

I Congresso nazionale dell'UNAA

Padova, 27-28 marzo 2015

Le specializzazioni e il frazionamento del Diritto amministrativo

1. Il diritto amministrativo come sapere giuridico distinguibile e meritevole di considerazione particolare nell'interesse generale è molto giovane.

In una formulazione estrema, che non accettiamo, che si affaccia subito dopo la constatazione cronologica della sua età giovanile, si può dubitare anche che un vero e proprio diritto amministrativo sia nato, ad esempio, nel nostro ordinamento.

Che possa farsene risalire la nascita agli studi di Vittorio Emanuele Orlando e, più in profondo, a Santi Romano oppure a Romagnosi, dunque alle spinte dell'autonomismo siciliano o a quelle del buon governo padano, è certo che se non si supera la metà dell'800 riesce difficile imbattersi, leggendo i grandi giuristi, in una teoria in elaborazione, un metodo proprio, una linea legislativa tesa coerentemente a spiegare il rapporto tra libertà ed autorità al di sotto dell'esperienza giuridica fondamentale, quella dell'esercizio del potere legislativo.

Anzi, è lo stesso punto logico di partenza che, allo scopo evidente di non rivoluzionare l'*établissement* del giovane Stato di diritto, ammette in via di principio che il problema all'origine del diritto amministrativo non può che trovare impostazione coerente se non nell'autolimita dell'autorità, che, volta a volta nella veste di governo legislatore o di governo comunque forte e responsabile, si avvia progressivamente, non senza arresti e riprese di tendenza, verso la considerazione della rilevazione delle esigenze del popolo, dalla rivoluzione francese in poi sempre crescenti e meno "ordinate" all'individualismo sterile, per sviluppare, riformandoli o creandoli *ex novo*, alcuni assetti organizzativi dell'autorità.

Il fenomeno scambiato subito per un'evoluzione positiva dello Stato da Stato di diritto, dove il diritto amministrativo non ha una particolare ragion d'essere -a meno di confonderlo con il diritto della pubblica amministrazione-, a Stato sociale è stato comunemente interpretato e descritto come evoluzione

organizzativa interna, voluta dall'Autorità per meglio rappresentare i sudditi, che finalmente diverranno cittadini, dunque qualificando il binomio autorità-libertà quale indicatore della suddetta evoluzione interna del momento autoritativo precedente, quello dello Stato di polizia.

Ma, rifacendosi a siffatta ricostruzione, sembra che si sia perso molto tempo, soprattutto sembra che l'evoluzione del rapporto del Governo con i governati abbia subito freni e pesantezze continue, nella difesa strenua delle vecchie idee, dei privilegi risalenti e delle nicchie del potere burocratico, a confronto con le leggi nuove, coraggiose, che la stessa autorità voleva ma con accurata attenzione alla loro "apertura" al passato, quasi per offrire l'immagine antirivoluzionaria dell'evoluzione dello Stato di diritto verso lo Stato sociale, il primo antico e radicato da millenni nella società, quando il diritto si chiamava forza e quando si è finalmente chiamato diritto pubblico, ma sempre come fenomeno autonomo, in sé concluso, di movimenti dell'autorità indotti da se stessa, un complesso di attribuzioni e previsioni di esercizio di poteri più o meno disponibile verso la loro evoluzione in teorie sollecitate dalla base popolare, ma ben lontano dal riconoscimento dell'inavvertito mutamento, progressivo quanto evidentemente continuo, del punto logico e storico di partenza dell'evoluzione del rapporto tra potere e persone destinatarie dei suoi provvedimenti.

Anche i più grandi giuristi del 900, da Cammeo a Ranelletti, da Carnelutti a Miele, da Giannini al primo Benvenuti, da Cino Vitta a Ugo Forti, da Pugliatti a Sandulli, Del Prete, Capaccioli, dal grande Falzea ad Abbamonte, impostano le loro ricerche e lo stesso approccio al tema dell'evoluzione dello Stato nei termini antichi, per farsi comprendere meglio, del rapporto tra Autorità e libertà, implicitamente considerando la sua inversione come propria dell'evento rivoluzionario: ma, sempre nella concezione diffusa, se la rivoluzione è tale proprio in quanto infrange la linea del rapporto tra Autorità e libertà ad esso preesistente, è primo dovere del nuovo Stato uscito dalla rivoluzione di ristabilire quell'inevitabile rapporto, senza risparmiare i mezzi e le attenzioni per il suo risanamento, la sua apertura verso le nuove realtà delle persone che abitano lo Stato, verso modelli organizzativi diversi da quelli consciamente o inavvertitamente costruiti o volta a volta decostruiti nel passato, anche prossimo.

Tuttavia, senza alcuna esitazione riaffermando nei fatti e nelle scelte via via preferite che è la struttura dell'autorità che si ripiega talora verso le esigenze sommariamente percepite del popolo, offrendo anzitutto quella stabilità che giova a tutte le componenti della collettività e solo qualche volta una vera innovazione, un nuovo modo di considerare gli effetti economico-sociali delle proprie scelte, le scelte dell'autorità.

Migliora la qualità dell'autorità (il "buon volere dei potenti" di Abramo Lincoln) ma non cede di un palmo la sua posizione, pronta a riprendere "d'autorità" ciò che ha offerto se il rapporto con la libertà del popolo mostri un'imprevista e comunque assolutamente non voluta evoluzione verso il rafforzamento significativo di questa, a scapito dell'autorità.

2. Per lasciare subito -ma non senza trarne qualche risultato, se pur tutto da verificare- una linea di ricerca che allontanerebbe troppo dalle considerazioni necessarie in questo momento "storico" per costruire il contributo degli avvocati amministrativisti alla risoluzione dei problemi della crisi del diritto amministrativo, non c'è che da collocare ogni problema insorgente della "lettura" dell'ordinamento repubblicano nella sua evoluzione, nei moduli interpretativi (o, se si preferisce, non c'è che da guardare ogni fenomeno di diritto pubblico con gli occhiali del giurista aperto, come sempre dovrebbe, alla cognizione di tutte le realtà fenomeniche presenti nella società) che consentono agevolmente di correggere la posizione dei termini del rapporto: è la libertà che precede e motiva ogni fenomeno sociale, informando di sé ogni metodo di speculazione giuridica.

Se si proceda dal principio di libertà delle persone che pur riconoscono la necessità di un governo e desiderano incarnare la politicità dell'uomo, il riconoscimento della legittimazione di un organismo complesso come la pubblica Amministrazione è presto raggiunta e riconosciuta, ma sempre in forza del consenso delle persone che l'hanno voluta, dunque come realtà derivante da una volontà libera e da questa pertanto discendente.

Siamo già molto lontani dall'Autorità attualmente presente con questo nome negli ordinamenti amministrativi contemporanei e dall'opaca autonomia di spesa pubblica nelle sue istituzioni: Consigli, Presidenti regionali, ecc.

Le implicazioni dell'inversione della formula da *autorità e libertà* a *libertà e autorità* sono molteplici e non certo limitate al piano meramente stilistico-formale, ma presenti nella sostanza del rapporto: l'autorità amministrativa deve sempre giustificare e motivare la sua scelta discrezionale, persino se essa produca effetti favorevolissimi per il destinatario, originario richiedente.

Una norma come quella dell'art. 3 della l. 241/1990 sembra dettata proprio per confermare che quando l'Amministrazione esercita il potere ha di fronte la libertà di tutti i cittadini: quelli che le chiedono ed ottengono il provvedimento, quelli che dal provvedimento potrebbero subire un pregiudizio e tutti gli altri soggetti dell'ordinamento materialmente interessati alla legittima e scrupolosa osservanza (a pena di annullamento e di risarcimento dei danni) delle norme che garantiscono la libertà nella nostra mirabile Carta costituzionale ed in parte nelle leggi ben ordinate in consonanza con l'intero ordinamento nel quale esse vanno ad inserirsi.

Da qui l'onere perenne di giustificazione, con il richiamo all'interno del provvedimento anzitutto della norma attributiva del potere emersa nella fase istruttoria del provvedimento, poi la vera e propria motivazione, incentrata sui presupposti di fatto e sulle ragioni giuridiche che la stessa istruttoria ha fatto emergere nei procedimenti d'ufficio, previa comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento.

La libertà della persona è, dunque, alla base dell'azione amministrativa: "decisionista" o "garantista" l'azione dell'amministrazione che, anche se arricchita alle sue spalle da una volontà di contenuto politico che la muova, deve misurarsi con la libertà delle persone costituenti la comunità nella quale opera l'organo pubblico per garantirne il benessere mentre opera, dirigendosi verso l'ottenimento del risultato previsto dalla norma attributiva del potere con metodo di efficacia, che tuttavia non può trascurare le garanzie per la libertà.

È ora di passare alla scena successiva.

3. Portatori, dinanzi ai giudici, agli organi del contenzioso giustiziale ed alle stanze di conciliazione previste dalla legge, del valore della libertà sono gli avvocati, numerosi in Italia in quanto, al di là delle crisi economiche che incidono

sui clienti mettendo in crisi le loro libertà e di riflesso il lavoro degli avvocati diminuisce, essi vengono richiesti in quel numero da un sistema giuridico-sociale che produce insidie continue per le libertà.

I portatori di libertà devono essere riconosciuti come tali in tutte le più riposte pieghe dell'ordinamento dei rapporti "moralì", quei rapporti cioè che, per quanto tecnicamente regolati da norme positive, coinvolgono le persone ad es. in un giudizio non paritario, qual è di necessità quello che si svolge dinanzi ai giudici amministrativi.

Siamo, dunque, certi che senza un corpo di avvocati efficienti e professionalmente irreprensibili l'intero sistema delle libertà andrebbe in crisi perché *«le leggi son ma chi pon mano ad esse?»*.

Certo i giudici, i giudici amministrativi anzitutto: ma non opera nel processo amministrativo l'azione officiosa come nei processi penali (penale, penale minorile, penale militare), dunque il giudice riceve l'istanza di libertà di un cittadino, per l'ufficio di un avvocato, che egli ascolta e le cui deduzioni approfondisce nel contraddittorio allo scopo di poter emettere la sua sentenza, altrimenti viziata irrimediabilmente se non adeguatamente ripiegata su tutte le posizioni di libertà fatte valere.

4. La legge di riforma della professione di avvocato (l. 31 dicembre 2012, n. 247), tra molti pregi, trascura tuttavia spesso il profilo della libertà degli avvocati, della necessità che essi avvertano ogni giorno il maggior respiro che la professione legale offre loro nel confronto con qualsiasi altra categoria professionale, nella mediazione dei conflitti d'interesse e nella difesa piena dei diritti e degli interessi protetti di chi "invoca" la loro prestazione professionale.

È mancata l'ispirazione coerente e riconoscibile, anzitutto nei precetti di legge, di cogliere la preziosa occasione di una legge dal faticoso parto per aggiornare la considerazione del peso degli avvocati nella società contemporanea, riconoscendo l'esigenza di chiamarli con fiducia, eventualmente prevedendosi un controllo statale dei risultati, nei ristretti limiti dell'indispensabile, ad un'autorganizzazione progressivamente più estesa.

Ai regolamenti ministeriali, ad es., la legge di riforma della professione legale rimette la disciplina tanto della specializzazione degli avvocati nelle materie giuridiche tabellate dal Ministero stesso, quanto dell'aggiornamento professionale previsto a cadenza triennale degli avvocati che abbiano conseguito la qualifica di specialista.

Sono previsti i pareri obbligatori, trattandosi di norme regolamentari disciplinate dalla l. 400/1988, delle due Commissioni parlamentari competenti e del Consiglio di Stato, quanto il parere del CNF avrebbe potuto essere considerato prevalente proprio dalla legge di riforma, proprio per la necessità di riconoscere l'autonomia = libertà attiva della "classe forense".

Si deve all'attuale Ministro di Giustizia l'istituzione di un tavolo che coinvolge tutte le possibili "voci" degli avvocati italiani, ma, come c'era da attendersi, il testo già passato dalla trafila ufficiale che ne prevede la formazione rappresenta un elemento rigido, che tollera ormai modifiche soltanto marginali, che non dovrebbe subire integrazioni intese come vere e proprie innovazioni, altrimenti finirebbe per essere destinato a ripercorrere la strada procedimentale prevista dalla l. 400/1988: in definitiva, questa forma di regolamento ministeriale previsto dalla legge di riforma non rappresenta lo strumento migliore per attingere il risultato della più ampia e attiva partecipazione degli avvocati, protagonisti sostanziali di regole poste a tutela dell'interesse generale e, in misura più autocontrollata, di quello di categoria.

In conseguenza di questa origine *autoritativa* nella concezione stessa della legge e della regolazione delle qualificazioni professionali, la fase consultativa -che non è preventiva, ma successiva al testo proposto, dopo le consulenze politiche e del Consiglio di Stato, dal Ministro di Giustizia- prosegue da molto tempo, com'è inevitabile, non sempre con risultati coerenti, proprio in ragione della limitazione derivante dalla sua postergazione all'interno del procedimento di formazione dei regolamenti.

5. Tra le varie proposte modificative spiccano quelle libere associazioni territoriali degli avvocati amministrativisti, finalmente spuntate dovunque in Italia e riunite in un'Unione nazionale.

Una mozione è stata votata nel marzo 2015 dalla Camera amministrativa di Bari:

« L'Assemblea della CADAB,

considerato

che la formazione degli aspiranti avvocati specialisti è disciplinata:

- *dalla l. 31 dicembre 2012, n. 247;*
- *dal parere del CNF del 22 luglio 2014;*
- *dal parere del Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi dell'adunanza 28 agosto 2014;*
- *dai pareri delle Commissioni parlamentari competenti;*

ritiene

A

- 1) *che il biennio formativo debba essere organizzato dal CNF e dai Rettori delle Università degli Studi (o dai Direttori di Dipartimento o Facoltà di Giurisprudenza), mediante una Convenzione-quadro che impegni Università e CNF, con il parere obbligatorio dell'UNAA, a svolgere il corso di formazione secondo un programma concordato nel dettaglio a livello locale (UNAA, Camera e Università);*
- 2) *che la didattica veda il corpo docente composto per non oltre la metà da professori o ricercatori universitari e per l'altra metà da avvocati esperti nella particolare disciplina, con partecipazione di un solo giudice esperto ad ogni corso;*
- 3) *che la didattica, strutturata su una lezione e sugli interventi dei corsisti pre-comunicati oppure espressi nella lezione stessa con un margine per i corsisti non inferiore ai 40 minuti, debba svolgersi per $\frac{2}{3}$ in sede frontale ed eventualmente per $\frac{1}{3}$ per via telematica;*
- 4) *che il regime transitorio (art. 8) veda il giudizio del CNF sui requisiti degli aspiranti alla specializzazione con anzianità non inferiore ad otto anni, che dimostrano di aver svolto negli ultimi cinque anni non meno di settantacinque incarichi professionali complessivi, per attività stragiudiziale o giudiziale nella disciplina di specialità, esclusi i giudizi seriali.*

Se sia insufficiente il numero delle attività professionali nella disciplina specialistica - comunque non inferiore a trenta incarichi negli ultimi cinque anni- il CNF ammetta -su domanda- ad un colloquio l'avvocato istante, che conseguirà la specialità in caso di superamento del colloquio stesso.

B. In ordine all'allegata lista delle specialità

- 5) *la CADAB chiede che il Diritto dell'ambiente non sia considerato materia autonoma di specializzazione, bensì rientri nel Diritto amministrativo (IUS 10).*

Ciò in quanto nello studio e nella giustizia ambientale (misure precauzionali, preventive, compensative, ripristino, nel risarcimento in forma specifica ed in quello per equivalente patrimoniale) la pretesa del responsabile intervento a tutela da parte del Ministro e la domanda di garanzia dell'operatore responsabile "condannato" con ordinanza al risarcimento del danno ambientale, possono essere vagliate unicamente mediante l'esame del merito delle singole questioni che via via si pongono: e ciò comporta, in base all'ordinamento di settore, il ricorso a rimedi amministrativi giustiziali, come i due ricorsi in opposizione previsti agli artt. 310, co. 2 e 316 del c.d. Codice dell'ambiente, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (in g.u. 14 aprile 2006) e dalle successive ventisette modificazioni (mai riguardanti le due previsioni dei due ricorsi in opposizione contro il Ministro);

- 6) *dunque, senza una conoscenza completa della giustizia e del Diritto amministrativo in generale non dovrebbe riconoscersi una competenza specialistica in Diritto dell'ambiente;*

- 7) *nell'ambito delle ripartizioni organizzative dei saperi il Diritto dell'ambiente è collocato da sempre nel settore scientifico disciplinare IUS 10, prima disciplina "Diritto amministrativo"».*

Altre Camere propongono -ad esempio- un riferimento agli studi di settore per individuare il reddito derivante da attività professionali riconducibili al diritto ed al processo amministrativo.

Appare questa (Camera di Trento) una proposta del tutto condivisibile nelle motivazioni, inoltre legata all'oggettività, tuttavia forse rimessa alla validità della

redazione dello studio di settore (che viene esaminato dal fisco con un ritardo anche di cinque anni)¹.

La riduzione a quindici incarichi e forse l'eventuale colloquio con il CNF, che all'uopo forma nel suo seno una Commissione tecnica di tre/cinque consiglieri, sembra più semplice e meno "esposta" a riferimenti "esterni", che qualche problema potrebbero suscitare.

Un secondo più specifico aspetto problematico riguarda la compilazione della tabella allegata alla bozza di regolamento ministeriale che ha superato la trafila consultiva voluta dalla legge per i regolamenti governativi.

Ci occupiamo soltanto della separazione tra "Diritto amministrativo" e "Diritto dell'ambiente", due realtà giuridiche che risultano artificiosamente distinte nella "bozza".

In realtà, se ci si riferisca alla legge italiana fondamentale -d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (che ha già subito 27 modifiche, quasi nessuna quanto alla parte sesta)- sulla tutela dell'ambiente, può osservarsi che ivi si attua un corretto recepimento delle direttive dell'Unione europea sul regime dei rifiuti, delle acque, della tutela ecologica del territorio, introducendo principi di precauzione e prevenzione e, soprattutto, quanto alla parte sesta, si dà attuazione alla "dura" direttiva comunitaria 2004/35/CE del Parlamento e del Consiglio del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, che, in vista di questa finalità, «*istituisce un quadro per la responsabilità ambientale*» basato sul principio «*chi inquina paga*».

Nel soffermarsi assai brevemente su una riflessione concernente il nostro sistema di protezione e promozione ambientale, si può agevolmente rilevare che l'intera materia è intrinseca, nella sua costruzione normativa, alle norme, alle conoscenze scientifiche ed alle organizzazioni di pubblici uffici che sono da decenni tipicizzate e che sostengono i principali istituti del diritto amministrativo:

¹ *Quid se l'esame della dichiarazione dei redditi dell'avvocato, intervenendo qualche anno dopo la sua presentazione, affermi l'invalidità dello studio di settore, desunto da dati aliunde reperiti dall'Ufficio fiscale, studio che era stato esibito per ottenere la qualifica di specialista?*

- 1) il Ministro è individuato quale organo responsabile della prevenzione, così come della repressione mediante risarcimento a carico dell'operatore responsabile in forma specifica o per equivalente patrimoniale quando il primo non abbia raggiunto lo stato di ripristino dei valori ambientali preesistenti: il risarcimento per equivalente consisterà nella somma necessaria allo Stato per raggiungere, con i suoi mezzi, la migliore condizione possibile nella riparazione obbligatoria del danno all'ambiente;
- 2) le misure alternative e compensative di un danno non totalmente risarcito;
- 3) l'apparato di tutela previsto dalla legge in favore delle autonomie e delle associazioni ambientali contro l'inerzia del Ministro nei confronti del danno ambientale (art. 310, co. 2); e, in favore dell'operatore, ritenuto responsabile del danno erariale avverso l'ingiunzione di *fare*, intimata dal Ministro, che mette capo, oltre che al ricorso al TAR, pure in questo caso ad un preventivo ricorso giustiziale, in opposizione all'ordinanza ingiuntiva del Ministro (artt. 313-315).

Si tratta di una duplice fattispecie di contenzioso di merito che consente di approfondire, nell'interesse oggettivo dell'accertamento dei fatti, gli aspetti tecnici implicanti rischi per la salute, geologici, climatici, paesaggistici, faunistici, naturalistici, delle acque fluenti, sotterranee e minerali, che caratterizzano nel caso concreto l'episodio di danno ambientale.

Sarà l'esito di siffatto prezioso contraddittorio tecnico ad offrire alle parti interessate il materiale necessario per adire il giudice amministrativo, con adeguato bagaglio di deduzioni in punto di legittimità, basate a questo punto non più sulla pretesa che il giudice possa accogliere *doléances* soggettivamente motivate in una materia caratterizzata da un'inevitabile amplissima discrezionalità c.d. tecnica della pubblica Amministrazione; bensì basate sui dati emersi nel contraddittorio giustiziale, insieme alla rispettiva analisi critica, che possono venire utilmente offerti successivamente al loro "spacchettamento" (come si dice oggi), cioè all'individuazione in essi dei profili di anti-giuridicità emersi, al giudice della legittimità degli atti e dei comportamenti della pubblica Amministrazione.

Si applicano, al proposito, le norme di raccordo che prevedono la decorrenza del termine per *impugnare* dalla conclusione del procedimento di rimedio giustiziale esperito per *opporre*.

Come appare evidente, specializzare un avvocato non amministrativista in questa materia rappresenta un controsenso perché, oltre all'organizzazione tutta pubblica della tutela ambientale, la garanzia giurisdizionale si incentra sulla maggiore possibile utilizzazione degli strumenti tradizionali, anche per gli amministrativisti talora di non agevole pratica, dei rimedi giustiziali, collegati ai successivi eventuali ricorsi al complesso giurisdizionale costituito da TAR, Consiglio di Stato e Consiglio di giustizia amministrativa della regione siciliana.

Per queste ragioni la tabella ministeriale va modificata, secondo la mozione approvata dalla Camera di Bari, riconoscendo l'inclusione del Diritto dell'ambiente nel Diritto amministrativo.

Vincenzo Caputi Iambrenghi