa, nel sindacato dei fini e degli obiettivi perseguiti* (e qui emerge la nota distinzione tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa, soggette ai differenti poteri del giudice ordinario e del giudice amministrativo), *salvaguardando in tal modo, insieme alla garanzia della tutela giurisdizionale, l’autonomia costituzionalmente garantita del potere amministrativo e la sua funzione di interprete e di realizzatore dei bisogni collettivi*”.

Peraltro, se questa è la giustificazione della giurisdizione (non solo) esclusiva del giudice amministrativo, essa ne segna anche il limite, oltre il quale viene meno la ragion d’essere di tale attribuzione: questa infatti non è giustificata allorché *da un lato* si sia di fronte a controversie concernenti esclusivamente diritti patrimoniali, le cui vicende si collegano non all’esercizio di pubblici poteri bensì a rapporti di natura paritaria, anche se di essi sia parte la pubblica amministrazione, *dall’altro* si incontri il limite dell’autonomia dell’amministrazione che non scompare con lo stabilirsi di un campo di giurisdizione esclusiva (come in detto campo non scompare il potere).

Sul punto specifico dei limiti alla superfetazione della giurisdizione esclusiva, ed ai possibili rimedi giurisdizionali, segnalo il seguente recentissimo articolo di E. Scoditti, *Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi: una questione aperta*¹¹, ove si sostiene la ricorribilità in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti fondamentali, in contrasto pieno e letterale con l'art. 111 Cost. ult. comma (che prevede la ricorribilità solo per motivi attinenti alla giurisdizione).

3. Incidenza di tale invadenza sull'economia?

In questa prospettiva il giudice amministrativo ha anche acquisito un ruolo forte sull'economia, tanto che è oramai invalsa la dizione "giudice amministrativo come giudice dell'economia".¹²

Ci si riferisce – solo a titolo esemplificativo - sia all'importanza dei controlli sull'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa, sia all'impugnativa degli atti delle amministrazioni indipendenti come magistrature economiche dotate di poteri regolatori, sia alla crescente importanza delle liti sugli assetti organizzativi delle società pubbliche che sono i nuovi strumenti di intervento dello Stato nel mondo economico.

Il tema del rapporto fra diritto – ed in particolare diritto amministrativo - ed economia è arduo e non facile da inquadrare.

Un autorevole giurista di recente lo ha sviscerato a fondo; si tratta di A. Pajno che ha notato, nel suo saggio su Giustizia amministrativa e crisi economica¹³, che l'attuale rapporto fra funzione giudiziaria e mondo economico non appare giustificare toni trionfalistici spesso invalsi nella dottrina prodotta dai magistrati o da esponenti del foro amministrativo.

L'economia italiana è descritta dalla stampa che segue temi economico - politici – ha notato A. Pajno - come caratterizzata da un processo di affondamento inarrestabile e la burocratizzazione come il terzo lato del triangolo della morte in cui affonda la società italiana. In questa visione il centro del triangolo è occupato da un "ragno velenoso, forse immortale", la macchina amministrativa pubblica, che impone le sue regole asfissianti al corpo sociale; e blocca, "coadiuvata da magistrature amministrative che sono, anch'esse, organi vitali dello stesso ragno", ogni possibilità di "rovesciare il trend di espansione della spesa pubblica e delle tasse".

Ancor più di recente è noto che Romano Prodi ha affermato che sugli investitori stranieri pesa l'incertezza che pende su ogni decisione economica per effetto del modello organizzativo della nostra giustizia amministrativa; uno di questi investitori avrebbe con amara ironia osservato, che "se si abolissero i TAR ed il Consiglio di Stato, il nostro PIL assumerebbe subito un cospicuo segno positivo": e ciò perché queste istituzioni avrebbero assunto un enorme spazio di potere, mentre il ricorso al TAR sarebbe divenuto un

¹¹ In Foro it., 2014, V, 157

¹² Sul punto cfr. G. CORAGGIO *Discorso di insediamento* del 19 aprile 2012 ed, in chiave più spiccatamente apologetica di tale ruolo G. LO PRESTI *I TAR veri giudici dell'economia* intervento del 13 dicembre 2011 in Palazzo della Cancelleria Apostolica in Roma per il quarantennale dei Tar organizzato dall'ANMA.

¹³ Vedilo in www.irpa.eu.

“comodo e poco costoso strumento di blocco contro ogni decisione che non fa comodo, penetrando ormai in ogni aspetto della vita del Paese”.

Fra giustizia ed economia esisterebbe un rapporto per dir così, naturale; tuttavia questo rapporto sarebbe entrato in crisi. Sembrerebbe quindi ormai archiviato il periodo nel quale, per sottolineare un felice binomio tra tutela e considerazione dell'interesse pubblico, quello amministrativo veniva indicato come il giudice naturale dell'interesse pubblico in economia.

Affermazioni ad un tempo così perentorie ed autorevoli non possono essere trascurate, o, peggio, passate sotto silenzio, ha notato Pajno.

Alcune repliche sono venute dal mondo dei giuristi e vi è stato un importante convegno a Palazzo Spada, al quale segue questo.

Le due diverse rappresentazioni del valore e del ruolo della giustizia amministrativa da parte del mondo legato alla riflessione giuridica e di quello dei commentatori delle cose dell'economia, se corrispondono naturalmente a due diverse prospettive, - quella della garanzia e quella della promozione dello sviluppo - evidenziano - sempre secondo Pajno - una serie di situazioni su cui occorre portare la riflessione.

Più precisamente, risulta palese che nel rapporto fra giustizia amministrativa ed economia, la prima viene talvolta percepita come “antagonista” rispetto all'altra. Giustizia amministrativa ed economia, pur legate da un rapporto strutturale, rischiano di non intendersi più proprio perché i due mondi rischiano di non comunicare, di parlare linguaggi diversi.

Per risolvere tale incomprendimento occorre, forse, andare più a fondo nello studio della relazione fra economia e diritto, prendendo le mosse dall'analisi delle origini e dell'evoluzione di questo rapporto. E qui è necessario aprire una digressione metodologica che imposti su basi corrette il rapporto fra i saperi criticando l'eccessiva autonomizzazione dell'economia nell'ambito delle scienze sociali.

La scienza economica, al suo esordio, era una branca della filosofia morale.

Adam Smith ha scritto sia «La ricchezza delle nazioni» che la «Teoria dei sentimenti morali». Egli insegnava anche diritto come è rivelato dalla nota pubblicazione delle sue «Lezioni di Glasgow» che sono un vero e proprio corso di *common law*.

È quindi logico ritenere che, alle origini, etica ed economia fossero discipline sorelle, mentre, con il progressivo affermarsi dell'autonomia scientifica degli studi economici le loro strade hanno cominciato a divergere a tal punto che l'economia si è separata non solo dalla filosofia ma anche dal diritto e dall'etica, fino all'approdo ad una concezione dell'*homo oeconomicus* che è chiamato a seguire un approccio all'azione guidato da meri criteri di utilità, come insegnato dal marginalismo (connotato da un notevole grado di indifferenzismo etico che si sposa perfettamente con il nichilismo dominante nel diritto attuale).

Il marginalismo è la teoria classica dell'economia, che, tuttavia, ha sempre incontrato i suoi limiti, nella storia dello Stato capitalistico borghese, nel diritto.

Fino all'epoca dominata dall'idealismo hegeliano tuttavia non c'è dubbio che lo Stato abbia dominato sull'economia e che le scienze giuridiche abbiano prevalso su quelle economiche.

Un rovesciamento completo di questo paradigma si ha nella seconda metà del Novecento, epoca nel corso della quale l'economia - già costituitasi come sapere del tutto autonomo, separato dal diritto e dalla morale, a

ApertaContrada

RIFLESSIONI SU SOCIETÀ, DIRITTO, ECONOMIA

partire dal Settecento - rinsalda la costruzione di un modello epistemologico vincente per l'interpretazione dei fatti sociali basato sull'ideal-tipo dell'*homo oeconomicus* e sul calcolo dell'utilità marginale.

L'economia – intesa come scienza – ormai ha messo in crisi tutte le scienze sociali e ne è diventata la regina.

Lo stesso concetto di società è divenuto impensabile alla luce del paradigma dell'*homo oeconomicus*, della razionalità strumentale, dell'individualismo metodologico, del calcolo di utilità: la società diviene un fantasma ideale, una mera proiezione mentale per rappresentare la sommatoria di scelte individuali.

La democrazia, alla luce di tale concezione, è mero giuoco competitivo e metodo ingegneristico per il calcolo delle preferenze individuali e collettive.

Nasce negli Stati Uniti una disciplina, la c.d. «*law and economics*» in Italia nota come analisi economica del diritto, volta a testare la razionalità della progettazione giuridica e la logica delle decisioni giurisdizionali.

L'economia, nella perenne dialettica fra legittimità e legittimazione che connota il fenomeno giuridico, diviene, nel mondo globalizzato, anche attraverso la formazione di questi saperi, se non l'unica certo la principale fonte di legittimazione del potere pubblico.

L'economia, naturalmente, è sia un fenomeno reale sia un sapere che lo studia.

Il sapere economico – fortunatamente – non ha mai ignorato, nell'analisi dei fenomeni economici, il peso e l'influenza della realtà istituzionale.

La corrente neo-istituzionalista, negli studi economici, si occupa della valutazione delle interazioni che le istituzioni hanno sull'economia.

Il diritto, in tal modo, diviene parte dell'economia, senza essere negato nella sua autonomia. Le regole giuridiche sono parte delle ragioni di azione dell'*homo oeconomicus*.

Per il neo-istituzionalismo economico va privilegiato, sul piano metodologico, un approccio interdisciplinare che si contrappone alla matematizzazione ed al formalismo del ragionamento deduttivo astratto prevalente nella scienza economica.

Con l'istituzionalismo emerge la rilevanza economica delle istituzioni giuridico - economiche (sistema bancario, codice commerciale, mercato del lavoro, sistema scolastico ecc.) sia politiche e costituzionali (modello di democrazia, sistema elettorale, forme di governo ecc.).

Pur avendo contenuti eterogenei, esso si caratterizza per l'enfasi posta sul condizionamento dell'ambiente istituzionale sulle attività economiche, per l'approccio attento alla dimensione evolutiva del rapporto tra istituzioni e comportamento dei soggetti economici, per l'attenzione rivolta agli aspetti conflittuali dell'interazione sociale (piuttosto che ai meccanismi di coordinamento spontaneo), che le istituzioni contribuiscono a regolare e controllare. Si vedano, ad esempio, i contributi di Veblen «La teoria della classe agiata» (1899) e di J. Commons «*Institutional Economics*» (1934). Esso conobbe la massima popolarità nel 1918, quando W.H. Hamilton presentò all'*American Economic Association* una relazione dal titolo «*The institutionalist approach to economic theory*». Alla base del successo vi era la crescente presa di coscienza del modo di fare economia dell'istituzionalismo sull'opinione pubblica e sui leader politici. Il *New deal* di F.D. Roosevelt sembrò dare ragione alle aspettative ottimistiche degli artefici dell'istituzionalismo, i quali, di fronte alla situazione prodotta dalla grande depressione, avevano soluzioni da proporre, che il governo adottò. Il pensiero istituzionalista era l'incarnazione dello spirito della frontiera, della capacità pubblica di influenzare positivamente il corso degli eventi.

L'istituzionalismo va considerato, insieme alla lezione keynesiana, per individuare non solo le condizioni per la riconciliazione fra «saperi» che sembrano, talvolta, aver preso strade diverse ma anche per identificare strade nuove che possano condurci fuori dalla crisi.

Molti autorevoli studiosi hanno adottato l'approccio neoistituzionalista nello studio di diverse scienze sociali: Mary Douglas, Friedrich A. von Hayek, Robert Nozick, Robert Sugden, Jon Elster, Oliver E. Williamson, Walter W. Powell, Paul J. DiMaggio, James G. March e Johan P. Olsen e Douglass C. North. Dall'analisi delle loro riflessioni si ricava che il punto di vista neoistituzionalista si articola in un complesso di teorie molto variegato, ma che, tuttavia, si dimostra suscettibile di trattazione unitaria per l'importanza che viene riconosciuta al ruolo delle regole *extra ordinem* ai fini dell'organizzazione sociale, vale a dire a quelle regole - di origine prevalentemente informale, ma non solo - che producono vincoli effettivi per i comportamenti dei consociati, pur essendo generate al di fuori degli schemi sulla produzione legale del diritto (o anche in contrasto con questi).

In una parola si tratta del *peso della tradizione*, variamente declinato ed analizzato in un caleidoscopio di prospettive critiche.

Le convenzioni cognitive¹⁴ di Mary Douglas, le norme spontanee¹⁵ di Friedrich von Hayek, l'agenzia protettiva dominante¹⁶ di Robert Nozick, le strategie evolutivamente stabili¹⁷ di Robert Sugden, le norme sociali¹⁸ di Jon Elster, le strutture di controllo¹⁹ di Oliver Williamson, l'isomorfismo istituzionale²⁰ di Walter

¹⁴ Non è, dunque, nella capacità degli individui di decidere razionalmente che vanno ricercate le risposte agli interrogativi sul fondamento della cooperazione e della solidarietà, ma – così suggerisce Mary Douglas in «How institutions think» in italiano, *Come pensano le istituzioni*, il Mulino, Bologna 1990. - è al «pensiero istituzionale» che si deve rivolgere l'attenzione. Secondo l'autrice, la società non potrebbe esistere se i consociati non avessero una comunanza di pensieri e sentimenti o, per meglio dire, se i pensieri individuali non avessero origini sociali: «le classificazioni, le operazioni logiche e le principali metafore sono date all'individuo dalla società. Soprattutto, il senso della correttezza aprioristica di alcune idee e dell'insensatezza di altre ci viene conferito come parte dell'ambiente sociale». Lo stesso si può dire per le «categorie del tempo, dello spazio e della causalità»: anch'esse, come già aveva rilevato Durkheim, «hanno un'origine sociale». E non diverso è il discorso che può essere fatto in relazione alle categorie di naturalità, razionalità e giustizia, dalle quali gli uomini traggono le indicazioni fondamentali per distinguere ciò che è doveroso da ciò che non lo è. Sono queste categorie sociali che consentono ai membri di un gruppo - non importa se grande o piccolo - di rispondere al «bisogno individuale di ordine, coerenza e controllo dell'incertezza».

¹⁵ Pur in un quadro di individualismo metodologico Hayek osserva la genesi del diritto rifuggendo ogni antitesi fra natura e cultura ed in prospettiva critica sia verso il giusnaturalismo che verso il positivismo. Le regole giuridiche vanno ricondotte al campo dei fenomeni che, come disse in seguito Adam Ferguson, sono 'il risultato della azione umana, ma non della progettazione umana'. Mandeville aveva posto in rilievo che gli individui sono guidati, nelle loro scelte, da bisogni e fini egoistici, ma che la loro interazione genera fenomeni sociali non attesi: «vizi privati, pubbliche virtù».

L'individuo svolge cioè un ruolo sociale positivo senza volerlo né saperlo, anzi, agendo egoisticamente e perseguendo fini individuali. Si tratta, secondo Hayek, di un lento processo (di adattamento a nuove circostanze) per tentativi ed errori, che seleziona le scelte vantaggiose, quelle che ottengono successo, facendone il paradigma della condotta vincente.

Questo è il concetto di evoluzione culturale di Hayek: le formazioni sociali spontanee sono ateleologiche, cioè prive di un fine dato (si è parlato di eterogenesi dei fini). I 'fini sociali' altro non sono se non il risultato della coincidenza di vari fini individuali, cioè «semplicemente fini identici di molti individui» (alla Mandeville de la Favola delle api).

¹⁶ Lo Stato è un'agenzia protettiva dominante che non permette agli individui di fare ricorso avverso procedure inaffidabili o inique. Ciò in base a null'altro che al principio della forza.

¹⁷ Con il termine di Strategia Evolutivamente Stabile (ESS) si intende uno schema di comportamento pre-programmato che una volta adottato da un determinato numero di individui di una popolazione, non può essere migliorato (invaso) da una strategia alternativa. Il concetto è stato introdotto dal biologo e genetista John Maynard Smith nel 1973 utilizzando le metodiche di analisi della teoria dei giochi, sviluppando le idee di studiosi precedenti. Può essere considerato un'estensione al campo evolutivo dell'equilibrio di Nash.

¹⁸ Secondo Elster, (*The Cement of Society. A study of Social Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989) tra le determinanti della maggior parte delle azioni rientrano sia le motivazioni razionali sia le norme; ma «mentre l'azione razionale guarda ai risultati ed è essenzialmente condizionale e orientata al futuro, l'azione guidata da norme sociali è invece incondizionata, o se condizionale, lo è nei confronti di eventi passati». Nel quadro della razionalità le motivazioni sono di tipo egoistico, quando l'oggetto del risultato dell'agire è il sé, e di tipo non egoistico quando il risultato dell'agire si orienta sugli altri.

Powell e Paul Di Maggio, le *routines*²¹ di James March e Johan Olsen, i vincoli all'azione di Douglass North sono tutti esempi di regole di questo tipo.

Diritto ed economia sono destinati all'incomprensione fino a quando i giuristi rimarranno chiusi nel recinto della retorica e del formalismo e gli economisti non ricorderanno che l'etica è il fondamento della loro disciplina.

La nozione di istituzione è il loro terreno di incontro. La scienza economica nei suoi momenti più alti è umanesimo, riflessione sul problema della povertà e come superarlo, riflessione sui beni pubblici e come garantirli, riflessione sui rapporti fra Stato e mercato alla ricerca di un punto di equilibrio.²²

In questa prospettiva non può sfuggire la centralità di un giudice – presente in varie forme in tutta Europa e sul modello del quale è stata costruita la giustizia comunitaria - al quale sia demandata la funzione di controllo della legalità dell'azione amministrativa, sempre da tenersi sul filo dell'equilibrio fra efficienza e garanzia.

Nelle norme sociali elemento caratterizzante è l'aspetto emotivo, nel senso che una norma ha tanto più presa quanto maggiore è la disapprovazione della gente nei confronti di chi la viola.

Considerando il modo di «operare delle norme in larga misura cieco, meccanico e persino inconscio», Elster non può che dissentire dall'interpretazione riduttiva dei neoclassici che considerano, invece, le obbligazioni normative come il risultato di azioni razionali ottimizzanti.

Per definire le norme, Elster si sofferma, dunque, sul loro valore intrinseco e sul loro potere motivazionale indipendente.

¹⁹ Williamson ha studiato quando scegliere il mercato e quando la gerarchia (il potere amministrativo in sostanza) in un'ottica di analisi economica del diritto. Cfr. Williamson, *L'Organizzazione Economica. Imprese, mercati e controllo politico*, Il Mulino, Bologna, 1991.

²⁰ Il concetto di isomorfismo organizzativo è stato introdotto da Meyer e Rowan nel 1977 nell'ambito della teoria neoistituzionalista. Tale concetto indica i processi attraverso i quali organizzazioni dello stesso tipo (università, ospedali,...) tendono ad assomigliare sempre più tra loro adottando strutture, strategie e processi simili. Meyer e Rowan osservano che in generale le organizzazioni operano in un contesto altamente istituzionalizzato, che stabilisce normative e criteri di razionalità ai quali le organizzazioni devono adeguarsi per potere essere giudicate efficienti. Il problema è studiare le pressioni che le istituzioni esercitano sulle organizzazioni affinché si adeguino ai criteri di razionalità prevalenti, cioè vedere come si sviluppano i processi di isomorfismo. I processi di isomorfismo sono dovuti alla creazione dei così detti *miti razionalizzati*, vale a dire *regole che non si basano su prove empiriche ottenute con metodo scientifico ma che sono legittimate dalla convinzione di essere efficaci*. Le organizzazioni tendono a conformarsi a questi criteri. Lo studio dei processi di isomorfismo è stato approfondito da Powell e DiMaggio Powell, W. e DiMaggio, P. *The new institutionalism in organizational analysis*, p. 183-203, 1991. Chicago: University of Chicago Press. I due autori introducono il concetto di campo organizzativo, cioè un insieme di diversi tipi di organizzazioni e soggetti che producono influenze reciproche sul campo. Tutti gli elementi appartenenti al campo organizzativo sono allo stesso tempo oggetto e soggetto delle pressioni che si producono sul campo e l'isomorfismo è il risultato di queste pressioni reciproche. Powell e DiMaggio osservano che nei primi anni di un campo organizzativo le organizzazioni all'interno del campo possono essere molto diverse tra loro. Con il passare del tempo, come risposta alle pressioni istituzionali, le organizzazioni tendono ad assomigliare sempre di più. I campi organizzativi possono essere individuati solo attraverso lo studio dei processi che li fanno diventare socialmente definiti. Oltre a un aumento delle interazioni tra le organizzazioni appartenenti al campo, tali processi includono lo sviluppo di strutture chiaramente definite di dominio e coalizione, un aumento delle informazioni relative al campo, un aumento della consapevolezza reciproca degli elementi del campo.

Per descrivere i processi di omogeneizzazione Powell e DiMaggio identificano due tipi di isomorfismo, competitivo e istituzionale. Nel caso dell'isomorfismo competitivo le pressioni verso l'omogeneizzazione sono dovute alla competizione tra le organizzazioni sul mercato. Invece l'isomorfismo istituzionale, che è l'oggetto dello studio di Powell e DiMaggio, implica la competizione tra le organizzazioni per ottenere legittimazione istituzionale.

²¹ «The appropriateness of rules includes both cognitive and normative components» (March and Olsen *Democratic Governance* New York Free press 1995, p. 30-31). È stato notato che «Rules are followed because they are seen as natural, rightful, expected, and legitimate. Actors seek to fulfill the obligations encapsulated in a role, an identity, a membership in a political community or group, and the ethos, practices and expectations of its institutions. Embedded in a social collectivity, they do what they see as appropriate for themselves in a specific type of situation».

²² T. Piketty – A. Goldhammer, [Capital in the Twenty-First Century](#), 2013.

4. La magistratura amministrativa come nomenclatura. Critica di tale tesi.

L'incomprensione della necessità di tale equilibrio ha dato luogo ad una pubblicistica di denuncia avente ad oggetto il ruolo invadente che – attraverso gli incarichi – i magistrati amministrativi, presentati come un potere che opera nell'ombra, autoreferenziale, onnipervasivo, specie in virtù della presenza in Uffici ministeriali di Gabinetto e negli Uffici Legislativi, ove vengono messi a punto, sul piano tecnico, i testi legislativi che sono poi approvati sul piano politico.²³

Come nella dialettica hegeliana servo-padrone, i servitori dello Stato, i magistrati *civil servants* divengono – secondo questa pubblicistica - i veri decisori attraverso la definizione dei dettagli tecnici delle scelte politiche. Poi gli stessi magistrati curerebbero l'esecuzione delle stesse scelte, nella preparazione degli atti di normazione secondaria, con la formulazione dei pareri del Consiglio di Stato come Organo ausiliario del Governo ed, in ultimo, chiuderebbero il cerchio con l'esercizio del controllo giurisdizionale sugli stessi atti.

Tale presenza istituzionale è ritenuta eccessiva e fonte di conservazione.

Orbene la ricostruzione proposta è interessante e su molti punti ben documentata ma la prospettiva riformatrice che viene indotta dall'analisi è fuorviante.

La politica ed il mondo della comunicazione che spesso ne dipende si autoassolvono troppo facilmente pensando di descrivere un mondo nel quale se le riforme in questo Paese non si possono fare è tutto perché esiste il Consiglio di Stato o la Ragioneria Generale dello Stato o il mondo dei gabinettisti e dei capi degli uffici legislativi.

La pubblicistica critica nei confronti della magistratura amministrativa, indicata come fattore di conservazione e causa dei ritardi del Paese, pur evidenziando fenomeni che meritano correttivi per venire incontro alla maturazione di nuove sensibilità, pecca di semplicismo e contiene un buon tasso di narrazione ideologica laddove ignora la multiformità della crisi che stiamo attraversando e che è – in buona parte - anche il frutto del paradigma neoliberista che ha dominato scienza economica e scienze giuridiche negli ultimi decenni.

Forse, senza assolverci dal dovere di autocritica, sarebbe necessario tener conto della complessità dei fattori di crisi.

²³ R. MANIA M. PANARA *Nomenclatura* Roma Bari 2014. L'inchiesta di Mania e Panara parte da Palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, e arriva a Palazzo Chigi passando per via XX Settembre, nel ministero dell'Economia. Il triangolo ove si decide davvero. Recita la quarta di copertina:

“Sono i consiglieri di Stato, i capi di gabinetto, i responsabili degli uffici legislativi dei ministeri, i tecnocrati della Ragioneria generale, alcuni alti dirigenti. Sono sconosciuti ai cittadini. Sono potenti, silenziosi, intoccabili. Scrivono le leggi e autorizzano gli emendamenti in Parlamento (*Sic! Ma la presentazione degli emendamenti non è affare del Parlamento e del Governo ?*). Producono gli atti del governo (*e i Ministri dove sono e che fanno ?*) e li giudicano nelle aule dei Tar e del Consiglio di Stato (*ma non si tratta di una garanzia costituzionale ?*). Perfino la legge di Stabilità passa prima dalle loro mani e poi arriva sul tavolo del Consiglio dei ministri (*qualcuno la dovrà pur scrivere la legge di stabilità e se lo fa non lo fa certo di testa sua ma seguendo direttive politiche*). Sono conservatori per definizione. Se le riforme restano al palo è anche per questo. Alla Nomenclatura non conviene cambiare nulla di quel che c'è.

È vero, i tecnici ci sono sempre stati. Ma – e questa è la novità – a partire dal progressivo declino dei partiti, la politica si è ritirata lasciando libero un campo d'intervento sempre più ampio. Quando c'è stato da decidere, da agire, incapace di assumersi responsabilità e timorosa di perdere il consenso, ha abdicato in favore dei tecnici, dei consulenti, dei consiglieri. L'inchiesta di Mania e Panara parte da Palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, e arriva a Palazzo Chigi passando per via XX Settembre, nel gigantesco ministero dell'Economia: è il triangolo romano di chi decide davvero.”

Quanto al dovere di autocritica forse si può iniziare dall'affermazione che un buon giudice deve sempre guardarsi dalla tentazione di amministrare in luogo dell'amministrazione, di fare politica in luogo degli organi di rappresentanza. E qui il tema si incontra con quello del merito amministrativo.

5. La crisi dell'amministrazione.

La crisi del nostro Paese (e del sistema mondo) è spiccatamente multiforme e complessiva. Alla dimensione economica, che è propria del contesto globale e specialmente dell'Europa e che, comunque da noi si manifesta in termini particolarmente gravi, si unisce la crisi politica, che è crisi dei partiti che finisce per mettere in questione anche la Costituzione, mentre, su un piano più quotidiano fattori determinanti della crisi italiana sono l'inefficienza amministrativa ed il malfunzionamento degli apparati pubblici, la lentezza della giustizia, il degrado morale e culturale della società civile, connotata da alta propensione all'evasione fiscale e dalla presenza della criminalità organizzata ed economica.

La storia dell'amministrazione italiana è segnata profondamente dalla dicotomia fra accentramento e localismo, che ha dato luogo ad un'amministrazione particolarmente debole e frammentata, ad una moltiplicazione dei centri decisionali e delle competenze, ad una impossibile convivenza fra il massimo della disgregazione ed il massimo dell'autoritarismo.

Peraltro il rilancio dell'amministrazione, pur tentato negli ultimi anni, con le riforme degli anni novanta, ha solo parzialmente conseguito i suoi obiettivi in presenza di una forte inclinazione della società all'individualismo ed alla scarsità di senso civico e della solidarietà sociale, fattori questi che sono in grado, se non superati (ed difficilmente lo possono essere fino a quando incontrano sostegno nel neo-liberismo), di determinare il fallimento di qualsiasi ipotesi riformatrice.

La disfunzione dell'amministrazione ha dimensioni grandi poiché interessa tutto il mondo delle istituzioni amministrative e dei loro rapporti con i cittadini.

Nell'ottica del cittadino la routine burocratica è un girone dantesco, le procedure sono complicate, l'amministrazione è spesso parziale ed autoritaria, condizionata dalla politica, le logiche dello *spoils system* prevalgono sulle quelle del merito determinando conseguenze a cascata (visibili soprattutto nell'amministrazione sanitaria, ma non solo), le conseguenze sono clientelismo, corruzione, inerzia ed incapacità di decidere, mancanza di *accountability* e scarsa efficienza.

Il maggiore attivismo delle magistrature non ha portato a significative correzioni del quadro.

Una lettura improntata a moderato ottimismo è stata fornita da A. Pajno, nel lavoro prima citato, del quale conviene riportare alcuni passaggi significativi, volti soprattutto a criticare chi ritiene che il recupero di efficienza dell'amministrazione si ottenga tramite la riduzione dei controlli giurisdizionali:

“Negli ultimi decenni l'accento è caduto sul processo di cambiamento del diritto amministrativo che è divenuto ormai un suo tratto costante, sulle trasformazioni che hanno interessato i suoi elementi tradizionali (il rapporto con lo Stato, il rapporto con la specialità, il rapporto con il diritto privato, la trasformazione del giudice); a partire dalla fine degli anni '80 le parole d'ordine sono state delegificazione, deregolazione, liberalizzazione, semplificazione, autonomia, nel segno di una riduzione del carico amministrativo e di un incremento della responsabilità dei cittadini.

Hanno, così, trovato ingresso gli istituti di democrazia amministrativa, la partecipazione, l'accesso, gli accordi sostitutivi e integrativi del provvedimento; l'amministrazione consensuale è divenuta, almeno sulla carta, un valore da perseguire, mentre i principi e le regole hanno progressivamente preso il posto dello Stato ed il potere si è trasformato in diritto, a garanzia delle situazioni soggettive, dei gruppi, delle comunità.

Le trasformazioni non si sono limitate al mondo sostanziale, ma hanno investito anche il processo amministrativo, che da giudizio sull'atto è progressivamente divenuto giudizio sul rapporto; alla tutela di annullamento si è affiancata quella per equivalente, ed il risarcimento ha dato corpo all'interesse legittimo; lo scopo del processo è divenuto la soddisfazione della pretesa sostanziale. Il giudice amministrativo è stato dotato dei poteri del giudice ordinario ed è stata fortemente sottolineata la funzione di garanzia e di tutela dell'individuo. Si è così, in qualche modo affermata la visione di Giannini, che vede nel processo amministrativo l'interesse pubblico affidato alla presenza in causa dell'amministrazione, e non ad una ponderazione dell'interesse pubblico da effettuarsi da parte del giudice unitamente alla considerazione dei profili di legittimità dell'azione amministrativa.

È su questo scenario « liberale » che è intervenuta la crisi economica. Questa ha prodotto mutamenti significativi negli assetti istituzionali, e con essi la reviviscenza di molti istituti tradizionali del diritto pubblico dell'economia (pianificazione, incentivi, direzione del credito, regolazione severa dei mercati finanziari). La crisi economica ha rilanciato, pur in un contesto giuridico profondamente mutato, gli strumenti e soprattutto la cultura tradizionale, in cui « l'intervento » del potere pubblico ha un ruolo fondamentale rispetto alla logica della partecipazione. Questo mutamento degli strumenti sostanziali — e della cultura che li accompagna — ha, però, trovato, anche in ragione del ruolo decisivo dei principi del diritto europeo (art. 1 c.p.a.) una organizzazione della giustizia amministrativa e del suo processo, frutto di una lunga evoluzione, che ha visto nel codice del processo amministrativo un punto di sistemazione e di arrivo.

In essa, hanno trovato posto i riti e le tradizionali figure legate alla giurisdizione esclusiva: tuttavia, l'impostazione generale del codice è quella, voluta dalla legge di delegazione, che la avvicina all'esperienza del processo civile (art. 44 c. 1 n. 69/2009) e che di conseguenza è basata sui principi di effettività, di parità delle parti, del contraddittorio e sui conseguenti principi sulla prova (art. 64 c.p.a.). Si tratta, pertanto, di un processo nel quale la struttura di strumento di risoluzione « paritaria » del conflitto prevale, pur non negandole, sulle esigenze legate ad un processo inteso come attuazione di scelte politiche: un processo che appare coerente con l'evoluzione « liberale » del diritto amministrativo sostanziale e che per tale ragione può apparire non in linea con la riemersione della nuova cultura « interventista » della politica economica.

Quando la vicenda della crisi economica porta gli interpreti a lamentarsi della generale giustiziabilità delle scelte dell'amministrazione, che incarnano e danno corpo alle scelte di politica economica, c'è il rischio, accanto alla denuncia di difficoltà e di errori pure esistenti, di dimenticare i precetti di cui agli artt. 24 e 113 Cost., e dell'art. 6 della Carta dei diritti dell'uomo e di chiedere, per quanto paradossale possa sembrare, agli organi di giustizia amministrativa di comportarsi non come un giudice terzo, come impongono la Costituzione ed il diritto europeo, ma come i vecchi apparati del contenzioso amministrativo, tutti interni all'amministrazione ed alle sue ragioni, così negando le stesse origini del sistema italiano di giustizia amministrativa, che sull'abolizione del contenzioso amministrativo è fondato.” (così A. Pajno).

Indubbiamente le riforme degli anni novanta hanno introdotto significativi miglioramenti ed il controllo giudiziario più incisivo (sia penale che amministrativo) qualche risultato lo avrà anche conseguito (questo concederei all'argomentare di A. Pajno) ma la sostanza delle cose non appare mutata e le classifiche internazionali ci assegnano sempre posti bassi in graduatorie sulla efficienza e trasparenza amministrativa.

Cosa non ha funzionato ?

L'impressione di chi scrive è che sia, per così dire, mancata un'anima alle riforme amministrative, un'idea forte (che non può consistere solo nelle riduzioni stipendiali a parità di mansioni e nei tetti retributivi al settore pubblico mentre nel settore privato la dinamica retributiva appare lasciata ai meccanismi di mercato; la clausola Olivetti non era stata concepita per le aziende private ?).

L'idea forte dovrebbe essere semplice: la rivalutazione della tecnicità e del merito, il recupero della legalità e della capacità di decidere; in sostanza, fosse pure a costo del ritorno al potere autoritativo o alla gerarchia si sente il bisogno di un collante attorno al quale determinare un'aggregazione di forze, che dia sostanza al percorso riformatore sottraendolo alla estenuante serie degli annunci seguiti dalle inevitabili delusioni.

Naturalmente la crisi dell'amministrazione dipende anche dalla esistenza di un corretto rapporto fra giurisdizione ed amministrazione che eviti all'azione amministrativa di ricevere segnali contraddittori e paralizzanti dall'esistenza dei (pur essenziali) controlli giurisdizionali: e qui si incontra il tema del merito amministrativo come limite generale della giurisdizione di fronte all'amministrazione.

6. La crisi della giustizia.

Non dissimile è la situazione della giustizia.

Della magistratura attuale deve essere lodata l'indipendenza, e, quindi, nell'insieme, il valore della tutela della legalità e dei diritti e degli interessi dei cittadini che essa nel suo insieme assicura, ovviamente anche nei confronti del potere politico ed amministrativo.

Va tuttavia sottolineato che in particolar modo si presentano fortemente disfunzionali l'efficienza del processo (ossia la capacità dello stesso di raggiungere il risultato previsto dal diritto sostanziale) ed i tempi della giustizia.

L'indipendenza dei magistrati è senz'altro un frutto della Costituzione, che ha comportato notevoli mutamenti nel suo modo di concepirla e di organizzarla, nonché nel modo di interpretare le leggi, alla ricerca dell'interpretazione costituzionalmente adeguata, legata al progredire della cultura costituzionale.

Ciò non toglie che attualmente si assista anche ad una diffusa autoreferenzialità della giurisdizione che sembra aver smarrito il senso dell'autolimita e, talvolta, anche per i ritardi della legislazione, assume un vero e proprio ruolo nomo-poietico.

Le disfunzioni del processo comunque sono, ad avviso di chi scrive, soprattutto il frutto di ritardi nella legislazione ordinaria e non, se non marginalmente, dell'assetto della Carta.

Il tema è delicato, tanto che nel processo delle riforme costituzionali il tema dell'aggiornamento e della revisione della Carta fondamentale nella parte che riguarda la magistratura è stato saggiamente rimandato ad un momento nel quale possa dirsi maturato un indirizzo più condiviso sulla direzione della revisione (non potendosi negare che vadano inseriti dei correttivi ad es. al correntismo che connota la struttura del CSM; agli eccessi di politicizzazione dell'azione giudiziaria rivelati dal passaggio di molti magistrati, specie

ordinari, alla rappresentanza parlamentare nonostante il divieto di iscrizione degli stessi ai partiti politici; alla necessità di rafforzamento anche solo dell'apparenza di indipendenza dei magistrati – anche amministrativi - mediante l'istituzione della Alta Corte disciplinare a cui poi si farà cenno).

Sul piano organizzativo l'istituzione dell'ufficio del giudice, l'introduzione di meccanismi procedurali tesi a velocizzare la giustizia civile ed amministrativa possono introdurre significative novità ma non v'è dubbio che senza un investimento finanziario importante nella giustizia, che affronti i suoi nodi più drammatici (ad iniziare dalla situazione delle carceri) non si conseguiranno miglioramenti significativi del servizio.

Una svolta potrebbe essere nelle modalità di nomina dei capi degli uffici che dovrebbero essere magistrati dotati di indiscusse capacità manageriali, valutate anche dal Ministro, in modo da essere sicuri di conseguire risultati soddisfacenti sul piano organizzativo.

È una constatazione banale che le capacità organizzative non sempre si accompagnano al possesso, in grado eminente, di conoscenze giuridiche (e viceversa), occorre quindi che gli organi di autogoverno elaborino criteri stringenti per le verifiche del possesso di doti manageriali da parte degli aspiranti alle nomine negli uffici direttivi, andando oltre la logica della mera anzianità o la constatazione delle eccellenti qualità professionali dei giuristi presi in considerazione per le candidature.

Un'altra significativa riforma potrebbe essere costituita non dalla prospettiva di unità della giurisdizione (non va in tal senso lo sviluppo dei sistemi giudiziari in Europa, che privilegia il pluralismo giurisdizionale) ma nel senso della fissazione della regola della pregiudizialità amministrativa (battaglia perduta dalla giurisdizione amministrativa perché giocata tutta e solo sul piano giurisprudenziale mentre necessita di una scelta chiara sul piano legislativo), rispetto al civile ma soprattutto rispetto alla giustizia penale, che avrebbe come risultato, certamente, una maggiore certezza del diritto e la fine delle sconcertanti vicende legate ad iniziative di indagine penale – da cui nessun imprenditore è garantito nonostante riporti vittoria in annose controversie giurisdizionali amministrative – che spesso partono, ad iniziativa di un ricorrente, dopo la conclusione negativa di un lungo contenzioso giurisdizionale amministrativo.

La crisi della giustizia è anche una crisi della cultura incentrata solo sui diritti e non sui doveri (Zagrebel'sky ha avviato da un certo tempo la riflessione sul costituzionalismo dei doveri²⁴), una crisi da dilatazione dei

²⁴ G. ZAGREBELSKY in un articolo su Repubblica del 2/12/2011 *Se il diritto ha il dovere di pensare al futuro* ha scritto: "Il costituzionalismo si trova oggi di fronte alla sfida, che è una vitale necessità, di allargare lo sguardo in una nuova dimensione, finora ignorata: il tempo. Per introdurre questo argomento con una digressione, prendo a prestito dal volume dell'archeologo-antropologo Jared Diamond, intitolato *Collasso. Come le società scelgono di morire o vivere* (Einaudi), la storia di Pasqua, l'isola polinesiana a 3700 chilometri a est delle coste del Cile, scoperta dagli europei nel 1722, celebre per i 397 megaliti. Pasqua, quando gli esseri umani vi posero piede alla fine del primo millennio, era una terra fiorente, coperta di foreste, ricca di cibo dalla terra, dal mare e dall'aria, che arrivò a ospitare diverse migliaia di persone, divise in dodici clan che convivevano pacificamente. Quando vi giunsero i primi navigatori europei, trovarono una terra desolata, come ancora oggi ci appare: completamente deforestata, dal terreno disastroso e infertile, dove sopravvivevano a stento poche centinaia di persone. L'enigma di Pasqua, per com'è stato sciolto dagli studiosi, è un grandioso e minaccioso apologo su come le società possono distruggere da sé il proprio futuro per gigantismo e imprevidenza. La causa prima del collasso sarebbe stata la deforestazione, cioè la dissipazione della principale risorsa naturale su cui la vita nell'Isola si basava. Pasqua è un monito. Non parla soltanto di polinesiani d'un millennio fa. Parla di noi: di sfruttamento imprevedibile delle risorse, con effetti funesti sulle generazioni a venire.

Come possiamo condensare in una sola frase la parabola di Pasqua? Per soddisfare appetiti di oggi, non si è fatto caso alle necessità di domani. Ogni generazione s'è comportata come se fosse l'ultima, trattando le risorse di cui disponeva come sue proprietà esclusive, di cui usare e abusare.

Il costituzionalismo può ignorare questioni di questo genere? Se il suo nucleo minimo essenziale e la sua ragion d'essere sono – secondo la sintesi di Ronald Dworkin – la protezione del diritto di tutti all'uguale rispetto, la risposta, risolutamente, è no, non può ignorarle. Fino al tempo nostro non c'era ragione di affrontarle. Ogni generazione compariva sulla scena della storia in un ambiente naturale e

compiti della giurisdizione, che può essere affrontata solo restituendo alla giurisdizione (ed alla comunità) il senso del limite: e qui il tema si intreccia con quello del merito amministrativo.

umano che, se pure non era stato migliorato dai padri, certamente non ne era stato compromesso. Il costituzionalismo non ha avuto finora ragioni per occuparsi delle prevaricazioni intergenerazionali. Ma molte ragioni ha oggi, e drammatiche. Per quale ragione la cerchia de "i tutti" che hanno il diritto all'uguale rispetto dovrebbe essere limitata ai viventi e non comprendere anche i nascituri? Basta porre la domanda per rispondere che non c'è alcuna ragione: gli uomini di oggi e di domani hanno lo stesso diritto all'uguale rispetto, perché uguale è la loro dignità.

Ma oggi assistiamo alla separazione nel tempo dei benefici – anticipati – rispetto ai costi – posticipati –: la felicità, il benessere, la potenza delle generazioni attuali al prezzo dell'infelicità, del malessere, dell'impotenza, perfino dell'estinzione o dell'impossibilità di venire al mondo, di quelle future. La rottura della contestualità temporale segna una svolta che non può lasciare indifferenti la morale e il diritto.

In termini giuridici, la questione che si pone al costituzionalismo è la seguente: fin dall'inizio (ricordiamo l'art. 16 della *Déclaration* dei diritti del 1789), la sua nozione chiave è stata il diritto soggettivo, da contrapporre in vario modo al potere arbitrario. Ma il diritto soggettivo presuppone un titolare presente. "Diritti delle generazioni future" è una di quelle espressioni improprie che usiamo per nascondere la verità: le generazioni future, proprio perché future, non hanno alcun diritto da vantare nei confronti delle generazioni precedenti. Tutto il male che può essere loro inferto, perfino la privazione delle condizioni minime vitali, non è affatto violazione di un qualche loro "diritto" in senso giuridico. Quando incominceranno a esistere, i loro predecessori, a loro volta, saranno scomparsi dalla faccia della terra, e non potranno essere portati in giudizio. I successori potranno provare riconoscenza o risentimento, ma in ogni caso avranno da compiacersi o da dolersi di meri e irreparabili "fatti compiuti".

Bisogna prendere atto che la categoria del diritto soggettivo, in tutte le sue varianti di significato (diritti di, da, negativi, positivi, di prestazione, ecc.), è inutilizzabile tutte le volte in cui è rotta l'unità di tempo. È invece la categoria del dovere, quella che può aiutare. Le generazioni successive non hanno diritti da vantare nei confronti di quelle precedenti, ma queste hanno dei doveri nei confronti di quelle; esattamente la condizione della madre, nei confronti del bambino quando lo porta ancora in grembo. Il costituzionalismo dei diritti, senza rinunciare alla sua aspirazione centrale di essere al servizio della resistenza all'arbitrio, deve scoprire i doveri, non semplicemente in quanto riflessi, cioè in quanto controparte dei diritti, ma come posizioni giuridiche autonome che vivono di vita propria, senza presupporre l'esistenza (attuale) delle corrispondenti situazioni di vantaggio e dei relativi titolari.

Dobbiamo riconoscere che questo mutamento di paradigma vede il costituzionalismo completamente impreparato, anzi ostile. In nome dei diritti, non dei doveri, da due secoli conduce la sua battaglia. I doveri sono stati e sono tuttora la parola d'ordine dei regimi autoritari e di quelli totalitari. Si tratta però di costruire una mentalità, una cultura, e da ciò trarre spunto per comportamenti adeguati, anche senza che si debbano attendere proclamazioni giuridiche formali. Innanzitutto, le norme che riconoscono diritti e facoltà dovrebbero essere interpretate, tutte le volte in cui siano alle viste conseguenze potenzialmente pregiudizievoli sulla condizione di coloro che verranno, in una prospettiva oggettiva, in base alla massima: la terra appartiene tanto ai viventi quanto ai non ancora viventi; i diritti dei primi sono condizionati dall'uguale valenza anche per i secondi. Il che – non si può non riconoscere – comporta possibili restrizioni ai diritti in senso soggettivo. I diritti, nei casi anzidetti, devono essere intesi come beni o istituzioni di lungo periodo. Per estenderli nel tempo futuro, può essere necessario ridurne la portata nel tempo presente. Conosciamo già situazioni di questo genere, nelle quali entra in gioco il cosiddetto "principio di precauzione", vigente, in forza di norme di diritto nazionale, europeo e internazionale, per esempio in materia ambientale, energetica e sanitaria. Qui, parlando di costituzionalismo, si dice che quel principio dovrebbe essere assunto come elemento conformativo dell'intero modo di concepire il diritto costituzionale. Il diritto costituzionale di oggi deve essere un "diritto prognostico", che guarda avanti, fin dove, nel tempo, le previsioni scientifiche permettono di gettare lo sguardo.

Ma c'è dell'altro. Il giudizio prognostico non è un giudizio politico; è un giudizio tecnico-scientifico. Ora, a parte la difficoltà forse insuperabile di individuare scienziati e tecnici realmente indipendenti dagli interessi immediati da sottoporre a verifica, la prospettiva che si apre è la tutela tecnocratica sulla politica. Orbene, la politica, nella sua versione democratica come nelle sue degenerazioni populiste e demagogiche, s'incarna in istituzioni dei (non: dai) tempi brevi. Le decisioni devono essere in sintonia con l'interesse prevalente che la società, come più o meno autonomamente e veridicamente se lo rappresenta, ed è a dir poco improbabile che, nella considerazione di tale interesse, entrino con il peso che meriterebbero ansie e preoccupazioni per la sorte di società diverse, ipotetiche, lontane nel tempo. A questo interesse momentaneo, infatti, la politica deve rendere conto.

Fermiamoci qui. Siamo nel regno delle contraddizioni. Il costituzionalismo, nel quadro di allora, era il mondo dei diritti, ma ora il mondo ha bisogno di doveri. Il costituzionalismo ha prodotto democrazia, ma oggi la democrazia mostra di poter essere un regime di saccheggio delle risorse, per i viventi contro i posteri. Per questo, si ricorre a momenti ed elementi di natura scientifico-tecnocratica, ma la ragione del saccheggio sta precisamente nello sviluppo della tecnica senza altro fine che se stessa. Quindi, la tecnica, per essere benefica, dovrebbe poter essere a sua volta controllata. Ma da chi? Dalla democrazia, che è proprio colei che ha ne ha bisogno?

Doveri e tecnocrazia fanno paura, non c'è che dire. Ma sono necessari proprio alla luce delle premesse e delle promesse del costituzionalismo, una volta che non lo si intenda come mero egoismo dei viventi. Le contraddizioni sono intrinseche. Saranno distruttive? Non lo sappiamo. Quel che sappiamo è che esse chiamano a un compito non facile, su un terreno incerto dove molto è da pensare e costruire, tutti coloro i quali, nello studio e nella pratica, richiamandosi ai valori permanenti del costituzionalismo, intendono agire "costituzionalisticamente". Il costituzionalismo ha avuto una storia. La questione è se avrà una storia. L'avrà in quanto riuscirà a incorporare nella democrazia, senza annullarla o umiliarla, la dimensione scientifica delle decisioni politiche. Questa, mi pare, è l'ultima sfida del costituzionalismo, l'ultima sua metamorfosi.

7. La crisi finanziaria.

La crisi finanziaria mondiale ha prodotto devastanti effetti sul piano economico, ma anche su quello politico, sociale e culturale. Aumentano gli strati sociali che vivono in una condizione di indigenza estrema, si allarga il divario fra ricchi e poveri, scompare il ceto medio, si indebolisce lo Stato sociale, si estende il dominio del pensiero unico basato sulla logica di mercato e sui rendimenti finanziari.

La crisi è esplosa nel corso del 2007-2008 ma essa è il frutto di una lunga evoluzione iniziata negli anni ottanta, anni in cui il neoliberismo si è progressivamente affermato negli Stati guida del sistema capitalistico internazionale (Stati Uniti con l'amministrazione Reagan, Gran Bretagna con la Thatcher).

Il neo-liberismo, lo si è detto innanzi, è la vera e propria teoria economica dominante il mondo, è l'ultima ideologia in un mondo senza ideologie (che può solo affidarsi alle religioni per contrastare tale deriva nichilistica del pensiero laico).

Il neoliberismo ha coinciso sin dal primo momento con la finanziarizzazione dell'economia ed è stato sostenuto da scuole di pensiero di grande rilievo (da quella austriaca di von Hayek a quella di Chicago di Friedman), che in radicale opposizione al pensiero di Keynes, hanno sostenuto che l'ordine naturale del mercato dovesse svilupparsi spontaneamente, senza vincolare lo Stato ad interventi di giustizia sociale e redistributiva.

Si tratta di un pensiero che comporta la sostanziale morte del diritto pubblico dell'economia.

Gli effetti sul sistema economico sono ormai evidenti: le attività finanziarie (connotate dal circuito D-M-D) sono cresciute smisuratamente rispetto alle attività industriali (connotate dal circuito M-D-M).

L'effetto di sgocciolamento (c.d. "*trickle down effect*") ossia dell'automatico riversamento della ricchezza dall'alto verso il basso, non è – possiamo dirlo con certezza oggi che siamo all'apice della crisi in Europa – sufficiente a sostituire la giustizia sociale come fine assunto dal costituzionalismo di seconda generazione e dalla nostra Costituzione in particolare.

Autoregolamentazioni, *soft law*, liberalizzazioni, *standards* non vincolanti di condotta, codici di condotta, meccanismi di *governance*, politiche consensuali, accordi amministrativi, trasparenza sono strumenti che non appaiono finora condurci al di fuori della crisi.

Così sembrano fruste le ricette degli organismi sovranazionali (FMI, Banca mondiale, BCE ecc) che raccomandano riforme strutturali (mercato del lavoro e riduzioni della tassazione e della spesa pubblica).

La politica "debiti al posto dei salari" sta raggiungendo il pavimento (*the ground floor*) all'esito del quale potrebbero doversi riattivare strumentazioni tradizionali del potere statale (lo strumentario classico del diritto pubblico dell'economia fatto di decisioni autoritative, pianificazioni, ausili pubblici, conformazioni dei poteri dell'impresa, scelte sovrane, anche se condivise, sui debiti pubblici ecc.) che devono considerarsi solo quiescenti per ragioni dovute a vincoli derivanti dall'adesione ad organizzazioni sovranazionali dominate dalle ideologie neoliberiste.

La situazione italiana nel contesto descritto ha poi le sue specifiche debolezze e manchevolezze.

La storia dello sviluppo economico dell'Italia unita è la vicenda di un legame – come ha scritto M. De Cecco – esistenziale fra “crescita dello Stato e crescita dell'economia”²⁵.

Naturalmente questo ha determinato difetti costitutivi dell'imprenditoria italiana che si vedono nel presente con chiarezza nella scarsa attitudine all'innovazione di prodotto e di processo e nella progressiva perdita di quote di mercato nel confronto internazionale, nella ricerca di riparo sotto l'ombrello delle rendite ricavabili nelle attività di servizi connotate dall'intreccio tra pubblico e privato.

La storia recente ci fa assistere ad una certa riduzione della sfera delle imprese pubbliche di eccellenza o comunque strategiche per l'economia nazionale e ad una vera e propria moltiplicazione di galassie societarie spesso inefficienti attorno agli enti pubblici territoriali, le c.d. società di servizi pubblici locali, mentre le imprese private soffrono di una lunga stasi degli investimenti.

I casi drammatici della crisi della Fiat e dell'ILVA sono il segno della profondità della crisi economica del Paese, che sembra avviato ad una marcata deindustrializzazione senza essere approdato alla creazione di una significativa piazza finanziaria e senza aver sviluppato un modello di eccellenza nell'economia dei servizi avanzati e nelle industrie ad alta tecnologia (nei settori dell'informatica, della robotica e della ingegneria genetica).

Il modello della piccola e media impresa e dei distretti industriali (sostenuto da politiche fiscali che hanno puntato lungamente su crediti d'imposta o agevolazioni fiscali agli acquisti di beni e macchinari e non sul sostegno alla capitalizzazione) sembra messo in crisi dal differenziale fra i costi del lavoro dell'Occidente da un lato e della Cina e dei Paesi emergenti dall'altro.

Le politiche di semplificazione amministrativa ossessivamente perseguite generano nuovi problemi quali il consumo del suolo ed il rischio di degrado del paesaggio.

Si insiste nella politica di sostegno al settore delle costruzioni (un settore saturo) senza sufficiente attenzione alle politiche di risanamento e di riqualificazione del patrimonio esistente e di superamento del diffuso dissesto idrogeologico (segnali contraddittori in questo senso sono rinvenibili nel recente provvedimento c.d. sblocca cantieri) e soprattutto in assenza di una politica industriale complessiva che organizzi anche il mondo delle c.d. partecipate pubbliche.

Ma soprattutto appare necessario difendere la logica di mercato ricostituendo le condizioni di legalità del medesimo e la legalità degli scambi nonché la correttezza del giuoco concorrenziale, protetti più da un'amministrazione capace di provvedere che dalla logica dei contegni significativi e dei silenzi assenti dilaganti.

La legalità amministrativa richiede un giudice vigile e dotato professionalmente, capace di riconoscere i limiti della sua giurisdizione, accettato dai consociati sia che siano amministratori sia che si tratti di amministrati.

8. La crisi del costituzionalismo.

La crisi economica e finanziaria producendo disoccupazione di massa, riduzione dei salari e degli stipendi, impoverimento crescente, dissoluzione dei diritti dei lavoratori, crescita della disuguaglianza e delle povertà, crollo dello Stato sociale e persino pericolo di fallimento dello Stato induce come effetto la crisi e lo

²⁵ M. DE CECCO e A. PEDONE *Le istituzioni dell'economia* in A. ROMANELLI *Storia dello Stato italiano dall'unità ad oggi* Roma 1995.

svuotamento della politica moderna come progetto diretto all'autodeterminazione di una comunità nazionale, con la conseguente crisi della democrazia e del costituzionalismo (inteso come processo mediante il quale, con la scrittura delle carte costituzionali, si è garantita l'autonomia del soggetto moderno e l'uscita kantiana dallo stato di minorità tipico delle epoche pre-moderne).

Si passa dal governo pubblico e politico dell'economia al governo privato ed economico della politica.

Non sono più gli Stati, ossia i Governi ed i Parlamenti democraticamente eletti che con le loro politiche controllano i mercati ed il mondo degli affari imponendo loro regole, limiti e vincoli a tutela degli interessi generali e per il rispetto dei diritti fondamentali ma sono i mercati, ossia gli speculatori finanziari e le agenzie di *rating* a controllare gli Stati, elaborare indicatori economici che misurano le politiche pubbliche, e orientare e condizionare le stesse per creare requisiti di efficienza economica desiderati.²⁶

Lo stato *post* sovrano diviene una cinghia di trasmissione di politiche elaborate in luoghi informali, specie in organizzazioni sovranazionali, a vantaggio di interessi economici, che in Occidente si risolvono nel progressivo e sempre più inteso disciplinamento degli stili di vita e di consumo al fine di creare un nuovo livello delle ragioni di scambio fra i diversi luoghi del pianeta inteso come economia -mondo²⁷.

In queste condizioni Gaetano Azzariti si chiede se il costituzionalismo possa sopravvivere.²⁸

Il diritto non può rimanere immune dalla critica del moderno (condotta dalla filosofia ermeneutica) né ai mutamenti della storia. Anzi: il diritto costituzionale essendo il diritto più alto dell'ordinamento fa sì che esso sia esposto ai mutamenti profondi che il corso del tempo determina nei rapporti sociali e politici.

Il costituzionalismo potrà sopravvivere solo se la forza dei suoi valori sarà in grado di servire il tempo storico, uno iato troppo vasto fra le parole (del diritto) e le cose (della storia) determinerebbe la fine del costituzionalismo.

Un esempio per tutti: la costituzione fondata sul lavoro.

G. Zagrebelsky si è chiesto se – una volta inteso rettamente tale fondamento come fondamento di un'esistenza libera e dignitosa e non come dannazione riservata all'uomo concepito come *animal laborans* – le condizioni poste dal mercato globalizzato non abbiano rovesciato la centralità di tale principio.

²⁶ L. BARRA CARACCILO, *Euro e (o) democrazia costituzionale, La convivenza impossibile tra costituzione e trattati europei*, Roma, 2013, 17, 55, 173 analizza in prospettiva critica la costruzione dell'Euro e le tensioni che esso determina con i principi della democrazia costituzionale. J. STIGLITZ, di recente, nel corso di una seguitissima conferenza presso la LUISS Guido Carli di Roma (l'annuale lezione A. Costa) tenutasi il 6 maggio 2014 "Can the Euro Be Saved? An Analysis of the Future of the Currency Union" - : <http://www.luiss.it/evento/2014/05/06/xiv-lezione-angelo-costa-lecture-di-joseph-e-stiglitz#sthash.qrBHBBeUi.dpuf>, ha sostenuto ed argomentato chiaramente che se si vuole salvare l'euro occorre ripensarne a fondo l'architettura pervenendo ad una vera solidarietà, ad un'Europa politica, alla mutualizzazione del debito (video disponibile in rete). Nello stesso senso si è espresso J. ATTALI *Come finirà?. L'ultima chance del debito pubblico*. Roma 2010.

²⁷ Il termine 'economia-mondo' è la traduzione del termine inglese *world-economy* e di quello francese *économie-monde*. Quest'ultimo è tratto, a sua volta, dall'espressione tedesca *Weltwirtschaft*. Fernand Braudel fu il primo a utilizzare il termine *économie-monde*. Cfr. F. BRAUDEL, *La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II*, Paris 1949 (tr. it.: *Civiltà e imperi del Mediterraneo nell'età di Filippo II*, Torino 1953), prendendolo a prestito da un libro dello storico ed economista F. RORIG *Mittelalterliche Weltwirtschaft. Blüte und Ende einer Weltwirtschaftsperiode*, Leipzig 1933. Adottato "in mancanza di meglio" per tradurre un uso particolare dell'espressione tedesca, il termine ha accompagnato lo storico francese nella sua pluridecennale attività. Negli anni settanta esso è stato ripreso dal sociologo americano Immanuel M. Wallerstein che lo ha utilizzato nella sua opera *The modern world-system*. Da questo momento il termine *world-economy* è al centro della ricerca e dell'elaborazione di Wallerstein e del Fernand Braudel Center for the Study of Economies, Historical Systems and Civilizations da lui fondato nel 1976.

²⁸ G. AZZARITI *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* Roma Bari 2013.

Egli ha invitato ad interrogarsi su una via di uscita umanistica dalla crisi, che sia sulla strada che non declina soltanto la necessità della crescita ma si interroga sul cosa e quanto produrre ed a che costo ed, in ultimo, a che fine.²⁹

Ci si può chiedere inoltre fino a che punto sia flessibile il rapporto di lavoro senza che il fondamento stesso del patto costituzionale non debba essere messo in discussione; quale sia il punto oltre il quale (al di là delle ricorrenti polemiche sulla riforma dello Statuto dei lavoratori) l'assenza di requisiti minimi ed inderogabili di tutela del lavoratore (non solo subordinato) determini l'illusorietà delle promesse costituzionali.

Ci può tornare ad interrogare sul modello di economia implicito nella Costituzione (quale idea della produzione, quale idea della distribuzione) e sui rapporti ivi delineati fra Stato ed economia.

Ciò è utile, forse indispensabile.

Naturalmente, tuttavia, se le cause della crisi del costituzionalismo sono essenzialmente esogene e se esse sono dovute ad una sorta di asimmetria spaziale (per cui lo spazio delle costituzioni nazionali è insufficiente a disciplinare la spazialità dell'epoca della globalizzazione che appare come spazialità de-costituzionalizzata) è evidente che non saranno i pur necessari processi di revisione costituzionale condotti dai singoli Stati nazione o le critiche culturali condotte sul piano dottrinale e scientifico ad eliminare le sofferenze che gli ordinamenti giuridici sopportano per effetto della crisi economica determinata in Occidente dalla mondializzazione dell'economia.

Crisi del costituzionalismo e crisi dello Stato nazione si intrecciano: se non comprendiamo questo non riusciamo nemmeno a delineare una via d'uscita dalla crisi (il *global legal standard*³⁰ di G. Rossi rimane un

²⁹ G. ZAGREBELSKY *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*. Torino, 2013.

³⁰ Guido Rossi è da sempre molto critico verso il c.d. *ersatz capitalism* (capitalismo di sostituzione) un capitalismo dove si privatizzano gli utili e si socializzano le perdite (sostituendo lo Stato all'imprenditore e dissolvendo la responsabilità di quest'ultimo; separando i vantaggi per il *management* se l'impresa marcia dagli svantaggi per gli azionisti in caso di *default*). Rimedi: trasparenza, uniforme *corporate governance*, lotta ai paradisi fiscali e finanziari. Vedi una interessante discussione sulla questione del *global legal standard* fra G. CALABRESI G. ROSSI G.GENEAKOPILOS in AAVV *Dopo la crisi: conseguenze economiche, finanziarie e sociali*, atti del congresso del Centro di prevenzione e difesa sociale 2009, Milano, 2010. Per P.S. BERMAN *Global Legal pluralism* in UNIBRASIL Cadernos Vol. I 118-173 occorre invece adottare una prospettiva antisovranista: "we need to realize that normative conflict among multiple, overlapping legal systems is unavoidable and might even sometimes be desirable, both as a source of alternative ideas and as a site for discourse among multiple community affiliations. Thus, instead of trying to stifle conflict either through an imposition of sovereigntist, territorially-based prerogative or through universalist harmonization schemes, communities might sometimes seek (and increasingly are creating) a wide variety of procedural mechanisms, institutions, and practices for managing, without eliminating, hybridity. Such mechanisms, institutions, and practices can help mediate conflicts by recognizing that multiple communities may legitimately wish to assert their norms over a given act or actor, by seeking ways of reconciling competing norms, and by deferring to other approaches if possible. Moreover, when deference is impossible (because some instances of legal pluralism are repressive, violent, and/or profoundly illiberal), procedures for managing hybridity can at least require an explanation of why a decision maker cannot defer. In sum, pluralism offers not only a more comprehensive descriptive account of the world we live in, but also suggests a potentially useful alternative approach to the design of procedural mechanisms, institutions, and practices." Sulla stessa linea G. Teubner *Global law without a State* Brookfield 1997 "the transnational law of economic transactions, is the most successful example of global law without a state" ed inoltre "Is not only the economy, but various sectors of world society that are developing a global law of their own... The internal legal regimes of multinational enterprises are a primarily, strong candidate for global law without a state. A similar combination of globalization and informality can be found in labour law; here, enterprises and labour unions as private actors are dominant law-makers. Technical standardization and professional self-regulation have tended towards worldwide coordination with minimal intervention of official international politics. The discourse on Human Rights' has become globalized and is pressing for its own law...". Similarly, in the field of ecology, there are tendencies towards legal globalization in relative insulation from state institutions. And even in the sports world people are discussing the emergence of a *lex sportiva internationalis*.... The emerging global (not international!) law is a legal order in its own right which should not be measured against the standards of national legal systems."

primo tentativo intelligente di restaurazione del primato della politica, ma utopistico allo stato attuale delle forze in campo) ed il caos è destinato a durare.³¹

9. Possibili risposte di modernizzazione della giustizia sul piano della riforma costituzionale: i ricorrenti tentativi di fare rinascere la tematica dell'unità della giurisdizione.

La giurisdizione è al centro delle trasformazioni che abbiamo descritto.

La critica alla giurisdizione amministrativa – concepita come un residuo dell'*ancien regime* – diviene centrale, in alcune politiche del diritto, per ridimensionare lo Stato di diritto amministrativo, ritenuto responsabile delle lungaggini della decisione pubblica ed un ostacolo al pieno dispiegarsi delle potenzialità del diritto globale emergente.

Qui riemerge ciclicamente una questione classica, discussa anche durante il lungo processo della nostra infinita transizione costituzionale (nella Bicamerale D'Alema): la questione dell'unità della giurisdizione³². Il progetto allora in discussione lasciava al Consiglio di Stato solo la consulenza giuridico amministrativa sugli atti di Governo.

Dell'unità della giurisdizione si possono predicare diverse versioni³³; tanto è sufficiente per dire che fino a quando non si precisa cosa si vuole intendere con questa espressione non è dato comprendere l'enunciato.

Per i nuovi principi costituzionali – si sostiene da più parti - l'esigenza fondamentale non è più quella di salvaguardare l'autonomia dell'Amministrazione nei confronti del giudice, e di assicurare un controllo interno della semplice legalità dell'azione amministrativa; ma è invece quella di assicurare ai cittadini, a garanzia delle loro posizioni giuridiche soggettive, una piena tutela giurisdizionale nei confronti dell'Amministrazione, da parte di un soggetto indipendente, imparziale e perciò necessariamente terzo rispetto alle parti in causa.³⁴

³¹ Sul punto specifico delle possibili risposte nazionali al caos, articolo su *Foro italiano*, 2014, V, 19, Vito Poli, *Il controllo della Corte costituzionale (al tempo della crisi) sulle leggi in materia economica*.

³² Tra i molti interventi sul tema, G. Pastori, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, Riv. dir. proc. 1996, p. 919 ss.; C. Marzuoli-A. Orsi Battaglini, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. pubbl.* 1997, p. 895 ss.; A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.* 1998, p. 371 ss.; A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.* 2001, V, 21 ss.; A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia 'non amministrativa'*, Milano 2005; A. Travi, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia 'non amministrativa'*, *Dir. pubbl.* 2006, p. 91e ss.

³³ La prima concezione sarebbe quella dell'unicità organica e funzionale di tutti i magistrati. La seconda concezione vede l'unicità come principio costituzionale già sancito dalla Carta per cui sarebbero speciali le attribuzioni dei giudici amministrativi. La terza concezione vede l'unità come un principio ma solo tendenziale, assicurando ai giudici amministrativi più spazio (specie in giurisdizione esclusiva). La quarta concezione incentra l'unità sul ruolo della Corte di Cassazione di controllore della giurisdizione. La quinta concezione ritiene vigente solo un principio di unità funzionale della giurisdizione. La sesta concezione riterrebbe i giudici amministrativi giudici ordinari del potere quindi non meno ordinari dei magistrati ordinari. La settima concezione declina l'unità della giurisdizione ritenendo che essa comporti un unico tipo di magistrato sul piano deontologico. La ottava concezione ritiene che l'unicità della giurisdizione si riferisca al tipo di legittimazione dell'indipendenza dei magistrati pur diversamente ordinati. Cfr. sul punto A. POGGI *Commento all'art. 102 Cost.* in *Commentario Bifulco, Celotto, Olivetti, Torino, 2006*.

³⁴ S. LARICCIA *Indipendenza dei giudici amministrativi ed unità della giurisdizione* in www.aic.it

Può quindi dirsi – perché è evidenziato dalle stesse ragioni dei sostenitori dell'unità della giurisdizione che criticano il presupposto del pluralismo giurisdizionale - che la vera ragione della pluralità delle giurisdizioni è la salvaguardia dell'autonomia dell'amministrazione dal potere dei giudici.³⁵

La salvaguardia dell'autonomia dell'amministrazione è niente altro che il riconoscimento del merito amministrativo: il principio costituzionale della divisione dei poteri giustifica l'esistenza della magistratura amministrativa e si riflette nelle modalità di sindacato del potere amministrativo.

L'insistenza sull'effettività della giustizia da parte dei giudici³⁶, fino alla consumazione di ogni ambito o spazio nel quale l'amministrazione esprima giudizi o valutazioni sue proprie e pertanto insindacabili, può determinare il paradossale effetto di segare il ramo dell'albero su cui sta assiso – da sempre – il giudice amministrativo.

Per il giudice amministrativo è essenziale mantenere un costante punto di equilibrio fra effettività della giustizia (tutela delle posizioni giuridiche soggettive di fronte agli abusi dell'amministrazione) e salvaguardia dell'autonomia dell'amministrazione (quando è aggredita dai poteri privati) se non vuole costruire egli stesso, con il suo operato, la ragione della sua soppressione.

³⁵ Ciò è confermato anche dai lavori preparatori della legge Crispi che delineano la giustizia amministrativa come strumento a garanzia della stessa Amministrazione pubblica in vista della «... *salvaguardia di quell'equilibrio che deve presiedere alle funzioni dello Stato nei suoi rapporti coi privati* avvenga ch'è esorbiti dal giusto concetto dei fini ai quali esso è ordinato con un'assoluta libertà nell'esercizio del potere che gli spetta, ma sia prudente contemperarlo, fin dove è possibile, determinando nella legge le facoltà, i mezzi, le forme di azione alle quali deve essere subordinato. Il che, se è vero nei governi assoluti... lo è specialmente nei governi parlamentari, nei quali i freni diretti a moderare l'esercizio del potere nell'azione dell'autorità pubblica e della pubblica amministrazione nei rapporti coi privati, non costituiscono soltanto una salvaguardia delle ragioni di questi ultimi, ma ben'anco e fors'anco di preferenza, *una difesa dell'autorità e dell'amministrazione pubblica, contro l'abuso che esse stesse potrebbero farne e contro le influenze esteriori, qualunque esse siano e da qualsiasi parte provengano, che potrebbero farle deviare dalla meta, cui debbono tendere il loro istituto contro l'abuso che potrebbe farne il partito che trovasi al governo della cosa pubblica, per impedire che possa valersene come strumento di lotta nell'intento, di conservare il potere, contro le influenze esteriori che potrebbero fare della pubblica amministrazione un campo aperto alle passioni di parte e una fonte deplorabile di corruzione politica*» Cfr. relazione redatta dal Sen. COSTA sul disegno di legge governativo 22 novembre 1887, in *Atti parlamentari, Senato, Sessione 1887-1888*, Documenti vol. I documento 62.

³⁶ In proposito occorre ricordare, quanto espresso in chiave di difesa del ruolo del giudice amministrativo sulla base del principio di effettività da R. GAROFOLI *La giustizia amministrativa: la strada già percorsa e gli ulteriori traguardi da raggiungere* in Neldiritto.it: "Direi che per la giustizia amministrativa non è certo "tutto da rifare", occorrendo piuttosto chiedersi "cos'altro sia ancora da fare". Invero, a far data soprattutto dalla sentenza delle Sezioni unite n. 500/99, ha preso avvio un importante processo evolutivo, un andamento in crescendo che ha fatto guadagnare al cittadino margini sempre più ampi di tutela... il giudice amministrativo ha assunto una centralità nell'assetto istituzionale via via crescente se solo si considerano i nuovi delicatissimi settori economici rimessi alla sua giurisdizione esclusiva (dalla materia dei contratti pubblici ai giudizi contro gli atti delle Autorità indipendenti), che gli hanno valso l'appellativo di "giudice naturale dell'economia": si tratta, ormai, di un giudice deputato non più alla sola valutazione di interessi che trascendono quelli specifici dell'amministrazione, ma anche a garantire, nell'interesse generale della società, il rispetto delle regole del mercato. Un giudice che, conseguentemente, deve assicurare una tutela certa, rapida ed effettiva, contribuendo così a garantire anche la competitività del Paese. Volendo sin dalle prime battute indicare le direttrici di fondo lungo le quali si sta sviluppando il percorso evolutivo che coinvolge il processo amministrativo e le relative tecniche di tutela, da un lato, il ruolo della giustizia amministrativa, dall'altro, è necessario avere riguardo a due principali dati, ormai riconosciuti come ineludibili. Sul primo versante, è ormai acquisita la necessità che siano assicurate effettività e pienezza di protezione a tutte le posizioni soggettive, senza che la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi possa giustificare ormai intollerabili gradazioni della tutela giurisdizionale. Si assiste così al tramonto di un sistema che, ancorato ad una lettura non più accettabile dell'art. 24 Cost., distingueva le diverse giurisdizioni cui è affidata la tutela delle posizioni soggettive del cittadino, giustificando strumenti e tecniche di intervento differenti e così escludendo, per la giurisdizione amministrativa, alcuni profili di tutela (come quella per equivalente). La pienezza della tutela è ormai un imperativo costituzionale, come confermato dalla stessa Corte costituzionale nella famosa sentenza n. 204/2004, laddove afferma che "l'art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare".

10. La suggestione del modello tedesco.

Permane come sappiamo – anche in buona parte della magistratura amministrativa soprattutto di primo grado – la suggestione del modello tedesco, come modello di giustizia amministrativa che non è connotato dall'esistenza del Consiglio di Stato ed è semplice nel criterio di riparto (al giudice amministrativo spetta conoscere controversie che riguardino i rapporti fra cittadini ed amministrazione senza che intervengano le sottili questioni relative all'esistenza o inesistenza di un potere pubblico).

L'art. 95, primo comma della Costituzione federale della Germania (Legge fondamentale, in tedesco: *Grundgesetz*, di seguito: Costituzione federale) prevede – oltre alla Corte costituzionale federale (cfr. art. 94 della Costituzione federale) - cinque Corti Supreme federali, poste al vertice di altrettanti ordini giurisdizionali e, cioè, quella per la giurisdizione ordinaria (civile e penale), quella amministrativa, quella tributaria, quella del lavoro e quella per la previdenza sociale.

Tutte le indicate Corti Supreme sono totalmente equi ordinate fra di loro. Per garantire l'unità dell'orientamento giurisdizionale su questioni fondamentali o comunque d'ordine generale, è prevista la costituzione di un organo mobile, le cosiddette Sezioni unite delle Corti Supreme federali, composte da magistrati provenienti dalla Corte che opera il rinvio pregiudiziale e da quella già espressasi, con diverso indirizzo, sulla stessa questione: è, pertanto, assicurato in tal modo l'esercizio della nomofilachia, tenuto anche conto che la sentenza delle Sezioni unite ha effetto vincolante sul punto di diritto esaminato. In difetto di previsione *ad hoc* sull'attribuzione della giurisdizione all'uno ovvero ad altro ordine giurisdizionale, l'azione va proposta davanti all'Autorità giudiziaria ordinaria (cfr. art. 19, quarto comma, della Costituzione federale).

Gli organi della giurisdizione amministrativa, ivi compresi i due gradi di merito, appartengono al potere giurisdizionale (cfr. art. 92 della Costituzione federale), che è totalmente separato sia dal potere esecutivo, sia dal potere legislativo. Il problema dell'autonomia della giurisdizione amministrativa, la cui origine risale alla costituzione di commissioni interne alla pubblica amministrazione con competenze decisorie, è stato dunque risolto nella Repubblica federale tedesca con l'adozione della Costituzione repubblicana del 1948: per questo aspetto può dirsi che l'autonomia, l'indipendenza e l'imparzialità della giurisdizione amministrativa sono in linea con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (cfr. al riguardo la sentenza della Corte europea di Strasburgo *Provola* contro Granducato del Lussemburgo). Infatti, gli organi della giustizia amministrativa non esercitano alcuna funzione consultiva nei confronti del Governo, della pubblica amministrazione e, infine, degli organi legislativi. Tanto meno gli organi della giustizia amministrativa esercitano una funzione giurisdizionale all'interno della pubblica Amministrazione. La funzione del giudice amministrativo è incompatibile con la funzione di deputato al Parlamento, ma non con quella di consigliere comunale. Inoltre è compatibile con l'espletamento di funzioni amministrative relative alla giurisdizione amministrativa, al perfezionamento della formazione dei giuristi e con la docenza universitaria e scolastica.

I giudici sono indipendenti e soggetti soltanto alla legge (cfr. art. 97, primo comma della Costituzione federale). Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge (cfr. art. 101, primo comma della Costituzione federale). L'accesso ad una tutela effettiva, cioè anche tempestiva ed esecutiva, nei confronti della pubblica Amministrazione è garantito come diritto soggettivo costituzionale (cfr. art. 19,

quarto comma, prima frase della Costituzione federale). Tale garanzia, però, è riconosciuta soltanto in caso di *vulnus* a diritti soggettivi, per cui la legittimazione resta strettamente condizionata all'esistenza di dette posizioni soggettive. Va, però osservato che l'articolazione positiva dei diritti soggettivi nell'ordinamento tedesco è molto più ampia di quella dell'ordinamento italiano. La nota dicotomia dell'ordinamento italiano tra diritti soggettivi e interessi legittimi nell'ordinamento tedesco non esiste.

I tribunali amministrativi continentali diventano sempre più simili ai giudici ordinari. In Inghilterra si riconosce che l'esistenza di un sistema di poteri amministrativi impone che siano predisposti dei rimedi di diritto pubblico, cioè degli strumenti particolari di tutela dei cittadini nei confronti dell'amministrazione e per la risoluzione delle controversie di diritto amministrativo.

Il sistema tedesco si stacca sempre più da una giustizia amministrativa strettamente legata al modello francese originario e incardinata all'interno dell'amministrazione verso un sistema di giudici del tutto indipendenti, ma privi della funzione consultiva.

Il "cuore tedesco" dell'UE comporrà forse – prima o poi - che l'armonizzazione dei sistemi giurisdizionali amministrativi si risolverà nel superamento del modello francese a Consiglio di Stato, ma certo del tutto estranea alla prospettiva europea è la prospettiva dell'unità della giurisdizione che appare il frutto ed il riflesso del nostro dibattito costituente, fra l'altro non letto per intero³⁷.

Tuttavia lasciatemi spendere qualche parola sul sistema francese che non può essere consegnato alla storia con leggerezza senza ignorarne i pregi.

Arriva un tempo in cui più che la ragione, nella vita, contano gli affetti.

O, per dirla con Bobbio, a una certa età gli affetti contano più dei concetti.

Questo sistema affonda le sue radici nelle costituzioni napoleoniche dell'anno VIII (1800) e nel dogma, gelosamente preservato, per cui i giudici non possono interferire nella libera azione del governo e dell'amministrazione. Ciò sul fondamento, e come conseguenza, della rigida applicazione del principio della separazione dei poteri.

Mentre le controversie fra privati sono di competenza dei giudici ordinari, quelle di *droit administratif*, cioè fra i privati e lo Stato sono rimesse a tribunali amministrativi (*contentieux administratif*) che, almeno all'origine, vengono considerati in qualche modo collegati con il governo o l'amministrazione.

Il *Conseil d'Etat*, come il Consiglio di Stato italiano all'origine vero e proprio organo del governo diviene nella sua evoluzione giudice a pieno titolo e ciò incide anche sulla funzione consultiva che è realmente indipendente (e forse per questo è tanto avversata).

Se c'è qualcosa da rivedere nel riparto lo si faccia rendendo il criterio più semplice di quello legato alla dicotomia diritti – interessi ma si smetta di lamentare il *deficit* di indipendenza dei consiglieri di Stato, magari parlando delle nomine politiche, essendo chiaro sin dalla sentenza della Corte costituzionale n. 177 del 1973 che le nomine politiche dei consiglieri di stato sono da farsi solo nei confronti di «persone che per l'attività o gli studi giuridico - amministrativi compiuti e per le doti attitudinali e di carattere posseggano

³⁷ Mi riferisco in particolare ai lavori e alle discussioni della seconda sottocommissione sulla giurisdizione amministrativa fra il dicembre 1946 e il gennaio 1947 e agli argomenti esposti per respingere la proposta del relatore, Piero Calamandrei, per una giurisdizione unica (v. in particolare gli interventi di Piero Calamandrei, Giovanni Leone, Aldo Bozzi, Costantino Mortati). Nonostante l'impostazione tecnica del relatore, la conclusione fu determinata da prese di posizione che si risolvevano nell'apprezzamento per il ruolo svolto in precedenza dalle giurisdizioni amministrative e dal Consiglio di Stato in particolare di cui si sottolineava l'alta qualificazione.

piena idoneità all'esercizio delle funzioni di consigliere di stato» ossia di persone che vanno valutate ormai anche essenzialmente in funzione dell'esercizio della funzione giurisdizionale e la cui professionalità è vagliata anche dall'Organo di autogoverno della magistratura amministrativa, circostanza che non può essere sistematicamente ignorata per comodità polemica.

Si ricordi piuttosto di dettar regole per il passaggio dei magistrati alla politica, fenomeno talvolta sconcertante in presenza della regola costituzionale del divieto di iscrizione ai partiti politici e che non ha trovato finora limitazione alcuna nella legislazione nonostante siano state avanzate alcune proposte (peraltro su più di un punto non ben calibrate ipotizzandosi – in alcune versioni - che i magistrati parlamentari potessero divenire, cessato il mandato parlamentare, consiglieri di Stato; con il che sorge il sospetto che il mondo politico che da più parti critica il Consiglio di Stato per la sua scarsa indipendenza finisca per aggravarne tale presunto difetto pur di trovare un *modus discensus* ai suoi rappresentanti).

11. Alcune risposte normative a costituzione invariata (l'unificazione dello *status* delle magistrature sul piano disciplinare sostanziale; critica e prospettiva dell'Alta Corte di Giustizia disciplinare, unico giudice per diversi modelli deontologici).

Le magistrature sono riformabili a costituzione invariata o con modeste riforme costituzionali.

Dismessa la prospettiva di unità della giurisdizione essendo il pluralismo giurisdizionale più idoneo ad evitare il pericolo del governo dei giudici e nel contempo a garantire la separazione dei poteri ci si può chiedere come razionalizzare il sistema.

La proposta dell'Alta Corte disciplinare merita attenzione, essa potrebbe essere composta - senza eccessivi costi – secondo il criterio della maggiore anzianità o elettivamente da giudici emeriti della Corte Costituzionale, della Cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti che si dichiarino disponibili all'esercizio di tali funzioni.

Dovrebbe essere chiaramente un organo giurisdizionale, con ciò sottraendo i provvedimenti disciplinari dei giudici amministrativi alle impugnative innanzi al Tar ed al Consiglio di Stato (che appaiono determinare un circolo vizioso).

Potrebbe in tal modo considerarsi un giudice del tutto alieno da corporativismi e del tutto indipendente.

Il pluralismo giurisdizionale tuttavia consente, per coerenza con il principio organizzatore del sistema giurisdizionale accolto, di unificare i modelli deontologici solo in parte: dovrebbero dettarsi norme comuni per tutte le magistrature come garanzie uniformi ed ammettersi differenziazioni attraverso gli strumenti dei codici deontologici e di condotta (si pensi al ruolo dei magistrati amministrativi nei gabinetti e negli uffici legislativi; ruolo oggi criticato ma che in futuro potrebbe essere nuovamente richiesto).

12. Risposte a criterio di riparto invariato (giurisdizione esclusiva e di merito; la riduzione della giurisdizione esclusiva e la problematica questione dei diritti fondamentali).

Altra strada da percorrere, in un'ottica riformatrice che voglia rafforzare e razionalizzare il nostro sistema di pluralismo giurisdizionale, senza tuttavia modificare la Costituzione (né il criterio di riparto) è quella della riduzione dei campi di giurisdizione esclusiva soprattutto evitando, per quanto possibile, che tale

giurisdizione del giudice amministrativo si estenda ai diritti fondamentali (per esplicita scelta del potere politico).

Il giudice amministrativo – se non si vuole forzare il testo dalla Carta fondamentale – deve rimanere essenzialmente il giudice della legittimità del potere (e degli obblighi – accessori – di risarcimento da violazione di interessi legittimi).

Della questione qui si fa solo un cenno, perché essa è solo marginalmente legata alla questione del merito amministrativo; vi è legata da esigenze definitorie perché – come è noto – non si riesce bene a comprendere cosa sia la giurisdizione esclusiva se non si definisca anche (e contestualmente) la giurisdizione di merito (e quella di legittimità).

Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo è incentrato – come è noto – sulla natura della situazione giuridica dedotta in giudizio, atteso che, ai sensi dell'art. 103 Cost., il giudice amministrativo ha giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.

I casi di giurisdizione esclusiva, incidendo sul limite interno della giurisdizione, alterano la linea di confine tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa.

Il problema si pone diversamente per la giurisdizione di merito: quest'ultima riguarda il limite esterno della giurisdizione, il giudice non si limita al solo sindacato di legittimità dell'attività amministrativa, ma valuta anche profili di opportunità, convenienza, utilità ed equità o, comunque, può sostituirsi all'amministrazione.³⁸

La giurisdizione di merito è stata in passato giustificata nell'ottica del superamento degli angusti limiti cui era costretto il sindacato ordinario di legittimità; di qui la considerazione di giurisdizione piena, non solo per l'accesso della verifica al fatto e al rapporto, precluso in sede di legittimità, ma anche per la sua estensione a quelle valutazioni di opportunità e convenienza amministrativa che, in quanto espresse da regole non giuridiche, ma tecniche e di buona amministrazione non erano consentite nel giudizio di legittimità, donde il necessario ampliamento degli strumenti probatori per l'accesso al fatto e della gamma dei moduli decisori, non più limitati alla sola demolizione di atti illegittimi, ma estesi a pronunzie costitutive e di condanna e perfino sostitutive, tanto da far dubitare della loro effettiva portata giurisdizionale, in quanto espressiva anche di poteri di amministrazione attiva (dubbi risolti in senso negativo dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 75/1977).

Conviene riportare alcuni passaggi della sentenza redatta da Crisafulli: “il giudice amministrativo, sia che sostituisca la propria decisione all'omesso provvedimento della pubblica amministrazione, che vi era tenuta in forza del giudicato formatosi nei suoi confronti, come più spesso suole accadere quando si tratti di atto vincolato; sia che ingiunga alla amministrazione medesima di provvedere essa stessa, entro un termine all'uopo prefissato e con le modalità specificate in sentenza; sia infine che disponga la nomina di un

³⁸ V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, Parte II, Cap. VII, pagg. 297 e segg., il quale, tra l'altro, evidenzia, riportando un'ampia dottrina, che per taluni l'espressione “giurisdizione di merito” starebbe ad indicare un più ampio potere di indagine del giudice in ordine al fatto, per altri un'estensione al merito amministrativo delle valutazioni compiute dall'amministrazione, concludendo che, dall'esame delle leggi che si sono succedute nel tempo con riferimento ai casi per i quali è stata prevista la giurisdizione di merito, sembra che il legislatore si sia riferito all'estensione al merito amministrativo, vale a dire alla valutazione della convenienza e dell'opportunità dell'attività amministrativa

commissario per l'ipotesi che il termine abbia a decorrere infruttuosamente, **esplica sempre attività di carattere giurisdizionale** ("decide pronunciando anche in merito", come si esprime l'art. 27, comma primo, del citato testo unico del 1924, riferendosi testualmente al Consiglio di Stato "in sede giurisdizionale"). Né fa differenza, sotto questo aspetto, quanto all'ipotesi ora da ultimo prospettata, che la nomina del commissario sia operata dal giudice amministrativo direttamente, ovvero attraverso l'interposizione di un organo amministrativo (come nella specie che forma oggetto del presente giudizio), poiché in tal caso a quest'ultimo viene semplicemente demandata la scelta della persona, e non già conferito il potere di agire in via sostitutiva per mezzo di un "suo" commissario, come si verifica invece quando sia l'organo di controllo, di propria iniziativa, ad inviare un commissario *ad acta* presso amministrazioni sottoposte alla sua vigilanza.

La Corte in tale caso ha rilevato che "procedendo ... direttamente o indirettamente, alla nomina di un commissario, il giudice amministrativo non si surroga all'organo di controllo, ma pone in essere un'attività qualitativamente diversa da quella che quest'ultimo avrebbe istituzionalmente il potere-dovere di esplicare nell'ipotesi di omissione da parte degli enti locali di atti obbligatori per legge, tra i quali rientrano bensì, ma senza esaurirne la specie, quelli da adottare per conformarsi ad un giudicato: potere-dovere che, comunque, preesiste alla pronuncia emessa nel giudizio di ottemperanza ed è da questa indipendente. Ed a sua volta, l'attività del commissario, pur essendo, praticamente, la medesima che avrebbe dovuto essere prestata dall'amministrazione, o in ipotesi da un commissario *ad acta* inviato dall'organo di controllo, ne differisce tuttavia giuridicamente, perché **si fonda sull'ordine contenuto nella decisione del giudice amministrativo, alla quale è legata da uno stretto nesso di strumentalità**.

Discende da quanto premesso che **al giudice amministrativo non sarebbe possibile disconoscere, nell'esercizio dei poteri giurisdizionali attribuitigli dall'art. 27, n. 4, del testo unico n. 1054 del 1924, una prudente discrezionalità**, sia nel determinarsi per l'uno o per l'altro mezzo di esecuzione del giudicato, sia nella scelta (eventuale) del commissario ovvero dell'organo al quale demandarla: che, potrà essere come non essere, secondo le circostanze, l'organo di controllo, senza che, in questa seconda ipotesi, sia configurabile una lesione di competenze regionali, svolgentisi su piani diversi."

Il codice del processo amministrativo ha significativamente ridotto i casi di giurisdizione di merito del giudice amministrativo anche se ha rafforzato l'ottemperanza in coerenza con le esigenze del principio di effettività (art. 104 c.p.a.) che nell'ottemperanza deve avere la massima estensione.

Occorre solo ricordare che la discrezionalità esercitata dal giudice in sede di giurisdizione di merito deve essere – secondo la formula di Crisafulli e della Corte Costituzionale – "prudente" ossia modulata secondo la natura del potere esercitato (alta, media bassa discrezionalità rilevano e dovrebbero indurre scelte differenziate nei giudici).

I casi di giurisdizione esclusiva elencati dall'art. 133 del c.p.a. (allegato I) sono molto numerosi e non casualmente è la giurisdizione esclusiva che determina le maggiori reazioni, sul piano delle rimessioni al giudice delle leggi, da parte dei giudici ordinari.

In particolare, il giudice delle leggi, ha sottolineato che il «necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive - e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed

amministrativa - è espresso dall'art. 103 là dove statuisce che quelle materie devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo».

Alla luce di tale esegesi del dettato normativo dell'art. 103, primo comma, della Costituzione, la Corte ha pertanto concluso nel senso che il "legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo" (sentenza n. 204).

Ciò imporrebbe di evitare di continuare ad ampliare a dismisura l'elenco delle materie di giurisdizione esclusiva se non di ridurre il numero dei casi attualmente presenti nell'elenco.

Per la giurisdizione esclusiva, inoltre, che per definizione dovrebbe conoscere anche delle posizioni di diritto soggettivo, la dottrina e la giurisprudenza della Cassazione tradizionalmente avevano sostanzialmente affermato che, nell'ambito di queste materie, v'è un'«enclave», una riserva, ossia i diritti fondamentali, di appannaggio del solo giudice civile.

Di questa impostazione ideologica e culturale, secondo una certa lettura, avrebbe fatto giustizia la Corte costituzionale, che, con la sentenza 140/2007, respingendo le questioni concernenti l'art. 1, comma 552 di cui alla Legge Finanziaria del 2005, la n. 311/2004, ha considerato conforme al dettato costituzionale il battesimo, ivi consacrato, di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per il contenzioso relativo ai procedimenti e provvedimenti concernenti gli impianti di energia elettrica anche con riguardo ai diritti fondamentali.³⁹

Orbene se il sistema giurisdizionale delineato dalla Carta fondamentale è pluralistico, è anche vero che esso, per il ruolo che vi giuoca la Corte di Cassazione è a dominanza del giudice ordinario e che i giudici amministrativi hanno un'indipendenza (formalmente) attenuata perché il loro Organo di autogoverno non è compiutamente costituzionalizzato come invece è per il Consiglio Superiore della Magistratura.

Ciò dovrebbe indurre il legislatore ad usare una certa prudenza nell'attribuzione ai giudici amministrativi della tutela dei diritti fondamentali, anche ove si ammetta che essi non sono sempre tutti indegradabili (come forse è più coerente alla luce di una concezione non meramente – e rozza – individualistica dell'ordinamento giuridico e dell'intreccio delle posizioni giuridiche soggettive).

Ciò senza dire che la questione della pregiudizialità amministrativa (nel caso di azione di annullamento rigettata) potrebbe, nel caso di giurisdizione esclusiva su diritti fondamentali giuocare il suo ruolo anche nel

³⁹ Per F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali* in teoriaestoriadeldirittoprivato.com, che conduce l'analisi in modo scherzoso ma spendendo argomenti serissimi: "la giusta voglia del g.a. di giurisdizione in ordine ai diritti fondamentali, sia nelle materia di legittimità che in quelle esclusive, ha senso solo se lo stesso si dimostri in grado di somministrare tecniche di tutela efficaci". Torna quindi l'effettività della giustizia come canone prevalente nell'interpretazione e nella legittimazione del giudice amministrativo.

caso di danni lungo latenti alla vita ed alla salute (che potrebbero divenire – astrattamente - non reclamabili perché è legittimo l'atto di localizzazione di un'attività d'impresa a suo tempo adottato, ove l'esercizio dell'attività d'impresa sia tale da potersi definire *secundum ius*).

13. Risposte sul piano interpretativo: l'analisi del rapporto fra legittimità e merito amministrativo. Attinenza del problema al tema della divisione dei poteri.

Per quanto riguarda la cultura dei giudici va detto che le esigenze di mutamento invocate per la giustizia amministrativa debbano comportare una rimeditazione della loro funzione e del loro ruolo.

Può ipotizzarsi, senza deflettere nella ricerca di maggiore efficienza della giustizia, una risposta che riequilibri la tendenza espansiva della giurisdizione mediante la rimeditazione della tematica "classica" del merito amministrativo, quale limite esterno della giurisdizione, inducendo più attenzione alla divisione dei poteri ed alle esigenze garantistiche che sono la ragione d'essere di un giudice terzo.

Tutto il discorso finora condotto ha illustrato le ragioni sottese a questa opzione culturale e di politica del diritto.

Occorre riequilibrare il rapporto fra giurisdizione ed amministrazione che rischia di essere squilibrato in forza della sola insistenza sul principio di effettività, riconsiderando i limiti esterni alla giurisdizione.

La definizione della area di giustiziabilità delle questioni involte dall'esercizio del potere pubblico andrà condotta in modo da consentire all'amministrazione di avere un suo spazio valutativo riconoscibile, una sua autonomia e di non dover adottare provvedimenti ed effettuare scelte che siano da considerare sempre "provvisorie" perché è il contenzioso giurisdizionale il luogo dove tutto sarà definito.

Ciò comporta non inammissibili limiti al diritto di azione in giudizio, ma la comprensione dei contenuti dell'azione, la precisa definizione (o ridefinizione) dell'oggetto della tutela.

La necessità di garantire spazi di autonomia alle amministrazioni pubbliche nasce dalla tendenza di poteri ad essa esterni (soprattutto poteri privati nel mondo globalizzato) ad invadere gli spazi delle scelte pubbliche invocando una logica improntata al mero risultato.

La difesa dell'autonomia dell'amministrazione nasce dall'esigenza che l'azione di quest'ultima, se funzionale alla realizzazione degli interessi pubblici previsti dalla legge, non subisca indebite interferenze da alcun potere o soggetto ad essa estraneo.

La difesa dell'autonomia dell'amministrazione è da considerarsi quindi, indirettamente, una difesa e tutela dello stesso cittadino ed è coerente con i nuovi compiti di efficiente offerta di servizi che l'amministrazione va assumendo.

Il tema attiene alla stessa divisione dei poteri e tocca il fondamento dell'istituzione della giustizia amministrativa.

Cos'è giustiziabile⁴⁰? Cosa non è giustiziabile?

Lasciando da parte la giurisdizione esclusiva (che nella ricostruzione qui tentata dovrebbe essere considerata sempre un'eccezione) nel processo di cognizione il controllo è di legittimità e nel processo di ottemperanza (pressoché l'unico caso di giurisdizione di merito) il giudice esercita controllo di merito in funzione di

⁴⁰ F. SAITTA *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa* in www.giustizia-amministrativa.it

effettività della giustizia. Il risarcimento danni per equivalente monetario ricorre in fondo nel caso in cui non sia più possibile, per il decorso del tempo, assicurare al ricorrente il bene della vita che l'amministrazione gli ha negato illegittimamente ed è quindi un rimedio postumo al pregiudizio causato dall'illegittimità (non una nuova materia ma uno strumento di tutela ulteriore rispetto all'annullamento un'azione che arricchisce, quindi la giurisdizione di legittimità secondo il giudice delle leggi).

La giustiziabilità delle pretese nei confronti dell'amministrazione pubblica è espressione dell'art. 113 Cost. e dell'art. 24 Cost. (è un diretto precipitato dell'inviolabilità della difesa); deve considerarsi espressione dei valori irrinunciabili di una società matura che ha raggiunto un grado di civiltà elevato e comporta la garanzia consistente nella tutela giurisdizionale degli interessi protetti.

La giustiziabilità è principio presente in qualsiasi giurisprudenza (civile, penale, tributaria, costituzionale) e quindi anche amministrativa.

La giustiziabilità è legata al diritto fondamentale dell'uomo ad un giusto processo (art. 6 CEDU) che comprende il diritto di adire i tribunali.

La giustiziabilità tuttavia non è un principio astratto ma un principio che ha un concreto contenuto; per quanto riguarda il processo amministrativo essa esige che i poteri amministrativi siano esercitati secondo legge, in aderenza ad un parametro normativo precostituito ed è allora e solo allora che scatta la garanzia giurisdizionale; solo il dubbio sull'illegittimità dell'atto fa scattare il diritto di chiedere che la legittimità sia verificata da un giudice (che è il giudice amministrativo per ragioni di rispetto del principio della divisione dei poteri).

La garanzia dell'art. 113 Cost. implica che possano prevedersi per diritti ed interessi diverse tecniche di tutela, ma non diverse gradazioni in termini di pienezza ed effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive specie quando sia in questione la domanda risarcitoria (Corte Cost. n. 204/2004); l'uso di due espressioni diverse in Costituzione può tuttavia comportare differenze che vanno tuttora esplorate ed indagate (avendo riguardo alla necessaria autonomia dell'amministrazione connessa alla titolarità ed all'esercizio di poteri pubblici). L'espressione "atti dell'amministrazione" va letta in termini oggettivistici stante la nota evoluzione dell'amministrazione qualificata come polimorfismo amministrativo e la vicenda delle società pubbliche volte alla cura di interessi pubblici e deve considerarsi comprensiva della tutela avverso l'inerzia amministrativa.

La giustiziabilità non esclude né la previsione di forme di giurisdizione condizionata (al previo esperimento di ricorsi amministrativi) purché non sia reso troppo difficile l'accesso al giudice né la previsione di cause e termini di decadenza dal diritto di agire in giudizio (per esigenze di certezza del diritto ricorrenti in caso di vicende legate al controllo del pubblico potere).

La giustiziabilità si deve distinguere dall'effettività perché la prima riguarda il diritto di avere tutela, la seconda la concretezza della tutela medesima.

Una volta riconosciuto l'interesse ad agire in giudizio, la giustiziabilità della posizione giuridica soggettiva esclude ogni limitazione ingiustificata del potere di annullamento degli atti amministrativi in ragione della tipologia di vizio (Corte Cost. n. 284/74); una recente vicenda riguardante la disposizione che nel d.l. sulla riforma della p.a. ha disciplinato l'impugnativa degli atti del CSM conferma questa impostazione avendo il Parlamento corretto la disposizione che il Governo aveva ritenuto ammissibile tesa a limitare l'impugnativa

ai casi di eccesso di potere manifesto (tale limite sarebbe stato giustificato solo ove si fosse ritenuto connaturato alla tipologia del potere esercitato, ma il Parlamento non ha valutato che il CSM sia amministrazione diversa da altre sotto questo riguardo).

La giustiziabilità non ricomprende – di norma - i vizi di merito o di opportunità del provvedimento amministrativo ed è assai nota la questione dell'inquadramento dell'art. 121 del c.p.a. relativa al potere del giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto che può essere qualificata come un eccezionale caso di giurisdizione estesa al merito.

Il merito può essere rivalutato dal giudice solo quando l'amministrazione non si conformi al *dictum* giudiziale ossia quando non vi sia autonoma capacità di restaurare l'impero della legge e negli stretti limiti necessari a tale restaurazione della legge.

L'inerzia amministrativa chiamata inottemperanza o la condotta qualificata come elusione del giudicato comportano – quale sanzione – la perdita del potere di provvedere e la sostituzione del giudice all'amministrazione.

Giudicare dell'amministrazione è sempre amministrare recita l'adagio: esso può correggersi, aggiungendo “nel caso in cui l'amministrazione perseveri nell'illegalità dopo il giudizio”.

Il merito amministrativo è il lato oscuro, lunare, della giustiziabilità (e, quindi, della legittimità): è l'area di non giustiziabilità della pretesa, l'area del nucleo insindacabile delle valutazioni amministrative; il limite esterno della giurisdizione amministrativa che la presenza di un giudice amministrativo garantisce venga violato solo occasionalmente e non sistematicamente come potrebbe essere nel caso in cui ci fosse il governo dei giudici, ossia l'amministrazione da parte dei giudici.

Non è desiderabile (salvo la necessità dell'ottemperanza al *dictum* giudiziale) che vi sia l'amministrazione dei giudici, anche perché i giudici è bene che siano, per un certo grado irresponsabili (e ciò non potrebbe essere se fossero amministratori); ed è bene che siano, per un certo grado, irresponsabili in quanto ciò giova alla loro indipendenza.

14. La riserva di funzione amministrativa e la legge provvedimento.

Ci si può anche interrogare sull'esistenza di una riserva di funzione amministrativa.

In base al principio di separazione dei poteri al potere esecutivo spetta, attraverso l'uso di poteri discrezionali di varia ampiezza, sempre, tuttavia, nel rispetto del principio di legalità verificabile in sede giurisdizionale, la cura concreta degli interessi pubblici che il legislatore ha ritenuto meritevoli di tutela.

La necessità di un esercizio almeno tendenzialmente esclusivo ed autonomo (purché legittimo) delle funzioni affidate all'amministrazione pubblica trova il suo fondamento nell'art. 97 Cost. della Costituzione e nelle altre norme che disciplinano il Governo e la pubblica amministrazione ivi comprese quelle che riguardano le autonomie territoriali.

La riserva di funzione amministrativa vale anche nei confronti del potere legislativo.

Il legislatore non dovrebbe poter adottare leggi a contenuto provvedimentale, per rispetto dell'art. 113 della Costituzione che non consente limitazioni all'impugnazione degli atti amministrativi quali quelle che derivano da leggi che dando rango legislativo al precetto concreto di un provvedimento amministrativo ne limitano l'impugnabilità al ricorso nel quale si deducano vizi di incostituzionalità.

Inoltre tale divieto di adozione di leggi provvedimento dovrebbe considerarsi espressivo del principio costituzionale (ed oggi anche comunitario) del giusto procedimento, che richiede che il provvedimento amministrativo sia adottato solo al termine di un procedimento che assicuri un'adeguata istruttoria, che consenta la completa evidenziazione degli interessi pubblici e privati coinvolti nella vicenda amministrativa, che consenta la partecipazione degli interessati.

Tutti questi principi possono ricavarsi dall'art. 97 Cost sull'amministrazione oggettiva, soggetta alla legge e connotata dal buon andamento.

La Corte Costituzionale – con una giurisprudenza di stampo rosseauiano basata sul mito dell'onnipotenza del legislatore - ha ammesso la possibilità di leggi a contenuto provvedimentale (sentenze n. 63 e 248 del 1995) nel rispetto del principio di ragionevolezza.

La riserva di funzione trova riscontro anche nel principio di separatezza fra politica ed amministrazione (e qui rilevano tutte le vicende dello *spoils system* all'italiana).

Occorre quindi distinguere gli atti politici o riservati al potere di indirizzo politico dagli atti gestionali, riservati alla dirigenza amministrativa.

Una dirigenza indipendente e professionale rifiuta l'ingerenza della politica ed è garanzia di legalità nell'amministrazione.

In merito ai limiti dei poteri del giudice amministrativo nei confronti dell'attività dell'amministrazione pubblica, è da dire che, anche la giurisprudenza più innovativa, incline ad ammettere la possibilità di una penetrante indagine, da parte del giudice, sull'uso della discrezionalità, amministrativa o tecnica, riconosce l'esistenza di una "riserva" costituzionale della funzione amministrativa, rispetto ai poteri della giurisdizione, che si esprime proprio nella salvaguardia delle scelte attinenti all'opportunità amministrativa.

In proposito, significativa è stata la sentenza n. 601 del 1999 del Consiglio di Stato (IV sezione, est. Baccarini, cui hanno fatto seguito numerose altre) che ha affermato la piena sindacabilità, anche in sede di giudizio di legittimità, della discrezionalità c.d. tecnica da parte del giudice amministrativo, distinguendola, nettamente, dal merito dell'atto, insindacabile, in quanto ciò comporterebbe una diretta valutazione da parte del giudice dell'interesse pubblico concreto perseguito.

Afferma, in tale sentenza, il giudice che "l'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento.....ma una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità..." e che "è ragionevole l'esistenza di una riserva di amministrazione in ordine al merito amministrativo, elemento specializzante della funzione amministrativa."

15. Cos'è il merito amministrativo?

Il merito amministrativo è nozione sfuggente (una sorta di *negotium perambulans in tenebris* diceva A. Romano Tassone⁴¹) che si presta ad essere definita su vari piani.

Se ne indicano alcuni più come linee di un'indagine da proseguire che con pretesa di esaustività.

Il merito è nozione processuale: in questa chiave indica la giurisdizione di merito (che per taluni che la confondono con la giurisdizione esclusiva è quella su diritti tale era l'opinione di Mortara; per altri che la

⁴¹ A. ROMANO TASSONE *Sulle vicende del concetto di "merito"* in Dir. amm., 2007 517 e ss.

confondono con la giurisdizione piena è la giurisdizione estesa al fatto, tale era l'opinione di Vittorio Emanuele Orlando, caratteristica di un giudice dotato di ampi poteri istruttori; per altri che compiutamente ricostruiscono il sistema processuale vigente è la giurisdizione che comporta per il giudice, eccezionalmente, la possibilità di fare valutazioni di opportunità riservate all'amministrazione, così sin dai primordi della Quarta Sezione, Meucci⁴²).

Il merito amministrativo può essere anche una nozione sostanziale: allora è più facile dire quello che il merito non è; il merito non è (e non coincide con e non va confuso con la) discrezionalità amministrativa: il merito non è esenzione dal controllo giurisdizionale (non è mai – quando si tratti di attività amministrative - assoluta insindacabilità); il merito è la scelta di opportunità riservata al potere esecutivo che il giudice deve ritenere non scrutinabile per ragioni di opportunità (salvi i casi di giurisdizione di merito).

Il merito va allora distinto dalla discrezionalità e la distinzione viene facile: la discrezionalità è il metodo (comparativo degli interessi pubblici e privati, primari e secondari), il merito è il contenuto della scelta effettuata attraverso il metodo discrezionale (quest'ultimo sempre controllabile tramite la nota tecnica dell'eccesso di potere o della proporzionalità; con i conseguenti problemi dell'intensità del controllo giurisdizionale e della eventuale *deference* da riconoscersi ad alcuni organi per la loro natura e collocazione ordinamentale).

Il merito è in rapporto con la sovranità politica (anche per il c.p.a. gli atti politici sono insindacabili) ma allora deve enuclearsi la nozione di atto politico che va distinta da quella di atto di alta amministrazione e va chiarito in che limiti tale nozione possa risultare non lesiva dell'art. 113 Cost. È evidente che vi sono alcuni atti di Governo che non sono impugnabili ad es. le nomine dei sottosegretari ma è chiaro che in uno Stato di diritto la nozione di atto politico possa apparire un ferro vecchio.

Il merito è in rapporto non solo con la politica ma anche con la tecnica: e qui sorge il tema della discrezionalità tecnica e della sostituzione del giudice all'amministrazione nelle scelte tecnico-discrezionali e dei suoi limiti (tema che meriterebbe una relazione a parte).

Il merito è competenza esclusiva – dell'amministrazione - a valutare un determinato interesse pubblico (ad es. nel diritto comunitario degli aiuti di Stato la competenza esclusiva della Commissione europea a valutare la distorsività degli aiuti cfr. Corte UE caso Lucchini). Allora travolge anche il giudicato (ma per forza endogena del diritto comunitario).

Il merito è l'area della valutazione che non è normata, si tratta quindi di un'attività giuridicamente rilevante ma che non è *sub lege* ossia non è espressamente disciplinata da norme di legge.

Il merito amministrativo non dovrebbe mai rilevare ove siano in giuoco diritti fondamentali indegradabili, se si ammette tale categoria sia pure restringendola alla vita ed al nucleo essenziale del diritto alla salute, al di là di quanto prima detto sulla dubbia costituzionalità della giurisdizione esclusiva sui medesimi.

Non si sa se sul piano operativo la considerazione del concetto possa poi sortire risultati concreti.

Ma questo dipende dalla fiducia che si riponga nella cultura e nella cultura giuridica in particolare.

⁴² Tutti autori ricordati da ROMANO TASSONE cit.

Il merito garantisce l'amministrazione al contempo dall'invadenza della politica e dall'invadenza dei giudici. Esso garantisce anche l'amministrazione dalla prepotenza dei poteri privati debordanti nel mondo globale. Ma è barriera fragile se l'amministrazione non ha competenza tecnica e professionalità, dignità ed onore.

16. La giurisprudenza della Cassazione sull'eccesso di potere giurisdizionale.

Custode del merito amministrativo è – nel sistema – la Corte di Cassazione che di recente ha affrontato il tema dei confini del potere giurisdizionale.

La nota sentenza Cass., S.U., n. 2312/2012 si è occupata proprio di una fattispecie in cui veniva in rilievo un apprezzamento prettamente discrezionale e non tecnico della pubblica amministrazione. La controversia riguardava l'esclusione di una impresa da una gara ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. f), d.lgs. 12.4.2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici). Il Consiglio di Stato aveva annullato il provvedimento di esclusione sulla base della presunta inattendibilità e incongruenza della decisione della stazione appaltante sulla inaffidabilità dell'impresa esclusa.

La stazione appaltante impugnava la sentenza del Consiglio di Stato sostenendo che quest'ultimo aveva invaso l'area della necessaria discrezionalità di apprezzamento del dato fiduciario appartenente alla amministrazione, strumentalizzando l'eccesso di potere per far emergere non tanto i suoi indici sintomatici ma solo la inattendibilità delle valutazioni di risoluzione del rapporto.

La sovrapposizione del giudice all'amministrazione si realizza anche quando tale sconfinamento sia compiuto da una pronuncia il cui contenuto dispositivo si mantenga nell'area dell'annullamento dell'atto. Infatti, l'eccesso di potere giurisdizionale è configurabile quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, o quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione, nel senso che, procedendo a un sindacato di merito, si estrinsechi in una pronuncia autoesecutiva. La sentenza ha tale carattere quando possiede il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa.

La Cassazione affronta il caso affermando innanzitutto di condividere la giurisprudenza amministrativa formata sulle esclusioni ex art. 38 d.lgs. n. 163/2006. Infatti, l'esclusione dalla gara pubblica dell'impresa che sia incorsa in grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante non presuppone il definitivo accertamento di tale comportamento, essendo sufficiente la valutazione con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, aveva provveduto alla risoluzione per inadempimenti contrattuali. L'esclusione non ha carattere sanzionatorio, ma è posta a presidio dell'elemento fiduciario che connota i rapporti contrattuali di appalto pubblico, ossia quello della affidabilità. In questi casi, è conferito all'amministrazione un ampio spazio di apprezzamento circa la permanenza di tale requisito. Da ciò derivano le difficoltà nell'individuare i limiti del sindacato giurisdizionale.

È consentito al giudice amministrativo un sindacato sulle valutazioni della pubblica amministrazione riconducibili all'eccesso di potere per far emergere eventuali utilizzi distorti di tale valutazione. Ciò che non è consentito è la sovrapposizione del giudice alla decisione della amministrazione attraverso la dichiarazione di

non condivisione della valutazione. Secondo la Cassazione, il Consiglio di Stato avrebbe utilizzato in maniera errata il cd. parametro della inattendibilità

Questa sentenza è in linea con quanto affermato dalla stessa Cassazione in ordine alle valutazioni delle prove concorsuali. Con una recente decisione (Cass., S.U., 28.5.2012, n. 8412) è stato ribadito che le valutazioni tecniche delle commissioni giudicatrici di esami o concorsi pubblici sono assoggettabili al sindacato di legittimità del giudice amministrativo per manifesta illogicità del giudizio tecnico o travisamento di fatto in relazione ai presupposti del giudizio medesimo, senza che ciò comporti eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera del merito amministrativo. Sulle valutazioni delle commissioni di concorso è predicabile un sindacato che giunga, senza impingere nella riserva di intangibilità del merito amministrativo, ben più che al controllo della mera coerenza logica della argomentazione, alla diretta verifica di attendibilità dei giudizi tecnici adottati, restando esclusa la sola possibilità di un intervento demolitorio su valutazioni attendibili ancorché opinabili.

Sempre con riferimento al sindacato del giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità, la decisione Cass., S.U., 8.3.2012, n. 3622 individua il confine tra la operazione logica inerente il sindacato sulla motivazione di un provvedimento e quella consistente nel compiere valutazioni di merito.

Il caso riguardava una procedura del Consiglio superiore della magistratura per il conferimento dell'incarico di Presidente di una Corte di appello. La decisione del Consiglio di Stato veniva impugnata dal C.s.m. affermando che il giudice amministrativo, operando direttamente il giudizio comparativo tra i *curricula* dei due candidati, avrebbe invaso la sfera riservata alla pubblica amministrazione. La Corte di cassazione non accoglieva il ricorso ma, comunque, chiariva che il giudice amministrativo deve operare un sindacato sulla congruità e la logicità della motivazione dell'atto discrezionale anche a contenuto fortemente valutativo della pubblica amministrazione. L'operazione intellettuale, consistente nel vagliare l'intrinseca tenuta logica della motivazione dell'atto impugnato, si può spingere fino ad affermare che quanto esplicitato dalla amministrazione non consente di comprendere i criteri ai quali la valutazione, insindacabile, si è ispirata o che, peggio ancora, manifesti l'illogicità o la contraddittorietà della applicazione dei criteri valutativi nella fattispecie concreta.

Nella fattispecie concreta la Cassazione ha affermato che tali limiti non si possono considerare superati per la sola circostanza che la sentenza impugnata abbia preso in considerazione i requisiti dei due candidati. Tale valutazione è, infatti, espressamente finalizzata ad evidenziare l'incongruità logica di una motivazione la quale, premessa l'eccellenza di entrambi i candidati, ha fatto leva sulla versatilità e sulle conoscenze ordinamentali di uno di essi senza dar conto delle ragioni per le quali ha considerato che tali elementi dovessero prevalere sulla varietà di esperienze professionali dell'altro.

In questo caso, l'analisi dei *curricula* non è servita al giudice per sovrapporsi alla amministrazione ma per evidenziare le lacune motivazionali dell'atto.

Esclusioni dalle gare di appalto, concorsi, nomine ad uffici giudiziari, il merito emerge nei luoghi più vari del diritto amministrativo vivente ed è la Cassazione a tracciare il confine che difende l'amministrazione dall'invadenza del giudice amministrativo.

In disparte la questione dell'impugnativa degli atti del CSM (nella quale giocano tanti fattori politici e corporativi che vanno oltre le questioni di teoria generale) è confortante pensare alla ricchezza

dell'ordinamento giurisdizionale plurale rivelato dal controllo della Cassazione sull'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo (sempre che la Cassazione stia nei limiti altrimenti si rischiano conflitti di attribuzione).⁴³

Conclusioni.

C'è una maledizione cinese che consiste nell'augurio di vivere in tempi interessanti. I tempi che ci sono dati non possono essere evitati.

Lo spirito giusto per affrontarli è l'invito di Spinoza, l'esiliato: né ridere né piangere. Ma capire. Soltanto capire. Non sembri riduttivo.

Il congedo lo affido ai versi di Rilke⁴⁴ (dal *Requiem*): *“Le parole grandi dei tempi in cui gli eventi erano ancora visibili, non sono più per noi. Chi parla di vittorie? Resistere oggi è tutto.”*

Grazie al lettore che mi ha seguito fin qui.

* 60° Convegno di Studi amministrativi, Varenna 18-20 settembre 2014.

⁴³ Sul punto G. MONTEDORO *Il giudice e lo sguardo. Il pluralismo giurisdizionale nell'età della globalizzazione* in *Democrazia e diritto* 3-4, 2011.

⁴⁴ Il Procuratore Borrelli – con il suo resistere, resistere, resistere di più di dieci anni fa - ha ricalcato Rilke (non so quanto consapevolmente). Al di là della (scontata) preferenza per l'originale (che anche Borrelli non avrebbe difficoltà a manifestare) la temperie che stiamo vivendo, per effetto dell'incidenza della globalizzazione sul costituzionalismo (non certo per autodifesa del ruolo della magistratura alla quale gioverebbe – secondo chi scrive – maggior *self restraint*), giustifica in pieno il ricordo di quei versi (ma senza enfasi iterative che, è facile ipotizzare, Rilke non avrebbe gradito).



ApertaContrada

RIFLESSIONI SU SOCIETÀ, DIRITTO, ECONOMIA