

**IL METODO NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO IN ALCUNI
ORDINAMENTI STRANIERI**

LUCERA

SALA CONVEGNI BIBLIOTECA- PINACOTECA “R.BONGHI”

22 marzo 2024

ENRICO FOLLIERI

Relazione introduttiva

SOMMARIO: 1. Il metodo ed i suoi elementi. – 2. Il metodo delle scienze c.d. esatte o naturali e delle scienze sociali e umane. – 3. Il metodo oggetto degli incontri di studio programmati. – 4. La ricerca scientifica. – 4.1. Possibile specificità del metodo in diritto amministrativo. – 4.2. Impiego delle altre scienze in diritto amministrativo. – 4.3. Il metodo di Galileo Galilei nel diritto. – 4.4. Ricerca individuale e di gruppo. – 4.5. Particolarità del metodo nei settori del diritto amministrativo. – 4.6. Il diritto comparato. – 4.7. L’influenza del metodo del Maestro. – 4.8. I diversi generi letterari. – 4.9. Influenza del binomio autorità- libertà. – 5. L’insegnamento universitario. – 5.1 Didattica della trasmissione e della escursione. – 5.2 Prospettazione del caso pratico per giungere ai principi o viceversa. – 5.3 Metodo deduttivo o induttivo. – 5.4 L’accesso presso gli uffici amministrativi e giudiziari. La documentazione amministrativa e giurisprudenziale. – 5.5 L’insegnamento a distanza. – 6. Lo studio della disciplina. – 6.1 La mancanza di un codice di stampo illuministico. – 6.2 La diversità dei manuali di diritto amministrativo. – 6.3 La giurisprudenza amministrativa. – 6.4 L’attività amministrativa di diritto pubblico. – 7. ...per finire.

1. Il metodo ed i suoi elementi.

In una prima accezione molto generale, il metodo è un procedimento, un sistema, un meccanismo, una modalità che si segue, con la funzione di raggiungere uno scopo, un obiettivo ovvero svolgere un'attività per attingere un risultato.

Il metodo si sostanzia in procedure tipo, regole, principi per conoscere e studiare la realtà, ma anche per modificarla e può essere materiale o intellettuale.

È materiale quando si identifica nello svolgimento di attività esecutive in cui prevale la manualità; intellettuale, quando prevalgono le facoltà intellettive.

Nell'uno e nell'altro caso, occorre parlare di prevalenza perché l'attività manuale va coordinata dal pensiero e dalla concentrazione senza i quali si rischiano incidenti, come accade, purtroppo, nell'attività di tanti operai che conoscono il metodo per eseguire il loro lavoro, ma, a volte per eccessiva confidenza, lo eseguono meccanicamente, correndo rischi. Anche l'attività intellettuale di chi scrive un libro, seguendo un suo metodo, deve fare i conti con l'uso del *computer* o della penna che richiedono una manualità.

Il metodo trova impieghi in tantissimi campi perché, di per sé, è un procedimento che non ci dice scopo, ragione, fine che si persegue con il metodo che, quindi, si compone e si atteggia in modi diversi, a seconda dell'utilizzo che se ne fa.

Il metodo deve ricevere una specificazione circa il campo di applicazione che accosti il procedimento alla funzione, allo scopo.

Il metodo senza specificazione è solo una procedura vuota, senza contenuto, direi di nessuna utilità ed inservibile.

Il metodo è un modo di procedere che riguarda anche le operazioni più banali della nostra vita e lo possiamo riferire (la specificazione) all'alimentazione, al movimento, a qualunque attività lavorativa, sportiva o anche di svago.

Per tutto si può pensare ad un metodo, un modo di procedere.

Si può, dunque, affermare che il metodo è un procedimento che va specificato, aggettivato, per dargli un contenuto e allora si può scomporre schematicamente in:

- procedimento o modo di svolgere una qualunque attività sia sul piano materiale che intellettuale che si articola in un insieme di regole;
- funzione o scopo che individua anche l'oggetto del metodo, quindi, funzione-oggetto.

Non bastano, però, questi due elementi per definire un metodo perché occorre indicare anche gli strumenti necessari ad espletare la funzione, nel senso delle modalità concrete che possono consentire il raggiungimento dello scopo e, quindi, bisogna aggiungere gli strumenti o i mezzi.

Ancora, va considerato il risultato che con il procedimento, nell'utilizzo degli strumenti e nel perseguimento della funzione (o dello scopo), viene raggiunto.

Infine, se è un metodo deve presentare il carattere della ripetitività e cioè deve poter essere seguito ogni volta che si voglia perseguire quello stesso scopo.

Allora e in sintesi, il metodo si compone di cinque elementi:

- procedimento (materiale o intellettuale);
- funzione-oggetto;
- strumenti;
- risultato;
- ripetibilità.

Il metodo è costituito e definito dall'insieme di tutti i suoi elementi.

2. Il metodo delle scienze c.d. esatte o naturali e delle scienze sociali e umane.

I metodi utilizzati dalle scienze si suddividono in due categorie generali: metodo scientifico che riguarda le scienze sperimentali c.d. esatte o naturali e metodo umanistico che è applicato alle scienze umane, sociali e, in genere, umanistiche. Il metodo scientifico più accettato si deve a Galileo Galilei ed è anche definito sperimentale; esso si articola in fasi che possono essere raggruppate in diversi passaggi: osservazione, riflessione e ipotesi, esperimento e conclusioni. Per la validità delle conclusioni, va verificata la possibilità della ripetizione, anche in laboratorio, ove vengano sottoposte a procedure di controllo sperimentale.

Il punto essenziale è la verifica sperimentale dell'ipotesi scientifica che deve essere confermata, con possibilità di ripetizione che deve dare lo stesso risultato il quale deve presentare le caratteristiche della oggettività, affidabilità e verificabilità, ormai in senso relativo, non assoluto.

Le scienze sociali e quelle umane, pur raggruppate sotto le scienze umanistiche, hanno un diverso ambito: le scienze sociali si occupano dell'uomo in società, della società e delle relazioni sociali e ne sono esempi significativi la sociologia, le scienze storiche, le scienze politiche, l'economia, il diritto etc.; le scienze umane studiano particolarmente l'uomo nei propri processi individuali con la psicologia, le scienze dell'educazione e della formazione, la psicologia etc.

Le altre discipline umanistiche riguardano la filosofia, le lettere classiche e moderne e così via.

Si ritiene generalmente che tutte queste scienze umanistiche in senso lato (scienze sociali, scienze umane e le altre) sono accomunate da un dato solo negativo: l'assenza di una verifica sperimentale diretta, per cui non è utilizzabile il metodo scientifico galileiano, proprio delle scienze naturali. Ognuna di esse ha elaborato un proprio metodo con forme di controllo dei risultati che mutano da una disciplina all'altra.

Così la scienza giuridica ha un suo metodo (intellettuale) per la ricerca definito giuridico che ha lo scopo (la funzione) di conoscere il diritto (oggetto), attraverso

gli strumenti ed i mezzi propri del giurista, metodo che può essere seguito più volte e ripetuto.

La funzione del metodo giuridico di ricerca, oltre alla conoscenza, può sublimarsi sino a giungere a costruzioni sistematiche armoniosamente organizzate, in conseguenza dello studio e dell'approfondimento proprio della ricerca scientifica.

Inoltre, alla scienza giuridica attiene anche l'insegnamento che consente la trasmissione della conoscenza e che ha un suo metodo.

Il diritto si rivolge agli uomini nei loro rapporti sociali e con le istituzioni pubbliche e può trovare applicazione spontanea ed essere osservato, senza che occorra alcun intervento terzo.

In caso di sua violazione, può richiedere la domanda di chi ne invochi il rispetto ad apposito organo giudicante.

L'applicazione nel concreto del diritto interessa due metodi: quello che deve attivare l'interessato o un organo pubblico per rimuovere la violazione e quello del giudice per emettere la decisione.

È possibile, dunque, individuare alcuni metodi rilevanti per il diritto (ma ve ne sono altri) relativi: alla ricerca scientifica, all'insegnamento universitario, allo studio della disciplina, alla tutela e alla decisione del giudice.

3. Il metodo oggetto degli incontri di studio programmati.

È necessario chiarire a che metodo, Michele Trimarchi ed io, ci riferiamo per l'iniziativa culturale intrapresa e perché.

Il metodo a cui abbiamo pensato è quello giuridico della conoscenza della scienza del diritto amministrativo e, soprattutto, degli strumenti della ricerca per lo studio, l'approfondimento, l'elaborazione e l'esplicazione della disciplina. In una parola, al metodo scientifico di ricerca in diritto amministrativo. Se questo è il nucleo centrale della (nostra) speculazione, ad esso bisogna aggiungere il metodo di insegnamento universitario e quello di studio.

In genere, dopo studi e approfondimenti, si redigono opere minori per sperimentare la capacità di esposizione di concetti giuridici, dalle note a sentenze a piccoli saggi, per poi cimentarsi nella monografia. In questo percorso il giovane ricercatore è, per lo più, guidato da un Maestro che raramente discute del metodo da seguire, ma insegna di fatto un metodo sul campo attraverso consigli e prospettazioni riguardanti lo specifico argomento oggetto di trattazione. Il Maestro trasmette al giovane studioso il suo metodo, consapevolmente o meno. La consapevolezza del metodo giuridico, ben chiara nella dottrina a partire da Vittorio Emanuele Orlando, è venuta scemando e, a partire dalla seconda metà del 1900, ha perso la sua rilevanza centrale nella speculazione scientifica.

E'indubbio, però, che viene seguito un metodo che è proprio dello specifico Maestro e che può essere lo stesso di altri Maestri ovvero diverso e queste differenziazioni rappresentano una delle componenti culturali che caratterizzano una Scuola.

Il metodo, infatti, non è neutro perchè presuppone o implica opzioni teoriche e ideologiche e risente dell'idea che si ha del diritto oggetto della ricerca.

Abbiamo, allora, ritenuto che la discussione sul metodo dovesse cercare di coinvolgere il maggior numero di studiosi della disciplina, da un lato, per un confronto e, dall'altro, per non disperdere l'esperienza dei diversi insegnamenti, per cui non poteva risolversi in un solo episodico incontro, ma doveva articolarsi con l'organizzazione di più convegni, anche in sedi diverse dall'Università di Foggia.

Non credevamo di suscitare un così grande e diffuso interesse nell'Accademia, a seguito della comunicazione ed invito rivolto.

Infatti, all'iniziativa vi è stata l'adesione di 115 professori di diritto amministrativo in cui sono coinvolte quasi tutte le Università italiane, con la possibilità di avere un orizzonte pressochè completo degli orientamenti della

dottrina amministrativistica del nostro Paese sul metodo seguito per la ricerca scientifica, l'insegnamento universitario e lo studio della disciplina.

Per questi tre profili, ho individuato, a fini esemplificativi, una griglia di argomenti, integrati dalle indicazioni di Vincenzo Caputi Jambrenghi, Guido Clemente di San Luca, Alessandro Crosetti e Leonardo Ferrara. Precisamente: 9 per la ricerca scientifica, 5 per l'insegnamento universitario e 4 per lo studio della materia. Sono possibili ulteriori elementi di discussione che saranno evidenziati negli incontri che seguiranno, quando saranno esposti i metodi delle diverse Scuole che consentiranno non solo di apprezzare la molteplicità delle impostazioni teoriche, ma anche di tracciare una storia delle idee che si sono formate nel tempo attraverso l'esperienza tramandata dai Maestri.

Quindi, potremo avere un quadro sia teorico che storico di grande interesse.

Si sono prenotati per organizzare altri convegni, nelle diverse sedi universitarie alcuni professori.

Hanno, altresì, manifestato interesse a questa problematica i magistrati amministrativi e contabili e gli avvocati. In particolare, l'Unione Nazionale avvocati amministrativisti, le Camere amministrative ed i Presidenti di alcuni TAR che si sono dichiarati disponibili anche a organizzare incontri; l'Ufficio Studi e Formazione della Giustizia amministrativa del Consiglio di Stato ha manifestato l'intenzione di discutere del metodo per la tutela delle parti e per la decisione del giudice amministrativo in un prossimo convegno.

Il convegno di oggi che inaugura la serie degli incontri ha un taglio diverso perché è teso ad acquisire la conoscenza delle esperienze di altri Stati a diritto amministrativo, Danimarca, Francia, Germania e Spagna per potere, successivamente, compararle con quelle del nostro Paese.

Ho intenzione, ancorchè sinteticamente, di esporre le problematiche individuate, ad un primo esame non certo esaustivo per la ricerca scientifica, l'insegnamento universitario e lo studio della disciplina.

4. La ricerca scientifica.

Alcuni degli aspetti da approfondire sono quelli che si illustrano di seguito.

4.1 Possibile specificità del metodo in diritto amministrativo.

Innanzitutto, se si possa ritenere che il metodo di ricerca nel diritto amministrativo abbia una sua specificità ovvero non diverga da quello proprio del diritto in genere e, in particolare, del diritto privato.

Il riferimento a quest'ultima disciplina è quasi obbligato se Karl Larenz, studioso della problematica, dà alle stampe nel 1960 un volume dal titolo "Storia del metodo nella scienza giuridica", pubblicato il 1966 in Italia, nella collana della "Civiltà del diritto" (n. 14, Giuffrè Editore Milano), e tratta solo del metodo nel diritto privato da Von Savigny in poi.

Sarà per la tradizione multimillenaria di questa disciplina e per la più recente formazione scientifica del diritto pubblico e, in specie, del diritto amministrativo, fatto sta che occorre misurarsi con quel metodo per stabilire se la ricerca in diritto amministrativo debba adeguarsi o meno a quel modello.

Un metodo diverso e particolare può trovare fondamento già nella caratura pubblicistica della disciplina, ma ancor più nell'esperienza giuridica del diritto amministrativo che non ha come punto primo e rilevante un codice come quello civile, ma la Costituzione, una normativa positiva estesa e in continua evoluzione e mutamento, i principi della dottrina, avallati dall'applicazione giurisprudenziale, nazionale e comunitaria, e dall'esercizio dell'azione amministrativa.

La questione potrà essere meglio chiarita dall'esposizione degli altri profili e dal contributo dei convegnisti, anche degli altri incontri.

4.2 Impiego delle altre scienze in diritto amministrativo.

È antica la discussione sugli strumenti dell'amministrativista: se debba usare quelli propri ed esclusivi del diritto ovvero anche quelli delle altre scienze, soprattutto sociali.

La dottrina italiana ha vissuto più stagioni.

Nella prima, vi è stata la Scuola eclettica che ha utilizzato i metodi, i principi e le acquisizioni anche delle altre scienze non giuridiche, in particolare: la scienza politica, la statistica, la sociologia, la morale, la filosofia, la storia, etc., in una visione globale delle questioni e delle soluzioni volte anche ad un'attività di consulenza ed indirizzo sul governo e la gestione pubblica.

Una seconda, che si può definire privatistica, che ha elevato al rango di principi generali valevoli per tutte le partizioni del diritto, anche quello pubblico e amministrativo, il diritto civile da applicare al diritto amministrativo, quasi come parte speciale, con le modifiche ed integrazioni rese necessarie dalla specificità della materia. Un'importante conseguenza di questa impostazione è stato il mettere da parte, quasi del tutto, le altre scienze umanistiche e la minore rilevanza data alla mera esegesi normativa, conducendo la dottrina ad un metodo prettamente giuridico, con l'impiego soprattutto delle categorie privatistiche, ma anche delle altre discipline giuridiche tra cui il diritto costituzionale, il diritto processuale, il diritto internazionale e il diritto commerciale.

La terza stagione, a partire da Vittorio Emanuele Orlando, che ha messo al centro dell'indagine il diritto amministrativo, utilizzando il metodo dommatico elaborato dalla pandettistica tedesca, con la rilevante differenza che il dato da cui prendere le mosse non è il diritto romano, ma il diritto pubblico positivo dello Stato, diretto alla individuazione di categorie astratte e generali dal valore universale, con carattere dogmatico e di teoria generale, pur aderente al diritto positivo ed alla sua applicazione.

Dopo Orlando, l'astrattezza e la generalità dei concetti hanno subito una relativizzazione conseguente alla considerazione della storicità degli ordinamenti giuridici e della verifica sociologica ed economica, senza, però, rinunciare al metodo orlandiano.

Si è ora nel passaggio ad un'altra stagione, che non è ancora ben chiara nei suoi contorni, nella quale si predica la giuridicità delle indagini che affrontano i dati di diritto positivo nella sua fase di formazione e produzione e utilizzano dati e

principi di altre scienze, sociali, economiche, storiche, statistiche, filosofiche e politiche.

E' il metodo che si attaglia al momento delle riforme e trasformazioni rilevanti del diritto positivo di matrice pubblicistica, quale è quello che stiamo vivendo da qualche decennio e che va alla ricerca di un assetto compiuto.

Pare rivivere l'esperienza della dottrina tedesca giuspubblicistica del secondo dopo guerra e che Eberhard Schmidt-Assman ha sintetizzato nella "nuova scienza del diritto amministrativo" (*Verwaltungsrechtliche Dogmatik in der Entwicklung*, 2. Auflage 2023 Mohr Siebeck 1. Auflage 2013) definita come *Steuerungswissenschaft*, scienza dell'indirizzo orientata alla decisione ed alla consulenza, anche nei confronti del legislatore, e che utilizza alcune nozioni, definite concetti-ponte o di collegamento, di altre scienze ed i dati raccolti, facendo ricorso all'economia, alla sociologia, alle scienze umanistiche, ma anche naturali, pur mantenendosi nell'alveo giuridico. Si perde certo il dogmatismo autoreferenziale del diritto pubblico che costruisce i suoi concetti partendo dalla normativa positiva e li elabora nella loro astrattezza con metodo logico, induttivo e, quindi deduttivo, pur mitigato dalla relativizzazione storica, sociologica ed economica.

Si indaga nella individuazione degli strumenti giuridici che possono meglio soddisfare le esigenze dell'amministrazione e dei cittadini, valutando gli effetti ed i risultati prodotti dalle norme positive, per suggerire soluzioni alternative, in caso di inadeguatezza o inidoneità per il raggiungimento degli scopi prefissi.

Vi sono recenti orientamenti della dottrina italiana che paiono nella stessa direzione o quanto meno in quella volta ad ampliare l'orizzonte del metodo giuridico, con l'impiego dei dati, mezzi e risultati delle altre scienze umanistiche. E' una possibile matrice di ricerca o in questo modo si rinnega la peculiarità del metodo giuridico?

Io credo che non si possa confinare e chiudere il metodo giuridico nel suo recinto ma, nel contempo, non lo si può soppiantare e sostituire con le altre scienze

umanistiche: queste ultime possono ben essere di ausilio e supporto, ma la centralità della ricerca deve essere affidata al metodo giuridico.

4.3 Il metodo di Galileo Galilei nel diritto.

Il metodo scientifico di Galileo Galilei si connota per la verifica nell'esperienza dell'ipotesi formulata, con possibilità di ripetizione dell'esperimento che deve dare lo stesso risultato che valida l'ipotesi.

La peculiarità della scienza del diritto, di molte branche del diritto, è che presenta un aspetto applicativo dei principi elaborati, nei rapporti tra i soggetti ed i centri di interesse e di imputazione dell'ordinamento.

Le costruzioni teoriche dei principi che vanno a comporre la grammatica del diritto possono intendersi, anche le più brillanti e convincenti, come l'ipotesi sottoposte a verifica nelle scienze naturali, ma esse vanno attese all'impatto con l'esperienza e se effettivamente vanno a regolare i rapporti tra i soggetti ed i centri di interesse e di imputazione dell'ordinamento.

La spontanea osservanza e la relativa vincolatività dei principi e delle regole è la verifica della fondatezza delle tesi (ipotesi) che ricevono conferma e sono validate dall'applicazione sociale e giurisprudenziale.

Il diritto, per questo suo dispiegarsi tra teoria e applicazione nel concreto verificata dall'esame del comportamento dei consociati e dalla giurisprudenza, potrebbe essere assimilato al metodo galileiano.

I principi, pur mirabilmente elaborati dalla dottrina, se non sono osservati dai soggetti dello ordinamento e se la giurisprudenza non li segue e non li applica nel concreto, rendendoli vincolanti, sono teorie (ipotesi) non verificate nell'esperienza, con conseguente loro abbandono perchè non in grado di disciplinare l'esperienza giuridica.

La società e la giurisprudenza validano la tesi prospettata dalla dottrina se la fanno propria; se ciò non avviene, la tesi non è utile, se non addirittura infondata. E' una possibile applicazione del metodo della ricerca per verificare la fondatezza delle ipotesi avanzate in dottrina e che si fonda su una concezione

unitaria dell'esperienza giuridica tra dottrina, legge positiva, comportamento sociale e giurisprudenza.

Nel diritto amministrativo, vi è la peculiarità che la verifica nel concreto è, innanzitutto, nell'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione, tenuta all'applicazione delle regole dettate dalla legislazione e dei principi elaborati dalla dottrina, specie se si è in presenza di innovazioni normative. Per la pubblica amministrazione non può parlarsi di spontanea e volontaria osservanza, ma di dovere funzionale all'attuazione per il rispetto del principio di legalità. Quindi, la prima validazione va cercata nell'esercizio del potere amministrativo che, poi, potrà essere verificato innanzi al giudice le cui statuizioni prevalgono.

Questo profilo è utilizzabile per validare le tesi, ma non investe la questione riguardante gli strumenti del metodo che restano indifferenti e sullo sfondo; l'essenziale è che i principi elaborati siano seguiti nell'applicazione amministrativa e giurisprudenziale e che consentano di concludere per la bontà ed efficacia del metodo. E' una possibile verifica *a posteriori* della tesi e del metodo.

4.4 Ricerca individuale e di gruppo.

La ricerca in diritto amministrativo normalmente è individuale e, quando viene eseguita da più studiosi che indagano una stessa problematica, il prodotto diviene un'opera collettanea nella quale è distinguibile il lavoro di ognuno a cui è attribuita, anche formalmente, la parte direttamente eseguita. In questi casi, l'insieme è assemblato da un curatore il quale interpreta il suo ruolo nel modo che ritiene più opportuno. Se si tratta di manuali, il curatore dell'opera cerca di rendere le trattazioni omogenee e prive di contraddizioni.

A monte della pubblicazione, si può pensare ad una ricerca svolta in gruppo, anziché singolarmente, e può essere più produttiva?

La ricerca del materiale prettamente giuridico riguarda il rinvenimento delle norme positive, delle soluzioni e comportamenti amministrativi, della

giurisprudenza e della dottrina relativamente alle questioni problematiche che si intendono studiare.

Questa attività precede l'elaborazione intellettuale ed è un'operazione che oggi è molto facilitata con l'impiego dei mezzi informatici, le banche dati e, ancor di più, l'intelligenza artificiale. Certo la divisione dei compiti tra più soggetti e la messa a disposizione dei dati consente di ridurre i tempi.

Eseguita la raccolta del materiale, interviene lo studio che richiede un'applicazione individuale e, quindi, può balenare un'idea che può essere utile discutere con gli altri, prima di valutare la tenuta sul piano concettuale e di sistema.

Viene, poi, il momento della redazione del testo e delle note.

Credo che l'attività di squadra possa funzionare ed essere produttiva nella raccolta dei dati e nel confronto sulle tesi, ma dopo non è utile e, anzi, specie nella stesura, potrebbe addirittura ritardare il conseguimento del risultato.

La mia è solo una riflessione sulla mia esperienza, ma quella di altri potrebbe dimostrare il contrario.

4.5 Particolarità del metodo nei settori del diritto amministrativo.

In diversi settori del diritto amministrativo vi è un pullulare di testi normativi che recano una disciplina dettagliata e pressoché esaustiva della specifica materia.

Sono campi dell'attività spesso di importante rilievo economico e si adottano i c.d. testi unici quando la legislazione, intervenuta nel tempo, si accavalla e porta a difficoltà applicative per: essere sparsa in diversi testi normativi, tutti formalmente vigenti, con possibili contraddizioni che l'interprete non sempre riesce a superare ricorrendo all'abrogazione implicita; utilizzare termini linguistici, anche identici, ma che non hanno lo stesso significato risentendo dell'epoca e del legislatore che li ha dettati; apparire disorganica e disordinata specie per i profili di competenza e per le disposizioni sanzionatorie.

Il nostro Paese, oltre al testo unico che porta ordine, elimina disposizioni ridondanti, compone le contraddizioni e conduce ad univocità di significati i termini linguistici delle leggi, ha vissuto anche l'esperienza dei testi unici misti di riordino di leggi e regolamenti, pur mantenendo la distinzione formale tra di essi con la specifica indicazione della fonte normativa (leggi o regolamenti) vicino al numero dell'articolo.

La tipologia dei testi unici misti è stata soppressa dall'art. 23 della legge 29 luglio 2003 n. 229 che prevede, in loro sostituzione, i decreti legislativi di riassetto o codici che tendono al raggiungimento di equilibri provvisori, raccogliendo le numerose leggi speciali di settore e realizzando raccolte sistematiche in grado di garantire l'unità e la coerenza interna della disciplina, riformandola. Questi codici, a differenza dei testi unici "classici" possono innovare, avendo anche un intento riformatore.

Non sono, però, codici di stampo illuministico, introdotti da Napoleone Bonaparte, perché l'intervento si riduce ad un ambito settoriale e specialistico, non è frutto di principi ordinatori concepiti e dettati contestualmente, non presenta stabilità, durata nel tempo, pretesa di esaustività ed autocompletamento in caso di lacune, al punto che già la delega del Parlamento al Governo prevede la possibilità di successivi decreti correttivi ed integrativi, nella consapevolezza che si raggiunge l'equilibrio a quel momento e che è destinato ad essere superato dalla normazione adeguatrice successiva.

E' una legislazione a *droit constant*, come dicono i francesi.

Le discipline di settore possono giungere, per l'approfondimento teorico e di esperienza, pratica e giurisprudenziale, ad un livello significativo e rilevante per la completezza, la sistematicità e lo spessore dei principi ispiratori.

Basti pensare alle concessioni e agli appalti pubblici di opere, servizi e forniture o ai beni culturali e del paesaggio o all'ambiente, ove la rispettiva normativa positiva diventa così imponente e complessa da renderle autonome materie di insegnamento universitario.

Per queste discipline, non si pone un confronto con un testo normativo rappresentato da un tipo di codice ottocentesco, come avviene, ad esempio, con le disposizioni sui contratti agrari, di locazione o di lavoro che un tempo erano esaustivamente regolati dal codice civile e che hanno poi assunto carattere speciale e derogatorio, rispetto al codice.

I settori del diritto amministrativo non hanno questa tavola di riferimento, per cui la legislazione corre in un'area non occupata da disposizioni precedenti, se non quelle dettate specificamente per essa; in altri termini, il diritto positivo non si può definire derogatorio, né tanto meno speciale, nel senso che regoli la materia in maniera diversa rispetto ad una parte generale.

Questi settori sono individuati, per così dire, in assoluto, con una specifica materia che viene regolamentata tendenzialmente in ogni aspetto senza, ovviamente, seguire le partizioni del diritto che ci siamo dati convenzionalmente a fini scientifici e didattici, finendo per interessare, in un solo testo normativo, più ambiti disciplinari.

A mò di esempio, si può considerare la materia delle concessioni ed appalti pubblici che presenta una regolamentazione asfissiante che interviene in ogni segmento dell'azione amministrativa e che, per la parte relativa all'esecuzione dei contratti che segue all'aggiudicazione, è interessata dal diritto civile ed è attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario.

La materia interseca il diritto amministrativo ed il diritto privato, anche per altri aspetti (così per i raggruppamenti temporanei di concorrenti, i consorzi etc).

Peraltro, un profilo rilevante è il necessario confronto che va operato con le direttive europee e -ma questo vale per ogni ricerca giuridica- il diritto costituzionale e il diritto comunitario, in tutte le sue espressioni, per le questioni rilevanti in tale ambito giuridico, nonché, nelle materie di legislazione concorrente dello Stato e delle Regioni, il rapporto tra la normativa regionale e quella statale.

Insomma, questi settori del diritto amministrativo presentano, per lo più, una disciplina giuridica di diritto positivo molto invasiva, totalizzante, e che interessa più branche del diritto.

La ricerca scientifica in queste materie deve porre un'attenzione particolare all'esegesi ed interpretazione dei testi legislativi, anche nella loro eventuale correlazione, che è la medesima preliminare indagine che svolge il ricercatore quando la sua disciplina giuridica è regolata da un codice illuministico, come è per il diritto civile, il diritto processuale civile, il diritto penale e il diritto processuale penale.

In questi casi, nel metodo, *magna pars* è rappresentata dalla interpretazione ed esegesi dei testi normativi che diventa lo strumento proprio dei ricercatori, ma che non può esaurirsi in esse.

È indispensabile, perché una ricerca possa cominciare a definirsi scientifica, l'ulteriore passaggio di risalire a possibili principi informativi, quando non sono direttamente enunciati dalle stesse disposizioni positive, come avviene oggi con il D.Lgs n. 36/2023, su cui va svolta una perspicua analisi.

Occorre, poi, cercare di condurre il tutto a sistema attraverso la costruzione o l'utilizzo delle categorie giuridiche del diritto amministrativo, la individuazione dei principi e la verifica delle tesi nell'applicazione amministrativa e giurisprudenziale, specie del giudice amministrativo.

Per le ricerche di diritto amministrativo non svolte negli specifici settori, il metodo vede relegata in secondo piano la teoria dell'interpretazione dei testi di diritto positivo per l'assenza di un codice e per la necessità di indagini che, pur considerando il diritto posto dalle fonti normative, devono avere ad oggetto soprattutto i dati della dottrina, dell'amministrazione e della giurisprudenza; dati influenzati dall'utilizzo del tipo di metodo e, in particolare, se si impiegano le altre scienze ed i loro metodi e non solo quello proprio del diritto.

Si deve dunque tenere presente la necessità di diversificare il metodo, a seconda dell'indagine di diritto amministrativo che si intenda svolgere.

4.6 Il diritto comparato.

La comparazione è un'attività di confronto e, riferita al diritto, può riguardare i rapporti tra istituti giuridici all'interno di uno stesso ordinamento, come la proprietà pubblica e quella privata, ma può allargarsi e considerare ambiti più vasti, per esempio il diritto pubblico e quello privato, o un intero ordinamento giuridico confrontato con un altro e così via.

Credo che, per la comparazione giuridica, sia essenziale individuare il nucleo centrale degli oggetti da confrontare, approfondirne la conoscenza e, quindi, sottolineare le parti comuni e le differenze, cercando di spiegarne le ragioni, sempre avendo come termine di paragone un dato ordinamento giuridico.

L'individuazione del nucleo centrale, la conoscenza, gli elementi comuni e le differenze hanno generalmente carattere descrittivo; più impegnativo è spiegare le ragioni delle identità e delle diversità per le quali non è sufficiente il solo armamentario giuridico poiché occorre accertare le evenienze storiche, politiche, sociali ed economiche che hanno portato ad una determinata disciplina. Qui appare utile l'utilizzo delle altre scienze: politiche, sociali, economiche, storiche nonché dei loro metodi.

La comparazione può confrontarsi nello spazio e nel tempo e, a seconda del riferimento, diventano utili i metodi di scienze diverse.

Nello spazio, si possono confrontare l'esperienze giuridiche di Stati diversi, da considerare, per così dire, orizzontalmente ovvero di ordinamenti giuridici legati gerarchicamente, come quello nazionale di uno Stato, facente parte dell'Unione europea, e l'ordinamento comunitario.

Nel tempo, la comparazione può riguardare ordinamenti del passato e quelli del presente, ove si impone l'utilizzo soprattutto del metodo storico; si può pensare anche al rapporto tra un ordinamento attuale ed uno futuro, con proiezioni *de jure condendo*.

Si può, comunque, affermare che la comparazione giuridica richieda metodi diversi, a seconda dei confronti che si intendono eseguire.

4.7 L'influenza del metodo del maestro.

L'influenza del Maestro sul giovane ricercatore si è già messa in rilievo, evidenziando come, a volte senza averne consapevolezza, il Maestro trasmetta all'allievo il suo metodo, per cui gli indirizzi delle Scuole orientano il metodo ed è la ragione per la quale si è dato corso a questa iniziativa che ha cercato di coinvolgere il maggior numero di professori universitari perché abbiano occasione di riflettere sul metodo che seguono e, dall'altro lato, rendano gli altri partecipi del metodo per un dialogo che può solo far crescere la nostra disciplina. Il metodo risente della concezione che si ha del diritto e le idee del Maestro influenzano il metodo e gli allievi, ma il Maestro è legittimato a porre le regole del metodo? Se lo è, il metodo giuridico ha tanti "padri" che trasmettono il testimone della loro impostazione metodologica, a meno che non vi sia a monte un metodo condiviso dai giuristi.

4.8 I diversi generi letterari.

I generi letterari di produzione del diritto amministrativo non sono diversi da quelli delle altre branche del diritto: note a sentenza, saggi, articoli, relazioni a incontri di studio (seminari, convegni, tavole rotonde etc.) manuali e corsi di lezioni, monografie. Si possono aggiungere, per il diritto amministrativo, le relazioni sull'attività svolta dalle singole amministrazioni che, a volte, sono delle rassegne molto approfondite e curate.

Il maggior impegno, non solo di studio, ma intellettuale e di approfondimento, è profuso nelle monografie che dovrebbero dare anche un apporto originale all'argomento trattato che, in genere, è circoscritto.

Anche altri prodotti richiedono un impegno non indifferente, come i manuali, ove è necessario avere una costanza e continuità non da poco nonché la padronanza della materia.

La questione che si pone è se il metodo debba essere sempre lo stesso o vada adeguato al tipo di genere letterario.

Una sua particolarità assume la nota a sentenza, tipica della scienza giuridica, che ha ad oggetto la soluzione data dal giudice ad una contesa su di un caso concreto.

L'indagine interessa il fenomeno giuridico nella sua interezza e complessità che va dall'accertamento e comprensione del fatto oggetto di contestazione, all'individuazione della disciplina giuridica da applicare nel concreto ed alla decisione.

L'Autore di una nota a sentenza non si sottrae al primo giudizio che suscita la decisione e cioè se sia giusta o meno la soluzione adottata e che orienta lo svolgimento delle sue riflessioni, maggiormente critiche, se si ritiene che la pronunzia sia ingiusta.

E' un genere letterario che mette in contatto lo studioso con una singola vicenda umana la quale diventa il punto di partenza per verificare la correttezza, sotto il profilo strettamente tecnico, dell'applicazione dei principi informatori dell'ordinamento e dei suoi principali istituti giuridici, da parte del giudice.

Qui, in primo piano, vi è la realtà con le sue problematiche sociali, ma anche antropologiche e di valori, per risalire alla normativa di riferimento e, soprattutto, ai principi per verificare se essi trovino applicazione nell'esperienza giurisprudenziale, cartina di tornasole della tenuta delle elaborazioni dottrinali.

La nota a sentenza assume rilievo anche perché è l'occasione di dialogo tra la giurisprudenza e la dottrina, in relazione sì a singole questioni, ma che risalgono ai principi.

L'apporto della giurisprudenza consente alla dottrina di conoscere effettivamente le situazioni reali, nella loro diversità e particolarità, per testare la fondatezza nell'applicazione concreta delle tesi sostenute.

La dottrina, dal suo canto, deve preoccuparsi di: valutare la coerenza sistematica della sentenza nell'insieme dell'ordinamento; evidenziare le deviazioni della giurisprudenza dai principi; segnalare, se del caso, al legislatore opportuni

interventi allo scopo di assicurare la certezza (relativa) del diritto; garantire l'uguaglianza dei soggetti dell'ordinamento.

Inoltre, la dottrina deve esercitare l'autocritica limando, modificando o innovando i suoi orientamenti, quando l'applicazione ai casi concreti, ne dimostri l'insostenibilità.

Il metodo giuridico qui si misura con l'esperienza di vita e giuridica nella sua complessità e completezza e richiede probabile ricorso ad altre scienze.

4.9 Influenza del binomio autorità- libertà.

Il rapporto tra il cittadino e la pubblica amministrazione è visto anche nel confronto dialettico libertà-autorità, quando l'amministrazione agisca nell'esercizio del suo potere unilaterale ed è considerato da molti studiosi come il *quid proprium* del diritto amministrativo.

Questa impostazione comporta l'analisi, da un lato, degli elementi che identificano il potere autoritativo della pubblica amministrazione e che hanno portato all'elaborazione dell'esecutività, esecutorietà, autotutela, presunzione di legittimità e inoppugnabilità, supportati dalla cura dell'interesse pubblico che l'amministrazione ha in attribuzione per rendere efficace, efficiente ed economico l'agire pubblico; dall'altro lato, delle garanzie e della tutela delle libertà dei cittadini, limite ed argine all'invadenza del potere pubblico in una visione democratica dello Stato di diritto che ha condotto all'individuazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, buon andamento, imparzialità dell'azione amministrativa e le figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

Questa complessa costruzione fa capo al provvedimento amministrativo e all'interesse legittimo, con i loro precipui caratteri.

Il binomio autorità-libertà influenza il metodo della ricerca che utilizza gli strumenti ritenuti più adeguati per raggiungere l'obiettivo di conoscenza e di elaborazione concettuale.

Il perseguimento dell'obiettivo specifico della ricerca non impone, però, un solo metodo ed infatti ciascuno studioso ha portato il suo contributo, utilizzando gli strumenti reputati utili e seguendo un suo metodo.

Il punto è: possono ritenersi appartenere alla scienza del diritto tutte queste ricerche o solo quelle che hanno fatto uso di un metodo che si può definire giuridico?

5. L'insegnamento universitario.

Si possono considerare, tra gli altri, i profili che seguono.

5.1 Didattica della trasmissione e della escursione.

Il metodo della trasmissione e quello della escursione sono stati definiti da Gustavo Zagrebelsky come due modi diversi di insegnare il diritto.

Il primo è caratterizzato dal docente che, da cattedratico detentore del sapere, trasmette nozioni e concetti agli studenti. Il discente deve acquisire questi distillati di conoscenza giuridica e viene formato alla disciplina secondo un'impostazione per lo più acritica rafforzata dal primo obiettivo dello studente che è superare l'esame e conseguire la laurea. Solo dopo aver acquisito il titolo, il dottore si accorgerà dell'importanza e rilevanza delle conoscenze acquisite per realizzarsi nel lavoro ed affronterà le questioni giuridiche concrete con una maggiore competenza e sicurezza se, oltre alla preparazione specifica nelle discipline giuridiche, avrà acquisito una coscienza critica che gli consentirà di risolvere anche le nuove problematiche che si presentano nello spendere il suo bagaglio culturale giuridico.

Si ritiene che questa formazione critica sia favorita dal metodo della escursione ove la lezione richieda l'intervento e la collaborazione degli studenti ai quali vengono esposte problematicamente questioni controverse su cui esercitarsi in un ragionamento giuridico. La lezione, da soliloquio del docente, diventa corale con la partecipazione degli studenti.

Il metodo della trasmissione è stato criticato da autorevoli giuristi come: Vittorio Scialoja, Norberto Bobbio che la definisce come un anacronistico e ininterrotto soliloquio ad alta voce, Piero Calamandrei secondo cui è una predica che il docente infligge a una “turba di penitenti immobili e silenziosi” (i riferimenti nell’ articolo di Roberta Lombardi, *Spunti di riflessione (di una amministrativista) per una considerazione sulla scienza giuridica e il suo insegnamento* in *Diritto e questioni pubbliche*, 2021, 79).

Di recente, il 14 aprile 2023, si è svolto un seminario all’Università di Roma Tre su “Metodi di insegnamento del diritto processuale civile nel tempo dell’incertezza legislativa” e Carmine Punzi, nelle conclusioni (in *Riv. Dir. Proc.* 2023, 841), ha ripercorso quanto emerso dal dibattito, rivalutando il metodo di insegnamento che predilige la trasmissione, ma dei principi della materia, rispetto all’esposizione delle regole di procedura che rischiano di essere rapidamente travolte in tempi di ripetute innovazioni legislative.

Le fonti normative del diritto amministrativo sono in continuo cambiamento, per cui lo studente dovrebbe avere una formazione aperta ai principi ed alle innovazioni da tenere in un quadro sistematico adeguatamente costruito.

Mi pare di poter dire che le lezioni di diritto amministrativo debbano presentare entrambi gli aspetti qualificanti dei due metodi: quello cattedratico della trasmissione, per fornire i principi generali di fondo, e quello dell’escursione per discutere le questioni problematiche che pone la specifica esperienza amministrativa sul piano normativo e giurisprudenziale.

5.2 Prospettazione del caso pratico per giungere ai principi o viceversa.

È da riflettere anche sul se il docente debba partire dal caso pratico per costruire il principio ovvero esporre quest’ultimo e poi calarlo nella concreta fattispecie.

Un tale problema si pone soprattutto nelle Scuole per la preparazione degli aspiranti avvocati, notai e magistrati.

La prima impostazione parte dall'esperienza e da come si presenta la questione da trattare giuridicamente che è l'approccio proprio di chi esercita le professioni legali e del giudice e credo sia preferibile nelle Scuole post laurea.

Nell'insegnamento universitario la scelta deve mirare a suscitare l'interesse dello studente e considerare se è più motivato quando si ponga alla sua attenzione il caso concreto per poi individuare la disciplina giuridica e il principio regolatore ovvero quando si esponano i principi illustrati con degli esempi.

A mio avviso dipende dal tipo di studente.

Per la mia esperienza, la curiosità e l'attenzione è stimolata maggiormente quando si parte dalla esposizione di una questione concreta che non deve essere un caso astratto di scuola, ma verificabile nell'esperienza, e si invitano gli studenti a manifestare la loro opinione, per poi condurre all'elaborazione della soluzione, evidenziando i principi e le regole applicabili.

5.3 Metodo deduttivo o induttivo.

L'alternativa tra metodo deduttivo o induttivo trova una prima applicazione su quanto evidenziato a proposito della prospettazione del caso concreto per giungere ai principi o viceversa.

Esso rileva anche nel rapporto tra principi e disciplina normativa, nel senso che l'elaborazione dei primi può intervenire previa interpretazione ed esegesi delle disposizioni normative da cui si traggono i principi con metodo induttivo ovvero, posti dei principi di livello superiore espressi, per esempio, dalla Costituzione o da un ordinamento che ha primazia (così quello della Unione europea) o da un'impostazione teorica (per esempio: giusnaturalismo), si opera sul piano deduttivo inquadrando sistematicamente le disposizioni normative in questo ordito ed orientando, in conseguenza, l'interpretazione dei testi normativi.

Per il diritto amministrativo, le disposizioni positive riguardano i diversi settori ed i principi generali sono stati il frutto della giurisprudenza amministrativa e della dottrina ed è difficile dire se il giudice abbia tratto dalla disciplina specifica della controversia sottoposta al suo esame il principio oppure sia stato

influenzato dalle tesi elaborate dalla dottrina, con conseguente prevalenza, nel primo caso, del metodo induttivo e, nel secondo, di quello deduttivo.

Certo, sono i principi consolidati della giurisprudenza che hanno costituito l'ossatura della legge n. 241 del 1990 e, soprattutto, le successive integrazioni riguardanti l'efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo, la revoca ed il recesso, ma ciò non chiarisce come sono stati originati.

Stesso discorso si può ripetere per il codice del processo amministrativo, con l'importante annotazione che qui vi è stato, sì il recepimento di principi affermati in giurisprudenza, ma, per lo più, in assenza di regole dettate dai settori del diritto amministrativo le cui controversie sono sottoposte alla valutazione del giudice il quale ha potuto elaborare le regole processuali, avendo come punto di riferimento la dottrina, anche processualcivilistica, e il codice di procedura civile.

Per l'insegnamento dell'attività amministrativa di diritto pubblico, si pone l'alternativa tra le lezioni impartite partendo dalla L. n. 241/1990 e successive modificazioni ed integrazioni ovvero dalle tesi della dottrina, cui si aderisce, e della giurisprudenza utilizzando, nel primo caso, prevalentemente il metodo induttivo e, nel secondo, quello deduttivo.

Per l'insegnamento del diritto processuale amministrativo, si pone la stessa questione.

Nell'insegnamento dell'organizzazione amministrativa, i concetti chiave vengono dalla dottrina, non solo giuridica, e si è in presenza di un apparato normativo imponente che, se a livello ministeriale, segue dei modelli ben definiti e ripetuti, con qualche variante, per gli altri Enti nazionali, la diversità è un dato direi quasi connaturato al fatto che vengono creati per curare degli interessi (pubblici) che si pongono nel concreto e, quindi, l'organizzazione viene disciplinata in relazione allo specifico obiettivo.

Organizzazione, con una propria disciplina, hanno gli Enti locali e, in specie, i Comuni e le Provincie nonché le Regioni che, a loro volta, nella istituzione di enti pubblici seguono modelli scelti secondo le necessità.

Insomma, la disciplina positiva è vasta e variegata, per cui nell'insegnamento prevale l'esposizione di principi di carattere generale di origine per lo più dottrinale, ma anche giurisprudenziale, per cui viene usato soprattutto il metodo deduttivo.

L'attività amministrativa di diritto privato, a parte l'art. 11 della L. n. 241/ 90 di carattere generale, trova nella normativa speciale sui contratti pubblici una sua disciplina positiva, da cui vanno enucleati i principi che, peraltro, il recente D.Lgs.31 marzo 2023 n.36 ha dettato direttamente, per cui il metodo induttivo che parte dall'interpretazione e dall'esegesi, meglio si attaglia all'insegnamento di questa parte del diritto amministrativo.

Credo si possa dire che il metodo di insegnamento debba utilizzare sia la deduzione che l'induzione in base allo specifico oggetto delle lezioni.

5.4 L'accesso presso gli uffici amministrativi e giudiziari. La documentazione amministrativa e giurisprudenziale.

Alessandro Crosetti mi ha segnalato la sua esperienza didattica in risposta alla pressante esigenza degli studenti i quali spesso denunciano la trasmissione di saperi astratti e teorici senza ricadute di carattere operativo che possono aversi con "uscite fuori porta", previamente concordate con le istituzioni interessate.

In particolare, gli studenti hanno partecipato, come pubblico, a sedute operative del consiglio regionale e, successivamente, si è aperta la discussione su tale esperienza. Inoltre, gli studenti hanno seguito un'udienza innanzi al TAR e, quindi, hanno simulato un processo, proponendo un caso concreto dibattuto tra i diversi gruppi di studenti, ognuno in difesa di una delle parti, innanzi ad un collegio giudicante che ha definito la controversia.

È una forma di educazione alla conoscenza delle istituzioni nelle loro espressioni reali e può essere un modo per rendere più attrattiva la materia.

Utile, per avere un contatto immediato con l'esperienza, è mostrare provvedimenti amministrativi e sentenze, commentandoli con l'analisi degli elementi che li compongono.

5.5 L'insegnamento a distanza.

L'insegnamento a distanza è stata un'esperienza generalizzata per effetto della pandemia da Covid 19.

Superata questa fase, tale possibilità rappresenta un'alternativa che dà dei vantaggi allo studente il quale può rimanere a casa, senza utilizzare mezzi di trasporto ed affrontare i tempi morti, le spese ed i rischi di trasferimento presso la sede universitaria, ma, nel contempo, lo priva della socializzazione con gli altri studenti e del rapporto diretto con il docente che gli consente una più attiva partecipazione alla lezione.

Il docente, per le impressioni che ne ho avuto, ha difficoltà nel dover parlare senza la presenza degli studenti che gli danno riscontro di quello che dice, cogliendo l'attenzione, i momenti di stanchezza, la difficoltà nell'acquisizione dei concetti e ripetendo, se del caso, alcuni punti espositivi; inoltre, può instaurarsi un colloquio che facilita la lezione con il metodo della escursione.

Nella lezione a distanza prevale il metodo della trasmissione ed il criticato soliloquio del docente, con inaridimento del rapporto con lo studente. Bisogna cercare la interrelazione attraverso il mezzo telematico per cercare di imbastire un dialogo, ancorchè a distanza.

6. Lo studio della disciplina.

La conoscenza e lo studio del diritto amministrativo richiedono un approccio diverso rispetto alle altre discipline di diritto positivo e che può riguardare gli aspetti che vengono di seguito esposti.

6.1 La mancanza di un codice illuministico.

In Italia, come negli altri Paesi europei, non vi è un codice di diritto amministrativo della tipologia di quelli che hanno il diritto civile, il diritto

commerciale, il diritto penale, il diritto processuale civile, il diritto processuale penale, il diritto della navigazione.

Come già evidenziato, vi sono tanti codici di settore ed è tale anche il codice del processo amministrativo che gli stessi autori del testo tecnico hanno definito a maglie larghe, per lasciare al giudice amministrativo la possibilità di continuare nella sua attività di adattamento e creazione delle norme alle specifiche situazioni che vengono a determinarsi nel processo amministrativo.

Il codice del processo amministrativo detta una disciplina articolata e pressochè completa solo per alcuni istituti, come la fase cautelare, per la precedente attività pretoria del giudice amministrativo che ha dettato delle precise regole processuali, recepite nel codice.

Ho avuto occasione di documentare questo rilevante intervento nel processo del giudice amministrativo in un'opera del 1992 dal titolo "Il giudizio cautelare amministrativo", la prima di alcune pubblicazioni unite sotto la denominazione di "Codice delle fonti giurisprudenziali", editore Maggioli Rimini, a cui hanno fatto seguito "Il giudizio di ottemperanza" di Franco Oliviero Zuccaro del 1994 e, dello stesso anno, "La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo" che ha come autori, oltre a me, Franco Oliviero Zuccaro, Vera Fanti ed Alessandra Fabri.

Il tutto è nato dalla richiesta di un gruppo di studenti del corso di diritto amministrativo della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Teramo dell'Anno Accademico 1988-89 che aveva ad oggetto il processo amministrativo. Gli studenti si preoccupavano di estrarre fotocopie delle sentenze che avevano introdotto principi che erano stati poi seguiti dalla giurisprudenza che li rendeva nella sostanza vincolanti per i protagonisti del processo amministrativo ed essi lamentavano la mancanza di una raccolta delle decisioni più rilevanti, utili per lo studio del processo e necessarie per avere un'informazione completa ed effettiva degli istituti che la legge prevedeva in modo incompleto rispetto all'effettivo svolgimento del processo. Decisi, allora,

insieme ai collaboratori della cattedra, di realizzare una raccolta delle pronunzie che erano sostanzialmente una “fonte” del diritto positivo. Conclusa l’operazione di messa insieme delle sentenze, ci si rese conto che, se rappresentava una comoda consultazione per chi già conoscesse le decisioni rilevanti, risultava un assemblaggio di difficile lettura per chi intendesse essere informato sugli istituti processuali. Quindi, si sono “ritagliate” dalle diverse pronunzie, a mò di disposizione normativa, le regole del processo stabilite dal giudice riportandole in ordine alfabetico per argomenti ed indicando la sentenza da cui erano state tratte, quale caso *leader*, e che erano ormai da ritenere *jus receptum*, per essere state ripetute in numerose pronunzie.

L’idea iniziale di raccogliere le “norme” giurisprudenziali in un solo volume non si è potuta seguire per la complessità e vastità della materia e si è preferito affrontare i temi del processo amministrativo per istituti o settori parziali: si consideri che per il giudizio cautelare amministrativo sono stati elencati 18 argomenti di cui quasi tutti ulteriormente suddivisi, con l’impiego di oltre 80 commi, a dimostrazione della rilevanza dell’attività pretoria, creativa del giudice amministrativo.

Il codice del processo amministrativo dedica numerose disposizioni al giudizio cautelare, non solo quelle del Titolo II del libro II, dagli artt. 55 a 62 espressamente dedicate a detto istituto, e non opera alcun rinvio ad altre norme di legge, né, soprattutto, al codice di procedura civile a differenza di quello che avviene in tante parti del codice.

La completezza ed esaustività di disciplina, contenuta nel codice e che non si riscontra in altri istituti del processo amministrativo, è stata resa possibile dall’attenzione della dottrina e della giurisprudenza all’istituto cautelare nel processo amministrativo e dimostra che solo l’approfondimento e la sedimentazione consentono di dettare principi e regole a livello di codice che si avvicinino a quelli napoleonici.

Ciò nonostante, il giudice amministrativo non si lascia irregimentare in regole predeterminate, tanto che, in presenza dell'espressa previsione del codice del processo amministrativo che i decreti monocratici cautelari non sono appellabili (art. 61, commi 4 e 5, c.p.a.), ha ritenuto, in alcuni casi, ammissibile l'appello avverso il decreto di rigetto, quando vi siano eccezionali ragioni di urgenza, tali da rendere irreversibile la situazione di fatto, a causa del tempo che intercorre tra la data di emanazione del decreto appellato e la data della Camera di Consiglio nella quale il TAR avrebbe esaminato la domanda cautelare.

Il giudice amministrativo vuole le "mani libere" e predilige l'elasticità delle soluzioni da adottare secondo la concreta fattispecie, anche nel processo, che fa rizzare i capelli al tecnicismo ed alla regolamentazione dei processualcivili.

Ciò vale ancor più per il diritto amministrativo sostanziale. Non è un caso che la più importante creazione giurisprudenziale si sia avuta con le figure sintomatiche dell'eccesso di potere che si sostanziano in norme giuridiche, per lo più, produttive di concetti giuridici indeterminati che consentono di far rientrare o meno nel vizio le concrete fattispecie, secondo l'apprezzamento del giudice.

Lo studio del diritto amministrativo non può seguire il metodo affinato con le altre materie di diritto positivo, come, per esempio, il diritto privato, che ha per strumento primario l'interpretazione delle norme codicistiche, sotto la guida di un manuale che si articola secondo la topografia del codice e che dibatte le questioni problematiche conseguenti all'interpretazione di quel testo normativo in relazione ai principi ispiratori ed alla sistematica complessiva.

Per il diritto amministrativo, lo studio deve sì considerare le disposizioni positive che, però, sono diffuse in un gran numero di leggi, tali che non vengono nemmeno consultate, se non in casi rari, siccome lo studente deve approfondire il manuale o il testo consigliato dal docente il quale fa riferimento all'elaborazioni concettuali della dottrina che richiama, chi più chi meno, gli orientamenti giurisprudenziali.

Si tratta di studiare con un metodo diverso che presenta altre problematiche.

6.2 La diversità dei manuali di diritto amministrativo.

I manuali di diritto amministrativo risentono della impostazione concettuale propria dell'Autore.

Come docente, quando sono subentrato nella titolarità dell'insegnamento, ho consigliato l'utilizzo di altro manuale, rispetto a quello precedentemente indicato, senza sostituirlo, e, in sede di esame, chiedevo allo studente su quale testo avesse studiato perché, alla medesima domanda, venivano date risposte diverse che potevano anche essere in contrasto patente.

Per esempio, nella carenza di potere, alcuni Autori vi includono anche la carenza c.d. in concreto, con conseguente attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario, altri, invece, la escludono, con giurisdizione del giudice amministrativo e diverso trattamento sul piano della tutela, quanto ai termini per promuovere il ricorso, il *petitum* etc.

Diversità si riscontrano per gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo, per il vizio di eccesso di potere, la cui definizione non è la stessa, per la discrezionalità amministrativa e c.d. tecnica e così via.

Il manuale, strumento essenziale per lo studio del diritto amministrativo, espone una disciplina i cui concetti, da un lato, non hanno un ancoraggio certo ed acquisito nella comunità degli studiosi e, dall'altro lato, non hanno riscontro in un corpo stabile di norme, per cui sono il frutto della elaborazione personale dell'Autore.

In conseguenza, la formazione dello studente è condizionata da una conoscenza particolare e relativa del diritto amministrativo, anche se, a distanza di più di un secolo, può dirsi superata la considerazione di Vittorio Emanuele Orlando, espressa nel Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano, ove si avverte che, se si studia in due opere che hanno lo stesso titolo, diritto amministrativo, si “troverà fra esse delle differenze così profonde da poter credere con ragione di essere passato dallo studio di una scienza a quella di

un'altra" (pag.52), per la materia trattata che non è la medesima, mutando il numero delle tematiche, e lo spazio dedicato alle stesse questioni.

Questo aspetto di confusione può dirsi oggi in parte superato perché la maggior parte dei manuali sono articolati in organizzazione, attività amministrativa di diritto pubblico e di diritto privato, sulla scia della ripartizione della materia intuitivamente indicata dal Romagnosi nei rapporti dei funzionari pubblici "1^a verso il sovrano. 2^a verso gli amministrati. 3^a verso ogni altro funzionario" (G.D. Romagnosi, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, III ed, Prato, Dalla Stamperia Guasti 1835,9)

6.3 La giurisprudenza amministrativa.

La giurisprudenza è una fonte culturale del diritto ed è materiale di studio come le norme positive, la dottrina e l'attività amministrativa.

In diritto amministrativo, la giurisprudenza ha un ruolo ancora più rilevante rispetto alle altre discipline giuridiche, tanto che è opinione diffusa che è merito del giudice amministrativo la stabilizzazione di alcuni principi che nella dottrina non trovano una sintesi condivisa.

L'opera della giurisprudenza assume un maggior peso per un dato più volte sottolineato: la mancanza di un codice di diritto amministrativo come base coordinata e sistematica di principi posti dal legislatore.

La legge 7-8-1990 n.241, a cui spesso la dottrina fa riferimento come una "ipotesi" di codice, è un impianto schematico che attende l'interprete per essere svolto e riempito di contenuti ed è anche in sé contraddittorio, specie per le modifiche successivamente intervenute. Si consideri l'art. 1 della L. n. 241/90 che elenca principi il cui svolgimento trova specificazione, solo per alcuni di essi e in via parziale, nelle successive disposizioni; ai tre vizi di legittimità che non vengono definiti; alla previsione della nullità, quando il provvedimento manchi degli elementi essenziali che, però, nessuna disposizione normativa individua; alle regole procedurali che sono, contraddittoriamente, irrilevanti ai fini

dell'annullamento ex art. 21 *octies* L. n. 241/90, anche se dettate a garanzia dei cittadini.

Il codice del processo amministrativo non ha la natura dei codici ottocenteschi perché, al di là dell'aspetto strutturale con la divisione in libri, titoli, capi, sezioni e articoli, non è in sé esaustivo della disciplina, non è completo (tutta la normativa non è contenuta nel codice inteso come documento) e non si autointegra con l'applicazione dei principi che si traggono da esso.

Infatti, sono numerosi i rinvii a norme non contenute nel codice e che, in altre occasioni, ho diviso in più gruppi: a) un primo che richiama normativa avente ad oggetto un determinato ambito o istituto senza indicare gli estremi normativi, con carattere dinamico, per cui occorre rispettare tali disposizioni nella loro vigenza al momento in cui si devono applicare (art. 6, commi 5 e 6; art. 41, comma 3); b) un secondo, prevede un rinvio generico alle previsioni della "legge" (art. 7, commi 5 e 6; art. 14, comma 1; art. 92, comma 1); c) un terzo, riguarda il rinvio a specifiche disposizioni del codice di procedura civile (art. 14, comma 1; art. 20, comma 2; art. 67, commi 3 e 4; art. 68, comma 3; art. 76, comma 4; art. 88, comma 3; art.90; art. 96, comma 2); d) un quarto, comporta un rimando a più disposizioni o istituti disciplinati dal codice di procedura civile (art. 17, comma 1; art. 18, comma 1; art. 26, comma 1; art. 79, commi 1 e 2; art. 106, comma 1; art. 118, comma 1); e) infine, è previsto un rinvio esterno alle "disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali" (art. 39, comma 1), in caso di lacune, per cui il codice non si autocompleta, ma ciò che non è disciplinato, è eterointegrato con il codice di procedura civile.

La impostazione del codice, che appare conscio delle sue lacune ed incompletezza per i rinvii che opera ad altre fonti normative, lascia spazio alla giurisprudenza per operare i necessari adattamenti e soluzioni alle questioni che pone la pratica del processo.

Anche il processo amministrativo, nonostante il codice, non può fare a meno dell'attività pretoria del giudice amministrativo, come documentato dal consistente numero delle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che è dovuto intervenire per risolvere diversi nodi interpretativi su cui nel 2015, a soli cinque anni dall'entrata in vigore del codice, ho curato la pubblicazione, insieme ad Antonio Barone, di un corposo volume di oltre 1200 pagine per esporre gli arresti del Supremo Consesso amministrativo, senza riprodurre il testo delle sentenze. (Enrico Follieri- Antonio Barone, a cura di, *I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nel codice del processo amministrativo* – 2010-2015, Cedam Padova 2015)

I principi affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sono un precedente normalmente seguito dal giudice amministrativo di primo e di secondo grado, sia per l'autorevolezza dell'organo, sia per la qualità delle sentenze che, di solito, sono pregevoli e motivate.

Peraltro, con il terzo comma dell'art. 99 del Codice del processo amministrativo, così come stabilito per le decisioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, le sentenze dell'Adunanza Plenaria hanno acquisito un'autorità importante nei confronti delle Sezioni semplici del Consiglio di Stato le quali, se non condividono il principio di diritto enunciato dalla Plenaria, devono rimettere a quest'ultima la decisione, con ordinanza motivata.

Si può discutere se sia in presenza dell'introduzione dello *stare decisis* (anche se solo a livello orizzontale, nei confronti delle sezioni semplici, e non verticale, verso i Tribunali amministrativi Regionali), come negli ordinamenti anglosassoni, ma occorre prendere atto che i principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato hanno un'autorità che prima del codice del processo amministrativo non avevano, attribuendo ad essi un ruolo ancora più rilevante.

La dottrina ne deve prendere atto e deve considerarli non più solo come fonti culturali, ma come atti- fonte, quali sono ritenute le fonti politiche positive, pur con caratteri diversi.

Nel diritto amministrativo, il codice che si utilizza nello studio delle altre materie giuridiche di diritto positivo, andrebbe sostituito con le sentenze del giudice amministrativo, specie di quelle dell' Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, raccolte sistematicamente, come ha fatto Sebastiano Cassarino per il processo amministrativo, nel 1984, con il primo volume su "I Presupposti" e con il secondo, nel 1987, sullo svolgimento del processo amministrativo, Giuffrè editore, Milano.

Credo che andrebbero implementate queste ricerche per le questioni sia di diritto sostanziale che di diritto processuale.

Il manuale, affiancato con la consultazione ed esame dei principi della giurisprudenza acquisita e (relativamente) stabile, consentirebbe allo studente di confrontare le tesi della dottrina con il diritto vivente, contribuendo alla sua formazione critica.

6.4 L'attività amministrativa di diritto pubblico.

Una parte significativa dell'azione amministrativa è costituita dall'attività amministrativa di diritto pubblico che è un dato dell'esperienza giuridica che va tenuto in considerazione nello studio del diritto amministrativo, anche perché sono molto pochi gli atti che vengono portati innanzi al giudice amministrativo e di cui si ha una conoscenza indiretta attraverso le sentenze.

L'attività amministrativa di diritto pubblico è retta dal principio di legalità, ma ci sono degli spazi che vengono disciplinati da disposizioni interne che, a volte, hanno rilievo all'esterno. Si tratta di previsioni, per lo più, a carattere organizzativo per lo snellimento del procedimento e per una più rapida evasione delle pratiche, come, ad esempio, l'utilizzo di un apposito portale *internet* per accedere agli uffici o l'utilizzo di determinati moduli e così via. Sono

“istruzioni” che possono essere dettate con un regolamento, o con note di carattere generale o con circolari o in altro modo e che possono anche fissare regole nei rapporti interni tra gli uffici o nei modi di procedere nell’esercizio dell’azione amministrativa.

Questa è un’area del diritto amministrativo che non si può trascurare perché consente di conoscere e approfondire in concreto la macchina dell’amministrazione attraverso l’esame delle regole giuridiche che strutturano l’organizzazione al fine dello svolgimento dell’azione amministrativa e che fa parte della organizzazione che ha un ambito più vasto, disciplinato dalle leggi e dai regolamenti di organizzazione.

A questa attività dell’amministrazione di carattere generale e che può avere i più diversi contenuti, purchè non in violazione di legge, si affianca un’imponente produzione di procedimenti, composti di atti e provvedimenti amministrativi, che attengono all’esercizio del potere autoritativo di cura del caso concreto.

Per questa zona dell’attività di diritto pubblico, si registra il comportamento dei funzionari che tendono a servirsi del precedente che riproducono nello svolgimento dei loro compiti per più ragioni: a) dà sicurezza prendere a modello un precedente che, semmai, ha superato favorevolmente il vaglio di legittimità del giudice amministrativo; b) è stata già sperimentata la funzionalità dell’atto per lo scopo e per gli effetti giuridici prefissi; c) imprime celerità nel disbrigo delle pratiche perché il nuovo atto si risolve in un copia-incolla; d) non richiede ulteriore studio sulla normativa da applicare.

Questo ossequio al precedente rende refrattari gli uffici ad applicare le disposizioni normative innovative che richiedono uno studio e la predisposizione di altri modelli, e rendono vanagloriosa l’idea che l’adozione di altre leggi riesca, da sola, a riformare l’amministrazione.

È da considerare che il ricorso al precedente può riguardare anche il modo di procedere e che si può indicare come prassi amministrativa dell’ufficio.

Questi dati sono il “corpo vivo” dell’amministrazione la cui conoscenza è difficile da attingere, se non navigando su *internet* e consultando le relazioni periodiche di alcune amministrazioni sull’attività svolta e che, a volte, sono delle rassegne esaustive, ben svolte, e molto utili.

Comunque, ignorare l’attività amministrativa di diritto pubblico effettivamente svolta è riduttivo nello studio del diritto amministrativo.

7. ...per finire.

Si può sciogliere la riserva iniziale sul se il metodo di ricerca nel diritto amministrativo offra una specificità nell’ambito delle discipline giuridiche.

Mi pare di poter affermare che il diritto amministrativo abbia una sua particolarità, come risulta da tutto quanto evidenziato nell’esame di alcune possibili problematiche relative alla ricerca scientifica, all’insegnamento universitario e allo studio della disciplina.

Quanto al metodo da seguire, saranno gli incontri programmati e il dibattito tra tanti autorevoli studiosi ad indicare una o, forse più strade, come mi è sembrato di cogliere nell’esame di alcune possibili questioni riguardanti i tre profili individuati.

ABSTRACT

Viene definito il metodo ed i suoi elementi, la sua diversità nelle scienze naturali e in quelle sociali ed umane e si espongono le ragioni per le quali sono stati programmati più incontri di studio sul metodo in diritto amministrativo. Il metodo viene preso in esame per: la ricerca scientifica, considerando nove possibili profili; l’insegnamento universitario, sotto cinque aspetti; lo studio della disciplina, esponendo quattro punti.

