

RIVISTA AMMINISTRATIVA DELLA REGIONE VENETO

INDICE

IVONE CACCIAVILLANI: *In memoria di Feliciano Benvenuti L'avvocato, il giudice, la legge* » 213

CONTRIBUTI AL DIRITTO E ALLA SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE

MARIO BERTOLISSI: *Potere, funzioni e risorse, la «Bassanini», autonomia di carta o carta dell'autonomia?* » 218

VITA E PROBLEMI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

ARMANDO ZANICHELLI - BORIS CAGNIN: *Le «quote latte» una vicenda senza fine?* » 229

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

GIURISPRUDENZA ORDINARIA

ANDREA IREBESCHI: *Le Regole non sono più usi civici* (nota a Commissario Liquidatore Usi Civici per il Veneto, 10 luglio 1999, n. 23) » 241

GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

LUIGI ANNUNZIATA: *Impianti di acquacoltura. è lecito «esportare» il terreno «asportato»?* (nota a T.A.R. Veneto sez. II, ord. 1° luglio 1999, n. 1757) » 253

MARCELLO FRACANZANI: *L'edificabilità in aree soggette a vincolo idraulico* (nota a T.A.R. Veneto, sez. II, 21 luglio 1999, n. 1339) » 259

OSSERVATORI

OSSERVATORIO COMUNITARIO

La legge regionale n. 31 del 9 agosto 1999 (Costituzione dell'Istituto Triveneto di Alta Cultura Europea) » 267

In memoria di Feliciano Benvenuti

L'AVVOCATO, IL GIUDICE E LA LEGGE

La Rivista non può chiudere l'anno della sua dipartita senza un pensiero di affettuosa commemorazione del grande Maestro scomparso; ospite ambito delle nostre pagine, prodigo di consigli e di incoraggiamenti per la nostra iniziativa. Si pensa che il modo migliore per farlo sia trattare di quel tema della «difesa» (del cittadino, delle Amministrazioni, di tutti coloro che vi ricorrevano), nel cui esercizio dava certamente il meglio di sé; ed era incomparabilmente molto

La «giuridicizzazione» del ricordo ancora struggente del Maestro di recente strappatoci, Feliciano Benvenuti, induce naturalmente ad affrontare il tema del ruolo dell'avvocato nel divenire dell'ordinamento, al quale Egli dedicò le pagine forse più profetiche delle sue ultime opere; è un modo di coltivarne la memoria in quella particolare veste di avvocato, che fu forse la più ambita. In ragione dei suoi meriti accademici e delle sue molte presidenze, sono state tenute innumeri commemorazioni, dotte e auliche, ma poche volte s'è sentito parlare dell'avvocato Benvenuti; e che a farlo sia un collega che l'ha frequentato più da avversario che da sodale riesce particolarmente caro e di commosso omaggio alla memoria. Anche ovviamente un discepolo, spero non svagato, e, certo, un Amico, onorato di una dimestichezza durata decenni. In aula fu avversario coriaceo e tenace, rotto a tutti i trucchi del «mestiere», pronto a tutte le eccezioni, anche le più sottili e insidiose, ma sempre nei limiti di una correttezza e lealtà proverbiali. Servitore dell'interesse del cliente ma anche autorevole moderatore dei suoi appetiti. Amava la transazione, magari all'ultimo momento; la preferiva sempre per quella profonda disistima dell'opera dei giudici, che era forse correlata alla coscienza dei propri mezzi scientifici e dialettici. Per questo il suo ricordo induce a qualche considerazione sul ruolo istituzionale dell'avvocato nella vita dell'ordinamento; un ruolo in cui nessuno l'eguagliò. Ed è un modo attivo e propositivo di ricordarlo, che Egli avrebbe certamente preferito.

L'avvocato

Come taluno non mancherà di rilevare, il titolo non è originale, ma riprende quello della commemorazione tenuta, all'Ateneo Veneto, da Virgilio Andrioli, di altro illustre Collega del foro veneziano, Francesco Carnellutti. Solo che per Benvenuti il tema va adattato per trattare dell'avvocato *amministrativista* e della funzione del giudice *amministrativo* di fronte alla legge.

L'avvocato nell'ordinamento

Ambedue questi operatori si muovono in una posizione molto particolare, consentita anche dal fatto che, mancando un codice di procedura amministrativa, il relativo processo diventa il motore dell'evoluzione giuridica; processo nel

saggio
e delle
dove-
3 sem-
nbien-
questa
ce ne

quale la funzione dell'avvocato ha modo di svolgersi con un'ampiezza non consentita a nessun altro ramo dell'ordinamento (civile o penale); donde il carattere eminentemente pretorio della giurisprudenza amministrativa

Alla luce di questa particolarità strutturale della funzione dell'avvocato *amministrativista* e del giudice *amministrativo* va sviluppato il discorso dell'Andrioli, da completare con rilievi di grande interesse, ulteriori rispetto a quel pur magistrale discorso ripreso dalla pressoché totalità delle riviste giuridiche dell'epoca

L'Andrioli analizzò la posizione istituzionale dell'avvocato, del giudice e della legge; una correlazione eminentemente dialettica e strettamente interdipendente

La legge traccia le linee dell'evoluzione dell'ordinamento; con i suoi caratteri di generalità e di novità vuole modificare l'assetto in atto, ritenuto non più rispondente al sentire sociale, sostituendolo con altro più consona e condiviso. Ma la legge introduce soltanto disposizioni; destinate a diventare norme quando, attraverso l'interpretazione, giungono ad avere applicazione

Questa è l'opera del giudice; interpretare sistematicamente la norma con l'immissione nel sistema delle innovazioni e l'espunzione delle disposizioni non più vigenti. È l'applicazione del principio di continuità ed unitarietà dell'ordinamento, assicurato attraverso le regole della successione di leggi sanzionata nell'articolo 15 delle *preleggi* al codice civile (*disposizioni sulla legge in generale*). Ma il giudice non pronuncia mai *ex officio*; l'azione spetta ad un soggetto terzo, l'attore (ricorrente nel processo amministrativo). La domanda dell'attore mira ad applicare al caso concreto le nuove disposizioni per farle diventare norma, regola di condotta e di vita

L'intermediario tra le aspirazioni interessate (se non lo fossero la domanda non sarebbe proponibile) dell'attore e l'operato del giudice è l'avvocato. La sua funzione istituzionale è di raccogliere le spinte dell'interesse del cliente, inquadrarle nel sistema ordinamentale vigente sostenendole avanti al giudice, onde la sua decisione sia conforme ad esse. È fisiologico che, sotto la spinta dell'interesse del cliente, l'avvocato cerchi di forzare l'ordinamento per farvi entrare gli elementi della domanda; ed è fisiologico che il giudice, decidendo su di essa, la depuri degli elementi contingenti e particolari, lasciando filtrare nell'ordinamento solo quelli di carattere generale. Quando essi sono innovativi si avrà quell'evoluzione dell'ordinamento che giunge talora, in ragione della sua novità, ad interessare anche la stessa stampa quotidiana; sono sentenze che fanno notizia come modificatrici del costume

Ma, come rilevava altro grande Maestro, Mario Nigro, dietro ad ogni mutamento di giurisprudenza c'è l'opera di un avvocato, che, andando contro corrente, ha avuto il coraggio (e l'abilità) di sostenere tesi contrastanti con la giurisprudenza imperante, per farle accettare dal giudice con progresso dell'ordinamento nel suo complesso

L'avvocato amministrativista

Questi principi hanno modo di manifestarsi con particolare ed acuita efficacia nell'ambito del diritto amministrativo e del relativo processo, in relazione a due fattori di straordinario stimolo ed interesse: la rapidissima evoluzione della legislazione e la sua rozzezza per non dire arruffata sua formulazione.

Il primo, la rapidità dell'evoluzione, è determinata dalla sensibilità della materia. Il rapporto cittadino - P.A. è stato oggetto, nel corso degli anni Novanta; di mutamenti radicali, prima con l'introduzione della legge generale sul procedimento amministrativo, n. 241 del 1990, poi con la c.d. «Riforma Bassanini»

del 1997-98. A questo si aggiunge l'instabilità del quadro politico e si avrà spiegata la ragione di tanta concitazione legislativa, che impegna l'interprete in vere acrobazie compositive, per individuare qualche linea di sviluppo dell'ordinamento; quella che il Betti definiva l'ideologia della produzione legislativa. In tanta confusione di spinte e contospinte la linea di tendenza seguita dall'evoluzione dell'ordinamento si smarrisce, ed allora l'opera dell'interprete si avvicina a quella dei nominalisti medievali, impegnati a individuare la *coincidentia oppositorum*. Il secondo è un po' causa e un po' effetto del primo: mai tanta necessità di norme interpretative per eliminare difficoltà anche di semplice comprensione della legge. È un effetto a risonanza: le leggi arruffate ed arruffone creano disordini applicativi, ai quali altre leggi ugualmente arruffate ed arruffone dovrebbero porre rimedio.

L'operatore, l'Amministratore pubblico, a qualsiasi livello sia chiamato ad agire, a fronte di tale marasma, cos'altro può fare che affidarsi allo specialista? Ecco il fiorire della *pareristica*, che assorbe in misura crescente l'opera dell'avvocato amministrativista. Ma sono sempre meno *pareri* e sempre più *consulti*. La differenza è sottile ma sostanziale; col parere si chiedono lumi per decidere; col consulto si chiede una decisione motivata da adottare.

Un tempo si soleva chiedere all'avvocato, specie amministrativista, un parere *pro veritate*: fare «il punto» giuridico su una determinata questione per assumere a ragion veduta le decisioni più consone all'interesse perseguito. Richieste che provenivano sia da privati, specie i grandi gruppi imprenditoriali, sia e da ultimo e sempre più frequentemente dalle Amministrazioni pubbliche, specie locali, in relazione anche – per quest'ultime – all'accresciuta mole di competenze, di cui venivano ad essere via via titolari.

Dalla richiesta di orientamento e di consiglio sul da farsi alla delega della decisione da prendere, il passo è breve e la linea di demarcazione – per vero talora impercettibile – viene varcata di frequente anche per scelte di grande momento. Con questo – almeno per il foro veneto, che peraltro venne coinvolto nell'evoluzione dopo esperienze «foreste», specie milanesi e romane – si tornava all'antico, passando dal parere *pro veritate* al *consulto*. Nell'ordinamento veneziano l'unica forma di giurisprudenza nota era quella «consulente»; i *consulti* erano vere proposte di soluzione della controversia, che partivano sì dalle ragioni della parte patrocinata (non *difesa*, funzione che spettava ad una diversa figura professionale, l'avvadore), ma aveva cura di inquadrarle nel sistema generale, attenta ad accogliere anche qualche ragione della controparte per dar parvenza di equità alle scelte proposte. La sentenza del giudice (sempre e solo collegiale, sempre «laico» non professionista) non aveva motivazione, perché si limitava a mutuare le ragioni della soluzione proposta dal consulto della parte vincitrice. Si chiamavano *consulti* e non pareri *pro veritate*. La verità per l'avvocato non esiste; esiste solo l'interesse del cliente da coniugare con le regole del diritto. Ciascun consulto è *vero* sotto l'angolo visuale del cliente a cui serve, mentre l'individuazione di una verità oggettiva non appartiene né alla professione né alla mentalità dell'avvocato, ma all'intervento del giudice.

Su questo ceppo storico s'innesta la nuova figura dell'amministrativista, che non coincide né col consultore dell'epoca veneziana né col consulente che esamina criticamente le varie ipotesi sottoposte dal cliente. Diventa organo decidente dell'Ente, in varie figure operative: da mediatore tra tesi contrapposte in seno ai gruppi politici, a progettista procedimentale (esame della fattibilità giuridica di un progetto o indicazione di un paradigma procedimentale per attuare interventi particolarmente complessi).

Nella prima funzione di mediatore di controversie (interne al collegio, o al gruppo politico o frazionale), l'amministrativista assume un ruolo molto affine a quello del Podestà medievale; un personaggio «foresto», chiamato a far da paciere e da garante dell'equilibrio raggiunto e accettato. Nella seconda funzione assume veste di delegato all'esercizio (sostanziale) della funzione. La complessità dell'ordinamento fa dell'amministrativista un progettista procedimentale; la sua prestazione, molto complessa e specializzata, consiste nel montaggio operativo di istituti spesso eterogenei e di difficile complementarizzazione; attento a prevenire ogni pericolo di contenzioso, che avrebbe effetti nefasti per il solo fatto d'insorgere, stanti i tempi di decisione del giudice amministrativo.

Parallelo a questa figura di consultore e non più di consulente s'è affermata nel campo civilistico quella dell'avvocato d'affari, che opera sostanzialmente come mandatario del cliente in operazioni particolarmente complesse, nelle quali è libero di scegliere il tramite procedimentale da seguire e l'unica valutazione del suo operato sta nel risultato raggiunto.

A questa trasformazione profonda di talune figure professionali forensi corrispondono due altrettanto radicali trasformazioni delle regole del suo esercizio: all'interno attraverso nuove regole di deontologia; all'esterno nel nuovo ruolo assunto dal giudice.

Sul piano deontologico, alle nuove funzioni deve corrispondere l'aggiornamento delle regole dell'agire. Alla grandissima libertà di determinazione anche nel merito deve corrispondere un'altrettanta fedeltà sostanziale all'interesse del cliente. Una fedeltà che sta nel costume di vita, prima che nel comportamento «esterno» dell'avvocato, le cui scelte anche eventualmente erronee possono dipendere dal gioco di circostanze non facilmente prevedibili, e della cui errata previsione non potrebbe comunque essergli fatto carico se non ne sia provata una tal erroneità da far presumere che fossero volute.

Il giudice

Altrettanto rilevante è il mutamento del ruolo del giudice; che è non più quello di decidere la causa, ma quello di deterrente del suo instaurarsi. Una questione che giunge al contenzioso è una questione «persa». Per il solo fatto che venga portata in giudizio è irrimediabilmente compromessa: i tempi di soluzione di una lite giudiziale, quale che ne sia la natura, sono fuori di ogni regola di mercato, contro ogni ipotesi di fattibilità. L'abilità delle nuove figure professionali forensi sta nell'evitare la causa, studiando soluzioni accettabili dalle parti in contrapposizione, quale che ne sia la natura (il partner contrattuale nel privato; gli organi di controllo e le possibili doglianze dei controinteressati nel pubblico). Se si volesse paragonare l'avvocato d'affari in civile e l'amministrativista al nocchiero d'un rimorchiatore impegnato guidare la nave fuori delle acque infide d'un tratto di mare pericoloso, il giudice avrebbe ruolo a metà tra la mina vagante, che il nocchiero deve assolutamente evitare per evitare il naufragio, e di «minaccia incombente», per la possibilità che offre, sia pure a costi diacronici altissimi, di ricondurre in gioco la bilia che ne sia uscita.

La legge

È la variabile più rischiosa, non tanto per la possibilità di mutamento che istituzionalmente presenta nel divenire dell'ordinamento, ma per la sua struttura e tecnica formativa. Le leggi sono sempre più contorte ed arruffate; seguono senz'alcun criterio sistematico e in guisa alluvionale; le «leggi finanziarie», che da anni ormai allietano le feste di fine d'anno, recano centinaia di commi che

modificano altrettante disposizioni precedenti, senz'alcun criterio né logico né sistematico. Nei primi mesi dell'anno, finché le varie fonti di cognizione non hanno diffuso il testo coordinato delle innovazioni della *finanziaria*, ogni operatore corre un altissimo *rischio di cambio* che la legge da usare non sia più quella datagli dalle ordinarie sinossi.

Un secondo elemento di corruzione del sistema è dato proprio dalle fonti di cognizione ormai generalizzate. Gli usuali sistemi automatizzati e informatizzati danno della norma il testo attualmente vigente, coordinato (si spera) con le varie innovazioni intervenute. Con tale sistema di approccio della norma se ne perde la nozione diacronica, l'iter formativo maturato talora attraverso una lunga serie di assestamenti e di continue modifiche; la storia della norma, che è a sua volta - se non tra i primi - criteri interpretativi, attraverso l'identificazione, ancora col *Betti* dell'ideologia della produzione. La nostra scienza giuridica va smarrendo la *ratio* storica della norma, in un appiattimento diacronico che sconfinava nel meccanicismo più banale; dove lo stesso precedente giurisprudenziale, da orientamento nella scelta da adottate, diventa un dato statistico condizionante.

In questo quadro, per larga parte sconsolante, l'avvocato acquista nuovo ruolo maieutico del progresso giuridico. È adagio antico che è il buon avvocato che fa il buon giudice, perché, se l'avvocato non suscita problemi giuridici, il giudice non li potrà mai risolvere e fare opera di progresso giuridico; la stessa funzione giurisprudenziale si avvierà alla *robotizzazione*.

Se fosse consentita una conclusione di tale diagnosi, così apparentemente negativa ma piena di speranza innovatrice, sarebbe la ripresa del detto del Vico, riferito all'avvocato: avvocati vi esorto alla storia (della norma); a studiare la *ratio* del divenire dell'ordinamento per esserne interpreti profetici e non semplici ragionieri delle mutazioni.

IVONE CACCIAVILLANI