

Il diritto amministrativo in trasformazione

di Nino Longobardi

31 agosto 2017

SOMMARIO: 1. I fattori di destrutturazione del diritto amministrativo. – 2. La destabilizzazione del diritto amministrativo. – 3. Le prospettive di rinnovamento del diritto amministrativo. – 4. Considerazioni conclusive. – 5. Nota di aggiornamento.

1. I fattori di destrutturazione del diritto amministrativo

1.1. Ormai da molti anni, almeno dagli anni '70 del secolo scorso, sono all'opera diversi fattori di destrutturazione del diritto amministrativo, la cui azione congiunta si è intensificata negli anni più recenti.

In argomento, un bel saggio di *Jean-Bernard Auby* con riguardo all'ordinamento francese risale ormai al 2001, ma fornisce tuttora un pregevole e sintetico inquadramento dei fattori di destrutturazione – così denominati dall'autore – che nel loro insieme destabilizzano e mettono in questione il diritto amministrativo. Si tratta di un inquadramento largamente valevole per il nostro come per gli altri diritti amministrativi dell'Europa continentale.

Il saggio indica anche le prospettive di rinnovamento del diritto amministrativo, secondo linee di percorso già intraprese – con non poche variabili, oscillazioni ed ambiguità, tuttavia – nei Paesi dell'Europa continentale¹.

L'analisi dei fattori di destrutturazione e l'indicazione delle prospettive di rinnovamento del diritto amministrativo fornite da *Auby* sono qui in buona sostanza condivise e poste a base dei rilievi che seguono.

1.2. Il primo fattore di destrutturazione attiene alla globalizzazione. Ne consegue per diverse vie l'internazionalizzazione del diritto amministrativo. Questo diviene permeabile. Vi fanno irruzione norme e *standards* esterni allo Stato, con conseguente perdita, da parte dello Stato, del controllo della dinamica di evoluzione del diritto amministrativo².

Se il fenomeno più evidente è quello della penetrazione del diritto comunitario e degli effetti di trasformazione così indotti, a livello internazionale e globale operano, sia pure meno intensamente, ma nella stessa direzione, i Trattati e le convenzioni

¹ J. B. AUBY, *La bataille de San Romano*, A. J. D. A., 2001, p. 912 ss. In uno scritto più recente (J. B. AUBY, *Le droit administratif français vu du droit comparé*, A. J. D. A., n. 7/2013, p. 407 ss.) l'autore conferma l'analisi precedente in ordine alla destabilizzazione del diritto amministrativo francese ed ai fattori di essa e, rilevato l'attuale deficit teorico del diritto amministrativo, sottolinea nuovamente l'esigenza di fondare la teoria del diritto amministrativo sulla protezione dei diritti fondamentali.

² Come è stato efficacemente affermato da S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 903, il diritto amministrativo ha perduto il suo esclusivo ancoraggio allo Stato.

internazionali (C.E.D.U., O.M.C., Convenzione di Aarhus) con gli organi, anche giurisdizionali, a cui hanno dato vita.

La globalizzazione spinge fortemente verso l'armonizzazione dei concetti e delle soluzioni. Si pensi, quanto ai primi, all'incidenza del diritto europeo sulla definizione di nozioni quali aiuto pubblico, contratto pubblico, servizio pubblico, ecc.; al concetto di sanzione amministrativa ai sensi dell'art. 6 della CEDU che, secondo una visione sostanziale e garantista, accomuna la sanzione amministrativa a quella penale³. Quanto alle soluzioni, l'armonizzazione investe sia il versante organizzativo che quello dell'azione amministrativa e, più di recente, anche quello del contenzioso giurisdizionale.

Un esempio certamente calzante è quello della rapida diffusione sul continente delle autorità amministrative indipendenti, ovvero di un modello estraneo alla tradizione dei diritti amministrativi continentali. Già nel *Rapport public* del 2001 il *Conseil d'État* sottolineava che la creazione di autorità amministrative indipendenti per la regolazione di mercati aperti alla concorrenza risponde in primo luogo ad un «imperativo di credibilità internazionale» del sistema economico del Paese⁴.

L'azione amministrativa, chiamata a confrontarsi con lo sviluppo della protezione dei diritti fondamentali e ancor più dei diritti procedimentali derivante da convenzioni internazionali ne viene necessariamente trasformata. Tradizionali istituti del diritto amministrativo risultano erosi e messi in discussione⁵.

Si pensi ai diritti in materia ambientale attribuiti dalla Convenzione di Aarhus. Si rifletta sullo statuto di diritto fondamentale assunto dal diritto di impresa in base alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ormai integrata nel Trattato europeo⁶.

Il regime regolatorio globale, per quanto rudimentale, è informato al principio del «giusto procedimento» e tende ad imporlo agli Stati⁷. Del resto, un percorso comune ai diritti amministrativi continentali è quello che tra gli anni '70 e gli anni '90 del secolo scorso ha condotto alle normative sul procedimento amministrativo informate ai principi di trasparenza e partecipazione.

³ Di ciò si è tuttavia preso atto ancora solo molto parzialmente e con grave ritardo nel nostro ordinamento. V. al riguardo F. GOISIS, *Verso una nuova concezione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2014, p. 337 ss.

⁴ N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico – istituzionale*, Torino 2009, pp. 205 ss. e 247 ss.

⁵ V. al riguardo l'ampio studio di M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012; ID., *L'invalidità dell'atto amministrativo e la violazione del diritto ultrastatale*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione*, cit., p. 155 ss.

⁶ Sul nuovo statuto delle libertà di impresa, che chiama in causa la trasformazione del diritto amministrativo e sulla sua difficile affermazione nel nostro ordinamento v. N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, partic. p. 629 ss; ID., *La libertà di impresa come libertà fondamentale ed il recedere del tradizionale primato del potere amministrativo*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione*, cit., p. 133 ss.

⁷ Al riguardo, v. N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, p. 882 s.

1.3. Più ambiguo è senz'altro il fenomeno relativo al secondo fattore di destrutturazione del diritto amministrativo, denominato dall'autore francese «*désétatisation de la société*» (destatizzazione della società nella traduzione letterale in italiano).

Con l'espressione si vuole indicare, da un canto, *a)* la riduzione dello spazio dello Stato a vantaggio del mercato, dall'altro, *b)* la riduzione dello spazio dello Stato a vantaggio dei cittadini.

a) Privatizzazioni e deregolamentazioni, esternalizzazioni di attività pubbliche, quelle che noi chiamiamo liberalizzazioni, indicano decisamente il recedere delle forme classiche dell'intervento pubblico e la trasformazione di centrali profili organizzativi e sostanziali del diritto amministrativo che ne vengono coinvolti.

Non si può dire che venga meno il ruolo dello Stato e delle amministrazioni pubbliche, né sempre esso si riduce, ma certamente si trasforma.

L'adesione ad una economia di mercato aperta ed in libera concorrenza implica il recedere di programmi e controlli pubblici a fini di direzione dell'economia a vantaggio della concorrenza, che è tecnica di coordinamento delle attività economiche alternativa ad essi⁸.

Neanche la grave recessione economica, conseguente alla recente crisi finanziaria, nonostante gli interventi emergenziali, anche di salvataggio, attuati con imponenti risorse pubbliche, ha condotto a riproporre la direzione dell'economia da parte dello Stato e a prospettare seriamente il ritorno dello Stato imprenditore⁹.

La regolazione pubblica deve assumere nuove forme rispettose del mercato. Il diritto amministrativo e la trasformazione di esso sono variamente chiamati in causa. Così, con riguardo alla formula delle autorità amministrative indipendenti, specie quanto all'esercizio degli ampi poteri normativi e sanzionatori ad esse conferiti. In generale, con riguardo ai controlli e ai vincoli pubblicistici nei confronti degli operatori, dei quali si impone un allineamento all'economia di mercato, secondo quanto indicato dalla Direttiva n. 2006/13 CE diretta ad un deciso ridimensionamento dei regimi di autorizzazione amministrativa e del relativo potere discrezionale.

b) Si può parlare di riduzione dello spazio dello Stato a vantaggio dei cittadini – secondo *Auby* – come effetto di un movimento, comune ormai da decenni alle democrazie occidentali, che ha condotto ad oltrepassare le esigenze classiche della democrazia rappresentativa per andare verso il riconoscimento diretto dei cittadini.

Si tratta, pertanto, soprattutto dei progressi della “democrazia amministrativa”, attraverso l'affermazione e lo sviluppo del principio di trasparenza amministrativa e degli istituti di partecipazione.

Al riguardo, tuttavia, non di riduzione dello spazio dello Stato deve parlarsi, bensì di trasformazione del ruolo di esso.

Riduzione può aversi con l'eliminazione/diminuzione di vincoli burocratici e la semplificazione di adempimenti amministrativi, che va a vantaggio sia dei cittadini

⁸ V. G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. quad. serv. pubbl.*, 1998, p. 1 ss.; M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, p. 176 ss.; N. LONGOBARDI, *Indirizzo politico e regolazione economica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, p. 881 ss.

⁹ Al riguardo, v. N. LONGOBARDI, *Le autorità di regolazione dei mercati nel “tempo della crisi”*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, p. 41 ss.

che del mercato. Questo obiettivo è dai nostri poteri pubblici assai più dichiarato che concretamente perseguito ed è costantemente contraddetto dall'introduzione di ulteriori vincoli ed adempimenti burocratici.

Ai progressi della democrazia amministrativa, dai quali consegue una maggiore consapevolezza dei cittadini, è in parte legato lo sviluppo del contenzioso giurisdizionale. La domanda di giustizia, insoddisfatta dal giudice amministrativo, riversatasi su altri giudici, in primo luogo quello penale - sottolinea *Auby* - è stata la spinta determinante per una serie di riforme della giustizia amministrativa dirette ad accelerare il giudizio ed a rendere effettiva la tutela richiesta, anche attraverso l'attribuzione al giudice amministrativo di poteri più incisivi.

Con riguardo alla democrazia amministrativa nel nostro Paese fortissime sono le ambiguità e ricorrenti le spinte all'indietro. Così, in tema di procedimento amministrativo prevale una chiusura nei confronti dell'affermazione di un vero contraddittorio, spesso immolato sull'altare della retorica dell'efficienza dell'amministrazione, efficienza che non a caso sempre più si allontana. L'attenzione del legislatore, spesso anche l'analisi della dottrina, continuano ad essere soprattutto incentrate sull'amministrazione ed i suoi poteri, mentre il diritto europeo, in particolare con l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali, che stabilisce il diritto ad una buona amministrazione, impone di rovesciare la prospettiva e porre al centro i cittadini¹⁰. Permane il disinteresse per aspetti organizzativi fondamentali, quale la figura del responsabile del procedimento, che, funzionario pubblico non garantito, non può svolgere correttamente tale ruolo. L'invadenza della politica continua a prevalere sull'esigenza di imparzialità dell'amministrazione. Allo sviluppo del contenzioso giurisdizionale determinato dal cattivo agire amministrativo è stato posto un freno assai improprio, quello dello sproorzionato costo dell'accesso alla giustizia. Sempre più la domanda di giustizia inappagata tende a riversarsi sul giudice penale.

1.4. Il terzo fattore di destrutturazione del diritto amministrativo indicato dall'autore francese è quello del decentramento del potere pubblico, sia sotto il profilo *a)* del decentramento autonomistico che *b)* del decentramento amministrativo, che costituiscono principi entrambi indicati per il nostro ordinamento dall'art. 5 della Costituzione e dal Consiglio d'Europa fin dal 1985, quanto al decentramento autonomistico, con la Carta europea delle autonomie locali.

a) Come è noto, nel nostro ordinamento, le Regioni hanno autonomia costituzionalmente garantita e sono dotate di una ampia potestà legislativa (generale) secondo un rapporto con quella statale assai confuso dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001, rapporto gestito e rigidamente riorganizzato dalla Corte costituzionale attraverso una lunga sequela di sentenze. Nulla di tutto ciò in Francia, dove, nonostante la «decentralizzazione», ancorché definita «forte» (in virtù del conferimento della materia urbanistica e di importanti risorse finanziarie), il sistema appare ai nostri occhi ancora un sistema centralistico, nel quale le collettività

¹⁰ Per questa permanente caratteristica della dottrina francese, v. F. MELLERAY, *Marcel Waline e la manière française contemporaine de faire du droit administratif*, in *R.f.d.a.*, 2014, p. 145 ss. Sul necessario mutamento di prospettiva, v. A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, p. 425 ss.

territoriali, definite attori autonomi perché uscite dalla stretta tutela dello Stato, restano subordinate al potere regolamentare del governo.

Eppure, l'impressione è quella di una maggiore vitalità e significatività ordinamentale delle collettività territoriali francesi rispetto alle italiane se è vero che le prime – come sottolineato da *Auby* – sono state in grado di imprimere con la loro azione trasformazioni al diritto amministrativo, con riguardo alla funzione pubblica territoriale venuta ad essere governata da un diritto differente da quello dello Stato, come allo stesso modo il demanio pubblico locale; ancora, con uno sviluppo impressionante di modelli convenzionali, sia per organizzare i rapporti con lo Stato, sia i rapporti con il settore privato (fornitori, imprese, associazioni, ecc.). Nelle seconde, quelle italiane, al contrario, prevale una logica di mera gestione (e tendenziale moltiplicazione) della spesa pubblica ed una logica di strumenti di collocazione del ridondante personale politico, mentre l'innovazione ordinamentale appare assai scarsa e per lo più impedita dalle norme vigenti e soprattutto dalla Corte costituzionale¹¹.

b) Per l'autore francese l'analisi del decentramento amministrativo interno allo Stato conduce in primo luogo a sottolineare il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti, ivi più eclatante che nel nostro Paese.

Il numero delle autorità amministrative indipendenti, dotate di ampi poteri normativi e sanzionatori, in Francia non ha cessato di crescere nel corso del tempo a seguito di deregolamentazioni, privatizzazioni (e liberalizzazioni) in quanto esse costituiscono lo strumento essenziale delle nuove modalità di regolazione amministrativa, in primo luogo con riguardo ai mercati.

Un tale modo di regolazione evita la concentrazione dei poteri in seno al governo, obbedisce anche ad indirizzi e direttive europee, che impongono la separazione tra lo Stato azionista e lo Stato controllore di imprese pubbliche, tra lo Stato regolatore di un mercato e lo Stato che gestisce un servizio pubblico a rete ed il medesimo Stato che agisce in esso.

L'apparato dello Stato si frammenta e si trasforma, tuttavia, anche secondo altre modalità. L'autore francese accenna ai fenomeni, del tutto analoghi a quelli presso di noi più risalenti, di *France Telecom* che da organo ministeriale è divenuta impresa pubblica e della separazione tra la rete ferroviaria francese e la *SNCF*.

Al riguardo, si segnala nel nostro Paese l'ambiguo fenomeno degli enti pubblici a struttura di S.p.A., diffusosi in tempi recenti. Un fenomeno non unitario, dal momento che ricomprende imprese e pubbliche amministrazioni in senso sostanziale. Ancora

¹¹ La Corte, in particolare, ha ricondotto il rapporto di impiego con le pubbliche amministrazioni, in quanto privatizzato, alla competenza esclusiva dello Stato ricomprendendolo nell' "ordinamento civile", vanificando così la sua inerenza all'organizzazione amministrativa. Lo stesso vale per le società partecipate e per la materia dei contratti delle amministrazioni pubbliche «sottratta *in toto* alle Regioni». Al riguardo, v. F. G. COCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 21 ss., partic. § 3. Più ampiamente, osserva l'autore, l'ordinamento civile, come la concorrenza, come ancora il coordinamento della finanza pubblica e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali sono stati utilizzati dalla Corte per delimitare la competenza legislativa delle Regioni.

più recente è il fenomeno del ricorso da parte delle amministrazioni ad enti privatistici quali associazioni e soprattutto fondazioni.

Che cosa indicano tali fenomeni? Un tentativo di fuga dal diritto amministrativo? Una direzione di trasformazione del diritto delle amministrazioni? I fenomeni si iscrivono nel tema forse più problematico e centrale riguardo al diritto delle pubbliche amministrazioni, il rapporto fra pubblico e privato, spesso semplicisticamente presentato come un confronto/scontro tra autorità e libertà, mentre investe i problemi dell'efficienza dell'amministrazione e delle garanzie nei confronti dell'azione di essa.

2. La destabilizzazione del diritto amministrativo

2.1. La destabilizzazione del modello classico del diritto amministrativo può essere – a giudizio di *Auby* – apprezzata nella sua estensione con riguardo *a)* al sistema delle fonti del diritto amministrativo ed al contenuto delle sue norme; *b)* allo spazio ed alle modalità di azione dell'amministrazione; l'autore francese parla al riguardo di «teoria delle competenze»: quali atti giuridici l'amministrazione può fare e su quali oggetti? *c)* alle figure soggettive del diritto amministrativo ed al loro statuto giuridico, nonché al rapporto tra le figure soggettive pubbliche e gli attori privati («*la théorie des organes*» per *Auby*).

2.2. a) Non vi è più – osserva *Auby* - una gerarchia chiara nel sistema delle fonti: Costituzione, Trattati, leggi, principi generali del diritto amministrativo, regolamenti amministrativi.

Particolarmente per la Francia è vero che nella pratica questa gerarchia era più formale che reale in quanto nel diritto amministrativo penetravano in modo assai scarso la Costituzione, i Trattati e le stesse leggi, mentre campeggiava in esso l'essenziale ruolo creatore del giudice amministrativo.

Questo non è più il produttore principale del diritto amministrativo. Questo ruolo è stato assai ridimensionato da quello del giudice costituzionale e del giudice europeo, nonché dall'attivismo del legislatore. Ne sono conseguiti la costituzionalizzazione e l'internazionalizzazione del diritto amministrativo, nonché lo sviluppo del diritto amministrativo legislativo.

Non è del tutto certa – osserva *Auby* – la posizione delle norme internazionali e del diritto europeo. Quest'ultimo è in teoria sottoposto alle norme costituzionali, ma tuttavia consente al giudice ed anche all'amministrazione, a differenza delle norme costituzionali, di disapplicare le leggi.

Incerta è poi la collocazione del potere regolamentare delle autorità amministrative indipendenti, divenuto concorrenziale con il prima assolutamente dominante potere regolamentare governativo e che, anche da noi, problematicamente si colloca al livello “subprimario” delle fonti, in quanto conferito alle autorità sostanzialmente senza prescrizioni contenutistiche in merito al suo esercizio¹².

¹² Cfr. F. MERUSI, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in G. GITTI, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 8 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI – A. PAJNO (a cura di) *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2009, p. 75 ss.; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 295 ss..

Si tratta, sottolinea *Auby*, di elementi che delineano un quadro generale nel quale non vi sono più le certezze del passato.

La crescente penetrazione del diritto privato nel diritto delle pubbliche amministrazioni è un fatto indiscutibile, anche se da sempre le amministrazioni hanno fatto uso del diritto privato. Vicenda, questa dell'uso del diritto privato da parte delle amministrazioni, che va storicizzata per intenderne il senso.

Il problema oggi risiede nella lettura che del rapporto pubblico/privato occorre dare anche in base alle norme costituzionali, essendo in gioco non solo, come già si è accennato, l'efficienza dell'amministrazione – che secondo alcuni spinge verso una maggiore libertà di essa, con tendenziale, almeno parziale, parificazione della sua posizione a quella dell'autonomia dei privati – ma anche l'essenziale principio di legalità dell'attività amministrativa, le garanzie nei confronti di essa, che richiedono di mantenere la prevalenza del diritto pubblico.

Si assiste in materia nel nostro Paese ad una normativa legislativa caotica, caratterizzata da flussi e riflussi. È divenuto al riguardo assai difficile farsi un'opinione sicura e soprattutto mantenerla nel tempo¹³.

D'altro canto, vi è ormai un ampio riconoscimento ordinamentale, anche nella legge sul procedimento amministrativo, delle attività pubblicistiche svolte da soggetti privati¹⁴.

¹³ Il «continuo riposizionarsi del confine tra ciò che è pubblico e ciò che non lo è», la «serie sempre più ampia di intrecci tra istituti comuni e discipline speciali, con valenze che ora possono assumere carattere privatistico ora pubblicistico», sono fra i tratti salienti dell'enigmatico quadro del presente secondo B. SORDI, *Per una storia del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (25), Milano 1996, pp. 683 ss., 707 ss. «Il confine fra Stato e società» - osserva l'autore - «appare quanto mai mobile ed incerto, alternando dissoluzioni ampie e devastanti ad improvvisi rigurgiti statualistici. Se tutto questo non ha restituito l'indistinzione tra pubblico e privato dell'antico regime ... , ha tuttavia reso notevolmente contraddittoria ed ondivaga la declinazione del pubblico».

Sugli intrecci tra diritto pubblico e diritto privato negli ordinamenti europei, oltre che nell'ordinamento italiano, v. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, pp. 63 ss., 241 ss. anche per pertinenti indicazioni di dottrina; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, p. 5 ss. rileva il formarsi di settori di amministrazione nei quali, sia sul piano organizzativo che su quello funzionale, «istituti privatistici e istituti pubblicistici convivono trasformandosi reciprocamente». Messo in rilievo l'inserimento negli anni più recenti di numerosi elementi pubblicistici nei settori privatizzati (una «sorta di *revival* pan-pubblicistico»), l'autore sottolinea il permanere dell'intreccio tra i due settori disciplinari, «così che della trasformazione in senso privatistico di molti istituti tradizionali si perde il senso». Quanto alla permanente necessità di distinguere tra diritto pubblico e diritto privato è sempre attuale il monito di S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, 1964, 697: «ogni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato: e, quanto più acuta è la crisi, i più inclinano a negare la distinzione; cioè si fermano alla superficie e dimenticano che l'esigenza razionale del diritto come ordinamento è nella dinamica dei due termini; pubblico e privato. Infatti, negata la distinzione si dissolve il diritto». La distinzione tra diritto pubblico e privato è stata in passato negata, a vantaggio del diritto pubblico nella concezione fascista e nazista del diritto pubblico e della nazione, a vantaggio del diritto privato nel pensiero sovietico prevalente negli anni '20 del secolo scorso. Lo ricorda efficacemente G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 2000, p. 82 s.

Importante è anche la sottolineatura, da parte dell'autore francese, del «movimento che tende alla “*subiectivisation*” del diritto amministrativo>>, che per l'innanzi si presentava come un diritto essenzialmente obiettivo, in cui la tutela dell'interesse dell'amministrato in sede giurisdizionale era il risultato indiretto di una tutela obiettiva dell'ordinamento amministrativo. Come da noi, anche nell'ordinamento francese, quanto al contenzioso relativo all'eccesso di potere, il ricorso giurisdizionale contro l'atto amministrativo è divenuto un ricorso diretto in primo luogo alla tutela degli interessi personali e soggettivi degli amministrati¹⁵.

Su questa linea si collocano le trasformazioni del giudizio amministrativo, non completate, tuttavia, solo che si pensi alla cogenza dei principi di pienezza ed effettività della tutela, ancora attuati solo parzialmente.

2.3. b) Le evoluzioni recenti incidono anzitutto sui concetti tradizionali inerenti alla definizione degli spazi propri dello Stato o del mercato: sull'amplissima nozione di *service public* francese, ma anche sulla nozione di servizio pubblico italiana; è soprattutto il diritto europeo con le diverse nozioni di servizio di interesse economico generale e di servizio universale a circoscrivere lo spazio dell'intervento statale, riducendone notevolmente l'azione¹⁶.

Più in generale, le tradizionali modalità dell'intervento pubblico, di stampo statalista e dirigista, sono contestate dal diritto europeo in quanto incompatibili con la libertà di impresa, ormai configurata come libertà fondamentale dell'individuo dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 16), divenuta parte integrante del Trattato UE. Particolarmente significativa al riguardo è la Direttiva CE 2006/13 sui «Servizi nel mercato interno»¹⁷.

Quand'anche permanga l'intervento diretto dei poteri pubblici nell'economia, questo deve ora adattarsi alle nuove discipline europee, specialmente in tema di concorrenza. La crisi finanziaria e la conseguente recessione economica hanno tuttavia rallentato il processo di adeguamento, riproponendo un più ampio ruolo degli Stati.

Anche la teoria degli atti amministrativi è intaccata dalle evoluzioni recenti. Poche, invero, sul tema le indicazioni di *Auby*, inerenti alla contestazione dell'azione unilaterale dell'amministrazione derivante dai progressi della democrazia amministrativa, alla necessità di una teoria dell'operazione amministrativa che superi il concetto atomistico di atto amministrativo, ai mutamenti che si impongono alla teoria francese del «*contract administratif*».

Più estesa, in vero, appare al riguardo la destabilizzazione del diritto amministrativo classico.

¹⁴ V. A. MALTONI, *Le attività di interesse pubblico dei soggetti privati nella legge sul procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di G. Palma*, Napoli, 2011.

¹⁵ V. ad es. A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova 2000-2001.

¹⁶ Cfr. al riguardo F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano 2008; M. LOTTINI, *Il mercato europeo. Profili pubblicistici*, Napoli 2010.

¹⁷ Al riguardo, v. N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, cit.; ID, *La libertà di impresa*, cit.

Si pensi all'influenza delle «fonti oltre lo Stato». Queste, attribuendo diritti, godendo di supremazia, facendo automatico ingresso nell'ordinamento nazionale, rivolgendosi alle amministrazioni, si prestano a scardinare le strutture su cui poggia l'ordinamento domestico. Una legalità rafforzata e dai tratti diversi da quella interna si riflette in particolare anche sul tradizionale regime di invalidità degli atti amministrativi quando ad essere violate sono norme ultrastatali¹⁸.

Più ampiamente, la normativa extrastatale incide sulla disciplina sostanziale dei provvedimenti amministrativi ed anche sugli assetti della giustizia amministrativa, preclude la sottrazione di garanzie procedurali agli interessati, limita e conforma il potere amministrativo degli Stati nazionali¹⁹.

Si pensi, soprattutto, alla discrezionalità amministrativa che, astretta tra principio di proporzionalità, giusto processo e relativi canoni di pienezza ed effettività della tutela, si ritiene autorevolmente ridotta ad un problema di interpretazione²⁰; a ciò si lega la prospettata trasformazione dell'interesse legittimo della tradizione dottrinale italiana in diritto pubblico soggettivo (o diritto soggettivo) – come conseguenza ancora del principio del giusto processo – in quanto pretesa qualificata del cittadino nascente da un rapporto con la pubblica amministrazione, da soddisfare giudizialmente²¹.

¹⁸ Con particolare riguardo alla violazione del diritto dell'Unione Europea, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e della Convenzione di Aarhus, v. M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, cit; ID. *L'invalidità dell'atto amministrativo*, cit. Sulla disapplicazione del provvedimento amministrativo, v. R. DI PACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino, 2011.

¹⁹ Con riguardo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ed alla Corte europea di Strasburgo, v. E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. process. amm.*, n. 3/2014, p. 685 ss., il quale argomenta l'influenza di questa normativa extrastatale, in procinto di divenire comunitaria, in ordine al mutamento del processo cautelare e dell'organizzazione del giudizio amministrativo, specie per l'udienza ed anche dei principi che riguardano la disciplina sostanziale sull'imperatività dei provvedimenti amministrativi; viene inoltre evidenziata l'incompatibilità del controverso art. 21 *octies*, legge n. 241/1990 con la tutela delle garanzie dei soggetti coinvolti nel procedimento affermata dalla Corte EDU. Sui limiti al potere amministrativo posti dalla Corte europea di Strasburgo, v. anche F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2010, p. 428 ss.

²⁰ F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, *Dir. e proc. amm.*, n. 1/2011; ID., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2007, p. 427 ss.; ID., *L'integrazione tra legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, ove viene condivisibilmente sostenuto che dal primato dei diritti fondamentali rispetto al potere amministrativo discende che «nel potere amministrativo non possono esistere spazi di libertà inconoscibili da parte del cittadino e conseguentemente anche dal giudice». Molteplici sono i fermenti dottrinali per una ridefinizione della discrezionalità amministrativa. V. partic. E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale*, Napoli, 2008. L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 3/2013, p. 309 ss. Sul superamento (e l'espunzione) della nozione (connessa a quella di discrezionalità) di merito amministrativo in conseguenza dell'assoggettamento dell'agire pubblico al principio di legalità, dal quale deriva la sconfessione di ogni pratica volta ad isolare porzioni di ordinamento a favore dell'amministrazione, v. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.

²¹ V. ancora F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, cit. Con riguardo alla generalità dei sistemi di giustizia amministrativa, E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, (Madrid 2007), (trad. it.), Milano, 2010 ha argomentato che l'interesse legittimo

Ancora, il ruolo dei principi nel diritto amministrativo - tra i quali vengono accolti sempre più i principi del diritto comune - ha mutato di segno. Sempre meno strumenti dell'autorità, i principi sono divenuti strumenti di potenziamento dei diritti e delle libertà nei confronti delle pubbliche amministrazioni, come testimoniano le applicazioni dei principi di proporzionalità ed effettività. La spinta viene dall'Unione Europea, nella quale i diritti fondamentali sono qualificati espressamente come principi generali del diritto²².

2.4. c) La tradizionale problematica della distinzione tra persone pubbliche e persone private, benché appaia in Francia sopita, potrebbe tornare d'attualità, secondo *Auby*, ove la giurisprudenza si interroghi ad es. sulle frontiere che circoscrivono gli atti amministrativi o su concetti quali il demanio pubblico e i lavori pubblici.

È opportuno aggiungere che alla distinzione interna tra enti pubblici ed enti privati si sovrappone la nozione di organismo di diritto pubblico di derivazione comunitaria, che, da un canto, riduce la rilevanza della distinzione interna, dall'altro, rende ancor più incerta la medesima distinzione²³.

L'autore francese evidenzia con riguardo alle *sociétés d'économie mixte* un fenomeno del tutto analogo a quello che interessa le nostre società a partecipazione pubblica, ovvero che esse sono sempre più gravate da vincoli simili a quelli caratteristici degli enti pubblici.

Si è già sottolineata con riguardo al nostro ordinamento la problematica degli enti pubblici a struttura di società per azioni. Essa è invero presente anche in Francia²⁴.

Assai ampio e variegato è da noi il fenomeno degli enti dalla veste giuridica privatistica ruotanti nell'orbita delle pubbliche amministrazioni. Si tratta non solo di enti realmente privati (ad es., s.p.a. in mano pubblica operanti nel mercato), ma anche, ormai sempre più spesso, di entità per le quali la veste giuridica privatistica è più finzione che realtà: società per azioni derivate dalla trasformazione di enti pubblici economici; società per azioni (c.d. legali) originate dalla trasformazione di apparati dello Stato ed investite di funzioni amministrative, che non perdono in realtà

(quello così o con analoga formula qualificato) è ormai riconosciuto come «un vero e proprio “diritto soggettivo”, che come tale postula una tutela completa ed effettiva» (ivi, p. 70 e *passim*). In argomento, tra gli scritti più recenti v. F. G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 379 ss.; M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2012, p. 46 ss.; L. R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2012, p. 850 ss.; A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 1-2/2013, p. 1 ss.

²² Al riguardo, v. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in ID. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, p. 67 s. L'autore rileva giustamente che il potenziamento dei diritti e delle libertà derivanti dal nuovo ruolo dei principi non va solo a vantaggio dei diritti più forti e a contenuto economico, ma delle situazioni giuridiche soggettive in generale (ivi, p. 91).

²³ Prevala tuttavia nella nostra dottrina la convinzione che la nozione di «organismo di diritto pubblico» sia nozione funzionale e non comporti conseguenze ulteriori rispetto all'unica prevista, ovvero l'applicazione della normativa sui contratti pubblici. In questo senso, v. ad es. G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007, partic. § 3, nonché G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Dir. amm.*, 2003.

²⁴ Al riguardo, v. G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, Torino, 2009, che segnala la presenza della medesima problematica in Francia (ivi, p. 372 ss.).

l'originario carattere pubblico (ad es., ANAS, ENAV, Equitalia); fondazioni (c.d. legali), queste soprattutto derivate dalla trasformazione di enti pubblici, la disciplina legislativa delle quali ne impedisce spesso l'assimilazione alle fondazioni di diritto privato, come avviene ad esempio per le fondazioni, già enti pubblici, liriche e operanti nel settore culturale (Biennale di Venezia, Istituto del Dramma Antico, ecc); vi è in quest'ultimo ambito il caso particolare delle fondazioni bancarie, la cui effettiva configurazione privatistica è il frutto di un tormentato e controverso processo, nel quale ha avuto un ruolo decisivo la Corte costituzionale.

Queste entità pongono difficili problemi di inquadramento, mentre notevoli sono le incertezze con riguardo alla disciplina ad esse applicabile²⁵.

La novità costituita dalle autorità amministrative indipendenti – a causa del carattere esotico del modello che le ispira, eversivo del diritto amministrativo classico – induce a riproporre l'antica questione della distinzione tra amministrazione e giurisdizione. Come è noto, già *Kelsen* rifiutava l'idea di una diversità di essenza tra di esse. «Una sorta di zona grigia si insedia tra il polo della giurisdizione amministrativa ed il polo dell'autorità amministrativa». Così si esprime *Auby*.

Si tratta, più precisamente, di una tendenziale fuoriuscita dalla trama del diritto amministrativo continentale per abbracciare il modello del diritto amministrativo americano, legato agli schemi garantisti della funzione giurisdizionale²⁶.

²⁵ Per i profili generali, v. partic. V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in S. RAIMONDI - R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino 2006; ID., *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino 2008; ID., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003; ID., *Soggetti privati "enti pubblici"?*, cit.; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna 1991; ID., *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, cit. Sulle società operanti nell'orbita delle pubbliche amministrazioni, v. nella vastissima letteratura C. IBBA, *Le società "legali"*, Torino 1992; ID., *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.* 2010; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino 1997; G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.* 2005; M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.* 2009; G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, Torino 2009. Sulle fondazioni "legali", oltre al ponderoso studio di S. DE GOTZEN, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano 2011, v. A. BARDUSCO, voce *Fondazione di diritto pubblico*, in *Dig. Discipl. Pubbl.*, VI, 1991, p. 389 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in S. RAIMONDI - R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, cit.; G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in *Dir. amm.* 2006; F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.* 2014. Sulle fondazioni bancarie, v. partic. F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.* 2004; ID., *La difficile vita delle fondazioni bancarie. La Corte costituzionale fa chiarezza e la Cassazione confusione*, in *Foro amm. Tar* 2005; ID., *La privatizzazione per fondazioni*, in ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna 2007; G. PAGLIARI, *Le fondazioni bancarie. Profili giuridici*, Milano 2004; R. COSTI, *L'ambiguo ruolo delle fondazioni bancarie*, in *Dir. della banca e del mercato finanz.*, 2012, Vol. II; M. TANZI, *Sulle c.d. fondazioni bancarie: alcune considerazioni critiche*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2013. Sul ricorso alle fondazioni di diritto privato da parte delle amministrazioni pubbliche v. N. LONGOBARDI, *Amministrazioni pubbliche e fondazioni di diritto privato*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 1/2016. Sul nuovo testo unico, v. A. MALTONI, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione*, cit.

²⁶ Sul <<modello regolativo-giustiziale>> che connota le autorità amministrative indipendenti, v. N. LONGOBARDI, *La regolamentazione ed i controlli: le autorità amministrative indipendenti. Il modello regolativo giustiziale* (2006), ora in ID., *Autorità amministrative indipendenti e sistema*

È interessante notare che un altro autore francese ha dimostrato che l'inserimento delle autorità amministrative indipendenti nei processi di decisione pubblica ha prodotto in materia di procedure amministrative un deciso avanzamento del diritto amministrativo nel suo insieme nella direzione dell'affermazione delle garanzie procedurali²⁷.

Non si può, per una serie di ragioni, dall'invadenza della politica nei confronti dell'amministrazione alla persistenza di ideologie, anche giuridiche, del passato, affermare lo stesso per il nostro Paese.

La preoccupazione per l'imparzialità delle amministrazioni pubbliche e per l'etica dei funzionari è subentrata in Francia, osserva *Auby*, ad una precedente fiducia illimitata, che da noi, come è noto, non vi è mai stata per l'assenza anche in passato di sufficienti presupposti.

La Francia fa i conti, dopo la *décentralisation territoriale* degli anni '80 del secolo scorso, con i problemi di coordinamento tra lo Stato e le collettività territoriali (da noi più gravi ed esasperati dalla riforma costituzionale del 2001), coordinamento che lo Stato non è più in condizione di assicurare da una posizione di assoluta preminenza²⁸.

La ripartizione dei ruoli tra poteri pubblici e attori privati solleva in Francia problemi più delicati che da noi, ad es. per la maggiore difficoltà di inquadrare in quell'ordinamento la nozione di partenariato pubblico-privato²⁹, come dimostrato dalla dilatazione – per salvaguardare gli schemi classici – della nozione di *delegation de service public*, dilatazione giudicata irragionevole dall'autore francese.

Come da noi, ci si confronta in Francia con la trasformazione dei grandi servizi pubblici a rete in attività economiche di interesse generale, sottoposte in principio alla concorrenza (telecomunicazioni, ad esempio).

3. Le prospettive di rinnovamento del diritto amministrativo

3.1. Che il modello classico del diritto amministrativo – spogliato, sottolinea *Auby*, di taluni aspetti fondamentali della sua struttura e soprattutto delle sue finalità – sia in crisi profonda è difficilmente contestabile.

Storicamente, il diritto amministrativo è stato – secondo la formula di *Prosper Weil* ricordata dall'autore francese – il «miracolo» costituito dall'assoggettamento del

giuridica-istituzionale, cit., p. 243 ss.; ID, *Autorità Amministrative Indipendenti (Dir. Amm.)*, in *Treccani.it*, 2014; ID., *Le autorità amministrative indipendenti*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione*, cit. L'influenza del diritto amministrativo americano è stata recentemente sottolineata anche da *Auby*. v. J. B. AUBY, *Le droit administratif français vu du droit comparé*, cit., p. 1.

²⁷ P. IDOUX, *Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales*, in AA.VV., *Colloque: <<<Les autorités administratives indépendantes: une rationalisation impossible?>>* in *R.f.d.a.*, Parigi, 2010, p. 920 ss. Questo esito era stato indicato in N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti, laboratori di un nuovo diritto amministrativo* (1998), ora in ID, *Autorità*, cit., p. 65 ss.

²⁸ La permanenza della difficoltà di adattamento del diritto amministrativo francese al decentramento autonomistico territoriale è stata recentemente sottolineata da J. B. AUBY, *Le droit administratif français vu du droit comparé*, cit., p. 408.

²⁹ Per l'inquadramento della problematica nel nostro ordinamento, v. R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano 2006; ID., *Il partenariato pubblico privato nel diritto amministrativo in trasformazione*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione*, cit.

potere allo Stato di diritto per opera di un giudice in una posizione affatto particolare, considerato il legame di «consanguineità» con il governo, oggetto principale dei suoi giudizi. Il giudice amministrativo è stato anche chiamato ad inquadrare l'attività amministrativa attraverso regole speciali ad essa adatte.

Queste due storiche missioni del giudice amministrativo sono oggi recessive. Il diritto amministrativo tende, da un canto, a divenire il diritto ordinario del potere pubblico, delle relazioni tra soggetti pubblici e privati ed è sovrastato, quanto agli aspetti essenziali dello Stato di diritto, dal diritto costituzionale e dal diritto europeo. Le regole speciali di esso, d'altro canto, elaborate per inquadrare l'azione amministrativa, sono pervenute a maturazione e si sono stabilizzate in seno allo Stato provvidenza. Il superamento di questo intacca necessariamente l'edificio costruito dopo la seconda guerra mondiale.

È una crisi del modello classico del diritto amministrativo, non una crisi del diritto amministrativo *tout court*, che è anzi in continua espansione. Lo dimostra, nota *Auby*, anche lo sviluppo del diritto amministrativo nei Paesi di *common law*.

Si impone, pertanto, una riflessione che conduca al reinquadramento teorico del diritto amministrativo.

3.2. Il reinquadramento teorico del diritto amministrativo, a giudizio di *Auby*, deve tener conto: *a)* della fine dell'isolamento del diritto amministrativo e della sua apertura e penetrazione da parte del diritto costituzionale e comparato; *b)* della necessità di porsi in una prospettiva di diritto europeo; *c)* della necessità di testare le questioni del diritto amministrativo alla luce dell'analisi economica del diritto.

Soprattutto, va cercata una base per il diritto amministrativo nei diritti fondamentali (*rights – based approach*), ciò che implica un mutamento conseguente del ruolo del giudice amministrativo.

3.3. a) «*L'apporto della costituzionalizzazione*». La tradizionale chiusura del diritto amministrativo – “in un certo senso autogestito” sottolinea *Auby* – alle altre banche del diritto e allo stesso diritto costituzionale nell'ordinamento francese è cosa nota. Ci ricorda al riguardo l'autore francese l'utilizzo del tutto episodico delle norme costituzionali da parte del *Conseil d'État* giudicandolo un comportamento non più sostenibile.

La penetrazione delle norme costituzionali nel diritto amministrativo francese è invero ostacolata dalla disciplina relativa al sindacato di costituzionalità delle leggi, che non consente al giudice amministrativo né il controllo di costituzionalità delle leggi, né di suscitare il sindacato del *Conseil Constitutionnell*.

L'apporto del giudice costituzionale, ancorché assai episodico, ha tuttavia cominciato a farsi sentire dagli anni '80 del secolo scorso.

Sotto il profilo del controllo di costituzionalità delle leggi, come è noto, la situazione è da noi assai diversa. Non di meno, deve osservarsi che l'apporto della Corte costituzionale in tema di pubblica amministrazione e diritto amministrativo non è stato nel nostro ordinamento ancora sufficientemente incisivo³⁰.

³⁰ L'impostazione conservatrice della Corte costituzionale in tema di pubblica amministrazione, con episodiche e timide aperture, è stata da tempo sottolineata da N. MARZONA, *Sull'individualità*

L'approdo ad una piena costituzionalizzazione del diritto amministrativo conduce alla definizione di questo diritto come diritto ordinario del potere pubblico.

3.4. a) L'apporto del diritto comparato. La globalizzazione ed il diritto europeo hanno trasformato il modo di guardare al diritto comparato, non solo accrescendone il ruolo e l'importanza. Guardare attentamente all'evoluzione dei diritti amministrativi vicini risponde infatti oggi anche ad immediate ragioni di carattere pratico. Osserva *Auby* che i sistemi giuridici non si contentano più di essere alternative teoriche, bensì divengono alternative pratiche nella misura in cui alcuni attori giuridici sono in grado di metterli in concorrenza. D'altro canto, osserva l'autore, è stato dimostrato che nel quadro giuridico europeo i diritti amministrativi nazionali si influenzano reciprocamente e tendono a convergere³¹.

3.4. b) La necessità di porsi in una prospettiva di diritto europeo. Questa necessità deriva da diverse circostanze tra loro collegate: i diritti amministrativi nazionali sono influenzati dal diritto comunitario e attraverso questo si influenzano vicendevolmente; vi è ormai un diritto amministrativo comunitario relativo all'esecuzione degli atti comunitari; i diritti amministrativi nazionali, nel quadro del sistema di amministrazione indiretta che caratterizza per lo più la realizzazione delle politiche comunitarie, costituiscono uno strumento fondamentale per l'attuazione del diritto europeo.

Sottolinea al riguardo *Auby* che sarebbe bene accettare i principi generali del diritto europeo come propri, senza pensare di circoscriverne gli effetti alle situazioni rette dal diritto comunitario, come fa il *Conseil d'État* con riguardo, in particolare, ai principi di legittimo affidamento e sussidiarietà.

costituzionale dell'amministrazione, in *Dir. pubbl.*, 1996, p. 97 ss. Al riguardo, l'elogio conclusivo dell'equilibrio, della prudenza e della saggezza della Corte da parte di F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo*, cit., partic. IV e V, non vale a superare le motivate critiche mosse dal medesimo autore al nostro giudice costituzionale; di essere eccessivamente sensibile ai cambiamenti di umore del legislatore ordinario, di deferenza nei confronti della discrezionalità del legislatore, così da intervenire soltanto nei casi di comprovata violazione di disposizioni costituzionali (spesso troppo tardi per risultare realmente incisivo, è da aggiungere) e decidendo «spesso, forse troppo spesso» «di non decidere».

³¹ Cfr. S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale e La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, entrambi ora in ID., *Lo spazio giuridico globale*, Bari (rist.) 2006. Nel primo dei lavori citati l'autore evidenzia che numerosi soggetti e soprattutto le imprese sono in grado di sfruttare le differenze tra gli ordinamenti giuridici nazionali e possono permettersi – grazie ad uno *ius commune* che consente la mobilità tra gli ordinamenti – uno *shopping trip* tra gli ordinamenti stessi. «Di qui l'arbitraggio, che consiste, innanzitutto, in un giudizio comparativo sulle differenze relative tra i "diritti singolari" (di Stati-nazione o anche di ordinamenti sovranazionali regionali, come l'Unione Europea); poi, nella scelta, consentita dalla mobilità, dei "diritti singolari" più convenienti. Gli arbitraggi... hanno un gran numero di conseguenze. Spingono a mettere a raffronto leggi, comportamenti dei poteri pubblici, fori giudiziari. Mettono così alla prova i sistemi giuridici nazionali ... Rendono le politiche degli Stati dipendenti dal giudizio dei mercati» (*ivi*, p. 18 ss.). Il fenomeno della competizione tra modelli legislativi a livello comunitario è valutato positivamente da F. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 321 s., che sottolinea l'arretratezza culturale di quei giuristi che guardano con diffidenza a queste operazioni di *shopping*, che oggi risultano pienamente legittimate dalla Corte di Giustizia CE (sentenze 9 marzo 1999, causa C 212/97, 5 novembre 2002, causa C 208/00 e 30 settembre 2003, causa C 197/01).

La resistenza a porsi in una prospettiva di diritto europeo può apparire, pertanto, maggiore nell'ordinamento francese rispetto al nostro; specie ove si consideri che, a seguito della riforma della legge n. 241 del 1990 operata dalla legge n. 15/2005, il comma 1 dell'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo contiene la prescrizione generale secondo cui le modalità di esercizio dell'attività amministrativa devono conformarsi ai principi dell'ordinamento comunitario. Non sembra che la disposizione in parola abbia tuttavia sortito presso il nostro giudice amministrativo i suoi necessari effetti ampliativi delle posizioni e delle garanzie dei destinatari dell'attività amministrativa³².

3.5. c) Il ruolo dell'analisi economica del diritto. Anche l'analisi economica del diritto, della quale va riconosciuta l'importanza per la soluzione delle questioni di diritto amministrativo, può contribuire al rinnovamento di esso.

In ogni suo aspetto, infatti, il diritto amministrativo, pur non riassumendosi in essa, ha una dimensione economica – si tratti di demanio pubblico, decisioni di polizia, responsabilità amministrativa, ecc. – di cui è necessario tenere conto. La consapevolezza al riguardo è tuttavia da ritenere acquisita.

Più rilevante è la sottolineatura di *Auby* secondo la quale l'analisi economica del diritto è metodo assai utile di indagine in ordine agli effetti – reali e non meramente sperati – di leggi e regolamenti sui destinatari (di qui l'analisi e la verifica dell'impatto della regolamentazione – AIR e VIR) e contribuisce ad evitare effetti perversi (la c.d. eterogenesi dei fini).

L'analisi economica del diritto – può aggiungersi – è spesso in grado di disvelare come dietro l'interesse pubblico sbandierato di certe decisioni vi siano assai concreti interessi di gruppi e corporazioni³³. Aumenta, pertanto, la trasparenza e la controllabilità delle decisioni.

Ancora, osserva *Auby*, l'analisi economica del diritto è parte essenziale della teoria della regolazione. Questa è una teoria dell'intervento pubblico: analisi delle ragioni per cui un problema sociale non è correttamente risolto dal gioco di mercato e dei modi di correzione che lo Stato può adottare, dall'intervento consistente nell'assunzione diretta di un'attività, all'inquadramento di una attività mediante una regolamentazione *ad hoc*, fino alle nuove forme di regolazione amministrativa attraverso autorità amministrative indipendenti, che non esauriscono le modalità della regolazione pubblica.

Più ampiamente, tuttavia, specie per superare visioni dogmatiche anacronistiche, occorre partire dalla retta comprensione dei fenomeni e, pertanto, allargare la conoscenza alla storia, alle scienze dell'amministrazione e dell'organizzazione, alla

³² Sull'intervento sui principi generali dell'attività amministrativa operato dalla legge n. 15/2005, v. N. LONGOBARDI, *La legge n. 15/2005 di riforma della legge n. 241 del 1990. Una prima valutazione*, in www.giustamm.it, 2005.

³³ Lo spazio per l'analisi economica del diritto deriva al riguardo dall'abbandono dell'idea (mitica), proveniente dalla tradizione politica francese, secondo la quale la legge, dando corpo alla volontà generale, per definizione esprime l'interesse generale, «incarnato», questo, «da un'altra astrazione, lo Stato» (o comunque le istituzioni pubbliche). Sulla disintegrazione della concezione dell'interesse generale in base alla quale è stato storicamente edificato il corpo di regole del diritto amministrativo, v. F. BEROUJON, *Evolution du droit administratif: avancé vers la modernité ou retour aux temps modernes?*, in *R.f.d.a.*, 2008, p. 449 ss.

politologia oltre che all'economia; quantomeno, occorre conoscere i risultati conseguiti in questi ambiti³⁴.

3.6. La ricerca di una base nei diritti fondamentali. Un «rights-based approach»³⁵ per il diritto amministrativo.

La proposta di ricercare una base per il diritto amministrativo nei diritti fondamentali va molto al di là – sottolinea *Auby* – dell'idea tradizionale che abbiano in merito all'apporto del diritto amministrativo alla protezione dei diritti fondamentali. Implica, infatti, l'abbandono della visione tradizionale del diritto amministrativo come strumento di equilibrio, di conciliazione tra le esigenze del potere pubblico, dell'interesse generale (del *service public*) e i diritti dei cittadini per abbracciare una concezione nella quale solo le autorità abilitate a regolamentare i diritti fondamentali, costituente, legislatore internazionale, legislatore interno, possono fissare limiti in materia. Il diritto amministrativo deve essere considerato oggi il diritto «ordinario» delle relazioni in cui vi è esercizio del potere pubblico.

Ciò comporta che il diritto amministrativo, più ampiamente il diritto pubblico nel suo insieme, deve essere sempre interpretato in senso favorevole ai diritti fondamentali; d'altra parte, che i principi propri del diritto amministrativo, quelli elaborati nell'ambito di esso dai giudici, non contengono limiti ulteriori ai diritti fondamentali rispetto a quelli posti dagli organi che sono competenti a regolamentare tali diritti.

Il giudice amministrativo, rileva *Auby*, non sempre si conforma a questi precetti.

La considerazione dei diritti fondamentali è la sola a poter fornire la chiave dei problemi di interpretazione giuridica in un sistema democratico, secondo l'autorevole concezione di *Dworkin*³⁶. Il diritto europeo, che si tratti della CEDU o del diritto comunitario, spinge – osserva *Auby* – nella stessa direzione.

Nella linea ideale di un diritto amministrativo protettore dei diritti fondamentali si collocano gli orientamenti della dottrina italiana qui citata che fa leva sul primato dei diritti e sulla normativa ultrastatale che lo sostiene per inquadrare il potere amministrativo, cancellarne l'arbitrarietà ed assicurare nei confronti del suo esercizio pienezza ed effettività di tutela ai cittadini.

Il diritto amministrativo come strumento di protezione dei diritti fondamentali è la chiave perché possa superare le difficoltà attuali. Occorre metterlo pienamente in

³⁴ Ciò è stato da me sostenuto nel criticare la iniziale chiusura della dottrina, specie italiana, rispetto alla novità costituita dalle autorità amministrative indipendenti. V. N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti, laboratori, cit.*, in ID., *Autorità, cit.*, p. 98 s. Con riguardo all'analisi economica del diritto (v. AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo*, AIPDA, *Annuario* 2006; G. NAPOLITANO – M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009), dopo aver sottolineato che si diffonde l'idea che le pubbliche amministrazioni debbano essere studiate con le tecniche di essa, S. CASSESE, *Verso un nuovo diritto amministrativo?*, *Lezione celebrativa del 60° anniversario della Spisa*, Bologna 26 ottobre 2015, sottolinea che, se queste tecniche «diventano esclusive o vengono surdimensionate, corrono il rischio di introdurre una nuova dogmatica del diritto amministrativo, mentre invece, bisognerebbe adottare il criterio del pluralismo metodologico, criterio adoperato in moltissime scienze».

³⁵ L'espressione è tratta da P. CRAIG, *Administrative law*, London, 4^a ed. 1999, p. 20 ss.

³⁶ R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, London, 1977; (trad. it.) *I diritti presi sul serio*, Bologna 1982.

armonia con la sua funzione di dare sostanza ai diritti dei cittadini nei rapporti con il potere pubblico. È il solo modo – osserva condivisibilmente *Auby* – di rimediare alla perdita di senso che oggi lo investe.

Deve mutare conseguentemente anche il ruolo del giudice amministrativo. Da interprete e creatore del punto di equilibrio tra interesse generale e diritti dei cittadini il giudice amministrativo diviene protettore di questi diritti. Non vi è più bisogno, pertanto, di collocare il giudice amministrativo nella tradizionale posizione particolare che gli è stata propria, concepita per renderlo sensibile alle esigenze del potere come a quelle dei cittadini. Si può aprire così una seconda fase storica nella quale quel compito del giudice amministrativo è da ritenere non più necessario.

Mentre il legislatore, anche quando entra nel cuore delle questioni generali del diritto amministrativo, procede senza una visione sistematica e la dottrina resta fortemente attaccata ad una visione positivista e a concezioni del passato, incapace pertanto di elaborare le costruzioni teoriche richieste dal tempo presente³⁷, è nuovamente il giudice amministrativo – ha osservato di recente *Auby* – a trovarsi all'avanguardia. Il *Conseil d'État*, sempre più ispirandosi alle fonti extrastatali ed al diritto comparato, si è nuovamente imposto come un protettore essenziale dei diritti umani, oltre a svolgere un ruolo fondamentale nella determinazione degli equilibri del diritto pubblico dell'economia³⁸.

Il giudizio dell'autore francese è condivisibile anche con riguardo al nostro ordinamento quanto all'opera del legislatore, meno sicuro con riguardo alla dottrina, per la presenza in essa di molteplici fermenti innovativi, pur in assenza di chiare costruzioni di carattere generale. Il giudizio è meno ottimista quanto alla consapevolezza del nuovo ruolo di protettore dei diritti fondamentali da parte del nostro giudice amministrativo.

4. Considerazioni conclusive

4.1. Al termine del sintetico *excursus* compiuto, è in primo luogo opportuno dare conto di alcune scelte effettuate, a partire dal titolo di questo scritto, che è «Il diritto amministrativo in trasformazione».

L'idea di trasformazione è evocata in un senso forte, non già in un senso debole, ciò che equivarrebbe ad esprimere una banalità, dal momento che il diritto, in generale, è sempre in trasformazione; esprime ed accompagna l'evoluzione della società, ad essa comunque adattandosi.

Si è consapevoli della portata retorica dell'idea di trasformazione (anche) nel campo del diritto amministrativo e di come le trasformazioni si prestino ad essere enfatizzate nel loro rilievo, ovvero sminuite, specialmente per fini ideologici e culturali³⁹.

Nondimeno, questo scritto esprime la convinzione che l'accumularsi dei cambiamenti, la qualità e l'incidenza di essi sul "modello classico" del diritto

³⁷ Cfr. nello stesso senso F. MELLERAY, *Marcel Waline et la manière française contemporaine de faire du droit administratif*, cit.

³⁸ J. B. AUBY, *Le droit administratif français*, cit., p. 410.

³⁹ S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 27 ss., ora in ID., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, pp. 478 – 480.

amministrativo, che non sembra possano essere negati o significativamente sminuiti, siano tali da dover condurre ad un reinquadramento teorico del diritto amministrativo. La proposta di ricercare una base per il diritto amministrativo nei diritti fondamentali, quale formulata da *Auby*, è sembrata molto persuasiva. All'adesione ad essa non possono ovviamente essere ritenute estranee motivazioni di carattere culturale ed ideologico.

4.2. Nella dottrina italiana si segnalano gli scritti di carattere generale dedicati alle trasformazioni del diritto amministrativo da Sabino Cassese⁴⁰. A questo autore si deve un'analisi penetrante degli effetti generali della globalizzazione e dell'uropeizzazione del diritto amministrativo, temi approfonditi anche in più ampi scritti monografici. Ancora, le tendenze evolutive di fondo del diritto amministrativo sono state costantemente indicate da Cassese agli studiosi. Ciò vale non solo per la denazionalizzazione del diritto amministrativo e per la convergenza dei diritti amministrativi nazionali, ma anche, ad es., per l'espansione del diritto amministrativo verso il diritto costituzionale ed il suo mescolamento con esso, per la «rivoluzione dei diritti», per la crescente mobilità della frontiera tra diritto pubblico e diritto privato⁴¹.

Quanto al rinnovamento del diritto amministrativo, la visione è, però, improntata a scetticismo e induce l'autore soprattutto a sottolineare ambiguità, contraddizioni, tensioni irrisolte⁴², mentre non risulta avvertita l'esigenza di un ripensamento teorico attorno ad una idea centrale.

L'idea centrale del primato dei diritti fondamentali sul potere amministrativo anima, invece, la produzione scientifica recente di Fabio Merusi ed è presente, come già evidenziato, in molti altri autori, alcuni di essi citati in questo scritto, senza alcuna pretesa di completezza, in maniera solo indicativa.

4.3. L'idea di avvalermi del saggio di *Auby* anche quanto alla sua struttura, della quale vanno sottolineate chiarezza ed eleganza, è nata da una finalità didattica, quella di introdurre un modulo di dottorato presso l'Università di L'Aquila, dedicato a «Il diritto amministrativo in trasformazione». Ne è risultata grandemente agevolata – in una sorta di costante contrappunto all'autore francese – l'esposizione di molti aspetti comuni agli ordinamenti di Francia e Italia, nonché delle differenze tra essi. Da una ovvia diversità di formazione e di sensibilità discendono tuttavia sia alcune differenze di vedute, sia soprattutto il maggiore o il minore rilievo assegnato ad alcuni profili tematici. Mi è sembrato opportuno mantenere a questo scritto la stessa struttura, il cui merito è da ascrivere all'autore francese.

⁴⁰ Rilevano in particolare gli scritti a partire dal 1996, ora raccolti in S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, cit., p. 440 ss.

⁴¹ V. partic. S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 901, ora in ID., *Il diritto amministrativo*, cit., p. 493 ss.

⁴² *Ivi*, pp. 505, 523-525, 532 ss.. Il primo riferimento è al saggio citato nella nota precedente; il secondo e il terzo sono a S. CASSESE, "Le droit tout puissant et unique de la société": paradossi del diritto amministrativo, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2010. V. le indicazioni bibliografiche dell'autore sulle trasformazioni del diritto amministrativo (*ivi*, pp. 523-525, 546 s).

4.4. La dottrina francese si è costantemente interrogata sul diritto amministrativo e sui concetti centrali di esso, anche parlando di crisi⁴³. Il particolare interesse del dibattito attuale discende tuttavia dalla circostanza che esso avviene sotto la pressione divenuta evidente dei fattori di destrutturazione del diritto amministrativo esposti (anche) in questo scritto⁴⁴.

Con riguardo alla proposta avanzata da *Auby* e qui condivisa, di ricentrare il diritto amministrativo sulla protezione dei diritti fondamentali, l'aspetto più delicato investe il mutamento del ruolo del giudice amministrativo che da essa consegue. Si è ritenuto infatti che il giudice amministrativo perderebbe il ruolo che gli è proprio laddove non fosse più chiamato a determinare il punto di equilibrio tra i «diritti» dello Stato e i «diritti» dei cittadini; che lo stesso diritto amministrativo non avrebbe più ragion d'essere⁴⁵.

Questo modo di vedere non è, però, minimamente convincente. Proprio la protezione dei diritti fondamentali può positivamente indirizzare, dare senso e valorizzare il patrimonio conoscitivo e di esperienza nelle tecniche di controllo del potere amministrativo che caratterizza la giurisdizione amministrativa. Un ruolo necessario, quindi, quello del giudice amministrativo, anche in un diritto amministrativo divenuto diritto ordinario del potere pubblico⁴⁶.

5. Nota di aggiornamento

Benché sia passato un tempo breve da quando, fra il 2014 ed il 2015, il testo che precede è stato concepito, nondimeno una riflessione sulle direzioni di marcia del diritto amministrativo allora indicate si impone già oggi. La riflessione investe sia i fattori di destrutturazione del diritto amministrativo, sia le prospettive del suo rinnovamento.

Si è evidenziato in primo luogo il fattore di destrutturazione costituito dalla globalizzazione. La spinta all'internazionalizzazione del diritto amministrativo da

⁴³ V. ad es. J. RIVERO, *Existe-t-il un critère du droit administratif?*, in *Rev. droit. public*, 1953, p. 179 ss. J.J. BIENVENU, *Le droit administratif: une crise sans catastrophe*, in *Droit*, n. 4/1986, p. 93 ss. o, con riguardo alla centrale nozione di «interesse generale», D. TRUCHET, *L'intérêt general dans la jurisprudence du Conseil d'Etat: retour aux sources et équilibre*, in *Conseil d'Etat, Rapport public* 1999. Sul ruolo delle nozioni di interesse generale e interesse pubblico in Francia ed Italia, v. A. CIOFFI, *Intérêt general et intérêt public en droit administratif. Rapport sur la France et l'Italie*, in *Ius Publicum* www.Ius-publicum.com.

⁴⁴ Al riguardo, indicativamente, v. F. MELLERAY, *Marcel Waline e la manière française contemporaine de faire du droit administratif*, cit.; F. BEROUJON, *Evolution du droit administratif: avancé vers la modernité ou retour aux temps modernes?*, cit.; J. M. PONTIER, *Qu'est-ce que le droit administratif?*, cit.; P. MARTENS, *Que reste-t-il du droit administratif?*, in *Adm. publ.*, n. 1/2006, p. 1 ss.; E. SCHMIDT-ASSMANN, *Principes de base d'une réforme du droit administratif (parte 1)*, in *R.f.d.a.*, 2008, p. 427 ss.; D. TRUCHET, *Le droit administratif vu par un professeur de droit*, in *AIDA*, n. 7/2013, p. 404 ss.

⁴⁵ Così, J. M. PONTIER, *Qu'est-ce que le droit administratif?*, cit., il quale sottolinea che il giudice amministrativo è colui che mette i diritti dello Stato e quelli dei cittadini sulla bilancia, correggendone il movimento.

⁴⁶ Nella protezione dei diritti fondamentali viene individuato il fondamento contemporaneo della giurisdizione amministrativa da Y. AGUILA, *La justice administrative, un modele majoritaire en Europe. Le mythe de l'exemption française à l'épreuve des faits*, in *AJDA*, 2007, p. 290 ss. Nella medesima prospettiva si collocano in Francia gli autori che hanno sviluppato la tematica della «cittadinanza amministrativa».

essa derivante – attraverso i Trattati e le convenzioni internazionali – risulta oggi affievolita a causa di una ampia contestazione degli effetti negativi della globalizzazione su settori ampi della popolazione dei Paesi occidentali, dimenticando che quella che chiamiamo globalizzazione – con l'eliminazione di molte barriere alla circolazione internazionale dei beni, dei servizi, dei capitali, delle conoscenze e delle persone – ha recato a livello mondiale enormi benefici, non solo economici e di miglioramento della qualità della vita, specie nei Paesi in via di sviluppo, ma, più ampiamente, in termini di crescita delle libertà e delle possibilità degli individui.

La crisi è invero superabile e la globalizzazione non cessa di apparire un fenomeno storicamente irreversibile, che va favorito, ma al contempo deve trovare forme di governo adeguate, sia a livello mondiale, sia all'interno degli Stati⁴⁷. A quest'ultimo riguardo il nostro Paese è in gravissimo ritardo.

Assai più preoccupante è la crisi della costruzione europea, destinata a subire (nonostante le opinioni contrarie sul punto) una grave privazione con l'uscita della Gran Bretagna (c.d. *Brexit*) per la perdita del diretto apporto di *common law* da essa recato in termini soprattutto di rispetto delle libertà individuali.

Le attuali difficoltà della costruzione europea indeboliscono il ruolo della giurisprudenza europea, la sua funzione nomogenetica, nel lavoro di costruzione - a partire dalle <<tradizioni costituzionali comuni>>⁴⁸ - dell'Europa come <<Comunità di diritto>>⁴⁹.

Si allarga conseguentemente lo spazio per l'esplicarsi delle tendenze illiberali ampiamente presenti nella giurisprudenza e nella dottrina del nostro Paese. Si pensi, ad es., alla determinazione con la quale la nostra Corte di legittimità si applica a circoscrivere l'influenza della giurisprudenza della Corte EDU in tema di equiparazione del trattamento delle sanzioni amministrative alle sanzioni penali, che diviene vera e propria ostinazione quando si spinge addirittura a stravolgere il pur chiaro senso del diritto positivo nazionale⁵⁰.

In tema di organizzazione pubblica, si è assistito nel nostro Paese con la L. n. 124 del 2015 al tentativo di costruire un modello di governo totalmente incentrato sul Presidente del Consiglio dei ministri. La politica governativa si è anche applicata all'occupazione di nuovi spazi allungando la propria ombra sulle magistrature e l'Università.

Il declino della costruzione europea ed il riflusso della globalizzazione di questi ultimi anni hanno incidenza sui nuovi modelli amministrativi, in particolare sulle autorità amministrative indipendenti; più in generale, sulle direttrici di trasformazione dell'azione amministrativa qui delineate per l'attenuarsi della spinta derivante dallo

⁴⁷Per riferimenti bibliografici in tema di globalizzazione, v. N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale*, cit., p. 874 s. Viene *ivi* (partic. p. 883 ss.) evidenziata l'importanza delle autorità indipendenti come strumenti di *governance* della globalizzazione.

⁴⁸ Sulla nozione, v. ad es. Trib. I Gr CE, 5 aprile 2006, causa T-279/02, in *Foro amm.*, *CdS*, 2006, 72 e ss.

⁴⁹ Per questa formula, v. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 218.

⁵⁰ Ci si riferisce all'orientamento della Corte di cassazione, confermato da ultimo da Cass., II Sez. civ., 18 gennaio 2017, n. 1205, che stravolge il senso della disciplina posta dalla legge n. 262 del 2005 chiaramente diretta ad assicurare l'obbligo del rispetto di un pieno contraddittorio nell'ambito dei procedimenti sanzionatori della Consob, rifiutando anche i chiarimenti forniti al riguardo da Cons. St., VI, n. 1596 del 2015.

sviluppo della protezione dei diritti fondamentali indicato dalle convenzioni internazionali, tanto sul piano procedurale (<<giusto procedimento>>), quanto su quello sostanziale.

A livello globale, l'ultimo rapporto di *Amnesty International* segnala l'arretramento del rispetto dei diritti umani.

Quanto al secondo fattore di destrutturazione del diritto amministrativo individuato da *Auby* ed indicante la riduzione dello spazio dello Stato sia a vantaggio del mercato che a vantaggio dei cittadini, su entrambi i versanti si colgono segnali preoccupanti.

Sul primo, è da rilevare che nel nostro Paese la quota di proprietà statale delle imprese è oggi ben più alta di quanto fosse prima delle <<privatizzazioni>> degli anni '90 del secolo scorso, che l'avevano fatta scendere dal 20% al 15%. Oggi il peso dello Stato nel controllo delle società quotate è del 30% (Fonte: Rapporto Assonime – Consob). Un significativo incremento determinato, certo, dalla gravissima crisi finanziaria e dalla conseguente recessione economica. Preoccupa, tuttavia, che attualmente lo Stato imprenditore tenda a trovare supporto nel riemergere – non solo nel nostro Paese – di uno statalismo economico ispirato ad ideologie del passato, nonostante gli esiti da esse prodotti. Di qui gli ostacoli alle privatizzazioni possibili. Analoghe difficoltà si riscontrano sul terreno delle liberalizzazioni, in particolare con riguardo alla riduzione dei controlli e dei vincoli pubblicistici nei confronti degli operatori ed al loro allineamento all'economia di mercato. I continui interventi normativi, al di là degli obiettivi dichiarati, accrescono per lo più il grado di confusione.

Sono stati già sottolineati i gravi limiti e le ambiguità che nel nostro Paese segnano il percorso di riduzione dello spazio dello Stato a vantaggio dei cittadini, sia in tema di semplificazione degli adempimenti amministrativi, sia in tema di democrazia amministrativa. Quest'ultima in particolare registra da tempo un arretramento dovuto alla chiusura della giurisprudenza nei confronti dell'affermazione di un vero contraddittorio, immolato sull'altare di una mitizzata efficienza dell'amministrazione. D'altro canto, una nutrita serie di interventi legislativi si è abbattuta, snaturandola, sulla fondamentale legge sul procedimento amministrativo⁵¹. Con l'indebolirsi della spinta europea la situazione non può che ulteriormente peggiorare.

Con riguardo al decentramento autonomistico ed amministrativo, ovvero al terzo fattore di destrutturazione del diritto amministrativo indicato da *Auby*, con la riforma delineata dalla L. n. 124 del 2015 si è manifestato un indirizzo volto alla realizzazione dell'accentramento più spinto. Un accentramento al vertice delle funzioni che non tiene conto della complessità ed ignora l'importanza che rivestono le strutture, a partire da quelle ministeriali, nell'attuazione delle politiche pubbliche. Componente essenziale del progetto complessivo è il disegno di rendere totale l'asservimento della

⁵¹ Sul <<processo di involuzione>> subito dalla legge sul procedimento amministrativo, v. M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2-2016, p. 347 ss., la quale rileva che <<l'attuale conformazione assunta dalla legge n. 241/1990 – a seguito delle pressochè annuali modifiche apportate dalle leggi n. 340/2000, n. 15/2005, n. 80/2005, n. 69/2009, n. 180/2011, n. 35/2012, n. 134/2012, n. 190/2012, n. 98/2013, n. 124/2015 – è il risultato di un costante processo di riscrittura che ha impedito la creazione di uno vero e proprio statuto del cittadino nei riguardi della pubblica amministrazione e che non riesce neppure a soddisfare una basilare esigenza di certezza della disciplina vigente>>.

dirigenza pubblica alla politica avviato con la c.d. privatizzazione del pubblico impiego. Questo tentativo è stato per ora bloccato, sia pure in modo indiretto, dalla Corte costituzionale (sent. n. 251 del 2016)⁵². E' sempre in agenda, tuttavia, considerati gli appetiti che solleva nella classe politica e lo stato di debolezza in cui è stata ridotta la dirigenza pubblica.

Le autorità amministrative indipendenti - strumenti essenziali della nuova regolazione amministrativa, nei confronti delle quali si è già sottolineata l'invadenza della politica - sono entrate, si è detto, in un cono d'ombra. Risultano oggi ancora più isolate dal resto dell'amministrazione e se ne incoraggia l'esercizio delle funzioni in modo contrastante con il "modello regolativo-giustiziale", garantista e partecipativo, che le connota e giustifica sotto il profilo democratico⁵³. Anche a questo riguardo l'indebolirsi della spinta proveniente dal diritto europeo peggiora la situazione.

E' inoltre divenuto vistoso il ricorso ad autorità atipiche qualificate come indipendenti, che tuttavia ben poco hanno a che vedere con il modello delle autorità amministrative indipendenti. E' eclatante al riguardo il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), sulla quale viene scaricata un'ampia responsabilità di carattere politico (tipicamente governativa) e che agisce in un ambito proprio dell'ordine giudiziario, in un rapporto con questo non regolato⁵⁴.

Una situazione, quella che si è delineata negli ultimissimi anni, che indebolisce le aspettative di rinnovamento del diritto amministrativo, a rischio di andare incontro a nuove chiusure nazionalistiche, rifiutando l'apporto del diritto comparato e la prospettiva europea di suo sviluppo, che è quella dell'ampliamento delle posizioni e delle garanzie dei destinatari dell'attività amministrativa.

A soffrirne è, pertanto, la prospettiva del primato dei diritti, del diritto amministrativo come strumento di protezione dei diritti fondamentali, ovvero quella che va ritenuta la chiave essenziale per restituire senso al diritto amministrativo e superarne le difficoltà attuali.

E' da augurarsi il superamento della crisi dell'Unione europea e soprattutto il rilancio di essa come <<Comunità di diritto>> che assume i diritti fondamentali a propri principi generali⁵⁵. Particolarmente nel nostro Paese occorre farsi guidare dalla consapevolezza - manifestata da tanti grandi italiani, a partire da Guido Carli - che la convinta adesione alle istituzioni europee rappresenta, se non un antidoto, almeno un argine rispetto agli italici vizi.

⁵² Al riguardo, v. N. LONGOBARDI, *La legge n. 124 del 2015: i procedimenti amministrativi e il problema della semplificazione*, in *Giustamm.it*, n. 4 del 2016.

⁵³ E' questo il sicuro effetto del qui criticato orientamento della Corte di cassazione (v. nota 50).

⁵⁴ V. N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, n. 6 del 2016.

⁵⁵ Al riguardo, v. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in ID. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, p. 67 s.