

L'influenza del diritto amministrativo italiano sulla costruzione delle basi dogmatiche del diritto amministrativo brasiliano

The influence of Italian administrative law in the construction of the dogmatic foundations of Brazilian administrative law

Fabício Motta¹

Michele Carducci²

Resumo: O artigo possui como objeto a investigação a respeito da influência do direito administrativo italiano na construção das bases dogmáticas do direito administrativo brasileiro. Inicialmente, o texto enfoca o surgimento e consolidação do direito administrativo conhecido como “continental”, sedimentado por intermédio da atuação do Conselho de Estado Francês. Posteriormente, é analisada a influência da doutrina

-
- 1 Professore di Diritto Amministrativo dell'Università Federale di Goiás. PhD in Diritto dello Stato (USP - *Università di San Paolo*), con Laurea Magistrale in Diritto Amministrativo (UFMG - *Università Federale di Minas Gerais*). Procuratore del Ministero Pubblico presso il TCM-GO (*Corte dei Conti dei Comuni dello Stato di Goiás*).
 - 2 Professore ordinario di “Comparazione costituzionale e geopolitica” e di “Ecologia costituzionale” nel Corso di Laurea magistrale in “Studi geopolitici e internazionali” e di “Democrazie comparate” nel Corso di Laurea triennale in “Scienze politiche e delle relazioni Internazionali”.

italiana na incorporação de institutos e princípios por parte da doutrina e da legislação brasileira.

Palavras chave: Direito Administrativo – Direito Administrativo Italiano – Interesse público

Abstract: The article aims to investigate the influence of Italian administrative law in the construction of the dogmatic bases of Brazilian administrative law. Initially, the text focuses on the emergence and consolidation of administrative law known as “continental”, established through the work of the French State Council. Subsequently, the influence of Italian doctrine on the incorporation of institutes and principles by doctrine and Brazilian legislation is analyzed.

Keywords: Administrative Law - Italian Administrative Law - Public Interest

Introduzione

Possiamo utilizzare l'espressione “diritto comparato” per designare il *metodo* di comparazione tra ordinamenti giuridici distinti, il che ovviamente presuppone la conoscenza del diritto straniero, quale requisito essenziale. Infatti, il *metodo di comparazione* è utilizzato con l'idea di rinvenire somiglianze e differenze, nonché di consentire, in ultima analisi, lo sviluppo e il perfezionamento dell'ordinamento nazionale sulla base di esperienze estere. L'utilizzo della comparazione quale metodo applicato al diritto amministrativo – nel trattare, per quanto ci interessa, il regime giuridico delle università e l'esercizio della funzione normativa – è connotata da alcune peculiarità.

Secondo Cretella Júnior:

“Il diritto comparato conduce alla *precisione* nell’ordinamento giuridico, ed è rivolto a innalzare la Giurisprudenza allo stesso livello delle scienze esatte. Evitando il particolarismo locale, l’inesattezza, qualsivoglia approssimazione o valutazione sommaria, il *diritto amministrativo* comparato attua con quanto è preciso ed esatto, allontanando l’architettura regionale e cercando di addivenire a modelli universali, al fine di captare quelli che sono i canoni categoriali della Giurisprudenza. È, altresì, costantemente teso a fissare le costanti dei sistemi e, in siffatta maniera, a uniformizzare la terminologia, definire istituti, delineare i sistemi, eliminare il superfluo; ricorre, in prima istanza, a formule esatte del campo universale, adattandole poi al particolarismo specifico di un dato sistema giuridico” (rilevi originali)³.

Jean Rivero rileva le peculiarità - o difficoltà - relative all’applicazione del metodo comparativo al diritto amministrativo: a) le diverse definizioni di quanto considerato “diritto amministrativo” nei diversi Paesi, soprattutto qualora questi ultimi siano dotati di sistemi giuridici differenti; b) le correlazioni, imprecise, di questo ramo cognitivo con il diritto costituzionale; c) il fatto per cui si tratta di un ramo del diritto di formazione relativamente recente; d) le differenti concezioni attinenti all’esistenza o meno di una giurisdizione amministrativa, e il relativo riflesso sull’oggetto del diritto amministrativo. Rimarcando l’importanza della conoscenza dell’ordinamento di ciascun Paese, il summenzionato autore avverte, giustamente, che:

“[...] lo studio dei testi non è sufficiente. È necessario vedere, vivere l’istituto, peraltro nulla si può fare senza che s’abbia, preliminarmente, la descrizione ufficiale fornita da leggi e regolamenti. D’altronde, le strutture adottate riflettono, al pari dell’ambito storico, di quello sociologico ed economico, anche un versante giuridico. [...] Insomma, il punto di vista descrittivo, essenzialmente statico, è superficiale. Al fine di captare, di comprendere

3 CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Comparado*, 1990, 3ª edizione, Forense, p. 119. Traduzione libera.

appieno le dinamiche della vita amministrativa di un Paese, è necessario vedere la Pubblica Amministrazione all'opera, accompagnandone il rapporto con gli amministrati; e, quindi, affrontare il secondo gruppo di problemi: quelli che afferiscono all'azione amministrativa⁴

Questo breve articolo non sottende, quale proprio oggetto, un'analisi comparata degli ordinamenti giuridici di Italia e Brasile, bensì è rivolta a verificare l'influenza del diritto amministrativo italiano – specificamente, della sua dottrina – nell'edificazione del diritto amministrativo brasiliano. Pertanto, inizialmente, si approfondirà la tematica dell'influenza italiana sulla costruzione del contenuto classico del diritto amministrativo occidentale.

1. Origine del Diritto Amministrativo

Il Diritto Amministrativo vede la propria origine legata ai cosiddetti movimenti rivoluzionari liberali (o borghesi), quale una combinazione di pratiche e norme che dovrebbe sottoporre l'esercizio del potere a una disciplina maggiormente rigorosa, in un'ottica di contenimento degli abusi rilevati in relazione all'antico regime. A prescindere dalla peculiarità di ogni singolo processo rivoluzionario, suole meritare un'attenzione preminente la Rivoluzione Francese, in ragione del suo legame maggiormente diretto con la nascita e il consolidamento del Diritto Amministrativo (chiamato "continentale" e opposto, inizialmente, a quello concepito più avanti sulla base del paradigma della *common law*, di nitida ispirazione inglese e americana). L'importanza di quel processo rivoluzionario risulta chiaramente dimostrata da Eric J. Hobsbawn:

4 RIVERO, Jean. Curso de direito administrativo comparado. Trad. di J. Cretella Júnior. San Paolo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 48. Traduzione libera.

Se l'economia del mondo del XIX secolo è stata costruita principalmente sotto gli influssi della Rivoluzione Industriale britannica, la sua politica e ideologia sono state fundamentalmente edificate dalla Rivoluzione Francese, e da quanto ne è derivato. La Gran Bretagna ha fornito il modello per ferrovie e fabbriche, il boom economico che ha segnato un punto di rottura rispetto alle strutture socioeconomiche tradizionali del mondo non europeo. Peraltro, è stata la Francia a fare le rivoluzioni, imprimendovi i suoi ideali, al punto che bandiere tricolori, benché di svariate tipologie, hanno finito per divenire l'emblema di praticamente tutte le nazioni emergenti, con le politiche europee (o anche mondiali), tra il 1789 e il 1917, identificabili in gran parte come lotte a favore e contro i principi del 1789 [...] La Francia ha fornito il vocabolario e le tematiche della politica liberale e radical-democratica alla maggior parte delle realtà, a livello planetario. La stessa Francia ha fornito il primo, grande esempio, così come il concetto e il vocabolario, di nazionalismo. Ha, altresì, creato i codici legali, il modello di organizzazione tecnica e scientifica, oltre al sistema metrico delle misure, paradigmi poi fatti proprio dalla maggior parte dei Paesi [...] La Rivoluzione Francese è, pertanto, *la* rivoluzione dell'epoca, e non semplicemente una rivoluzione [...] Il re non era più Luigi, per la Grazia di Dio, re di Francia e Navarra, ma Luigi, per la Grazia di Dio e del *diritto costituzionale dello Stato*, re dei francesi.⁵

Di fatto, la Rivoluzione Francese è strettamente legata al Diritto Amministrativo, sostanzialmente in virtù dell'esistenza di due grandi pietre miliari: la prima, *filosofica e politica*, fa riferimento alla consacrazione della libertà quale valore primario tutelato dalla società, da proteggere a qualsiasi costo, con qualsivoglia pretesto; la seconda, di carattere *giuridico*, impone la sottomissione del potere alla legge degli uomini, e non più alle leggi divine o a norme consuetudinarie. L'unione di queste due pietre miliari ha determinato il postulato per cui la fonte di ogni potere

5 HOBBSBAWN, Eric J. *A Revolução Francesa*. 7.ed. trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. Traduzione libera.

risiede essenzialmente nella nazione, e quest'ultima non riconosce nessun interesse al di sopra del suo, e non accetta qualsivoglia legge o autorità, al di fuori della propria. Il cambiamento, rispetto all'Antico Regime, è intenso e tentatore: esce di scena il governo personale e arbitrario, fondato su un presunto potere divino, per cedere il posto a un governo fondato sulle leggi, per quanto riguarda sia la sua legittimità che le sue competenze.

In ragione della memoria, allora recente, delle pratiche riscontrate nell'ambito dello Stato assoluto francese, la maggiore preoccupazione che regnava in quel periodo risiedeva nella limitazione dell'interferenza dello Stato nella sfera dei diritti individuali. Era nitida l'influenza degli ideali illuministi, che collocavano l'individuo al centro delle questioni esistenziali. Secondo detti ideali, la personalità dell'individuo, la società e l'economia, si sviluppano con, e attraverso, le proprie leggi. Mettendo in risalto il primato dell'ideale umanista del libero sviluppo, Reinhold Zippelius porta alla ribalta le considerazioni di Wilhelm Von Humboldt, pubblicate nel 1792, col suggestivo titolo di *"Ideali relativi a un tentativo di determinare i limiti dell'azione dello Stato"*: "Lo Stato deve astenersi da qualsivoglia interesse rivolto alla prosperità positiva dei cittadini, e non deve fare più alcun passo, al di là di quelli strettamente necessari, per proteggerli gli uni dagli altri, e contro nemici esterni; non deve restringerne la libertà in virtù di qualsivoglia altra finalità"⁶.

In quel periodo, lo Stato era visto in crescente contrapposizione all'individuo - questa è la ragione per la quale i diritti fondamentali erano considerati diritti di

6 ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do estado*. Trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.378

difesa dell'individuo al cospetto della forza statale. È questo il motivo per cui si parla dell'esistenza di una dicotomia tra Stato e società⁷ – la dottrina illuminista concepisce uno Stato individualista, organizzato al servizio dell'individuo e legato direttamente a quest'ultimo, senza che vi sia qualsivoglia entità intermediaria. Come spiega Maurizio Fioravanti⁸: “la celebre separazione Stato-società dell'epoca liberale, funziona in entrambe le direzioni: nel senso di una protezione della società e degli individui dinanzi all'arbitraria invasione da parte del potere pubblico, ma altresì nel senso di una protezione degli stessi poteri al cospetto delle istanze particolari, individuali e di gruppo, operanti nella società civile”. Per tutto ciò, le attività dello Stato erano delineate in modo da rispettare lo spazio dell'individuo, limitandosi al minimo indispensabile ad offrirgli le condizioni necessarie al proprio sviluppo. Si affermava che facevano capo allo Stato, oltre alle attività rivolte alla sicurezza (interna e esterna), anche distribuzione di giustizia e tassazione, e, altresì, la

7 Nuno Piçarra adduce che la separazione concettuale tra Stato e Società è stabilita sulla base di fattori contraddittori, e sottolinea, fondamentalmente, la teoria del contratto sociale e dell'assolutismo monarchico quali fattori di unità politica contro i poteri intermediari – “[...] benché a livelli totalmente diversi, rispettivamente, ipotetico-razionale e storico-concreto, ambedue hanno contribuito al monismo che avrebbe dovuto caratterizzare lo Stato liberale che s'affermò quale detentore esclusivo del potere politico, prima condiviso con le varie entità intermediarie, e si pose quale chiara antitesi di una società svuotata. [...] Non v'è posto per qualsivoglia separazione sociale o orizzontale, o bilanciamento di poteri, mediante l'inserimento di gruppi all'interno delle strutture istituzionali, dacché non vi sono (non vi debbono essere) gruppi provvisti di rilevanza politica e, a maggior ragione, di natura para-feudale. In tale contesto, il principio della separazione dei poteri potrà assumere un carattere meramente tecnico-organizzativo, all'interno di uno Stato contrapposto a una società politicamente omogenea”. (PIÇARRA, 1989, p.175. Traduzione libera).

8 FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales – apuntes de historia de las constituciones*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p.103

funzione di offrire un libero spazio d'attuazione al fine di garantire lo sviluppo dell'individuo, anche in ambito economico. La necessità di limitare il potere politico per mezzo della sua divisione e ripartizione in vari organi, in modo da evitarne la concentrazione, veniva altresì incontro alle esigenze di preservazione della libertà. La separazione delle funzioni ha portato con sé il principio di legalità, quale ulteriore manifestazione dell'importanza allora attribuita alla sovranità popolare. Ha acquisito una posizione di spicco la concezione della legge quale emanazione della "volontà generale", secondo la formulazione di Rousseau, la quale, necessariamente, dev'essere rispettata dall'azione della Pubblica Amministrazione.

Queste brevi considerazioni consentono di collocare, nel medesimo contesto della Rivoluzione Francese e del sorgimento del Diritto Amministrativo, talune caratteristiche che hanno iniziato a essere richieste nell'esercizio del potere statale: a) enfasi alla tutela dei valori fondamentali della libertà, di proprietà e sicurezza; b) affermazione del principio della separazione dei poteri; c) concezione della legge quale espressione della volontà collettiva; e d) consacrazione del principio di legalità come subordinazione dello Stato alle leggi. Per quanto attiene ai rapporti tra cittadino e Stato, la rivoluzione ha contrassegnato non solo il campo filosofico e politico, ma altresì quello giuridico. Dinanzi ai cambiamenti occorsi, appare questionabile affermare che il Diritto Amministrativo avrebbe avuto un'*origine autoritaria*. In effetti, sia la *pietra miliare simbolica* - l'affermarsi del valore libertà - che quella *giuridica* - il consolidamento del principio di legalità - portano con sé valori incompatibili con l'autoritarismo. In occasione di fervorosa critica, Emerson Gabardo mette in risalto, con estrema precisione, che tale posizione

“[...] deriva da un’interpretazione della storia il cui fine è quello di conferire alle proposizioni del presente un senso più facilmente intellegibile e idoneo alla mentalità vigente, caratterizzata da una maggiore liberalizzazione e flessibilizzazione della vita. E, benché si tratti di una ‘tesi’ alquanto attraente per l’individuo post-moderno, il quale è un soggetto per definizione teso all’autonomia, alla libertà e alla consensualità negoziale, si tratta comunque di una teoria di precaria capacità esplicativa”⁹

Non si nega che la difesa della libertà abbia funto da pretesto per legittimare autentiche barbarità, e che l’instaurarsi di un periodo di “terrore” sia stato, tra le altre cose, legislativamente determinato¹⁰. Non si nega, altresì, che la Pubblica Amministrazione post-rivoluzionaria abbia concentrato in sé poteri eccessivi, avvalendosi di una struttura assai forte e rigida. Tuttavia, la storia dev’essere interpretata senza mai ignorare il contesto ove i fatti si sono verificati. Le deturpazioni - sul piano dei fatti - addebitate a un’agitazione sociale assurda e assoluta, sino ad allora senza precedenti, non inficiano in alcun modo la caratterizzazione dei principi che hanno contrassegnato l’inizio di una nuova era, con una nuova conformazione dello Stato. Come sottolinea Emerson Gabardo,

Non si ignora il fatto per cui la realtà politica, sia prima che dopo, fosse ugualmente arbitraria, peraltro sarebbe ingenuo immaginare che fosse arbitraria alla stessa maniera. I modelli di legiferazione

9 GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade – O Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.254. Traduzione libera.

10 Secondo la legge dei sospetti, qualsiasi persona poteva essere condannata a morte (alla ghigliottina) sulla base di un mero dubbio o diffidenza che si potesse trattare di un contro-rivoluzionario, essendo a tal fine sufficiente che essa fosse additata da due testimoni come individuo sospetto. La letteratura che investiga il periodo, ritrae l’impressionante disordine e l’assoluta agitazione sociale dell’epoca post-rivoluzionaria (GALLO, MAX. *Revolução Francesa, vol. II: às armas, cidadãos! (1793-1799)*. Trad. Julia da Rosa Simões. Porto Alegre: L&PM, 2009).

di dette realtà costituiscono un'ontologia radicalmente diversa, il che, di per sé, determina l'esistenza di una realtà distinta. In fin dei conti, la realtà è composta dall'unione tra essere e dover essere¹¹.

Eduardo García de Enterría, in una sua perentoria analisi, giunge alla conclusione secondo cui il Diritto Amministrativo sarebbe sorto quale sottoprodotto della Rivoluzione, frutto di una reazione all'interpretazione, adottata dai rivoluzionari, dei principi ispiratori del movimento:

[...] *los revolucionarios, en el momento de plasmar El Estado nuevo, siguen una interpretación claramente disidente de la ortodoxia doctrinal que representaban; esta interpretación, junto con las circunstancias históricas de la Revolución y de los tiempos posteriores, permitieron y determinaron el fortalecimiento de una Administración como no había conocido siquiera el Antiguo Régimen; pero los dogmas jurídico-políticos de la Revolución obraron ahora, ya que no para impedir ese hecho, para someterlo a una cierta disciplina, y esta disciplina fue justamente el Derecho Administrativo*¹².

2. L'influenza italiana sulla costruzione del contenuto classico del diritto amministrativo occidentale

Benché l'influenza predominante per la strutturazione del diritto amministrativo occidentale sia riconducibile al diritto francese, non si può negare l'importanza del contributo apportato dal diritto italiano. Inizialmente, pare opportuno riportare il pensiero di Odete Medauar:

“Appartiene all'Italia, nella figura di Romagnosi, il primato dell'opera specifica sul diritto amministrativo, edita nel 1814, nonché il pionierismo nella creazione di una cattedra specifica

11 GABARDO, 2009, p.255. Traduzione libera.

12 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. Madrid: Editorial Civitas, 1998, p.41. Traduzione libera.

per la materia, a Milano [...] Diversamente dagli autori francesi che, nello stesso periodo, realizzavano opere dal predominante carattere descrittivo, Romagnosi profuse abbondanti energie al fine di offrire una sintesi tra i materiali propiziati dalle vecchie scienze di polizia, dalla legislazione amministrativa napoleonica, e dalla giurisprudenza iniziale del Consiglio di Stato Francese.[...] La preminenza cronologica di Romagnosi non ha peraltro conferito all'Italia lo status di culla del diritto amministrativo, né ha propiziato forza di propagazione a tale opera. Alcune giustificazioni, a tal proposito, vengono offerte dalla dottrina. Così, secondo Giannini, Romagnosi elaborò speculativamente criteri generali, senza alcun precedente dottrinale e senza basarsi su qualsivoglia dato del diritto positivo. Nella stessa direzione, Manori ricorda che 'era l'epoca del lato costitutivo dello Stato, in cui mancava ancora un diritto positivo in grado di imporsi alla coscienza dei giuristi quale espressione di tutta la società nazionale, con carattere definitivo e completo'¹³.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro individua le origini del Diritto Amministrativo italiano "[...] nell'ordinamento amministrativo piemontese che, sotto la dominazione francese, venne profondamente influenzato dal diritto francese elaborato a partire dall'epoca di Napoleone. Lo stesso metodo esegetico del diritto francese venne seguito, in origine, dal Diritto Amministrativo italiano. Con l'annessione delle altre province al Regno piemontese, quella stessa influenza si fece sentire, nella misura in cui ebbe luogo l'unificazione amministrativa, in special modo, in forza della Legge n° 2.248 del 20-3-1865, conosciuta come "Legge di unificazione amministrativa del Regno", comprensiva di sei allegati riferentisi alle leggi fondamentali dello Stato; la Legge provinciale e comunale, quella sulla sicurezza pubblica, la Legge sulla salute, quella sul Consiglio di Stato, e ancora, quelle su contenzioso amministrativo e lavori pubblici"¹⁴.

13 MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2ª.ed. rev., aggior. e ampl. San Paolo: Revista dos Tribunais, 2003, p.30. Traduzione libera.

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26.ed. San Paolo:

Rifacendosi a studi di Eberhard Schmidtt-Assmann, Alberto Massera analizza quello che è stato il contributo italiano all'edificazione del sistema tradizionale del diritto amministrativo occidentale, il "*diritto amministrativo ben ordinato come consegnato al futuro dallo Stato liberale, individuandone i tre elementi costitutivi - l'unità dell'amministrazione, la formalizzazione della sua azione e l'applicazione del diritto come semplice esecuzione*". L'autore si rifà altresì a spunti di Jean Rivero per - comparando l'influenza delle scuole francese, tedesca e inglese - affermare che

"[...] il «caso» italiano non presenta [...] specificità tali da indurlo a considerare la vicenda del diritto amministrativo nel nostro Paese come sottratta al «gioco delle influenze» di cui è stato protagonista il diritto amministrativo come caratterizzato nei suoi elementi costitutivi dal Paese, appunto la Francia, che lo ha esportato a partire dalla prima metà del secolo diciannovesimo. In definitiva, una costante sembrerebbe emergere dall'esame, pure assolutamente sintomatico, del flusso ormai bisecolare della vicenda del diritto amministrativo e della sua scienza nel contesto comparato: la marginalità dell'esperienza giuridica italiana in questo campo, la sua assenza, più o meno totale, nel «gioco delle influenze», o meglio la sua posizione meramente ricettiva. Se così fosse, ben lunga e approfondita dovrebbe essere l'analisi delle cause e delle ragioni di una tale situazione; qui, comunque, possono essere indicati, anche se solo per cenni estremamente sintetici, alcuni punti che in ogni caso costituiscono altrettanti fattori di debolezza, in un quadro comparativo, del diritto amministrativo italiano e della sua scienza"¹⁵.

Una breve analisi della minore influenza del diritto amministrativo italiano rispetto a quella francese, riconoscerà certamente una qualche responsabilità al carattere eccessivamente nazionalista del diritto, e a un'unificazione

Atlas, 2013, p.10. Traduzione libera.

15 MASSERA, Alberto. Il contributo originale della dottrina italiana al Diritto Amministrativo. *Dir. Amm.*, 2010, 761

statale tardiva. La figura iniziale di maggiore espressione è giustamente Orlando, il quale, nel 1889, in occasione di una lezione inaugurale su *“I criteri tecnici per la ricostruzione del diritto pubblico”*, presenta la sua elaborazione scientifica sulla base di premesse assunte in maniera indipendente (ma anche di altre - poggianti, al contrario, su importanti modifiche legislative), con l'intenzione di conferire maggior scientificità al diritto amministrativo. Il pensiero di Orlando ha avuto un impatto immenso, a cui tutt'oggi la dottrina fa riferimento quale *“la svolta orlandiana”*, in ragione di un cambiamento radicale di prospettiva per quanto afferisce all'approccio al diritto pubblico come riscontratosi sino a quel momento:

“Il testo si apriva con l'indicazione del punto di riferimento essenziale rappresentato dalla plurisecolare elaborazione romanistica del diritto pubblico e soprattutto con il riconoscimento della piena sistematicità raggiunta dal diritto privato dell'Ottocento sotto l'impulso della pandettistica tedesca “un complesso di principi giuridici sistematicamente coordinati); proseguiva indicando l'urgenza di superare, negli studi italiani di diritto pubblico, ‘la discussione filosofica a politica circa la natura e la convenienza generica e specifica di un istituto’, contrapponendovi invece la realtà giuridica concreta. A quelli che denunciava come i pesanti limiti della scuola dell'esegesi, Orlando opponeva l'indipendenza dei principi giuridici dalla stessa legge positiva (la legge non essendo che un principio giuridico di cui il giurista ‘deve avere già notizia e coscienza’), alle dispute sullo Stato ottimo la concreta realtà dello ‘Stato esistente’. Concludeva invitando i cultori degli studi giuridici a impegnarsi nella ricostruzione scientifica del diritto pubblico italiano qual era, identificando in questo specifico compito la funzione storica dei giuristi nell'edificazione dello Stato giuridico nazionale: ‘Il sangue dei martiri ed il consiglio degli statisti ci diede lo Stato italiano, la scuola giuridica deve essa ora dar ella scienza del diritto pubblico italiano’.[...] La memoria dei giuristi pre-orlandiani (come venne naturale chiamarli: e fu anche questo sintomatico) ne fu semplicemente cancellata”¹⁶.

16 MELIS, Guido. La storia del diritto amministrativo. In: CASSESE, Sabino

Sotto l'influenza di Orlando si sviluppa la teoria istituzionalista, che acquisisce maggiore divulgazione in Italia con l'opera di Santi Romano, suo discepolo e, successivamente, rinomato giurista di quello stesso periodo.

La *teoria istituzionalista* è, di fatto, costruita attorno ai concetti di diritto e pluralità istituzionale dei sistemi giuridici, la cui attuale influenza è ancora parecchio incisiva nello sviluppo della scienza del diritto amministrativo¹⁷. La concezione istituzionale pone su un piano di equivalenza il "legale" e l'"istituzionale" - come una "istituzione sociale o corpo" - e concepisce la legge non come una semplice regola o insieme di regole, ma come un'organizzazione. Tale concezione ha il merito di non ridurre il sistema legale al mero elemento normativo e, al contempo, permette di porre in evidenza l'importanza del fenomeno organizzativo, particolarmente rilevante nell'esperienza amministrativa. In base a questo studio, la teoria che ammette il pluralismo istituzionale acquisisce ulteriore rilievo nel fornire la spiegazione della legalità delle norme poste in essere da entità pubbliche diverse dallo Stato. Secondo Giannini, l'opera *Principii di diritto amministrativo* di Santi Romano, offre "il più notevole contributo della nostra scienza a costituirsi una problematica propria di diritto amministrativo"¹⁸.

(org). Trattato di Diritto Amministrativo, Tomo primo. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2003, p.110

17 Tra gli attuali esponenti brasiliani della dottrina, che adottano la visione istituzionalista, merita una menzione speciale Marçal Justen Filho. Riconoscendo che la disciplina giuridica è prodotta da istituzioni e impedisce la riduzione del diritto alla legge, il celebre autore mette in risalto l'importanza di riconoscere diverse manifestazioni statali comunemente relegate in secondo piano, e costruisce la sua definizione di Diritto Amministrativo sulla base della centralità dei diritti fondamentali (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9^a.ed. rev., atual. e ampl. San Paolo: Revista dos Tribunais, 2013).

18 GIANNINI, Massimo Severo. *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*,

Santi Romano ha dato, inoltre, un contributo essenziale nell'elaborazione della teoria della personalità giuridica dello Stato, sebbene influenzato dalla dottrina tedesca. Per l'autore, *"l'impersonalità del potere pubblico, o meglio, la personificazione del potere per mezzo dello Stato, concepito esso stesso come persona"* diviene *"il principio fondamentale del diritto pubblico moderno"*, a mezzo del quale lo Stato stesso *"si erge con una personalità propria, dotata di un potere, che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua forza, che è la forza del diritto"*¹⁹.

Si percepisce il motivo dell'affermazione di Giannini, anteriormente riportata: sul piano dogmatico, è esattamente in ragione dell'istituzionalismo e della pluralità di sistemi giuridici che Giannini ha costruito la sua teoria originale di organizzazione di un sistema pluralista di Pubblica Amministrazione e dell'interesse pubblico. La teoria è stata, forse, influenzata dalla struttura costituzionale del 1948, contraddistinta da un forte sviluppo dell'autonomia sulla base specialmente di organizzazioni territoriali e di protezione sociale e lavoro. Giannini ha riconosciuto che la teoria dei sistemi giuridici è la base della teoria dell'organizzazione, e offre altresì un criterio di equilibrio per spiegare la crescita policentrica dell'Amministrazione²⁰.

Il riconoscimento della pluralità di ordinamenti istituzionali all'interno della sfera giuridica - ordinamento - statale, contribuisce altresì alla diffusione della teoria dell'organo, benché la sua creazione debba essere accreditata alla dottrina tedesca. È importante fare riferimento all'importanza della diffusione della teoria dell'organo per la

in *Quad. fior.*, 1973, n. 2, p. 179 ss., p. 255.

19 SANTI ROMANO. *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1969, pp. 7-10.

20 GIANNINI, Massimo Severo. *Corso di diritto Amministrativo. Tomo III*. Milano: Giuffrè, 1967, pp. 57, 115 e 103.

lenta costruzione dell'unità e dell'omogeneità della Pubblica Amministrazione, in una fase in cui ha inizio il processo che verrebbe poi a definire la centralità della persona giuridica Stato nell'Amministrazione. Attraverso il concetto di organo, la dottrina italiana è stata in grado di ergere una struttura teorica favorevole all'unità e all'omogeneità, e ciò in un momento delicato nel quale v'era, in virtù di circostanze storiche e sociali, un movimento centrifugo di diverse figure organizzative. A tal proposito, acquista rilevanza la concezione secondo cui tutto quanto deriva dallo Stato debba essere sottoposto al diritto pubblico, in tal senso essendo d'obbligo una menzione speciale alla dottrina di Oreste Ranelletti:

“[...] Oreste Ranelletti, il quale programmaticamente, nella prolusione con la quale dava inizio al suo insegnamento presso l'Università di Pavia, affermava che lo Stato «è la persona giuridica per eccellenza», anzi esso è la «sintesi della cosa pubblica», e «non vi è cosa pubblica, se lo Stato non la consideri tale», per cui le unità che hanno come proprio compito la soddisfazione di interessi collettivi, pur rimanendo fuori della sua organizzazione, cioè della «amministrazione governativa», sono riconosciute dallo Stato come persone giuridiche pubbliche quando lo Stato quegli interessi «pone anche come fini propri», e quindi sono «dallo Stato considerate come attive nel suo proprio interesse»²¹.

Così, gli organi dell'amministrazione indiretta dello Stato iniziano a essere riconosciuti quali enti autarchici, dotati di relativa autonomia, al pari di altri enti territoriali minori. A partire da questo momento si nota l'evoluzione concettuale e dogmatica degli enti autarchici, che deve molto alla dottrina di Giannini e Zanobini.

21 MASSERA, Alberto. Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo, in *Rivista Trimestrale di Diritto Amministrativo*, 2010, n. 4, pp. 41-110.

Alberto Massera sintetizza in siffatta maniera quello che è stato il contributo offerto dalla dottrina italiana:

“Nondimeno, comunque sia di ciò, si ritiene che bene venga in evidenza da questi sviluppi quale sia stato l’apporto della dottrina italiana al consolidamento dell’edificio del «diritto amministrativo ben ordinato»: con il saldo incardinamento dell’amministrazione nella cornice della teoria della divisione dei poteri come rappresentante, secondo modalità rinnovate che pure non negavano la primazia costituzionale della funzione politica del governo, «l’idea del potere esecutivo»; con il compattamento della struttura amministrativa attraverso la specificità della figura dell’organo e la capacità di questa di tenere insieme, in una prima fase di complicazione del sistema amministrativo legata alla progressiva attuazione degli istituti propri del c.d. Stato pluriclasse, omogeneità e differenziazione; con l’estensione a tutte le componenti dell’apparato amministrativo, mediante i predicati dell’autarchia, dell’autonomia e dell’autotutela, del principio dell’agire amministrativo con atto formale in esecuzione della legge, che appare d’altro canto esprimere essenzialmente il primato della legge statale nel (pre-)determinare forme e finalità nello spazio proprio della condotta amministrativa, ma che in realtà contiene anche la centralità dello stesso atto amministrativo nell’ordinamento dello Stato liberale, come «il luogo in cui confluiscono tutti gli elementi che [lo] compongono» e nello stesso tempo «si annullano (salvo a risorgere) tutte le contraddizioni del medesimo» e che come tale ha richiesto il necessario completamento tramite un sistema di giustizia amministrativa, in quanto a fronte della «formale enunciazione autoritativa della volontà dello Stato» in esso contenuta, la giustiziabilità dell’atto stesso «è un ulteriore profilo della sua legalità», tenendo insieme l’ordine della supremazia (per l’interesse pubblico) con l’ordine della garanzia (per gli interessi dei privati) e realizzando al fondo «il miracolo» per cui ‘l’État juge y divien l’État jugé’ ”.

Guido Zanolini, in una minuziosa analisi del sistema giuridico e senza ignorare il diritto privato, contribuisce a sua volta all’identificazione degli interessi legittimi e delle situazioni giuridiche soggettive. La configurazione

del procedimento amministrativo deve un riconoscimento speciale all'apporto dato da Aldo Sandulli e da Giannini, con quest'ultimo che ha scritto quanto segue

“[...] il procedimento amministrativo storicamente nacque come procedimento di garanzia del privato; quando, nel secolo scorso, si cominciarono a introdurre regole su di esso, la finalità delle regole era principalmente di dotare il cittadino di strumenti più efficienti nei confronti dell'amministrazione. Il tempo ha introdotto anche la vicenda contraria, cioè il procedimento amministrativo come procedimento che serve soprattutto all'amministrazione”²².

Questi brevi riferimenti dimostrano chiaramente quella che è stata l'influenza italiana nella *costruzione dell'edificio classico del diritto amministrativo occidentale*, formato a seguito delle rivoluzioni liberali, con l'avvento del cosiddetto “Stato Nazionale”, e fondato sulle basi dell'unità dell'Amministrazione, della separazione dei poteri e dell'azione amministrativa subordinata alla legge.

3. L'influenza sulla costruzione del Diritto Amministrativo brasiliano

Fatto salvo il contributo generale alla formazione del diritto amministrativo classico, non si può negare che *il diritto italiano eserciti – e in effetti esercita – un'influenza molto forte sulle fonti del diritto brasiliano*, accompagnando il - e contribuendo al - percorso di dottrina, giurisprudenza e legge, sovente secondo questo stesso ordine. Secondo quanto sostenuto da Miguel Reale, nel campo del Diritto si rivela la più vivida ripercussione della cultura italiana in Brasile. A detta del rinomato autore, “La prima proiezione della cultura italiana

22 GIANNINI, Massimo Severo. *La legge sul procedimento amministrativo e l'inizio della sua attuazione*. In: *Scritti*, vol X. Milano: Giuffrè, 1986, pp. 69-70.

in Brasile è forse rappresentata dal compendio che Antonio Genovesi scrisse per introdurre i giovani agli studi di Logica e Metafisica, compendio, questo, adottato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Coimbra, e, poi, da quella di San Paolo, fondata nel 1827²³.

Michele Carducci analizza approfonditamente detta influenza, soffermandosi in particolare su quanto egli denominò “*flusso giuridico*”, vale a dire dialogo o comunicazione a distanza tra addetti ai lavori del ramo del diritto e intellettuali, siano essi professori, giudici o avvocati. Nell’ambito del fenomeno dell’influenza, più che analizzare quale autore italiano abbia influenzato “chi” o “cosa”, appare importante discutere il perché, e come, sono stati generati i prodotti di detto flusso²⁴.

Il processo di influenza del diritto italiano su quello brasiliano è stato agevolato, inizialmente, in ragione del fatto che i due ordinamenti si sono affiliati al medesimo “sistema romano-germanico”, nella diffusa concezione di René David, in contrapposizione al “sistema di *Common Law*”²⁵. Nello stesso senso, ma con un altro criterio di classificazione sistematica, Michelle Carducci insegna che la facilità del flusso si deve anche al fatto per cui

“[...] il contesto ibero-americano ed anche brasiliano potrebbe essere ascritto al quadro delle cosiddette “scuole latine”, da contrapporre, come affermò Vittorio Emanuele Orlando in suoi diversi scritti dal 1921 al

23 REALE, Miguel. O direito italiano na cultura brasileira. In: DE BONI, Luis Alberto (org). A presença italiana no Brasil: vol. II. Porto Alegre: Fundação Giovanni Agnelli - Escola Superior de Teologia, 1990. P.735-740. P.735. Traduzione libera.

24 CARDUCCI, Michele. Diritto pubblico e “flussi giuridici” tra Italia e Brasile. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, anno 11, n. 46, p. 13-41, ott./dic. 2011

25 DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. San Paolo: Martins Fontes, 1986.

1949,10 alle “scuole germaniche” del diritto pubblico, per la prevalenza, negli indirizzi scientifici dei popoli latini, dell’attenzione verso i diritti originari della personalità e dei diritti civili e politici, la teoria della rappresentanza e della costruzione di un sistema di garanzie, a differenza di quelle “germaniche” a vocazione organicistica, incentrata sulla sovranità a sé stante di una entità separata dal popolo (lo Stato), fonte di personalità giuridica e di diritto oggettivo. Da tale prospettiva, il “flusso” giuridico latino sarebbe stato favorito dall’impronta “umanistica” del diritto pubblico, rispetto al grande protagonismo europeo continentale soprattutto della dottrina tedesca”²⁶

È opportuno sottolineare come il flusso è stato – ed è facilitato – dall’affinità di idioma, soprattutto quando si tratta di lingue considerate neolatine. Tale affinità è ben dimostrata dalla trascrizione di una semplice annotazione che Vittorio Emanuele Orlando trattò come “curiosità bibliografica”:

[...] quando io visitai l’Università di S. Paolo di Brasile, nel 1921, la Biblioteca di quella Università m’invitò cortesemente ad una curiosa e commovente e non comune cerimonia che diventò una festa di cultura italo-brasiliana, e cioè, all’inaugurazione di un volume dei miei Principi che era il terzo acquistato dalla Biblioteca stessa; e ciò non perché alcuna delle prime due copie fosse andata dispersa o danneggiata, ma esclusivamente per il lungo logorio dell’uso, onde ormai anche la seconda copia, come già la prima, era diventata inservibile”²⁷.

Miguel Reale rammenta come l’influenza italiana sia stata alquanto incisiva nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di San Paolo, soprattutto in ragion del fatto per cui l’istituzione in questione accolse gli illustri esponenti della dottrina, allora in esilio, Liebmann e Ascarelli, mentre la Facoltà di Recife si mostrava maggiormente permeabile all’influsso del pensiero germanico²⁸. Specificatamente

26 Id.

27 V.E. Orlando, *Sviluppi storici del diritto amministrativo in Italia dal 1890 al 1950*, (1952), in *Scritti giuridici varii* (1941-1952), Milano, Giuffrè, 1955, p. 165, nota 4.

28 Id. P.737

per quanto attiene al Diritto Amministrativo, era notevole presso la Facoltà di San Paolo la diffusione delle opere, prevalentemente manuali, di autori illustri del diritto italiano, in particolar modo dopo la II Guerra Mondiale²⁹. Non appare esagerato affermare che le prime cattedre di Diritto Amministrativo vennero istituite nel 1851, a San Paolo e Recife, ancora sotto il periodo Imperiale, e che la prima opera direttamente legata alla materia venne pubblicata nel 1857 da Vicente Pereira do Rego.

La prima influenza italiana degna di nota riguarda la sistematizzazione del diritto amministrativo. In effetti, benché nel diritto italiano sia stata importante e nitida la funzione giurisdizionale nel riconoscimento e nella definizione dei principi del diritto amministrativo, a esempio del sistema francese, la sistematizzazione realizzata dagli autori “post-Orlandiani”, già abbandonando gradualmente il ricorso ai metodi del diritto privato, fu essenziale ai fini dell’adozione di un criterio tecnico-scientifico per il diritto amministrativo³⁰.

29 Michele Carducci, rifacendosi a quanto sostenuto da López Medina, sottolinea le caratteristiche dell’America Latina che ne fanno campo propizio al “recepimento” di flussi giuridici: “[...] il sub-continente americano siederebbe sopra un tesoro di cui non avrebbe consapevolezza: il proprio patrimonio di errori, adattamenti, approssimazioni che, grazie anche alle innumerevoli traduzioni circolate nel suo spazio linguistico spagnolo o portoghese, ha contribuito a conformare la cultura costituzionale dei suoi operatori, sia come teorici del diritto sia come pratici, capaci di costruire le mappe mentali di auto-riconoscimento dei propri formanti. Per spiegare l’effettiva consistenza di questo “tesoro”, Medina ricorre ad una teorizzazione dei “flussi”, diversa da quella italiana, perché “adeguata” al contesto “ermeneuticamente povero” dell’ “altro Occidente” del mondo: una “povertà”, si badi, frutto di quelle caratteristiche – linguistiche, storiche e quindi semantiche – dell’ethos iberico, accennate in apertura” (Ibid).

30 In merito all’influenza della giurisprudenza e dell’opera della dottrina, pare opportuno fare riferimento a quanto sostenuto da MASSERA: “Quest’ultimo punto, infine, può essere rilevante anche su di un altro versante, cui pure occorre accennare in conclusione, che è quello del rapporto fra lavoro della scienza gius-amministrativistica e operato della giurisprudenza. In

Italia, in particolare, il giudice amministrativo si è trovato a svolgere la unanimemente riconosciuta funzione di creatore di principi e di istituti essenziali del diritto amministrativo, secondo modalità diverse sia da quelle tipiche di un ordinamento di *judge-made law*, sia da quelle realizzatesi in un ordinamento a diritto legislativo come il francese, abbinando a tale funzione normativa una rilevante e accertata funzione di guida dell'amministrazione; ma a questi ruoli, di giudice-legislatore e di giudice-amministratore, il giudice amministrativo (e in specie il Consiglio di Stato) ha potuto accostare, proprio in connessione con essi e con i loro modi di svolgimento, nelle loro diverse forme, anche l'esercizio di una sicura influenza sulla dottrina amministrativistica, tale che, pochi anni or sono, guardando a questi profili nel presentare una raccolta di «*grands arrêts*» dello stesso supremo giudice amministrativo italiano, Sabino Cassese aveva osservato che «così, con *dicta* e discorsi del Consiglio di Stato, si potrebbe scrivere un manuale di diritto amministrativo nel quale non mancherebbe quasi nulla di una ordinaria, ampia trattazione della materia». Orbene, come sappiamo, ciò è stato fatto, dagli stessi Autori di (alcuni di) quei *dicta* e di quei discorsi; e questo lavoro di ricostruzione sistematica ha avuto largo successo, presentando l'indubbio fascino, soprattutto a fini applicativi, della narrazione del «diritto vivente» (intesa questa formula in senso largo) *nell'amministrazione* (e anche *per l'amministrazione*) e mostrando il volto particolarmente accattivante del suo denso profilo empirico. Questa sorta di primato della elaborazione giurisprudenziale, infatti, si alimenta in modo forte della prossimità alla esperienza giuridica concreta, pur avendo saputo mantenere il giudice amministrativo, soprattutto nelle sue pronunce di più ampio respiro e di valenza più generalizzata, quel tanto di distacco dal «fatto» che lo ha messo in condizioni di presentarsi ed operare con la credibilità di chi, a guisa di «*living oracles of the law*» à la Blackstone, pronunciava il diritto attingendo agli elementi più profondi del sapere giuridico. Orbene, in presenza di tali sviluppi, è giusto attraverso la interazione con i saperi diversi dal proprio e da quello costruito nelle aree disciplinari che comunque è più adusa a frequentare che la dottrina amministrativistica può riuscire a riallineare la sua posizione a fronte di quella del giudice-dottore, quindi non per abbandonare il suo compito di elaborazione della dogmatica del diritto amministrativo, ma al contrario per raffinare e rivitalizzare la sua missione, traendo da quella interazione nuovi spunti e impulsi per la riflessione costruttiva sul proprio campo disciplinare; ovvero, se si vuole, per coniugare sapientemente il «pensiero-sistema» con il «pensiero-problema». Ché altrimenti verrebbe a compiersi un'ulteriore condizione di specificità del diritto amministrativo italiano rispetto ad altre esperienze ordinamentali (ma come eventuale fattore di regressione), ove siano da assumere come formulazione di una asserzione con pretesa di portata generale le seguenti parole dell'Autore con cui pure abbiamo iniziato il nostro discorso, E.

L'influenza maggiormente decisiva si nota forse nella sistematizzazione dello studio della nozione di **interesse pubblico**, ad oggi punto centrale del diritto amministrativo brasiliano. In effetti, il contributo più diffusamente accolto e originale della dottrina brasiliana in merito alla teorizzazione del principio dell'interesse pubblico, è accreditata a Celso Antônio Bandeira de Mello, sviluppata inizialmente in occasione di un articolo pubblicato nel 1967³¹. La concezione, ancor oggi alquanto diffusa e benaccetta, è stata elaborata col proposito di conferire una certa unità metodologica e scientifica al diritto amministrativo, sulla base della nozione di regime giuridico amministrativo. I successivi sviluppi della tesi di Celso Antônio Bandeira de Mello, nello specifico a seguito della Costituzione del 1988, fanno trasparire, nitidamente, l'influenza della dottrina italiana, principalmente di quella di Renato Alessi:

“[...] l'interesse pubblico deve essere concepito come interesse risultante dall'insieme degli interessi che gli individui personalmente nutrono, essendo considerati nella loro qualità di membri della Società, e per il semplice fatto di esser tali. [...] Una volta riconosciuto che gli interessi pubblici corrispondono alla dimensione pubblica degli interessi individuali, ovvero che consistono nel complesso degli interessi degli individui come membri partecipi della Società (trasposta in Ente, giuridicamente, attraverso lo Stato), includendovisi il deposito intertemporale di questi stessi interessi, si mette a nudo la circostanza per cui non esiste coincidenza necessaria tra interesse pubblico e interesse dello Stato e delle altre persone di Diritto Pubblico. [...] La distinzione a cui s'è

Schmidt-Assmann: «en suma, pues, no puede decirse que, en la actualidad, la jurisprudencia constituya la fuerza más sobresaliente para el impulso, innovación y transformación del Derecho Administrativo, por más que así lo fuera en el pasado» MASSERA, Op.cit..

31 Per un'analisi completa circa l'evoluzione del tema nella dottrina brasiliana, cfr. HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

appena fatto allusione, tra interessi pubblici propriamente detti - pertanto, interessi primari dello Stato - e interessi secondari, è un passaggio corrente e consolidato nella dottrina italiana, a un tal punto che, oggi, sono pochi i giuristi di quel Paese che si occupano di spiegarli, limitandosi pertanto a farvi menzione quale riferimento a un qualcosa di ovvio, di dominio pubblico. Questa distinzione, peraltro, è esposta con chiarezza esemplare da Renato Alessi, il quale, rifacendosi a lezioni di Carnelutti e Picardi, delucida che gli interessi secondari dello Stato possono essere da esso ricercati solamente quando si rivelino coincidenti con gli interessi primari, pertanto con gli interessi pubblici propriamente detti³².

Secondo la concezione di Giannini, d'altra parte, l'analisi degli interessi pubblici mostra il passaggio dallo Stato Monoclasse allo Stato contemporaneo. Al contempo, l'autore mette in evidenza l'importanza dell'attività amministrativa nel ponderare i molteplici interessi pubblici che incidono nelle situazioni concrete, specificamente nell'esercizio di **competenze discrezionali**³³. Di fatto, un altro rilevante versante dell'influenza italiana sul diritto brasiliano si nota qualora si tratta della delimitazione dell'esercizio della discrezionalità, soprattutto della cosiddetta *discrezionalità tecnica*.

Tradizionalmente, si suole concepire la discrezionalità come facoltà, attribuita alla Pubblica Amministrazione, di apprezzare, al cospetto di una fattispecie concreta, la convenienza e l'opportunità di mettere in atto (o il come,

32 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28.ed. San Paolo: Malheiros, 2011, p.66. Traduzione libera.

33 *"In un modo immaginario, in cui ogni interesse pubblico esistesse solitario, la scelta dell'autorità dovrebbe corrispondere alla soluzione che comporta la massimizzazione di quell'interesse. [...] Un interesse pubblico non esiste mai solitario ma sta insieme ad altri interessi, pubblici collettivi e privati. Chiamiamo primario l'interesse pubblico che un'autorità ha in attribuzione o in competenza, secondari, per quell'autorità, gli altri interessi. Ovviamente ciò che per un'autorità è interesse primario, per un'altra è secondario"* (GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. Vol.2. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1993, p.28)

o quando farlo) una determinata azione o condotta, scegliendo una tra due o più possibilità accolte dal sistema giuridico. È comune giustificare la discrezionalità adducendo argomenti quali: l'impossibilità di stabilire una disciplina esaustiva attraverso la fonte legislativa, per quanto attiene a tutti gli aspetti dell'attività amministrativa; la necessità di flessibilità al fine di soddisfare l'interesse pubblico, che non ammetterebbe formule rigide; la necessità di evitare l'automatismo; e, inoltre, quella di permettere il potere di iniziativa della Pubblica Amministrazione, sempre con l'obiettivo di venire incontro all'interesse pubblico.

L'influenza della dottrina italiana viene riscontrata, principalmente, qualora si tratta di ammettere la differenziazione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, tema di somma importanza per l'analisi dei cosiddetti concetti giuridici indeterminati. Fanno ricorso alla dottrina italiana, in merito a detta tematica, autori come Celso Antônio Bandeira de Mello, Juarez Freitas e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tra gli altri. Secondo Di Pietro:

“Nel diritto italiano, uno degli autori capaci di inquadrare adeguatamente il tema è stato Renato Alessi. Per lui, esistono casi in cui l'apprezzamento dell'interesse pubblico richiede esclusivamente l'utilizzo di criteri amministrativi, ipotesi in cui si configura l'esistenza di discrezionalità amministrativa, come nel caso, ad esempio, in cui si debba concedere una licenza di porto d'armi, una licenza commerciale, un certificato di buona condotta, o si debba applicare una sanzione disciplinare, ecc. E, al contrario, esistono casi in cui la suddetta applicazione richiede l'utilizzazione di criteri tecnici e la risoluzione di questioni di carattere tecnico, le quali dovranno realizzarsi in conformità alle regole e alle conoscenze tecniche, come avviene, ad esempio, qualora si tratti di emettere un'ordinanza di chiusura di locale insalubre [...] In tali casi, la soluzione è diversa a seconda che i concetti tecnici risultino o meno legati a criteri amministrativi. Qualora vi sia il summenzionato vincolo, la Pubblica Amministrazione si produce in un giudizio

di valore; nel caso contrario, no.”³⁴

L'influsso della dottrina italiana è, altresì, nitidamente percepito allorché ci si approccia alla tematica degli elementi dell'atto amministrativo, soprattutto nella dottrina di Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³⁵, successivamente seguita dal figlio, Celso Antônio Bandeira de Mello. Sempre in merito a quest'argomento, Seabra Fagundes, uno dei più prestigiosi autori brasiliani, ricorre alla dottrina di Ranneletti per affrontare la problematica del controllo del merito degli atti amministrativi, più specificatamente per quanto afferisce al controllo dei motivi³⁶.

La presenza della dottrina italiana è sentita fortemente qualora si procede all'analisi del regime giuridico delle **autarchie**. Inizialmente, si sottolinea l'influenza della dottrina italiana di diritto privato – Ferrara e Bonelli – sull'opera pioniera per quanto riguarda la tematica del regime giuridico delle autarchie brasiliane, scritta da Tito Prates da Fonseca³⁷. Celso Antônio Bandeira de Mello, dal canto suo, in una sua opera assai discussa, fa ricorso al pensiero di Zanobini per trattare, tra le altre cose, il concetto di autarchia:

“[...] si può parlare di autarchia solamente in relazione a una persona giuridica, sottoposta al regime amministrativo. In mancanza di ciò, non esiste persona autarchica. Purtroppo,

34 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionarietà amministrativa na Constituição de 1988*. 3.ed. San Paolo, Atlas, 2012, p. 107. L'autrice fa riferimento all'opera di Giannini, che sottolinea la sussistenza di difficoltà per definire con esattezza quali sono le scienze tecniche che permetterebbero alla Pubblica Amministrazione di identificare l'unica soluzione corretta.

35 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Vol.I. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

36 FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3.ed. agg. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

37 FONSECA, Tito Prates da. *Autarquias administrativas*. San Paolo: Livraria Saraiva, 1935.

la dottrina ha, prevalentemente, disdegnato il senso formale di Pubblica Amministrazione. Zanobini, peraltro, si mostrò attento in relazione alla sua esistenza. Egli afferma che, di fianco al concetto soggettivo e a quello oggettivo di Pubblica Amministrazione, ve n'è un terzo: *'quello dell'amministrazione in senso formale, che comprende tutti i provvedimenti aventi l'efficacia propria di atti amministrativi, qualunque sia il loro contenuto e i soggetti da cui sono emanati'* ³⁸.

Inoltre, appare degno di nota il ricorso alla dottrina italiana qualora ci si occupa dei cosiddetti **rapporti di soggezione speciale**, invocati da parte della dottrina per legittimare l'esercizio di una qualche funzione normativa. Tale teoria sostiene che, nell'ambito di rapporti giuridici instaurati dalla Pubblica Amministrazione, dev'essere differenziata la situazione dei cittadini in genere, da quella delle persone fisiche o giuridiche a cui faccia capo un qualche vincolo sulla base di una *relazione giuridica speciale*, qualificata dalla dottrina tedesca come soggezione o dominazione. Viene accreditato a Laband il primo sviluppo della teoria, allora utilizzata per spiegare la relazione dello Stato coi suoi dipendenti. La concezione ha avuto poi ripercussione grazie a Otto Mayer³⁹, per il quale le specie normative derivanti da dette relazioni speciali espletavano esclusivamente efficacia interna, risultando inizialmente inaccessibili al Parlamento e ponendosi, in siffatta maniera, come praticamente "estranee

38 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. San Paolo: Revista dos Tribunais, 1968, p.9. All'interno della stessa opera è ricorrente il riferimento alla dottrina di Renato Alessi Federico Cammeo. Odete Medauar, in uno scritto in cui predominano i riferimenti alla dottrina francese, invoca l'italiano Roversi-Monaco nel trattare la tematica dei cammini della decentralizzazione. (MEDAUAR, Odete. *Controle administrativo das autarquias*. San Paolo: José Bushatsky Editor, 1976).

39 MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán. Parte General*. Buenos Aires: Depalma, 1949.

al diritto". Celso Antônio Bandeira de Mello ricorre ad Alessi e ad altri rinomati autori per, introducendo la teoria in oggetto all'interno del diritto brasiliano, sostenere che nelle relazioni speciali i poteri attivi della Pubblica Amministrazione, specifici e delimitati, sono attinti direttamente dalla legge, e direttamente dalla relazione stessa⁴⁰.

In fin dei conti, il prestigio della dottrina italiana risulta perfettamente visibile qualora si tratta di **procedimento amministrativo**. Oltre alla notevole importanza, per la teoria generale del processo, di autori come Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, gli autori italiani hanno contribuito enormemente allo studio del procedimento amministrativo in prospettiva garantistica. Risulta utile, quale esempio di ciò, la tesi di Romeu Bacellar Filho⁴¹ per cui il procedimento configura requisito essenziale dell'attività statale, dacché è la forma sotto cui si esplicita la competenza. Pertanto, il procedimento, presente in tutte le attività statali, si costituisce in un genere comprensivo della specie processo. Secondo la visione di autori quali Elio Fazzalari e Feliciano Benvenuti, il processo, in questa concezione, si presenta qualora a tale sequenza di atti s'aggiunga la collaborazione di soggetti in contraddittorio⁴². Nella sintesi di Bacellar Filho,

40 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

41 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p.46.

42 Per Fazzalari "il processo è un procedimento a cui partecipano (sono abilitati a partecipare) quei soggetti nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a produrre effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa far venir meno le proprie attività[...] tale struttura consiste nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell'atto finale nella sua fase preparatoria; nella simmetrica parità delle rispettive posizioni; nella mutua implicazione delle loro attività; nella rilevanza delle stesse per l'autore del provvedimento; in modo che ciascuno dei partecipanti al contraddittorio

[...] il processo amministrativo è una forma di esteriorizzazione della funzione amministrativa (procedimento amministrativo) qualificato dalla partecipazione degli interessati in contraddittorio, imposto al cospetto della circostanza per cui si tratta di procedimenti celebrati in fase di preparazione di un qualche provvedimento (atto di potere imperativo per natura e definizione), capace di interferire nella sfera giuridica delle persone.⁴³

L'analisi di detti influssi consentirà di riconoscere la costruzione di un diritto amministrativo dal punto di vista dello Stato, e fondato sulla sua sovranità. In altre parole, il diritto amministrativo brasiliano è strutturato fortemente nella prospettiva del *potere dello Stato*, e non dei diritti fondamentali del cittadino. Questa prospettiva non è passata inosservata a Michelle Carducci, nella sua valutazione circa l'influenza fondamentale esercitata da autori come Alessi e Zanobini:

“Alessi e Zanobini, infatti, profilavano una tendenza dottrinale specificamente ancorata al concetto di Stato e soprattutto all’idea di sovranità come attributo naturale del potere pubblico.

Scriveva Renato Alessi che la esistenza di una funzione amministrativa è essenziale per la esistenza stessa della nozione di Stato. Tuttavia, tale esistenza, secondo l’Autore italiano, non poteva assumersi come sufficiente per affermare la creazione di un diritto amministrativo, inteso come diritto oggettivo. A tal fine, il requisito considerato indispensabile consisteva nella produzione sovrana di norme di soggezione esterna necessarie, e quindi legittime, per il funzionamento dei poteri pubblici. Pertanto, nella sua prospettiva, il diritto amministrativo non poteva coincidere con una qualsiasi interpretazione o descrizione di funzioni pubbliche, ma in una specifica relazione subordinata tra individuo e potere pubblico, con solo

possa esercitare un insieme – cospicuo o modesto, poco importa – di scelte, di reazioni, di controlli, e debba subire i controlli e le reazioni altrui, e che l'autore dell'atto debba, proprio così, dare atto dei suoi risultati”. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. 1.ed. Campinas-SP: Bookseller, 2006, p.119. Traduzione libera.

43 BACELLAR FILHO, 1998, p.46. Nello stesso senso si posiziona Odete Medauar (1993, p.40).

quest'ultimo dotato dell'attributo della sovranità. In altri termini, nella prospettiva di Alessi, diritto amministrativo non poteva che diventare sinonimo di volontà normativa dello Stato verso altri soggetti.

Anche per Guido Zanolini, per poter parlare di diritto amministrativo dovevano concorrere due condizioni specifiche: un'attività amministrativa regolamentata da norme giuridiche dotate di forza esterna; una qualificazione e legittimazione di queste norme in termini differenti da quelle regolatrici di altri tipi di rapporti e altri soggetti, come il diritto privato, il tributario, lo stesso costituzionale. Nella prospettiva di Zanolini, non era il rapporto o il "contatto" tra soggetto e potere a far scaturire fenomeni di diritto amministrativo, bensì la soggezione deliberata a un potere.

Necessità, soggezione, potere, oggettività della norma. Tutte queste figurazioni concettuali arrivano in Italia non solo, come ancora si ripete, per "influenza" francese, ma anche per via del "flusso" delle sistematiche teorie tedesche del diritto pubblico come Staatsrecht, diritto dello Stato.

È proprio questo doppio "flusso" a permettere la edificazione di schemi e sistemi concettuali del diritto amministrativo italiano, sia come diritto oggettivo sia come scienza. "⁴⁴.

Sotto l'influenza di innumerevoli correnti, il diritto amministrativo brasiliano è stato concepito secondo un modello di Stato fondato su diversi e solidi cardini, tra i quali spiccavano: l'affermazione della dicotomia tra Stato e società, con la prevalenza di una visione individualista del mondo, con l'essere umano al centro; la separazione dei poteri quale maniera di limitarli e di garantire la preservazione della libertà individuale, autentica ossessione del periodo; il monismo legislativo, caratterizzato dal monopolio dell'emanazione di norme da parte dello Stato, secondo una struttura centralizzata, senza il riconoscimento di altre fonti ad esso esterne; la centralità e il prestigio della legge, rivelatrice della volontà generale e garanzia di libertà e sicurezza giuridica per i cittadini. Quest'ultima caratteristica merita rilievo, giacché si riteneva che la legge sfiorasse la

44 CARDUCCI, op.cit.

perfezione, “eguagliasse” gli uomini attraverso prescrizioni generali e astratte, e si presentasse altresì come una sorta di schermo protettivo a favore degli individui, contro indebite intromissioni statali. È possibile identificare, in quel periodo, una certa discrepanza tra legge e Costituzione; quest’ultima dovrebbe, sostanzialmente, limitarsi a norme di carattere organizzativo e procedimentale.

La struttura giuridica eretta nello Stato Liberale, peraltro, è insufficiente per la Pubblica Amministrazione attuale – un’Amministrazione vincolata all’effettività dei diritti fondamentali, alla quale si impongono compiti maggiormente ampi, dalla quale si esigono risultati, e che si vede costretta a intervenire nell’attività economica privata e nell’offerta di nuovi servizi pubblici. In virtù di tali ragioni, innumerevoli basi classiche del Diritto Amministrativo sono state oggetto di successive modifiche, che non sono di certo passate inosservate alla dottrina nazionale⁴⁵. Tuttavia, questo affascinante percorso di trasformazione va oltre quelli che sono i limiti del presente articolo.

45 Cfr., tra gli altri, gli studi di Odete Medauar, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Patrícia Baptista e João Batista Gomes Moreira.

Recebido em 06/02/2017.

Aprovado em 08/02/2017.



Fabício Motta

Rua 68 n.727 Centro

74055-100 - Goiania, GO - Brasil

E-mail: fabicio.motta@uol.com.br

