



18 febbraio 2021

“Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione della P.A.?”

Giampaolo Rossi



Contributo pubblicato nel blog *ridiam.it*

“Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione della P.A.?”

**di
Giampaolo Rossi**

La tesi, senza il punto interrogativo finale, avanzata da Vincenzo Visco su Il Sole 24 ore del 6 febbraio u.s. è in parte giusta, in parte sbagliata.

È giusta quando denuncia “l’insieme ipertrofico di norme, regolamenti e procedure che sovraintendono al funzionamento delle P.A.”, che determina “una paralisi operativa delle nostre amministrazioni”. Visco cita come unica riforma che ha funzionato quella delle Agenzie fiscali.

La tesi è del tutto sbagliata quando ne deduce un giudizio negativo sul diritto amministrativo, una convinzione diffusa fra gli economisti, frutto di ignoranza (non conoscenza o conoscenza inadeguata) della disciplina.

Senza farne qui una difesa d’ufficio, e limitandomi ai punti essenziali, il diritto amministrativo è stato, anzitutto, lo strumento per giuridicizzare il potere, per sottoporre al diritto il pubblico potere. Non a caso trovava una netta ostilità fra i giuristi sovietici dell’era staliniana. Non a caso si sta ora consolidando in Cina: un ordinamento che, nonostante le connotazioni totalitarie, dichiara di volersi ispirare ai principi dello “Stato di diritto”, ha introdotto il principio di legalità dell’azione amministrativa, e ha varato, nei tempi più recenti, molte leggi che ne regolano l’azione per l’inosservanza delle quali si può ricorrere a un giudice amministrativo, ancora, va detto, allo stato embrionale. A partire dal 1986 la materia diritto amministrativo è stata inserita come obbligatoria nei curricula universitari. Un esempio può far capire meglio l’importanza di questa evoluzione: da sempre sono esistite in Cina, come in ogni altro ordinamento, le sanzioni amministrative. Una legge del 1986 le ha sottoposte al principio di legalità. Si può ben immaginare quali arbitri potevano essere perpetrati in precedenza.

La scienza del diritto amministrativo ha progressivamente raffinato, soprattutto nei Paesi dell’Europa continentale, gli strumenti di difesa delle persone e delle collettività minori contro gli abusi delle P.A., anche recependo dal diritto privato alcuni istituti, come la buona fede e l’affidamento (meno consolidati, nei confronti delle P.A., nei Paesi anglosassoni): ha teorizzato e favorito l’articolazione del pubblico potere e degli svariati modelli organizzativi, dotati di diversi gradi di autonomia. Ha introdotto principi di garanzia che hanno tutelato le libertà e favorito la concorrenza: le norme amministrative sugli appalti, tanto vituperate da molti economisti, rispondono all’esigenza, rafforzata dall’Unione Europea, di garantire la concorrenza

nell'affidamento delle commesse pubbliche (una quota importante dell'intero mercato). Anche la necessità del concorso per accedere ai pubblici impieghi è sancita dalle norme costituzionali per evitare, o limitare, i favoritismi e garantire un reclutamento sulla base del merito.

Ciò non vuol dire che il diritto amministrativo non debba rinnovarsi, e in questo senso operano molti studiosi. Un ritardo ricorrente, ad esempio, si è avuto quando l'approccio garantista, creato per "tagliare le unghie al potere", è stato trasferito alle sempre più diffuse attività di pubblico servizio, nelle quali solo negli ultimi tempi si fa, correttamente, un più ampio uso del diritto privato, in quanto non si tratta di funzioni autoritative ma, appunto, di servizio. Anche la prospettiva funzionalistica, che assume come prioritario il risultato da conseguire, ormai consolidata fra gli studiosi, stenta ancora ad avere concrete forme di applicazione.

Questi ritardi, uniti alla moltiplicazione impropria delle responsabilità dei pubblici dipendenti, hanno favorito un approccio formalista, a discapito dell'efficienza. I ritardi vanno superati, ma non con una delegittimazione dell'intera disciplina che sottintende, in realtà, una insofferenza alle regole nell'esercizio del pubblico potere.

E qui veniamo alle Agenzie fiscali, l'unico esempio di buon funzionamento secondo Visco. La formula delle Agenzie, organismi dell'Amministrazione diretta dello Stato o di altro ente territoriale, aventi o meno personalità giuridica e comunque dotati di maggiore autonomia organizzativa, è stata creata per conferire maggiore flessibilità a pezzi dell'Amministrazione che in genere svolgono funzioni tecniche. Fanno eccezione le Agenzie fiscali, che svolgono, fra le varie funzioni pubbliche, quelle dotate di maggiore autoritatività. Queste funzioni, si badi bene, non sono regolate dal diritto amministrativo, ma dal diritto tributario.

Nei primi testi di diritto amministrativo, e per lungo tempo, il diritto tributario occupava uno spazio di rilievo nelle trattazioni manualistiche (v: ad esempio Santi Romano). In seguito se ne rivendicò "l'autonomia scientifica" e fu oggetto di studi che, in osservanza dell'antico privilegium fisci, non recepirono la positiva evoluzione che ha avuto il diritto amministrativo. Sono rimasti, così, nel diritto tributario dei veri e propri fossili: incredibili inversioni dell'onere della prova in base alle quali il sospetto di entrate non dichiarate legittima l'imposizione del tributo lasciando al contribuente l'onere di provare il contrario (solo da poco rimosso dalla Corte Costituzionale), accompagnate per di più da quel rudere che è il "fermo amministrativo" (le c.d. ganasce alle automobili) contro il quale si può solo ricorrere a scalciate Commissioni tributarie che non assomigliano nemmeno da lontano al giudice amministrativo.

Proprio la materia fiscale dimostra l'importanza del diritto amministrativo a fronte della persistente incoltura del diritto tributario. E anche per il diritto amministrativo è ormai evidente la necessità di superare i persistenti ritardi, evitando però, come suol dirsi, di gettare via il bambino con l'acqua sporca.