

CULTURA GIURIDICA

IL «NUOVO CHE AVANZA» NEI PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Piero Brunori

Le stimolanti riflessioni di Paolo Maddalena su queste pagine¹ inducono a qualche ulteriore considerazione su «ragione e diritto» con riferimento all'evoluzione in atto in un particolare (ma essenziale) settore delle dottrine giuridiche.

Nel quadro delle numerose innovazioni legislative che dal 1990, e più ancora negli ultimi tre anni, hanno trasformato alcuni concetti fondamentali del diritto amministrativo italiano, si è inserita recentemente la sentenza della Corte di Cassazione a sezioni unite n. 500 del 1999. Con essa la Corte ha ribaltato un principio che da sempre era stato tenuto fermo nella qualificazione dei rapporti dei cittadini con la pubblica amministrazione e della relativa tutela giurisdizionale: e cioè il principio secondo cui non si poteva ottenere il risarcimento della lesione di «interessi legittimi».

Questo principio veniva tratto dalle caratteristiche con cui il nostro sistema si era venuto a configurare. Con la legge di unificazione amministrativa del 1865, fu devoluta all'autorità giudiziaria ordinaria la competenza di giudicare i provvedimenti della pubblica amministrazione, ma solo in caso di lesione di «un diritto civile

¹ P. Maddalena, *Il rapporto tra ragione e diritto nella formazione dei sistemi giuridici dell'Europa continentale e del mondo anglosassone e nella costruzione attuale dell'ordinamento comunitario dell'Unione Europea*, in «Punti Critici», n. 2, pp. 9-24.

o politico»; mentre con l'istituzione di un'apposita sezione del Consiglio di Stato nel 1889 si dava la possibilità di ottenere l'annullamento di atti illegittimi per scorretto uso di un potere pubblicistico. Nasceva così, nella giurisprudenza e nella dottrina giuridica, la categoria, tipica del diritto amministrativo italiano, dell'«*interesse legittimo*»: cioè la posizione propria del soggetto abituato a chiedere l'accertamento delle illegittimità delle amministrazioni pubbliche; categoria contrapposta a quella del «diritto soggettivo», considerato invece posizione giuridica a tutela piena.

Solo a quest'ultima categoria, secondo una giurisprudenza definita «monolitica» o addirittura «pietrificata», era riconosciuta la tutela risarcitoria, essendo il risarcimento limitato dal codice civile al caso di «danno ingiusto». La sentenza n. 500, distaccandosi con lunga, circostanziata e dotta motivazione («quasi un breve saggio», è stata definita) da questo costante orientamento, ha espressamente esteso la possibilità di risarcimento alla lesione degli interessi legittimi. Anzi, è andata oltre, ammettendo la risarcibilità di qualunque danno «ingiusto», indipendentemente dalla qualificazione formale dell'interesse protetto. «Quali siano gli interessi meritevoli di tutela – conclude la Cassazione – non è possibile stabilirlo *a priori*»; sarà compito del giudice «procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti».

Si tratta di una decisione auspicata da tempo sia dagli operatori del diritto (che si vedevano impotenti ad assicurare una reintegrazione economica a chi si trovasse danneggiato da illegittimità ormai irreversibili), sia dagli studiosi del diritto amministrativo (che chiedevano il superamento di concetti da considerare ormai obsoleti). Ma mentre non c'è nulla da eccepire circa la soddisfazione dei primi, l'entusiasmo dei secondi desta qualche preoccupazione.

Molti dei migliori amministrativisti, infatti, plaudono a quello che considerano soltanto un primo passo per il definitivo accantonamento dei principi che hanno caratterizzato il diritto amministrativo italiano a partire dalla riforma ispirata da Silvio Spaventa: l'interesse legittimo – figura peculiare dell'elaborazione

giuridica del nostro paese – non può sopravvivere a lungo all'eliminazione della tutela differenziata; esso sarà superato, e di seguito lo saranno i concetti di *potere-soggezione*, di *discrezionalità amministrativa*, di *giurisdizione di legittimità*, fino a quello stesso di *pubblico interesse*. Tutte le posizioni giuridicamente tutelate hanno pari dignità; non c'è ragione per differenziare la posizione dell'uno o dell'altro privato, o quella del privato rispetto alla pubblica amministrazione; e ciò né sotto l'aspetto dell'ampiezza della protezione, né sotto quello dell'autorità giudicante, né sotto quello dei termini e modo della tutela, e neppure sotto quello degli effetti del giudizio. In fondo, oggetto della tutela non è una posizione formale, ma il «bene della vita», che esige la reintegrazione tutte le volte che ne sia individuata dal giudice un'ingiusta compressione.

Si è così schematizzato assai grossolanamente un atteggiamento, che in ciascuno studioso presenta temi e implicazioni ben distinti; ma, se si ammette che questa schematizzazione abbia un minimo di corrispondenza con le correnti dottrinali più in voga, conviene soffermarsi per valutarne le conseguenze ed i pericoli.

Continuando a schematizzare ed anzi portando quell'atteggiamento all'estremo – anche a rischio di non far riconoscere in queste estrapolazioni molti studiosi – potremmo individuare, nelle argomentazioni che sono in questi giorni esposte e discusse in più sedi, alcuni postulati fondamentali, di cui si potrà riconoscere l'origine «ideologica» (che giustifica appunto la preoccupazione sopra espressa).

a) Non esiste di per sé un «interesse pubblico», ma tanti interessi dei singoli individui, la cui sommatoria coincide con l'interesse della collettività.

b) La giustizia risulta dalla libera competizione dei vari interessi individuali fra loro, nel giudizio come nel mercato.

c) La giustizia della decisione si misura non dalla sua corrispondenza a schemi ideali, ma dall'osservanza delle regole del «giusto processo».

d) Il cittadino deve essere tutelato non per il complesso dei diritti che l'ordinamento gli riconosce, ma per i «beni della vita» di cui in qualche modo dispone.

e) L'identificazione di questi «beni della vita» dipenderà dalla capacità del soggetto leso di dimostrarne l'ampiezza e di farsela riconoscere dal giudice.

Non è difficile scorgere in questo (ripetiamo, del tutto sommario) schema i temi fondamentali che differenziano gli ordinamenti a *common law* da quelli di impostazione romano-germanica, e in particolare quelli che si sono anche recentemente evidenziati in note esperienze statunitensi. Quegli ordinamenti, infatti, rifiutano concettualizzazioni ed entificazioni, non conoscono alcuni istituti per noi elementari, si affidano all'autorità dei precedenti giurisprudenziali. D'altra parte, soprattutto negli Stati Uniti, si rifugge da tutto quanto è definito o imposto per legge; solo i singoli sanno organizzare e proteggere i propri interessi collettivi. Per cui si ha sfiducia nel potere legislativo, anche perché, vista la scarsità dei votanti e l'influenza delle *lobbies*, esso non ha la capacità di imporre certi comportamenti; e si preferisce affidarsi al potere giudiziario. Questo, concepito come espressione della sovranità popolare, non è necessariamente obbligato a motivare le proprie decisioni, né soggetto al controllo di una istanza superiore.

Un tale sistema, in una realtà storica e sociale di cui fin da Tocqueville si è rilevata la singolarità, ha consentito agli Stati Uniti di adeguarsi alle esigenze del momento senza ricorrere ad ampie riforme legislative o ad elaborati procedimenti applicativi. È stato ricordato in proposito il caso *Philips Morris*: mentre il Congresso non è mai riuscito a limitare la vendita di sigarette, davanti al giudice i giganti del tabacco hanno dovuto accettare di pagare un indennizzo di molti miliardi di dollari per le spese sanitarie dello Stato, al fine di evitare una serie di cause per risarcimento che sarebbero state ancora più gravose.

Non stupisce quindi che negli Stati Uniti si sia in grado di reprimere l'illegittimo comportamento delle amministrazioni senza bi-

sogno di giurisdizioni speciali, di garanzie specifiche o di tipizzazioni concettuali; ma semplicemente con l'intervento del giudice, che ricorrendo a criteri sostanzialmente equitativi valuta gli interessi in gioco e sa anche infliggere sanzioni esemplari.

Ma non c'è bisogno di lunghi discorsi per mettere in luce cosa significherebbe trasportare un tale sistema nel nostro ordinamento, in cui nessuno accetterebbe l'elezione popolare dei giudici o l'eliminazione di qualunque controllo sulle loro decisioni. Ed inoltre cosa significherebbe accettare gli aspetti di quel sistema che anche nella realtà statunitense danno luogo a forti perplessità: in particolare l'enorme costo dei giudizi risarcitori (di solito retribuiti con una quota dell'indennizzo che l'avvocato riesce ad ottenere), che è conseguenza della necessità di costruire in giudizio la dimostrazione del danno e della sua entità senza parametri legislativi; così che tali giudizi raggiungono spesso risultati clamorosi, ma solo in quei processi che alla parte ed all'avvocato conviene proporre.

Ma ancora più sorgono obiezioni – parallele a quelle già espresse su queste pagine – circa la necessità ed opportunità di rinunciare definitivamente ad una elaborazione giuridica che per un secolo ha cercato di garantire il perseguimento dell'interesse pubblico ed insieme la giustizia dell'azione amministrativa, e che non ha confronto con le similitudini artificiose adottate negli ordinamenti anglosassoni (le regole del gioco invece che le norme processuali, gli interessi collettivi attribuiti fittiziamente a un ente pubblico). Il che non vuol dire certo che l'attuale situazione, teorica e pratica, del controllo dell'azione amministrativa in Italia sia soddisfacente. È vero che la eccessiva concettualizzazione (*giurisprudenza dei concetti*) ha finito col prevalere sulla *giurisprudenza degli interessi*; che la giustizia amministrativa – somministrata da un organo che non si distingue abbastanza dall'amministrazione attiva – tarda a recepire le innovazioni legislative; che i ritardi dei giudizi sono tali da vanificare gran parte delle garanzie giurisdizionali; che la pigrizia nell'attività istruttoria e cautelare impedisce un corretto svolgimento dei procedimenti; e tanti altri appunti che non è difficile aggiungere.

Ben vengano, quindi, interpretazioni coraggiose (come la sentenza n. 500) dirette ad accrescere l'adeguatezza delle garanzie di legalità ed efficienza della pubblica amministrazione; senza peraltro illudersi che la crisi dell'amministrazione italiana (fondamento di tutte le crisi del nostro paese) sia risolvibile semplicemente mediante riforme legislative o revisioni di concetti giuridici. Ma certo non sembra necessario disfarsi dell'esperienza giurisprudenziale e dottrinale peculiare della nostra tradizione giuridica.

È però improbabile che considerazioni di questo genere abbiano fortuna nell'ambiente accademico, poiché rischiano di apparire ostili al «nuovo che avanza». E si sa che questo «nuovo» è considerato spesso, solo in quanto tale, «buono»: ed infatti si sono sentiti e letti più volte inviti a disfarsi di una «vecchia», ancorché autorevole o addirittura veneranda, tradizione, proprio in nome del coraggio e della disponibilità all'innovazione.

In verità, il «nuovo» può essere considerato piuttosto antiquato, perché in sostanza consiste nel tornare indietro, prima di quel travaglio politico e dottrinale che nell'Italia post-unitaria portò al progressivo affinamento degli strumenti di controllo dell'azione amministrativa; per ridurre così il diritto amministrativo ad una serie di rapporti semplicisticamente modellati su schemi privatistici, e addirittura (accordando tutela non tanto agli interessi protetti, quanto ai «beni») su schemi proprietari di stampo tardo-illuminista².

Sembra che s'invochi, quale garanzia di progresso dell'ordinamento giuridico, la «mano invisibile» del liberismo settecentesco; alla quale nel campo economico si presta ormai ferma fiducia, sulla base del successo di recenti esperienze, di validità tutt'altro che dimostrata nei tempi lunghi ed in altri contesti.

² Non si tratta di negare validità alla categoria dei *Lebensgüter* (sia che si riferisca a beni individuali, sia che sia estesa ai beni collettivi), ai fini del superamento del formalismo giuridico, ma di evidenziare il rischio che essa serva a eludere il problema della giustificazione giuridica della loro tutela; non sempre - come è stato notato - è utile... sostituire i «segmenti» con i «bastoncini»!

Ma forse si va ancora più indietro, a prima della scolastica, che elaborò il principio del «*bonum commune*», corrispondente in pratica all'odierno «interesse pubblico», concetto che ora si finisce col mettere in discussione. Se infatti si respinge il principio che l'interesse individuale, quando entra in conflitto con le finalità legittimamente scelte per il conseguimento dell'*interesse pubblico*, ne risulta in qualche modo limitato nella sua tutela – e non semplicemente assoggettato a un giudizio di bilanciamento da parte del singolo giudice che non risponde a nessuno – si nega che esista un parametro oggettivo per misurare la legittimità (e l'efficienza) dell'azione amministrativa e l'ampiezza delle limitazioni imponibili agli interessi privati. Si nega cioè che il punto di partenza sia una *scelta di fini e di valori*, che possono essere enunciati dalla costituzione e dalla legge, ma che devono essere identificati in concreto – con l'esercizio di più o meno ampi margini di discrezionalità – dai governanti ai vari livelli, i quali saranno poi giudicati per queste loro scelte, in base al proprio grado di responsabilità.

È chiaro che – sempre portando le conseguenze all'estremo – una tale preferenza per lo spontaneo scontro e contemperamento degli interessi individuali rientra nelle attuali tendenze. Ma che sia veramente «nuovo», si può avanzare qualche dubbio.

Che poi sia anche «buono», sorgono dubbi anche maggiori. Come si sa, un elemento caratteristico della nostra Costituzione è rappresentato dall'art. 3, secondo comma, che assegna alla Repubblica non solo la garanzia delle libertà, ma «*il compito*» di rimuovere gli ostacoli economici e sociali alla libertà, all'eguaglianza ed alla partecipazione. La pubblica amministrazione italiana, quindi, non è tenuta soltanto ad organizzarsi secondo i criteri di «imparzialità» e «buon andamento» di cui all'art. 97, ma anche a far fronte al suddetto «compito» scegliendo prioritariamente le concrete finalità operative più idonee per attuarlo. Rinunciare a questa impostazione, basata sulla necessità di giudizi di valore, non appare un gran progresso.

È stato recentemente ed autorevolmente denunciato un male oscuro dell'attuale organizzazione sociale, definito «accidia politica», cioè l'incapacità di graduare e scegliere tra le diverse opzioni secondo giudizi di valore, pretendendo che ciascuna abbia per definizione pari valenza e sensatezza. Con la conseguenza di lasciare affermare la scelta di chi ha più forza e più mezzi (in particolare pubblicitari) per far valere il proprio interesse.

Si potrebbe pensare che la tendenza ad accogliere entusiasticamente il «nuovo» come si è prima prospettato sia inquadrabile in una diagnosi di questo genere. È chiaro che così la discussione finisce troppo *in apicibus*. Ma ciò può se non altro servire per dimostrare quanto siano importanti le elaborazioni che la cultura giuridica – senza farsi fuorviare da mode o da egemonie contingenti – è chiamata a formulare di fronte alle svolte culturali e sociali del nostro tempo.