

# QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso  
da Magistratura democratica

La giurisdizione plurale:  
giudici e potere amministrativo

2021



# QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

## **Direttore**

Nello Rossi

## **Vice Direttori**

Vincenza (Ezia) Maccora, Rita Sanlorenzo

## **Comitato di redazione**

Maria Acierno, Silvia Albano, Giovanni Armone, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Giuseppe Cascini, Giulio Cataldi, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Mariarosaria Guglielmi, Daniele Mercadante, Gualtiero Michelini, Luca Minniti, Piergiorgio Morosini, Ilario Nasso, Andrea Natale, Luigi Orsi, Marco Patarnello, Carla Ponterio, Gaetano Ruta, Giuseppe Salmè, Enrico Scoditti, Simone Spina, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi, Giovanni (Ciccio) Zaccaro.

## **Comitato scientifico**

Perfecto Andrés Ibáñez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Simone Gaboriau, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Vittorio Manes, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo, Renato Rordorf, Alessandro Simoni.

## **Segreteria di redazione**

Mosè Carrara

## **Service editoriale**

Guaraldi S.r.l. (Via Macanno 38B - 47923 Rimini)

**QUESTIONE GIUSTIZIA** - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583  
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Nello Rossi
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia - Piazza Cavour 00193 - Roma
segreteria di redazione:	Mosè Carrara
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

**I trimestre 2021 - chiuso in redazione in maggio 2021**

# Sommario

<b>Editoriale</b> di <i>Nello Rossi</i>	5
<hr/> <b>La giurisdizione plurale: giudici e potere amministrativo</b> <hr/>	
<b>Introduzione</b> di <i>Enrico Scoditti</i>	8
<b>Il giudice amministrativo fra passato e futuro</b>	
<b>Il giudice amministrativo come risorsa</b> di <i>Giancarlo Montedoro ed Enrico Scoditti</i>	11
<b>Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa</b> di <i>Filippo Patroni Griffi</i>	19
<b>Il giudice amministrativo come risorsa?</b> di <i>Aldo Travi</i>	26
<b>La giustizia amministrativa italiana: una risorsa di qualità tra criticità e nuove prospettive</b> di <i>Marco Lipari</i>	29
<b>La “risorsa” del giudice amministrativo</b> di <i>Maria Alessandra Sandulli</i>	38
<b>Per un giudice amministrativo veramente speciale</b> di <i>Marcello Maria Fracanzani</i>	50
<b>Il giudice amministrativo come risorsa o come problema?</b> di <i>Leonardo Ferrara</i>	58
<b>C’era una volta un re. Postilla a «Il giudice amministrativo come risorsa», di G. Montedoro ed E. Scoditti</b> di <i>Giorgio Costantino</i>	63

## **Unità o pluralità di giurisdizioni?**

**Per una concezione “non proprietaria” della giurisdizione**  
di *Luciano Violante* 69

**Riflessioni sul tema del pluralismo delle giurisdizioni**  
di *Luigi Rovelli* 71

**Il ragno e la tela: note a margine di uno scritto  
di Scoditti e Montedoro sulla pluralità delle giurisdizioni**  
di *Renato Rordorf* 82

**Pluralismo giurisdizionale e situazioni soggettive sostanziali**  
di *Margherita Ramajoli* 86

**Qualche riflessione su pluralità delle giurisdizioni e nomofilachia**  
di *Antonello Cosentino* 96

**Pluralità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele**  
di *Antonio Scarpa* 102

## **Questioni di rapporto fra giurisdizioni**

**Ricostituzione della fiducia e dialogo fra le giurisdizioni**  
di *Alessandro Pajno* 105

**Nomofilachia ed evoluzione giuridica.  
Corti supreme, legalità e riassetamenti post-globalizzazione**  
di *Maria Rosaria Ferrarese* 114

**Riflessioni sparse sul dualismo giurisdizionale non paritario**  
di *Marcello Clarich* 121

**L'invasione della sfera del legislatore come eccesso di potere  
giurisdizionale: una sintetica ricognizione e taluni spunti di riflessione**  
di *Enzo Vincenti* 127

**Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa:  
la trappola della tutela risarcitoria**  
di *Fabio Francario* 133

**La maionese impazzita delle giurisdizioni**  
di *Antonio Lamorgese* 143

**Modelli di responsabilità della pubblica amministrazione  
e riparto di giurisdizione**  
di *Vincenzo Lopilato* 151

## **Quale giudizio amministrativo**

**Giustizia amministrativa e logica del diritto amministrativo  
(anche alla luce della pandemia)**  
di *Giulio Napolitano* 159

<b>Vertice giudiziario, funzione nomofilattica e modello processuale</b> di <i>Dario Simeoli</i>	172
<b>La dimensione soggettiva della giurisdizione amministrativa tra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea</b> di <i>Lucia Gizzi</i>	183
<b>Il punto di vista dei diritti fondamentali</b>	
<b>Spigolature su riparto di giurisdizione e diritti fondamentali</b> di <i>Alberto Giusti</i>	195
<b>I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni</b> di <i>Elisa Scotti</i>	202
<b>Giudice amministrativo e giurisdizione esclusiva sui diritti fondamentali: il caso del sostegno scolastico ai disabili e i dubbi sul criterio di riparto di giurisdizione seguito dalla Cassazione</b> di <i>Riccardo Giani</i>	209
<b>Quale controllo del potere amministrativo</b>	
<b>Attualità e qualità della giustizia amministrativa tra trasformazioni del potere pubblico e strumentazioni processuali</b> di <i>Giuseppe Severini</i>	218
<b>Noterelle sparse su giudice amministrativo e pubblico potere</b> di <i>Marco Bignami</i>	221
<b>L'azione amministrativa e il suo sindacato: brevi riflessioni, in un'epoca di algoritmi e crisi</b> di <i>Diana-Urania Galetta</i>	225
<b>Il possibile contributo della giurisprudenza per una pubblica amministrazione all'altezza del cd. <i>Recovery Fund</i></b> di <i>Lucia Tria</i>	232
<b>Il controllo giurisdizionale delle misure di contrasto all'epidemia Covid-19 in Francia</b> di <i>Jacques Ziller</i>	241
<b>Appendice</b>	
<b>La pretesa di giustizia del diritto: a partire da un recente saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi</b> di <i>Enrico Scoditti</i>	251
<b>Gli autori</b>	

## Il policentrismo giurisdizionale e la coesistenza di sistemi di tutela giurisdizionale diversi ed equiordinati

**1.** La straordinaria ricchezza dei contributi versati in questo numero di *Questione giustizia* e la qualità degli Autori chiamati a raccolta dai Curatori, Giancarlo Montedoro ed Enrico Scoditti, per discutere del rapporto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa sono tali da creare non poche difficoltà a chi ha il compito di scrivere un sia pur breve editoriale di presentazione del volume collettivo offerto ai lettori.

Da qui, comunque, si deve partire: dal carattere “collettivo” della riflessione svolta.

Parlo di una tonalità omogenea che sovrasta i diversi angoli visuali, la pluralità di voci, le differenze nei percorsi argomentativi, e che scaturisce dall’attenzione costantemente rivolta alle trasformazioni dei modi di agire della pubblica amministrazione e ai nuovi bisogni di tutela dei diritti dei cittadini.

In quest’ottica viene ripercorsa la “*turbinosa evoluzione*” della giustizia amministrativa, illustrata nella ricostruzione storica che apre il saggio introduttivo e poi ripresa, come premessa esplicita o tacita, nei successivi contributi.

Ed è ancora questo il taglio con cui viene descritto l’eccezionale ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, divenuto, in una vasta area di controversie nelle quali è parte la pubblica amministrazione, giudice dei diritti, e di diritti fondamentali.

Dall’impetuoso processo, insieme espansivo ed evolutivo, della giurisdizione amministrativa nascono gli interrogativi e i problemi con cui occorre ora misurarsi.

Ha ancora senso riproporre la discussione svolta in passato sulle ragioni della presenza e della persistenza del giudice amministrativo?

E non è ormai definitivamente tramontata la prospettiva di dar vita a una giurisdizione “unica”, in una delle sue molte possibili versioni?

In fondo, l’ultimo tentativo compiuto in questa direzione risale al progetto di revisione costituzionale della Bicamerale, nel quale si prevedeva di ripartire all’interno della giustizia ordinaria l’attività giurisdizionale amministrativa e l’attività giurisdizionale civile e penale come aspetti di un’unica funzione unitariamente individuata.

E, parallelamente, si prefigurava – sul versante delle nomine, dello *status* dei magistrati, dell’autogoverno – un quadro omogeneo di garanzie per le due magistrature che, pur restando distinte per struttura, funzioni e competenze, erano articolate come espressione di un’unica funzione giurisdizionale.

Nella relativa cautela del progetto, che non segnava la scomparsa del giudice amministrativo, si rifletteva già la consapevolezza del ruolo – ineliminabile anche nell’ottica di lungo periodo propria di una revisione della Costituzione – della giustizia amministrativa, in ragione delle sue «*lunghe ascendenze storiche*» e della presa d’atto che essa era «*venuta progressivamente assumendo profili di propria autonomia anche negli ordinamenti degli Stati in cui è più antica la tradizione del giudice unico per la tutela dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*»<sup>1</sup>.

**2.** Oggi, per convinzione profonda, dettata da una nuova analisi della realtà sociale e istituzionale, o per scetticismo sulla possibilità di por mano ad ampi interventi di riforma della Costituzione, la riflessione si dirige verso l’esplorazione dei problemi posti dalla

1. Così G. Gilardi, *Unità della giurisdizione, giudici speciali, giudici specializzati*, nel fascicolo speciale di questa *Rivista* (edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 3/1997, p. 518) intitolato *Giustizia e Bicamerale* e interamente dedicato all’analisi dei diversi aspetti riguardanti la giurisdizione del progetto di revisione costituzionale, con scritti di S. Rodotà, V. Borraccetti, E. Bruti Liberati, G. Gilardi, L. Pepino, N. Rossi.

coesistenza di giudici e di sistemi di tutela giurisdizionali diversi.

Sistemi equiordinati – così come sono equiordinati i diritti soggettivi e gli interessi legittimi in aderenza all'art. 24, primo comma della Costituzione – che danno vita a un pluralismo di giurisdizioni diverso da quello «ereditato dallo Stato amministrativo di diritto» e in grado di rispecchiare «la concezione pluralistica del potere che connota il costituzionalismo contemporaneo»<sup>2</sup>.

Con il corollario di una duplice nomofilachia della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato nei rispettivi ambiti e di una osmosi tra di esse, destinata a svolgersi in condizioni di parità e di reciproca influenza.

Di qui nuove domande e nuovi problemi.

Il “policentrismo giurisdizionale” pone l'esigenza di ripensare le forme e i contenuti del riparto di giurisdizione e, segnatamente, la composizione dell'organo investito di questo delicatissimo compito (ad esempio, immettendo per le questioni di giurisdizione una quota di magistrati amministrativi nel collegio delle sezioni unite della Cassazione)?

E ancora: la rilevata pluralità di centri della giurisdizione reclama nuovi strumenti di collegamento tra di essi e un percorso che conduca a un'etica professionale e a un regime disciplinare comuni dei magistrati ordinari e amministrativi?

Nella dialettica a distanza che si sviluppa tra i diversi Autori, il lettore attento troverà importanti risposte a questi interrogativi e, insieme, obiezioni significative alle soluzioni proposte; risposte e obiezioni che, per ricchezza di argomenti e molteplicità di sfumature, non possono essere oggetto di una sintesi che risulterebbe inevitabilmente riduttiva e infedele, e che rimandano per essere approfondite alla lettura dei singoli saggi.

**3.** Infine è inutile nascondersi che, nel quadro così delineato, il differente profilo ordinamentale dei due giudici – ordinario e amministrativo – resta un tema aperto e difficile, reso particolarmente complicato dalle ultime vicende che hanno investito il Consiglio superiore della magistratura.

Su questo versante, i due sistemi ordinamentali a confronto appaiono entrambi incrinati, l'uno da recenti fattori di crisi, l'altro da risalenti manchevolezze.

Da un lato sta il giudice ordinario, che – per cadute etiche, condotte devianti e inadeguatezze della sua attuale cultura istituzionale – sta purtroppo dando prova, in più occasioni, di non essere all'altezza dello straordinario “dono” ricevuto dal Costituente.

Chi scrive, infatti, non crede all'opinione, pure da molti oggi condivisa, che i Padri costituenti volessero un governo autonomo (non meramente corporativo) della magistratura solo come efficace “scudo” per la sua indipendenza.

Al contrario, l'assetto costituzionale del Consiglio superiore disegnato dalla Costituzione – con la sua netta opzione in favore di un modello di democrazia rappresentativa integrato e temperato dalla presenza di rappresentati qualificati eletti dal Parlamento – ha rappresentato uno straordinario e coraggioso esperimento di “democrazia nell'amministrazione”.

Esperimento destinato non solo a liberare i magistrati dal “tormento dell'eteronomia”<sup>3</sup>, che tanti guasti e storture aveva prodotto durante il fascismo, ma anche a consentire che la magistratura potesse affrontare le moltissime questioni (a volte minute, mai piccole) del suo assetto organizzativo e della vita professionale dei magistrati attraverso una applicazione del diritto scaturente dalla discussione e dal confronto in seno a un organo collegiale a composizione mista.

Impostazione, questa, che non può essere abbandonata o alterata con leggerezza, in ragione di errori o abusi dei singoli e di prassi negative affermatesi nel Csm, ma che reclama di essere rivitalizzata e rilanciata in considerazione del bilancio storico complessivamente positivo che essa può tuttora esibire.

Dall'altro lato sta il giudice amministrativo, con il suo statuto ancora carente e imperfetto sotto molteplici profili: l'assenza di tipizzazione degli illeciti disciplinari; la commistione, nella figura del presidente del Consiglio di Stato, della titolarità dell'azione disciplinare e del ruolo di presidente del Collegio di Presidenza, operante in veste di giudice disciplinare; la confusione di compiti istruttori e di giudizio nell'ambito della Commissione deputata a compiere gli accertamenti preliminari; il regime di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo delle sanzioni disciplinari. Per non parlare della quota di magistrati nominati dal Governo e del regime degli incarichi extragiudiziari.

Si tratta di differenze rilevanti, di cui è auspicabile un rapido superamento, che non rappresentano

2. In questi termini G. Montedoro ed E. Scoditti, nel saggio introduttivo di questo numero della Trimestrale, *Il giudice amministrativo come risorsa*.

3. L'espressione, riferita alla democrazia della legislazione, è del Kelsen studioso della politica, *La democrazia*, (ed. it.: Il Mulino, Bologna, 1984). Ai complessi e problematici rapporti tra democrazia della legislazione e democrazia dell'esecuzione, includente la giurisdizione, è dedicato, nel volume citato, il capitolo «L'amministrazione», pp. 117-125.

però un ostacolo insormontabile al necessario avvicinamento del modo di operare dei due giudici e all'armonica coesistenza dei differenti modelli di giurisdizione.

Certo, sino a qualche anno fa, una magistratura ordinaria "orgogliosa" avrebbe potuto indicare senza esitazioni il suo assetto come un modello da seguire, mentre oggi tutto è divenuto più problematico e confuso.

Ma è ancora ai cardini organizzativi di una magistratura realmente indipendente e capace di governarsi fissati dalla Costituzione che debbono rimanere agganciati i progetti di rinnovamento degli ordinamenti delle diverse magistrature che concorrono, con la loro azione, a rendere effettiva la tutela giurisdizionale dei diritti.

*Nello Rossi*

Maggio 2021



# Introduzione

di *Enrico Scoditti*

Dopo circa sei anni la Rivista Trimestrale di *Questione giustizia* torna al tema del giudice amministrativo. La prospettiva adottata dal fascicolo n. 3 del 2015 era quella dell'unitarietà della giurisdizione, coerentemente del resto alla tradizione di questa rivista, da sempre attenta all'unitarietà quale valore da perseguire. Questa volta l'impostazione del fascicolo è più problematica, perché apre alla discussione sulle diverse prospettive, sulla base della sollecitazione proveniente dallo scritto a quattro mani che per l'occasione viene ripubblicato all'inizio del numero. Gli interventi che seguono, raccolti con il contributo competente ed esperto di Giancarlo Montedoro, mirano a evidenziare i diversi punti di vista che vengono in gioco. Il fascicolo, in realtà, va oltre il dilemma "unità o pluralità" delle giurisdizioni e tenta di fornire una visione di più largo spettro sul giudice amministrativo.

Sulla questione dell'unitarietà delle giurisdizioni, il dibattito non è riducibile a due posizioni, i favorevoli e i contrari, perché vi sono una serie di graduazioni derivanti dalla circostanza che in gioco non c'è solo una tradizione secolare, ma anche e soprattutto l'assetto costituzionale. Un punto deve, tuttavia, essere chiaro: la giustificazione della conservazione della pluralità delle giurisdizioni non può riposare sull'eredità della storia. La giustizia amministrativa è sorta nel 1889, con l'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato quale organo giurisdizionale, per la tutela dei "diritti minori" di fronte al privilegio, conferito all'amministrazione, di modificare unilateralmente le situazioni soggettive dei privati, facendo valere le proprie pretese senza una previa verifica giudiziale (cd. imperatività del provvedimento amministrativo). Gli organi di giustizia amministrativa entrano nella Costituzione con questo marchio di origine. Il pluralismo di giurisdizioni, se deve oggi essere mantenuto, va emancipato da quella genesi storica e va iscritto nel costituzionalismo contemporaneo, la cui cifra è quella del pluralismo istituzionale. Il potere contemporaneo non è solo democratico, è anche

plurale, e tale pluralismo si proietta sull'intero spettro dell'organizzazione istituzionale, e dunque anche sugli apparati della giurisdizione. Si può anzi dire che è il pluralismo, oggi, il vero precipitato del costituzionalismo liberale che dette i natali alla quarta sezione del Consiglio di Stato.

Proprio l'iscrizione nel costituzionalismo contemporaneo del pluralismo giurisdizionale comporta, poi, la necessità della piena costituzionalizzazione dell'ordinamento della magistratura amministrativa, con il conseguimento degli *standard* di autonomia e indipendenza che la Costituzione prefigura all'art. 104 per la magistratura ordinaria. Inoltre, il punto di vista del pluralismo istituzionale, quale chiave del pluralismo delle giurisdizioni, non lascia insensibili gli altri soggetti del pluralismo, e in particolare la Corte di cassazione. In un quadro pluralistico non può non essere preso alla lettera il settimo comma dell'art. 111 della Costituzione, nel quale la Cassazione viene a costituire un soggetto ulteriore, e quindi terzo, rispetto agli organi giurisdizionali ordinari e speciali. La norma costituzionale individua qui il momento di ricomposizione del sistema pluralistico, identificando la Cassazione come funzione e non plesso giurisdizionale, quale Corte che svolge, a differenza degli altri organi giurisdizionali anche di vertice, un sindacato di pura legittimità. L'identificazione dell'organo in base alla funzione, che è quella di giudice degli atti giurisdizionali, spoglia la Cassazione, limitatamente alla regola generale del settimo comma (e all'eccezione contemplata dal comma successivo), della sua natura di giudice ordinario. Sono molte le conseguenze che potrebbero ricavarci da questa conclusione. Di certo va superata la vecchia tesi che spiega l'assegnazione alla Corte di cassazione del compito di giudice del riparto di giurisdizione con l'argomento della riserva, alla giurisdizione ordinaria, del compito in discorso perché il giudizio sulla giurisdizione sarebbe un giudizio sui limiti dei diritti soggettivi. Non c'è solo l'equordinazione di diritti soggetti e interessi legittimi nel sistema costituzionale (art. 24, comma 1), entrambi

proiezione più o meno intensa di diritti fondamentali alla stessa maniera, a imporre il superamento di tale tesi, ma anche la terzietà della Cassazione, adottando una visione pluralistica, rispetto al tronco della giustizia ordinaria da cui proviene.

Spostando il quadro all'interno della giurisdizione amministrativa, non può sfuggire il profondo cambiamento che da qualche tempo è in corso. Il riferimento non è qui solo al mutamento del volto costituzionale del giudice amministrativo, ormai giudice che ha cognizione dei diritti soggettivi nel larghissimo fronte della giurisdizione esclusiva, anche laddove siano in gioco direttamente diritti fondamentali, ma anche all'evoluzione della logica del giudizio amministrativo, «da strumento di garanzia della legalità dell'azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali» (Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321), secondo un *topos* ormai largamente diffuso. Eppure, ancora fino a pochi anni fa l'adunanza plenaria, limitando la portata del principio dispositivo, riconosceva che sullo sfondo del processo amministrativo restava l'interesse generale dell'intera collettività «ad una corretta gestione della cosa pubblica» (Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5). Forse l'evoluzione della giustizia amministrativa non si è ancora compiuta, e il passaggio dall'ottica oggettiva del controllo della legalità dell'azione amministrativa a quella soggettiva della tutela della pretesa sostanziale del privato è soltanto uno *step* verso uno stadio ulteriore. Fra la concezione oggettiva del giudizio amministrativo e quella soggettiva può farsi spazio infatti una terza concezione, quella della «tutela della giustizia nell'amministrazione» (art. 100 Cost.). Spinge in questa direzione l'utilizzo sempre più diffuso del principio di proporzionalità quale canone di controllo dell'esercizio del potere autoritativo (da ultimo, ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 24 marzo 2020, n. 2061). Giustizia nell'amministrazione è *giusta* proporzione nel rapporto a somma zero che ricorre fra l'interesse pubblico e quello privato. Anche l'amministrazione, con l'adozione del provvedimento, produce diritto e incrementa l'ordinamento giuridico. Alla produzione giuridica è immanente la pretesa di giustizia (su cui si veda il contributo di chi scrive in appendice a questo fascicolo). Compito del giudice amministrativo è accertare se quella pretesa sia stata soddisfatta. Si tratta di una chiave di lettura che non corrisponde né alla mera garanzia della legalità dell'azione amministrativa, né alla semplice tutela della pretesa sostanziale, isolatamente prese. Piuttosto, la giustizia nell'amministrazione sembra ricomprendere, all'interno di una visione unitaria, sia la dimensione oggettiva che quella soggettiva del giudizio amministrativo.

L'attenzione alla concezione di fondo è importante, perché la giustizia amministrativa si trova in un momento delicato sul piano identitario. Due visioni sembrano essere in campo.

Da una parte, la tendenza all'inquadramento dell'esercizio del potere amministrativo nelle maglie del diritto comune attraverso l'estensione del canone civilistico della buona fede anche all'attività autoritativa (in questa direzione Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5 e, più di recente, Cons. Stato, sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237), tendenza che è riemersa nel deferimento da parte del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana all'adunanza plenaria della questione della natura della responsabilità della pubblica amministrazione per violazione degli interessi legittimi. La questione è stata sollevata con una chiara opzione in favore della responsabilità contrattuale cd. da contatto sociale. Una tendenza di questo tipo lascia aperto il seguente interrogativo: come conciliare l'utilizzo delle categorie del diritto civile con la deroga al diritto comune che si compie mediante l'esercizio del potere attribuito dalla norma?

Dall'altra parte, la visione tradizionale riemersa nella recente risposta che è pervenuta dall'adunanza plenaria al Consiglio di giustizia amministrativa (Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7): l'asimmetria di posizioni che caratterizza l'esercizio unilaterale del potere nell'interesse pubblico è incompatibile con l'obbligazione di diritto civile e dunque la responsabilità è da illecito aquiliano, che prescinde dalla previa esistenza di un rapporto obbligatorio.

La giustizia amministrativa è probabilmente ad un bivio: spingere nella direzione della civilizzazione del potere amministrativo oppure puntare a una combinazione di modernità e tradizione. La via della civilizzazione, se seguita in modo rigoroso, può sollevare una questione d'identità e di senso della giustizia amministrativa. Scegliere il secondo corno dell'alternativa implica tenere insieme la modernità di un giudice amministrativo ormai garante dei diritti fondamentali nelle materie di giurisdizione esclusiva con la tradizione di un controllo giurisdizionale la cui maggiore incisività rispetto al diritto comune paritario si coglie «sotto il profilo della valutazione dell'effettiva funzionalizzazione dell'attività, che implica, tra l'altro, anche la considerazione dei motivi che spingono l'azione della pubblica amministrazione» (Cons. Stato, sez. IV, 3 maggio 2011, n. 2618). L'interesse legittimo, quale svolgimento rovesciato del potere, resta di quest'ultimo ancora un formidabile punto di vista critico.

Il diritto amministrativo, a differenza del diritto comune, che è il diritto degli eguali (salvo discipline speciali come quelle dei rapporti di lavoro o dei rapporti di consumo), presuppone l'asimmetria di

potere fra amministrazione e privato ed appresta gli strumenti necessari per la tutela rispetto all'esercizio sproporzionato del potere. Il giudice amministrativo è il giudice di un rapporto di potere, non di una relazione fra eguali, quale quella che viene in rilievo quando l'amministrazione segue moduli convenzionali – art. 11 della legge n. 241/ 1990, che non a caso richiama (ma solo «in quanto compatibili») i principi del codice civile. La buona fede che l'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo menziona, quale forma del rapporto fra cittadino e pubblica amministrazione unitamente alla collaborazione, corrisponde non alla regola di diritto civile, ma a un principio generale dell'ordinamento che ha la funzione, al pari della collaborazione, di modellare l'esercizio del potere. Dato il principio di autonomia privata, il giudice ordinario non tutela la giustizia nel contratto, salvi i casi previsti dall'ordinamento (come la lesione *ultra dimidium* del contratto concluso con approfittamento dell'altrui stato di bisogno o l'eccessiva onerosità sopravvenuta), benché la questione dei margini di intervento giudiziale sul negozio in funzione di riequilibrio delle prestazioni sia oggi ampiamente dibattuta. Viceversa il giudice amministrativo, stante l'asimmetria di potere fra amministrazione e privato, è organo «di tutela della giustizia nell'amministrazione» (art. 100 Cost.), con possibilità quindi di penetrazione nel merito in una misura che al giudice dei diritti soggettivi non è consentita. L'asimmetria di potere non si ricompone con un diritto paritario ma, come insegna la vicenda ultracinquantennale del diritto del lavoro, mediante un diritto diseguale che assuma e faccia propria quell'asimmetria. Il vecchio e blasonato interesse legittimo ha dunque ancora molto da dirci.

Avviamoci alla conclusione. In uno degli scritti di questo fascicolo si fa valere una concezione non proprietaria della giurisdizione. È un monito diretto ai soggetti del pluralismo giurisdizionale affinché non si concepiscano come proprietari della giurisdizione.

Si può forse allargare l'orizzonte dell'esortazione e chiedere alla giurisdizione nel suo complesso di non sentirsi proprietaria del diritto. Intercettiamo a questa altezza la sfida del tempo che verrà dopo la pandemia.

Il Covid-19 ha realizzato una nuova unificazione del genere umano. Sembra qui avverarsi la profezia di Giacomo Leopardi nello *Zibaldone* e poi, soprattutto, nella *Ginestra*: ciò che può ricomporre e unificare l'umanità divisa è l'odio verso una natura nemica e vera origine dell'infelicità. Contro «l'empia natura» è data oggi la possibilità di una nuova «social catena». Mai come nella seconda metà del Novecento l'Europa ha vissuto l'esperienza della socializzazione dell'infelicità. Il diritto ha rappresentato l'anello essenziale di questa nuova socialità. L'ingresso in una Costituzione, come quella italiana, del conflitto sociale (attraverso la porta dell'art. 3 capoverso), muta radicalmente il volto del diritto. Grazie alla moderna Costituzione, il giuridico non è più solo garanzia dell'ordine oggettivo dei rapporti affidata alla giurisdizione, ma è anche veicolo di trasformazione sociale, affidata ai disegni del legislatore. La potenza del diritto si dispiega non solo dal punto di vista passivo della preservazione delle situazioni soggettive, ma anche da quello attivo dell'instaurazione di nuovi ordini sociali. Il diritto è ad un tempo limite e dispiegamento della forza: è questa la *felix culpa* del costituzionalismo democratico novecentesco. Nell'immaginario collettivo degli ultimi decenni è cresciuta l'immagine del giudice tutore dei diritti. A questa immagine ha corrisposto un progresso irrinunciabile della civiltà del diritto e vi corrisponde inoltre l'esigenza sempre viva e inestinguibile della garanzia dei diritti. È bene, però, che quell'immagine oggi non monopolizzi l'intero campo dell'esperienza giuridica, che abbandoni un certo titanismo che talvolta l'ha accompagnata e che lasci spazio al ritorno finalmente della grande politica, produttrice di diritto in grado di ridisegnare una società a misura di Costituzione.

## Il giudice amministrativo come risorsa\*

di Giancarlo Montedoro ed Enrico Scoditti

Il pluralismo delle giurisdizioni è oggi, dopo una lunga vicenda storica, espressione del volto pluralistico del costituzionalismo contemporaneo: gli Autori delineano il quadro dei mutamenti intervenuti nella giurisdizione amministrativa e quello delle prospettive future, nel contesto del rapporto giurisprudenziale e istituzionale con la Corte di cassazione e con lo sguardo al più vasto orizzonte storico che il post-pandemia prepara.

**1. Una premessa storica / 2. Pluralismo delle giurisdizioni e costituzionalismo contemporaneo / 3. Argomenti per un nuovo “concordato giurisprudenziale” / 4. Il capitolo dell’ordinamento della magistratura amministrativa / 5. Il nuovo scenario del sindacato sul potere amministrativo / 6. Una comune cultura della giurisdizione per le magistrature**

### 1. Una premessa storica

Il passaggio pandemico acuisce contraddizioni sociali ed evidenzia debolezze della struttura dello Stato italiano che non sono nate ieri.

Si impone quindi una riflessione aggiornata sullo Stato sociale italiano, sui suoi punti di forza e sulle sue fragilità, che, per quanto riguarda chi svolge funzioni giudiziarie, inevitabilmente finisce con l’intrecciarsi nuovamente con il tema della struttura pluralistica del sistema giurisdizionale disegnata dalla Carta fondamentale e fonte di un risalente e, forse, ormai superato dibattito fra i fautori dell’unità della giurisdizione (segnatamente, nell’accademia, soprattutto la scuola fiorentina) e i sostenitori della ricchezza di un modello non monista che avrebbe le sue ragioni nello Stato sociale pluriclasse.

Forse sarebbe l’ora di concentrare lo sforzo teorico su una visione della giurisdizione amministrativa

come risorsa dello Stato italiano, che spetta anche alla Corte di cassazione valorizzare e opportunamente definire nell’esercizio del sindacato di cui all’art. 111, ultimo comma, Cost.

Per tracciare le coordinate di una problematica come questa occorre tuttavia fare un po’ di storia a partire dalla nascita del Consiglio di Stato, organo preunitario rivelatosi capace di molti adattamenti, dall’originaria funzione politica di Consiglio del Re all’attuale configurazione di organo tecnico di natura giurisdizionale. La nascita del Consiglio di Stato va riportata quindi, più che ad antichi istituti di giustizia ritenuta del sovrano, legati alle istituzioni francesi e introdotti in Italia dal modello napoleonico, alla sua natura di Consiglio del Re.

Per comprendere invece la nascita della giurisdizione amministrativa, rileva in particolare il dibattito preunitario sull’essenzialità dell’amministrazione dalla giurisdizione tipica dei ducati di Modena e del

\* L’articolo è stato pubblicato, quale apertura della discussione sul tema di questo fascicolo, su questa *Rivista online*, nella sezione *Leggi e istituzioni*, l’11 dicembre 2020 – [www.questionegiustizia.it/articolo/il-giudice-amministrativo-come-risorsa](http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-giudice-amministrativo-come-risorsa).

Lombardo-Veneto, sul sistema della giurisdizione unica adottato nel Granducato di Toscana, e sul sistema del contenzioso amministrativo del Ducato di Parma, del Regno delle due Sicilie, del Piemonte e dello Stato Pontificio. Un dibattito incentrato sul rapporto fra giudici e amministrazione.

Sappiamo che in un primo momento prevalse il sistema della giurisdizione unica, fortemente voluto dai liberali (Minghetti, Peruzzi e Mancini), sulle diverse opzioni tese al perfezionamento del contenzioso amministrativo o alla creazione di una Corte suprema del contenzioso amministrativo. La legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, tuttora vigente e detta appunto legge abolitrice del contenzioso amministrativo, 1) abolì i tribunali speciali del contenzioso amministrativo; 2) decise di devolvere al giudice ordinario tutte le materie nelle quali si facesse questione di un diritto civile o politico, comunque potesse essere interessata la pubblica amministrazione, ancorché fossero emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa; 3) attribuì alle autorità amministrative gli affari non compresi, ossia le questioni non inerenti un diritto civile o politico per una definizione in contraddittorio con gli interessati; 4) in caso di contestazione su un atto amministrativo, limitò il potere del tribunale di conoscere tale atto solo in relazione agli effetti prodotti nel concreto giudizio; 5) demandò all'autorità amministrativa il potere di revoca o annullamento degli atti in relazione all'esigenza di conformarsi al giudicato dei tribunali ordinari; 6) fece obbligo al giudice ordinario di applicare al caso controverso solo gli atti amministrativi e i regolamenti conformi a legge.

Il sistema tutelava solo i diritti perfetti, rimanevano senza tutela giurisdizionale gli "affari non compresi". L'ingerenza dei partiti nelle attività amministrative determinò la denuncia di Silvio Spaventa, fatta a Bergamo nel 1880, con il discorso «La giustizia nell'amministrazione», tradizionalmente considerato atto fondativo della giurisdizione amministrativa. A questa denuncia seguì la legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato: è qui che il Consiglio di Stato, ormai tecnicizzato per la nascita della monarchia costituzionale, incontra la giurisdizione. Originariamente non vista come un vero e proprio organo giurisdizionale, la quarta sezione viene poi invece considerata un giudice, avente potere di «decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o enti morali o giuridici quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria (...)». La legge 7 marzo 1907, n. 62 consacrò la natura giurisdizionale della quarta sezione e istituì la

quinta sezione, che aveva competenza estesa al merito amministrativo. Il d.lgs 5 maggio 1948, n. 642 istituì la sesta sezione del Consiglio di Stato: ormai tutte le sezioni avevano competenze identiche.

Al momento dell'entrata in vigore della Costituzione, la giurisdizione nelle cause in cui fosse parte una pubblica amministrazione era divisa fra giurisdizione su diritti spettante all'autorità giudiziaria ordinaria e giurisdizione sugli interessi spettante al giudice amministrativo. Per materie tassativamente indicate, delle quali l'unica di rilievo era la materia del pubblico impiego, la giurisdizione del giudice amministrativo era estesa ai diritti, avendosi la cosiddetta giurisdizione esclusiva.

La Costituzione repubblicana ha attribuito rilevanza costituzionale alla distinzione fra diritti e interessi (artt. 24, 103 e 113 Cost.); ha concentrato la tutela degli interessi legittimi nel Consiglio di Stato (art. 103 Cost.) e, in primo grado, negli organi di giustizia amministrativa istituiti (dalla legge statale) nelle Regioni (tribunali amministrativi regionali – art. 125 Cost.); ha garantito l'indipendenza del Consiglio di Stato e dei suoi componenti nei confronti del Governo (art. 100 Cost.); ha previsto che le norme su ogni magistratura siano disposte con legge, assicurando l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali (art. 108 Cost.), e ha chiuso il sistema ponendo il divieto di istituzione di giudici speciali (art. 102 Cost.). Non ha previsto la revisione del Consiglio di Stato, a differenza di altri organi speciali di giurisdizione (disp. VI finale e transitoria).

L'evoluzione degli organi della giustizia amministrativa nella storia repubblicana è poi coincisa con la vicenda della straordinaria dilatazione della giurisdizione esclusiva, in parallelo all'affermazione della responsabilità della pubblica amministrazione per violazione di interessi legittimi pretensivi, inaugurata da Cass., sez. unite, n. 500 del 1999, seguita dalla devoluzione della giurisdizione su tale rimedio al giudice amministrativo, sul presupposto che si tratti di una forma di tutela dell'interesse legittimo, eventuale e residuale, anche se autonomamente azionabile, a partire dal codice del processo amministrativo.

## 2. Pluralismo delle giurisdizioni e costituzionalismo contemporaneo

Molti sono i problemi rimasti aperti in questa turbolenta evoluzione.

Innanzitutto le ragioni della presenza del giudice amministrativo, originariamente contestata da Calamandrei, si sono fatte più chiare e ormai storicamente indiscutibili: è un giudice posto a tutela, nel medesimo tempo, dell'autonomia e della legalità dell'amministrazione (intesa come tutela soggettiva, jheringiana,



liberale, che richiede un soggetto attivo che reagisca contro il provvedimento amministrativo), è un giudice che troviamo in buona parte dell'Europa continentale (sia pure con criteri diversi di riparto) e anche ormai nei Paesi anglosassoni, stante l'evoluzione degli *administrative tribunals* britannici. Questo richiederebbe un passo in avanti nell'analisi, passando da una prospettiva radicalmente critica del modello di pluralità di giurisdizioni a un punto di vista costruttivo che, muovendo dal modello costituzionale, veda il giudice amministrativo come una risorsa.

L'art. 24, comma 1, Cost. («Tutti possono agire in giudizio per la tutela di propri diritti e interessi legittimi»), quale vera *grundnorm* del sistema giurisdizionale, introduce la piena equiordinazione di diritti soggettivi e interessi legittimi. Tale equiordinazione fonda quella dei sistemi di tutela, altrimenti l'una posizione soggettiva sarebbe in una condizione peggiore rispetto all'altra. Non c'è alcuna gerarchia fra diritti e interessi perché entrambi non sono altro che tecniche apprestate dall'ordinamento per la tutela in forma specifica di beni della vita, i quali a loro volta sono l'esito, in modo più o meno prossimo, del bilanciamento di principi costituzionali. Alla luce del moderno costituzionalismo per principi non ha senso discorrere di incomprimibilità dei diritti fondamentali: anche gli interessi legittimi, in base allo specifico bilanciamento fra principi che presiede alla norma attributiva del potere, partecipano della tutela di posizioni soggettive riconducibili ai diritti fondamentali.

La distinzione dei sistemi di tutela giurisdizionali, quale specchio della duplicità diritti/interessi, entra così nella Costituzione del '48. Le costituzioni vivono tuttavia attraverso le politiche costituzionali, quel complesso cioè di attività imputabili alla giurisprudenza (costituzionale e comune), alla legislazione ordinaria e in genere alle convenzioni costituzionali. Sono parte di quelle politiche anche le interazioni con gli ordinamenti sovranazionali e internazionali. Il nostro modello costituzionale, sorto sul tronco della tradizione europeo-continentale monistica e incentrata sul primato del potere legislativo, ha ormai acquistato il volto della concezione pluralistica del potere che connota il costituzionalismo contemporaneo. Fenomeni come quello delle autorità regolatorie indipendenti sono il sintomo dell'ingresso nell'universo del potere frammentato, raffigurabile come una tela senza ragnò al centro e tenuto insieme dall'ordinamento costituzionale dei poteri. Il pluralismo di giurisdizioni, ereditato dallo Stato amministrativo di diritto, acquista un nuovo significato alla luce del volto del costituzionalismo contemporaneo.

L'esercizio policentrico della giurisdizione è espressione di un assetto di *separated institutions sharing power* che non ha nulla delle retoriche post-

moderne sull'assenza del principio gerarchico, ma è frammentazione del potere tenuta insieme dai congegni che l'ordine costituzionale configura. Il policentrismo giurisdizionale italiano si ricompone sul piano funzionale nella regola di riparto, ovvero sui limiti della giurisdizione, dettata dalla Corte di cassazione quale giudice che la Costituzione disegna come giudice del provvedimento giurisdizionale e non del rapporto controverso. L'ultimo comma dell'articolo 111 fa della Corte di cassazione il giudice della giurisdizione perché il comma precedente disegna la Corte, e solo essa, come giudice di legittimità. Quando regola la giurisdizione, la Corte di Cassazione si spoglia della sua natura di giudice ordinario e assolve una prestazione che il sistema le attribuisce per la sua natura di giudice del provvedimento giurisdizionale e non del rapporto.

Il frazionamento della funzione giurisdizionale in una pluralità di centri non richiede che si abbandoni l'attributo di "ordinario" del giudice dei diritti soggettivi, come da taluno è stato proposto. La definizione di "ordinario" discende dalla peculiare natura dei diritti soggettivi i quali, a differenza degli interessi legittimi, possono essere direttamente desunti dalla Costituzione ove manchi una fattispecie legislativa, mentre gli interessi postulano la presenza della norma (ordinaria) attributiva del potere. È l'originarietà dei diritti, i quali possono essere identificati anche in mancanza di una norma legislativa, a fondare l'"ordinarietà" del giudice preposto alla loro tutela.

### 3. Argomenti per un nuovo "concordato giurisprudenziale"

Le politiche costituzionali, per come sopra definite, hanno lasciato il segno negli ultimi decenni soprattutto sull'art. 103 Cost., nella parte in cui attribuisce al giudice amministrativo, in particolari materie, la giurisdizione anche sui diritti soggettivi. Il Costituyente aveva di fronte la marginalità ed eccezionalità delle materie di giurisdizione esclusiva. Oggi l'art. 133 cpa delinea un'imponente, per qualità e quantità, estensione delle materie di giurisdizione esclusiva. Nei limiti in cui è consentito l'uso dell'espressione "mutamento costituzionale materiale", di questo processo sono stati protagonisti, con riferimento alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il legislatore ordinario e il giudice costituzionale. I richiami nel codice del processo amministrativo alla cognizione del giudice anche sui «diritti fondamentali della persona» o «altri beni di primario rilievo costituzionale» (art. 55) e i «diritti costituzionalmente tutelati» (art. 133, lett. p), richiami già anticipati dalla giurisprudenza costituzionale e comune, disegnano

un volto della giurisdizione amministrativa non più circoscrivibile al sindacato sull'atto (*rectius* rapporto) amministrativo. Il giudice amministrativo, per una parte significativa di controversie in cui è parte la pubblica amministrazione, è ormai giudice dei diritti.

Le controversie su diritti rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sono controversie su diritti soggettivi in senso tecnico. La riconducibilità mediata all'esercizio del potere degli atti o comportamenti della pubblica amministrazione che ricadono in tali controversie, secondo la descrizione contenuta nell'art. 7 cpa, delinea un quadro, sostanziale e processuale, in base al quale il rapporto amministrativo costituisce un elemento esterno rispetto al rapporto di diritto comune, dedotto in giudizio, e tuttavia in relazione di pregiudizialità (tecnica) rispetto a quest'ultimo. La collocazione del rapporto amministrativo rispetto a quello di diritto comune è la stessa che si avrebbe nelle ipotesi di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario. Il senso della giurisdizione esclusiva è pertanto quello che in una serie di materie previste dalla legge, nelle quali ricorra in concreto la dipendenza del rapporto di diritto comune dal rapporto amministrativo, la giurisdizione è del giudice amministrativo e non del giudice ordinario. Non c'è dunque spazio per la disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario nelle materie astrattamente riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, perché se i presupposti del sindacato (incidentale per il giudice ordinario) sull'atto vi fossero, vorrebbe dire che nel caso concreto vi sarebbe la dipendenza del rapporto di diritto comune da quello amministrativo e dunque la ricorrenza della giurisdizione del giudice amministrativo.

È questo il contesto che fa da sfondo alla parabola che ha caratterizzato il tema del riparto di giurisdizione negli ultimi dodici anni. Tre momenti fissano i punti di svolta di questa parabola: Cass., sez. unite, n. 30254 del 2008, che ha inteso il concetto di giurisdizione, ai fini della definizione dei limiti esterni, come tutela effettiva dei diritti e degli interessi; Corte cost., n. 6 del 2018, che ha riaffermato l'estraneità dei motivi di giurisdizione di cui all'ultimo comma dell'art. 111 Cost. agli *errores in iudicando* o in *procedendo*; Cass., sez. unite, n. 19598 del 2020, che ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia avendo come tema l'estensione dei motivi di giurisdizione al controllo delle sentenze del Consiglio di Stato che violino il diritto dell'Unione europea. Questa parabola tocca nel profondo la giurisdizione generale di legittimità, ma è verosimile che sullo sfondo vi sia, quale nodo problematico, la nuova configurazione del giudice amministrativo come giudice dei diritti nel largo spettro delle materie di giurisdizione esclusiva,

soprattutto laddove entrino in gioco direttamente diritti fondamentali della persona. È quest'ultimo profilo, ancor prima della nomofilachia di cui il Consiglio di Stato, quale organo di vertice nella propria giurisdizione, è titolare al pari della Corte di cassazione, a porre l'interrogativo circa l'esperibilità, avverso le sentenze dei giudici di Palazzo Spada, del ricorso straordinario di cui all'art. 111, comma 7, Cost. quale norma di chiusura del sistema delle impugnazioni e rimedio operante (proprio perché straordinario) su un piano diverso dal ricorso ordinario, che l'ultimo comma dell'art. 111 limita ai motivi di giurisdizione. Con buona pace del cosiddetto originalismo, è legittimo chiedersi se un "mutamento costituzionale materiale" non evochi nuove ermeneutiche costituzionali.

Vi è poi la questione della nomofilachia: Corte di cassazione e Consiglio di Stato ne sono titolari nei rispettivi ambiti. Le materie di giurisdizione su diritti del Consiglio di Stato e il ruolo della Corte di cassazione di regolatrice dei confini della giurisdizione comportano un'osmosi di nomofilachie di carattere bidirezionale, per cui non deve essere solo il vertice della giustizia amministrativa ad adeguarsi alla giurisprudenza ordinaria sui diritti soggettivi, ma anche la Corte di Piazza Cavour deve essere recettiva della giurisprudenza amministrativa sul potere e il suo esercizio. Ad esempio, sulla base delle adunanze plenarie del 2020 sull'art. 42-bis del testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità, che hanno ricondotto integralmente alla dinamica del potere la scelta dell'acquisizione o della restituzione del bene immobile successivamente all'utilizzazione e modificazione in assenza di un provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, dovrebbe ormai riconoscersi che rientra nella giurisdizione amministrativa non solo quella che una volta costituiva l'occupazione acquisitiva, ma anche la cosiddetta occupazione usurpativa, caratterizzata dalla mancanza della dichiarazione di pubblica utilità.

I picchi oscillatori che l'interpretazione dell'ottavo comma dell'art. 111 ha conosciuto, gli interrogativi che possono sorgere in materia di ricorso straordinario per cassazione e giurisdizione amministrativa su diritti fondamentali della persona (e forse sull'intero fronte dei diritti soggettivi), la necessità di una convergenza delle nomofilachie di cui Consiglio di Stato e Corte di cassazione sono contitolari, sono tutti profili in grado di lasciare un segno sul piano di quella che qui può essere definita "Costituzione materiale". Si tratta infatti di questioni di politica costituzionale. Come tali esse non possono essere risolte da una pronuncia della Corte di cassazione. Sono in gioco le attribuzioni di cui due organi, la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato, sono titolari per Costituzione e che non possono essere affidate alla cura di una delle

due parti. I tempi sono maturi per avviare una grande e diffusa discussione su questi temi, in primo luogo fra i giudici delle due giurisdizioni, che possa sfociare, circa un secolo dopo, in un nuovo “concordato giurisprudenziale”, come quello che nel 1929 conclusero Mariano D’Amelio e Santi Romano, rispettivamente presidente della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato. Diversamente dal *memorandum* sottoscritto il 15 maggio del 2017 dai vertici delle Corti superiori, il “concordato giurisprudenziale” dovrebbe porsi come il punto di arrivo e di sintesi di una intensa stagione di confronto, che veda come protagonisti in primo luogo non i vertici delle istituzioni, ma il corpo dei magistrati che ne costituiscono la base. Dovrebbe trattarsi di un grande momento di democrazia deliberativa, che veda la partecipazione anche degli organi dell’autogoverno e delle articolazioni associative delle magistrature.

#### 4. Il capitolo dell’ordinamento della magistratura amministrativa

È un dato che l’autogoverno della magistratura ordinaria è disegnato dalla Costituzione e si basa su un organo di rilievo costituzionale come il Consiglio superiore della magistratura, con competenze costituzionalmente definite, mentre le competenze del parallelo organo di autogoverno della magistratura amministrativa richiedono l’*interpositio legislatoris*. I principi sulla giurisdizione in generale definiti dall’art. 111 Cost. impongono la tendenziale equivalenza delle garanzie di indipendenza di cui tutte le magistrature devono beneficiare. Giudici ordinari e giudici speciali hanno un nucleo di garanzie equivalenti inderogabili, che può essere illustrato, richiamando antichi arresti della giurisprudenza costituzionale sulle magistrature speciali, con la necessità che l’organo giurisdizionale sia immune da vincoli che comportino la sua soggezione formale o sostanziale ad altri organi (Corte cost., n. 92/1962) e con l’esigenza dell’inamovibilità (Corte cost., n. 103/1964).

In questo quadro non è difficile cogliere, a parte quanto sopra rilevato circa la configurazione costituzionale della Corte di cassazione come unico giudice di pura legittimità, che è il modello di piena indipendenza istituzionale del Csm a spiegare il sindacato della Corte di cassazione sulle questioni di giurisdizione: la persona umana nella sua concretezza non può che essere tutelata da un giudice istituito nella pienezza delle sue garanzie costituzionali di fronte a uno Stato che costituisce pur sempre una creazione hobbesiana, artificiale, securitaria, strumentale al completo sviluppo della persona.

Ciò non impedirebbe tuttavia di prevedere per legge, essendo la legge che disciplina l’ordinamento

giudiziario ed essendo ammesso il “transito” fra le magistrature, una composizione delle sezioni unite con la partecipazione di magistrati del Consiglio di Stato, quali figure di esperti che fornirebbero un apporto di cultura specializzata in diritto amministrativo. Tale partecipazione dovrebbe avvenire sulla base di un provvedimento tabellare condiviso dei presidenti delle due Corti per quei magistrati che abbiano, nella loro carriera, svolto anche funzioni da giudici ordinari (avendo essi piena possibilità di riammissione a domanda, non vi sono ostacoli di sorta a ipotizzare la loro partecipazione alle sezioni unite), mentre si dovrebbe passare attraverso una delibera del Csm per gli altri giudici amministrativi, da intendere quelli nominati per concorso in ossequio all’art. 106, comma 1, Cost. Si avrebbe così una partecipazione minoritaria di consiglieri di Stato alle sezioni unite ove siano da decidere questioni di riparto di giurisdizione (e nel caso di ricorso straordinario avverso le sentenze del Consiglio di Stato, ove una siffatta ipotesi, nei limiti sopra indicati, venga presa in considerazione). Anche questo è un punto che dovrebbe ricadere in quella larga discussione di democrazia deliberativa di cui si è detto sopra e che dovrebbe confluire in un nuovo “concordato giurisprudenziale”.

L’indipendenza del giudice amministrativo, prevista nella Carta fondamentale (art. 108, comma 2, Cost.), demanda alla legge di stabilire la composizione dell’organo di autogoverno, senza però che ciò possa compromettere l’autonomia e l’imparzialità dei giudici delle giurisdizioni speciali come ha da tempo ricordato la giurisprudenza costituzionale (Corte cost., nn. 108/1962, 43/1964 e 1/1978). La legge deve solo tener conto dei peculiari aspetti di ogni tipo di giurisdizione. Il Csm costituisce un modello anche per l’autogoverno della giurisdizione speciale, quanto al livello di indipendenza dal potere politico e alle garanzie del pluralismo interno. Tutto questo senza naturalmente tacere le opacità e degenerazioni di recente emerse, che meritano di essere affrontate recuperando le idealità che hanno originato le previsioni costituzionali sull’autogoverno, restituendo senso all’associazionismo giudiziario e affrontando *funditus* il tema delle nomine a incarichi direttivi, magari proprio valorizzando e rispettando, garantendone l’osservanza, l’apporto che può provenire dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (fanno ormai parte del passato vicende come quelle dei conflitti di attribuzione sollevati dal Csm, risolti in favore del giudice amministrativo da Corte cost., nn. 435/1995 e 419/1995). Non è un caso che molte pronunce della Corte di cassazione in tema di eccesso di potere giurisdizionale siano intervenute in sede di controllo degli atti del Csm da parte del Consiglio di Stato: la temperie storica consiglia una riflessione approfondita e



spassionata del tema, che riporti tutto alla fisiologia del sistema (tutto ritorni “a quote più normali” verrebbe di dire echeggiando un motivo ben noto, ferma l’ovvia necessità di reprimere ogni grave devianza nell’esercizio di tali essenziali funzioni per la vita dello Stato di diritto).

Circa il procedimento disciplinare, se è vero che risponde a criteri di razionalità quanto alla magistratura ordinaria (con la natura giurisdizionale della sezione disciplinare del Csm e la ricorribilità innanzi alle sezioni unite delle sentenze disciplinari), esso andrebbe ripensato quanto alla magistratura amministrativa, ove gli illeciti disciplinari non sono tipizzati e spicca la mancanza di uno strutturato ufficio ispettivo. Vi sono, inoltre, commistioni fra la funzione inquirente e giudicante che andrebbero superate al fine di rendere maggiormente rispondente la disciplina ai canoni della giurisprudenza di Strasburgo, e non è del tutto persuasiva l’impugnabilità delle sanzioni disciplinari innanzi allo stesso sistema della giustizia amministrativa, Tar e Consiglio di Stato, composto da giudici soggetti all’organo di autogoverno che devono valutare.

Su questo punto dell’assetto degli organi di autogoverno, occorre veramente un consenso sui limiti e confini reciproci. È necessario raggiungere un equilibrio più avanzato, apprezzando quello che il pluralismo giurisdizionale può offrire proprio per superare aspetti critici dell’assetto del vertice organizzativo degli ordini giudiziari: dalla parte della magistratura ordinaria mediante procedimenti del Csm più aderenti agli insegnamenti del giudice amministrativo, dalla parte della magistratura amministrativa dando sempre più vigore al modello di piena indipendenza dal Governo ricavabile dall’art. 108, comma 2, Cost., di cui il Csm è – sul piano del dover essere – paradigma (ciò a fronte dell’ipotizzabile crescente tentazione di ingerenza del potere politico in un quadro di crisi dello Stato di diritto).

A quest’ultimo proposito, non da oggi il Giudice delle leggi ha riconosciuto che l’indipendenza della magistratura amministrativa non è lesa dalla presenza di magistrati di nomina governativa all’interno del Consiglio di Stato (Corte cost., n. 177/1973). In base alla legge n. 186 del 1982, il Consiglio di presidenza si limita tuttavia ad esprimere solo un parere preventivo di idoneità. La materia, alla luce dell’evoluzione della giustizia amministrativa e anche della crescente incidenza dei canoni sovranazionali e internazionali sul tema, dovrebbe essere ripensata prevedendo una maggiore incidenza dell’organo di autogoverno. In particolare: i consiglieri di Stato di nomina governativa dovrebbero essere destinati alle sezioni consultive; l’eventuale passaggio alle sezioni giurisdizionali dovrebbe avvenire solo a seguito di un giudizio

dell’organo di autogoverno che ne accerti – dopo il periodo svolto presso la sezione consultiva – l’intervenuta idoneità allo svolgimento delle funzioni giurisdizionali. In tal modo si avvicinerrebbe la designazione a quella per meriti insigni prevista dall’art. 106, comma 3, Cost. per l’ufficio di consiglieri di Cassazione. La possibilità dell’esercizio della giurisdizione dovrebbe dipendere esclusivamente dall’organo di autogoverno. È evidente che tanto più il sistema funzionerà, quanto più gli organi di autogoverno acquisiranno un omologo profilo di indipendenza di fronte al potere politico (rapporto, questo, fonte di tensione, in modo diverso, per tutte le magistrature).

## 5. Il nuovo scenario del sindacato sul potere amministrativo

Lo stato di emergenza determinato dalla pandemia ha rilanciato la comunità. Vi è una nuova centralità del pubblico che si fa avanti e che è destinata probabilmente a caratterizzare il tempo a venire. Ritorna l’endiadi “egualianza e libertà”, da declinare nei termini della fraternità, come ammonisce la recente lettera enciclica di Francesco «*Fratelli tutti*». Un’egualianza fraterna e una libertà fraterna possono diventare i nuovi orizzonti del pensiero sociale. Vi sono le premesse per un nuovo patto fra autorità e libertà che privilegi il potere amministrativo rispetto alla declinazione privatistica dei rapporti giuridici. L’amministrativizzazione del diritto, che l’emergenza ha veicolato, può rappresentare in questo quadro una tendenza di lungo periodo, che vada ben al di là della morfologia emergenziale e che guardi ad assetti sociali che maggiormente si facciano carico della comunità. Insomma, il post-pandemia può rivelare un nuovo volto della storia, come lo è stato l’ultimo dopoguerra alla metà del secolo scorso. Vi è da interrogarsi anche su quali saranno le possibili configurazioni degli apparati amministrativi in una prospettiva del genere.

A fronte di un’estensione da parte della funzione amministrativa delle proprie maglie, il diritto e la giustizia amministrativa dovrebbero diventare scienza e controllo del potere ancora più pregnanti e penetranti. Quanto più l’autorità guadagna terreno, nell’ottica di una de-privatizzazione dei rapporti sociali, tanto più è necessaria la scienza del sindacato sul potere, di cui è depositario il giudice amministrativo. Non si tratta qui di inventare qualcosa di nuovo, ma di sviluppare in modo rigoroso quelle che già sono le caratteristiche dell’attuale esercizio della giurisdizione amministrativa.

In primo luogo la libertà dell’azione amministrativa. Essa non è la stessa di cui gode il legislatore, perché mentre questo è libero nel fine, nei limiti dettati

dai precetti costituzionali e dal diritto sovranazionale e internazionale, l'agire del pubblico amministratore è vincolato ai fini imposti dalla norma attributiva del potere. Ma è soprattutto la linea di demarcazione fra legittimità e merito a venire in rilievo. L'accesso (probatorio) al fatto, nell'ambito di un processo sempre più orientato al rapporto anziché all'atto, e il test di proporzionalità, che tende a ridurre il potere discrezionale di scelta, hanno nel corso degli anni allargato i margini del sindacato di legittimità sull'esercizio del potere. Il merito si è andato sempre più giuridicizzando, per riprendere i termini della polemica che a cavallo fra gli anni trenta e quaranta del secolo scorso vide Mortati contrapporsi a Giannini, sostenitore del carattere pregiuridico della ponderazione amministrativa degli interessi.

Una volta che lo scenario futuro sia quello dell'espansione del potere amministrativo, l'ambito del merito non sindacabile dal giudice è destinato ancora più a ridursi quale riflesso della crescita dell'autorità a scapito della libertà. La non omologabilità del merito amministrativo al merito legislativo risiede nel fatto che la legge è, come direbbe Habermas, espressione dell'autonomia pubblica, mentre il provvedimento amministrativo appartiene all'ordine dell'eteronomia, che significa esercizio unilaterale del potere. Da una parte vi è il risultato del processo democratico, da preservare per quanto costituzionalmente possibile, dall'altra l'estrinsecazione di un potere unilaterale, da limitare il più possibile (partendo con la sua procedimentalizzazione). È l'istituzionale asimmetria di potere che riconduce il merito sotto l'egida del diritto fino alla soglia del nocciolo duro della discrezionalità della scelta.

Una volta che si sposti così in avanti la linea del confine fra legittimità e merito, è probabilmente non necessario attingere alle categorie del diritto comune, come invece ha fatto Cons. Stato, ad. plen., n. 5 del 2018, che ha ricondotto l'esercizio dell'attività autoritativa, nella fase antecedente all'aggiudicazione nella procedura di evidenza pubblica, al dovere civilistico del comportamento secondo buona fede, riaprendo le porte a quella scuola di pensiero che ricostruisce il rapporto fra amministrazione e privato in termini di obbligazione in senso tecnico e minando così le basi della stessa distinzione fra le due giurisdizioni – con gli ulteriori effetti di un allargamento della giurisdizione del giudice ordinario mediante la “categoria” della violazione della buona fede (su cui, da ultimo, Cass., sez. unite, n. 8236/2020) e di una segmentazione della giurisdizione su rapporti a volte difficilmente scindibili e connotati da intreccio di potere e comportamento. Il vero è che il diritto amministrativo deroga al diritto comune e, una volta che il potere sia stato esercitato, la disciplina della fattispecie resta

integralmente affidata a quest'ultimo, senza che il diritto civile possa avere alcuno spazio: tutta la partita si gioca nel controllo del potere.

Autorità e libertà fanno parte di un gioco a somma zero: quanto maggiore è il segno positivo dell'autorità, tanto più deve essere penetrante il controllo giurisdizionale del potere di scelta. L'espansione del potere amministrativo (soprattutto nel campo sociale e ambientale) lo rende ancora più permeabile alla scrutinio giurisdizionale. Tutto questo significa un ruolo più incisivo del giudice amministrativo e la necessità per il giudice della giurisdizione, la Corte di cassazione, di riconoscere questo nuovo fenomeno, limitando la privatizzazione crescente (che ha connotato la precedente fase storica, pre-pandemica, di sviluppo del capitale finanziario) con un nuovo equilibrio fra diritto pubblico e diritto privato (più consoni alle esigenze di costruzione di uno Stato sociale rispettoso dell'ambiente e di altri interessi collettivi).

## 6. Una comune cultura della giurisdizione per le magistrature

L'organicità del pluralismo delle giurisdizioni alle tendenze del costituzionalismo contemporaneo e gli scenari futuri della funzione amministrativa rendono ancora più viva la necessità che le magistrature parlino un linguaggio comune.

Si tratta, in primo luogo, di coltivare i percorsi di un esercizio indipendente della funzione giudiziaria. L'elaborazione di un modello etico comune alle giurisdizioni, la rigorosa definizione di regole comuni per l'assunzione di incarichi extragiudiziari, la valorizzazione della professionalità in un quadro che escluda ogni forma di improprio carrierismo sono prospettive che riceveranno forza se coltivate con comunanza di vedute e una logica di collaborazione istituzionale.

Scambi culturali, convegni comuni, occasioni di formazione comune, possibili innesti reciproci di magistrati nell'una o nell'altra giurisdizione, valorizzando i passaggi di ruolo dall'uno all'altro sistema, sono gli strumenti in grado di avvicinare le culture delle due giurisdizioni senza mortificarne i tratti differenziali. Ben lungi dal concepire un Tribunale dei conflitti mediante legge ordinaria, si tratta di continuare a coltivare un fecondo dialogo fra le giurisdizioni che le metta in condizione di superare le sfide che gli stessi mutamenti dello Stato di diritto amministrativo possono portare al valore dell'indipendenza.

È innegabile che il mondo globale abbia fatto nascere una sorta di capitalismo politico di stampo neo-autoritario in molte parti del pianeta e anche in Europa (si pensi allo stato della giurisdizione in Polonia e in Ungheria o alla situazione drammatica

della Turchia). Solo una visione condivisa dei valori dell'indipendenza e dei criteri di riparto della giurisdizione, solo un rafforzamento dei tratti unitari del lavoro giurisdizionale (nella logica, ad esempio, della *translatio iudicii*) possono consentire di avere una cultura giurisdizionale che nel suo carattere – ormai da dare per accettato e metabolizzato – composito, condivisivo, liberale, sia in grado di affrontare le sfide del futuro post-pandemico dello Stato di diritto amministrativo (nato nel 1889 con l'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato e ora proiettato verso orizzonti impensabili quando Silvio Spaventa pronunciò il suo famoso discorso).

Su questo sfondo vanno ripensate le questioni che abbiamo evidenziato nel corso del nostro scritto, questioni certo di valenza tecnica, ma, proprio perché di rilevanza in primo luogo costituzionale,

destinate a interagire con tratti che sono epocali. Il pluralismo, va detto, è un valore a rischio. È in gioco un tratto distintivo del costituzionalismo contemporaneo, che del potere pluralizzato fa, con la democrazia, il proprio asse portante. Nel mondo del capitalismo senza borghesia, le maggioranze tendono a non incontrare il «potere che frena» (Massimo Cacciari), in base al quale l'*auctoritas* non incarna l'ora ultima e assoluta, ma vive nel tempo sospeso della mediazione e del contenimento della potenza. Ebbene il pluralismo – a fronte delle possibili evoluzioni del potere pubblico – è un valore non solo nella società ma anche nelle istituzioni, e nelle istituzioni giudiziarie in particolare. Esso tuttavia richiede, per non degenerare in conflitti istituzionali, equilibrio e competenze capaci di governare la complessità.

# Contributo al dibattito sul giudice amministrativo come risorsa

di *Filippo Patroni Griffi*

All'esito dell'evoluzione delle regole di riparto della giurisdizione, il giudice amministrativo è oggi definibile come il giudice del potere che agisca in veste di autorità, cioè del potere pubblico in senso stretto. Nonostante talune criticità emerse nell'interpretazione delle regole di riparto, il dialogo fra il Consiglio di Stato e la Corte di cassazione, grazie anche all'apporto di quest'ultima alla costruzione di un "sistema combinato" di tutele dei cittadini, è condizione imprescindibile di garanzia della legalità nell'ordinamento e di protezione dei diritti e degli interessi.

**1. Una necessaria premessa storica e concettuale / 2. Potere, giudice, tutele / 3. Riparto di giurisdizione, "sistema" delle tutele, raccordo tra le Corti: criticità e (necessarie) convergenze / 4. Il giudice amministrativo come risorsa e il necessario dialogo tra le Corti**

## 1. Una necessaria premessa storica e concettuale

Una risorsa è qualcosa che serve, che è utile. Può essere inutile, se non dannosa, un'istituzione che vive da 190 anni, da 132 svolge (anche) funzioni giurisdizionali e da 50 anni "si accompagna" a tribunali che svolgono funzioni di primo grado? Difficile, perché il *fatto* storico, prima o poi, "condanna" chi si pone fuori o ai margini della storia. Ma a una condizione un'istituzione sopravvive: che sappia "adattarsi" continuamente al mutare dei fatti e, trattandosi di un'istituzione giuridica, del quadro ordinamentale. Per una giurisdizione che si occupi della tutela dei soggetti (privati, ma anche pubblici, individui e imprese, cittadini ma non solo) nei confronti dei pubblici poteri, la condizione imprescindibile per la sua "utilità", per poter essere considerata "una risorsa", è la capacità di seguire, e talvolta anche di inseguire, il potere e le sue trasformazioni.

Il potere pubblico si giustifica per "regolare" una comunità, per assicurare la "civile convivenza" *ne civis ad arma veniant*, come si diceva una volta.

Ma oggi non serve più un giudice amministrativo che si "limiti" a garantire libertà e diritti del privato nei confronti dell'illegittimo esercizio del potere pubblico. Sappiamo che tale motivazione è alla base del "ripristino" della giurisdizione amministrativa dopo la poco più che fallimentare esperienza meno che trentennale (dal 1865 al 1889) della giurisdizione unica sul piano della tutela dei cittadini. L'esperienza della giurisdizione unica, non solo italiana, ci insegna che essa si fonda sul riparto tra giudice ordinario, giudice unico e amministrazione, attraverso un sistema di sostanziale riserva di amministrazione in aree e settori in cui l'azione amministrativa può pesantemente incidere su interessi dei privati.

Storicamente, il diritto amministrativo e il suo giudice accompagnano la transizione dallo Stato assoluto allo Stato di diritto, rendendo giuridicamente rilevante la relazione tra individuo e potere, e perciò sindacabile dal giudice il suo esercizio asseritamente illegittimo. In altre parole, è proprio riconoscendo valenza giuridica al rapporto tra cittadino e potere che un diritto, "speciale" rispetto al diritto comune, assume autonomia come diritto che

si impone al potere e al cittadino, all'amministrazione e all'amministrato.

Ma anche nei sistemi monisti, a diritto comune e a giurisdizione unica, come l'Inghilterra, presto emerge la peculiarità del rapporto tra autorità e individuo: i "privilegi" riconosciuti all'amministrazione dal diritto amministrativo trovano corrispondenza nei *Crown's privileges* del diritto inglese dove – secondo la felice espressione di Laski – «la corona britannica copre una moltitudine di peccati»; e il dogma della immunità della responsabilità pubblica (*"the King can do no wrong"*) si traduce in un significativo vuoto di tutela. Tanto che, anche in quei sistemi, l'istituzione di numerose giurisdizioni speciali (Guicciardi lamentava che, a fronte di ciò, l'unicità della giurisdizione assumesse un valore puramente nominalistico) e lo sviluppo del *judicial review* hanno determinato una "pratica" del sindacato sui pubblici poteri, a livello anche dell'assetto delle giurisdizioni, meno distante da quello continentale di quanto comunemente si ritenga.

L'esclusione dei "non diritti" da ogni sindacato giurisdizionale, propria dei sistemi di giurisdizione unica alle loro origini per un malinteso senso della separazione dei poteri – malinteso per il costituzionalismo contemporaneo – viene oggi declinata in limiti al sindacato sulla discrezionalità amministrativa, discrezionalità che caratterizza l'esercizio del potere e che è strutturalmente congeniale alle norme attributive del potere, normalmente a contenuto indeterminato, perché non tutto ciò che attiene all'esercizio del potere è predeterminabile *a priori*. Il percorso lineare "*interesse pubblico - norma di attribuzione del potere - provvedimento*", alla base del principio di legalità del secolo scorso, si è da tempo irreversibilmente modificato.

L'*interesse pubblico* non è più "singolare" e predeterminato dalla legge, ma è ormai il frutto del complesso temperamento tra interessi pubblici "plurali", spesso contrapposti, e a loro volta "bilanciati" con gli interessi dei privati.

Il "luogo del confronto", in cui i diversi interessi pubblici in gioco si compongono, anche con quelli dei privati, è sempre più il procedimento, ambito in cui si realizza l'unità di tempo, spazio e azione del rapporto tra privato e pubblico potere, e in cui l'interesse pubblico in concreto perseguito "si fa", nella dinamica del confronto.

Di conseguenza, anche il *potere pubblico* non è più puntualmente prefigurato; e quindi, quanto meno nei casi più complessi, lo stesso *provvedimento* non è necessariamente predeterminato e può avere contenuto mutevole e articolato, poiché deve riassumere istruttorie procedurali a elevata complessità.

Di fronte a questa evoluzione, anche il *sindacato* del giudice deve evolversi se vuole assicurare una

tutela piena ed effettiva. L'evoluzione della tutela ha come punto centrale il sindacato "pieno" del giudice sul potere, comprensivo della cognizione piena del fatto (non più limitata dallo schermo del provvedimento) e del giudizio sulla discrezionalità, anche tecnica, dell'amministrazione. Legittimità e merito, cognizione e ottemperanza vedono sfumare i confini. Ne risente anche il sindacato della Corte di cassazione sui limiti "esterni" della giurisdizione, proprio perché l'area del "merito" amministrativo, tradizionalmente aggredibile solo in sede di ottemperanza, va riducendosi in favore della fase della cognizione, in nome dell'effettività della tutela.

## 2. Potere, giudice, tutele

Franco Scoca ha messo in risalto una caratteristica centrale della relazione tra cittadino e amministrazione, che lo differenzia dal rapporto giuridico di diritto privato (anche con l'amministrazione). Nel rapporto di diritto privato si contrappone una situazione soggettiva attiva (il diritto, nelle sue varie declinazioni) e una situazione soggettiva passiva (dovere, obbligo, soggezione). Nel "rapporto amministrativo" si contrappongono due situazioni soggettive entrambe attive: il potere e l'interesse legittimo. E sono situazioni dinamiche: il potere lo è di suo, l'interesse legittimo ritrae la sua dinamicità proprio dalla dinamicità del primo. Il giudice amministrativo "entra" in questo rapporto e fa sì che l'asimmetria delle situazioni nella concreta vicenda procedimentale, per la preminenza fisiologica dell'interesse pubblico come interesse della collettività, sia riportata a parità nel giudizio, una parità che riguarda sia le parti del giudizio – e questo è un carattere imprescindibile di ogni giudizio – sia le situazioni soggettive di cui esse siano titolari: perché il potere può prevalere solo se legittimamente esercitato e l'interesse legittimo, correlativamente, condiziona il potere non già dall'esterno (nell'ottica tedesca del diritto pubblico soggettivo come limite al potere) bensì dal suo interno, sino a rendere il potere una situazione soggettiva "conformata".

La struttura del potere pubblico nonché le motivazioni di ordine storico e costituzionale che sono alla base dello stesso e lo differenziano dalle varie forme di "potestà" nel diritto privato rendono inevitabilmente diversa la logica del sindacato su quel potere dalla pronuncia di "spettanza" che il giudice ordinario svolge nel dirimere una controversia di diritto privato, quand'anche in essa sia coinvolta una pubblica amministrazione.

Probabilmente queste considerazioni, oltre che la genesi storica della giustizia amministrativa al momento della formazione dello Stato moderno, sono alla



base della fortuna dei sistemi plurali di giurisdizione, prevalenti in Europa (sia pure con assetti e secondo modelli diversificati) e significativamente presenti nel mondo (soprattutto per l'esportazione del modello francese). E si tratta di un sindacato svolto spesso per "clausole generali" e principi, con una tendenza (non sempre commendevole) a "interpretare" la norma.

Probabilmente le considerazioni svolte costituiscono il sostrato culturale di una tappa fondamentale per cogliere l'evoluzione nella continuità della giurisdizione amministrativa, a Costituzione vigente.

Mi riferisco alla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale che, al di là delle affermazioni concernenti la questione sollevata (tutte condivisibili, dal limite posto alla tendenza espansiva della giurisdizione esclusiva, che talvolta va oltre l'esigenza di concentrazione, al carattere eminentemente "rimediabile" del risarcimento del danno nel sistema della giurisdizione amministrativa), "legge" la giurisdizione amministrativa al culmine di un processo storico che la contrassegna come giurisdizione "generale" sui pubblici poteri, cioè come giurisdizione "naturale" sull'amministrazione che agisca in veste di autorità. Una lettura ovviamente coerente con Costituzione, non foss'altro perché lo dice la Corte (anche se c'è chi di recente pare dubitare di questo assioma), che nella sostanza coglie l'essenza del criterio di riparto traendola dalle situazioni soggettive indicate nella Carta; se l'interesse legittimo è la situazione soggettiva che si contrappone al potere, il giudice dell'interesse legittimo è il giudice del potere che agisca in veste di autorità, cioè del potere pubblico in senso stretto.

In tale contesto, credo che occorra abbandonare categorie concettuali che hanno fatto la storia del diritto amministrativo, talvolta in termini anche di ampliamento della tutela, e che hanno influenzato significativamente anche l'applicazione del criterio di riparto di giurisdizione quale delineato dal Costituente con riferimento precipuo alla situazione soggettiva lesa, coerentemente con la genesi e l'evoluzione del nostro sistema di doppia giurisdizione, senz'altro singolare: da una parte, infatti, non si è utilizzato il criterio "soggettivo" (caratterizzante, sia pur diversamente declinato, i sistemi francese e tedesco); dall'altra, nemmeno si è utilizzato un meccanismo configurato in termini di giurisdizione generale, "ordinaria", e di giurisdizione "speciale", per materie tassative. Invero, a tale ultimo proposito, va sottolineato, che il termine di giurisdizione speciale, riferito al Consiglio di Stato (oltre che alla Corte dei conti) nella Carta, sta a indicare la sopravvivenza di queste giurisdizioni rispetto a tutte le altre giurisdizioni, di cui la Carta stabilisce l'abolizione e il divieto di nuova istituzione, ma non riguarda il diverso senso che intendiamo darne sul piano del riparto. In altri termini, il nostro siste-

ma di doppia giurisdizione si basa, *per entrambe* le giurisdizioni, su una clausola generale di attribuzione di competenza, differenziandosi da quei sistemi (per esempio quello vigente in Italia dal 1865 al 1889), in cui esistono un giudice "generale" e uno o più giudici speciali competenti per materie tassativamente indicate dalla legge (o direttamente in Costituzione).

Il nostro, quindi, è un sistema di doppia giurisdizione che, sotto il profilo tecnico e strutturale della clausola attributiva del potere (giurisdizionale), nasce intrinsecamente "paritario" quanto ai giudici che lo compongono, proprio perché entrambi derivano le proprie attribuzioni da una clausola generale.

Il che può forse stridere con l'attribuzione a uno dei giudici, la Corte di cassazione, della competenza a decidere sui conflitti. Noi scontiamo una carenza storica: la mancanza di un Tribunale dei conflitti (come in Francia, a composizione paritetica e con turnazione della presidenza) – peraltro invocato dal Mortara all'inizio del secolo scorso – o un criterio di riparto netto fondato sulla presenza in giudizio dell'amministrazione (come sostanzialmente in Germania, il che consente di risolvere i rari conflitti con una telefonata, o poco più, dei presidenti delle rispettive Corti supreme). Ma conosciamo le ragioni della devoluzione alla Corte di cassazione, nel 1877, dei conflitti e poi, in Costituzione, anche del riparto: nel 1877 non esisteva il giudice amministrativo come tale e i conflitti riguardavano essenzialmente giudice e amministrazione; e questa tradizione viene mantenuta in Costituzione, che configura Consiglio di Stato e Corte dei conti, sul piano formale, come giudici "speciali". E non mi sembra il momento di mettere in discussione questo assetto che può ben funzionare, come, con qualche alto e basso, ha ben funzionato.

### **3. Riparto di giurisdizione, "sistema" delle tutele, raccordo tra le Corti: criticità e (necessarie) convergenze**

Il delineato sistema duale di giurisdizione e il criterio di riparto adottato al suo interno hanno fatto sorgere dubbi e contrasti tra la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato. Le criticità sono, pressoché da sempre, sotto gli occhi di tutti; la necessità di favorire le convergenze e individuare punti di assestamento costituisce per le due giurisdizioni un dovere nei confronti dei cittadini, per dare loro certezza sull'organo giudicante.

Le necessarie convergenze possono essere individuate a due condizioni: che si abbandonino criteri ormai obsoleti che, pur potendo talvolta costituire in concreto un pratico parametro di riferimento o un utile meccanismo di discernimento, non sono privi

di incertezze e utilizzano categorie nate in altri contesti. Mi riferisco in particolare alla teorica della degradazione del diritto in interesse (o della espansione dell'interesse in diritto) e alla distinzione tra carenza e cattivo uso del potere o tra attività vincolata e discrezionale. Il punto centrale del riparto è costituito dalla presenza e dall'esercizio del potere in una vicenda relazionale tra privato e amministrazione, o anche tra amministrazioni. Il potere può avere carattere (più o meno vincolato e più o meno discrezionale), ma se c'è esercizio del potere l'interesse del privato a contrapporsi assume consistenza di interesse legittimo. In altri termini, lo schema relazionale privatistico è quello "diritto-obbligo", che costituiscono una fattispecie determinata e tendenzialmente statica; lo schema "potere-interesse" (si ripete, posizioni entrambe attive) rimanda alla consistenza di un interesse legittimo modernamente inteso, il modello normativo di riferimento è tendenzialmente "aperto" e "indeterminato", la fattispecie cede il passo a una vicenda intrinsecamente diacronica.

Alla luce di questo "modello di convergenza", cioè se si convenga su tale criterio, occorrerebbe risolvere le non numerose, ma spesso significative, criticità tra le due giurisdizioni. Non è questa la sede per esaminare la casistica dei profili critici del riparto nella più recente giurisprudenza, ma forse un tema va chiarito perché, dopo che esso sembrava sopito dopo l'intervento della Corte costituzionale nel 2007, sembra riaffacciarsi al dibattito con una recente decisione della Corte di cassazione (ord. 19 novembre 2020, n. 26391): la giurisdizione "esclusiva" del giudice ordinario in materie inerenti a diritti fondamentali (nella specie, revoca di patente, peraltro non più automatica a seguito degli interventi della Corte costituzionale).

Si è soliti far risalire l'attribuzione di una specifica valenza della natura fondamentale di un "diritto", ai fini del riparto, a due note decisioni del 1979 della Cassazione in materia di diritto alla salute (nn. 1463 e 5172) concernenti la localizzazione di una centrale nucleare e l'impianto per il disinquinamento del golfo di Napoli. Prima di allora il giudice amministrativo – al pari di ogni giudice – pacificamente conosceva di diritti costituzionalmente protetti, procedendo anche a quel bilanciamento di "valori" e interessi connotati a un sistema che spesso chiama il giudice, *in primis* costituzionale, a tale bilanciamento.

La dottrina segnalò da subito la singolarità dell'impostazione. Nigro osservò che si aveva un rovesciamento della formula di Mortara (da "c'è diritto soggettivo perché non c'è potere" in "non c'è potere perché c'è diritto soggettivo") e per Follieri si assiste a un rovesciamento di prospettiva che conduce a una singolare "degradazione" del potere pubblico, in forza di un diritto soggettivo che determina l'assen-

za del potere anzi che essere la mancata attribuzione del potere a far riconoscere un diritto soggettivo. Più compiutamente, e in sede di teoria generale, Giannini descrive molto bene il rapporto autorità/libertà: la garanzia costituzionale dei diritti, anche dei diritti di libertà, non segna affatto il limite, cioè non delimita il campo dell'azione amministrativa; la detta garanzia costituzionale, infatti, opera mediante la riserva di legge (che nega spazio al potere), il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi (che richiede il fondamento legislativo del potere) e i vizi di legittimità (che richiedono il corretto esercizio del potere), mai come un diaframma invalicabile per l'azione amministrativa.

La vicenda viene definitivamente (si pensava) chiarita dalla Corte costituzionale (la cui giurisprudenza peraltro sembra, anche alla luce di recenti arresti delle sezioni unite, non avere molta fortuna in materia di giurisdizione) con la sentenza n. 140 del 2007, in cui si afferma espressamente che la natura fondamentale di un diritto (ma meglio sarebbe, anche sotto il profilo linguistico, parlare di situazione soggettiva, assuma essa la consistenza di diritto o interesse a seconda del tipo di interrelazione con il potere) non è di ostacolo alla configurazione della giurisdizione amministrativa, che sussiste tutte le volte (e solo in quelle) che la situazione del privato venga a contatto con l'esercizio, in forma mediata o immediata, del potere.

La tesi secondo cui il giudice ordinario è "il giudice *naturale* dei diritti fondamentali" (oltre a usare in senso evidentemente atecnico la nozione di "giudice naturale": il giudice naturale è quello pre-determinato per legge in relazione a una determinata controversia, astratta), sconta molte incongruenze: a) non abbiamo un catalogo positivo dei diritti fondamentali (Ferrajoli, tra i tanti), a meno di ritenere che tutti i diritti (quanto meno se contenuti in Costituzione) siano fondamentali; ma allora dovremmo ritenere che *non esista* potere capace di incidere su diritti fondamentali. Ma – ricordo Giannini – il diritto, anche fondamentale, non impedisce al potere di entrare in una sfera giuridica fatta di diritti e interessi legittimi; b) la tesi prova troppo: il diritto alla salute è la prima cosa (cit. Massimo Troisi a Fiorenza Marcheggiani in *Ricomincio da tre*, nella specie, rispetto all'amore). Ebbene, allora una localizzazione di centrale nucleare o di un'industria insalubre prevista in un atto di pianificazione urbanistica (caso della sentenza della Corte n. 140 del 2007) comporta la giurisdizione del giudice ordinario? E la soppressione di un ospedale nell'ambito di una riorganizzazione sanitaria comporta la giurisdizione del giudice ordinario? E tutti i provvedimenti della pandemia (divieto di spostamento tra Regioni, incidente un po'

più sulla libertà di circolazione di una discrezionale revoca della patente; zone rosse e connesse limitazioni; apertura e chiusura delle scuole, etc.): tutti dal giudice ordinario? Il carattere “fondamentale” di una situazione soggettiva (con tutte le difficoltà di riconoscerlo) non importa la ineluttabile e “vincolata” qualificazione della stessa in termini di diritto, quando le si contrapponga una situazione soggettiva, si badi, parimenti attiva, quale il potere pubblico (Scoca).

Ci sono altri aspetti, di ordine generale, che costituiscono criticità nei rapporti tra le due Corti, per fortuna più a livello teorico che pratico.

Mi riferisco alla nomofilachia.

Sappiamo che la legge sull'ordinamento giudiziario assegna la funzione nomofilattica alla Corte di cassazione, che la eserciterà nei confronti dei giudici del merito secondo la disciplina del codice di procedura civile (cd. “nomofilachia interna”).

Coerentemente con il contesto costituzionale della pluralità delle giurisdizioni, l'art. 111 della Costituzione stabilisce che il ricorso per Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione». Se le parole hanno un significato, la disposizione esclude la possibilità di denunciare in Cassazione le sentenze di tali organi per motivi *diversi* da quelli inerenti alla giurisdizione e segnatamente per una “semplice” violazione di legge.

Non è una scelta che deve stupire: la nomofilachia è un attributo *interno* alla giurisdizione, nel senso che è volto ad assicurare l'uniforme applicazione del diritto da parte di quel giudice che quel diritto è chiamato ad applicare, cioè dal giudice munito di giurisdizione sulla controversia. Meno coerente con la funzione nomofilattica sarebbe proprio affidare il compito di dire l'ultima parola sull'interpretazione di una norma a un giudice che poi non sia chiamato ad applicare quella norma perché sfornito di giurisdizione.

Questo è il motivo per cui sono molto perplesso a fronte di tesi – che allo stato mi sembrano sostanzialmente non condivise dalle sezioni unite – che tendono a ipotizzare una funzione nomofilattica, talvolta definita *esterna* (e la definizione la dice lunga), della Corte di cassazione in materie attribuite ai giudici cd. “speciali”, con particolare riguardo ai diritti trattati dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva.

Questa tesi – ripeto, finora mai accolta dalla Corte di cassazione – presenta tanti punti deboli che posso enumerarne solo tre, e schematicamente:

a) oblitera il dato testuale che limita il ricorso per cassazione ai soli motivi inerenti alla giurisdizione;

b) presuppone un'assoluta identità intrinseca, se non ontologica, delle situazioni soggettive, obliterando il dato “relazionale” del diritto, che prenda cioè in considerazione se la situazione soggettiva si relazioni con una pari situazione soggettiva o con un potere, potendo essa assumere in tali ultimi casi una consistenza (si badi, non necessariamente inferiore, soprattutto in termini di tutela) diversa e quindi ricevere una forma di tutela diversa;

c) non considera, conseguentemente, che la devoluzione dei diritti in sede di giurisdizione esclusiva deriva proprio dall'esigenza che vi sia un unico giudice dei diritti e degli interessi coinvolti, ammesso che oggi ancora si voglia dare un decisivo risalto a tale distinzione, a fronte di situazioni soggettive complesse caratterizzate essenzialmente dal loro relazionarsi con un potere pubblico.

Un aspetto peculiare di quella che definirei la “pretesa nomofilattica” della Corte di cassazione “a tutto campo” è costituita dalla recente ordinanza, con la quale è stata deferita alla Corte di giustizia Ue la questione della compatibilità comunitaria dell'art. 111 della Costituzione, come “interpretato” dalla sentenza costituzionale n. 6 del 2018, nella parte in cui non consente il ricorso per cassazione per la violazione del diritto europeo dell'Unione. A parte che un'adesione a tale prospettiva comporterebbe un problema di effettività della tutela per le situazioni soggettive non tutelate dal diritto europeo (una sorta di violazione del principio di equivalenza all'inverso), il rinvio pregiudiziale sembra mirare, in ultima analisi, a sovvertire “per via giudiziaria” il sistema di doppia giurisdizione delineato dal Costituente. La Corte ha già chiarito che «Il diritto dell'Unione, in linea di principio, non osta a che gli Stati membri, conformemente al principio dell'autonomia processuale, limitino o subordinino a condizione i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione, purché siano rispettati i principi di effettività e di equivalenza» (Cgue, sez. I, *Abdelhafid Bensada Benallal*, C-161/15, 17 marzo 2016). E in dottrina è stato osservato (vds., tra i tanti, R. Bin, B. Caravita di Toritto, e, in particolare, A. Travi<sup>1</sup>) che «La circostanza che l'ordinamento nazionale non avesse prodotto una decisione giurisdizionale conforme al diritto dell'Unione può costituire un titolo di responsabilità, ma non può introdurre un grado di giudizio non ammesso dall'ordinamento interno, anzi, nel nostro caso, non ammesso da una norma costituzionale. Il ragionamento può forse non apparire di piena evidenza se si considera solo il modello italiano, che ammette uno spazio, peraltro puntualmente

1. *Id.*, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews*, 12 ottobre 2020 ([www.foroitaliano.it/news/274/la-cassazione-sottopone-alla-corte-di-giustizia-il-modello-italiano-di-giustizia-amministrativa/](http://www.foroitaliano.it/news/274/la-cassazione-sottopone-alla-corte-di-giustizia-il-modello-italiano-di-giustizia-amministrativa/)).



circoscritto, per il ricorso alla Cassazione contro le sentenze in ultimo grado del giudice amministrativo, ma può risultare più chiaro se si considerano anche altri ordinamenti, come quello francese, che non consente ricorsi, tanto meno alla Corte di cassazione, contro le decisioni del *Conseil d'État*<sup>2</sup>.

Peraltro, quello espresso nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, risulta essere un orientamento allo stato non preceduto né seguito dalla stessa giurisprudenza della Suprema corte.

Le criticità evidenziate non devono, però, oscurare l'apporto che le sezioni unite hanno dato alla costruzione di un "sistema combinato" di tutele dei cittadini, nell'attuale assetto costituzionale ma già nel previgente ordinamento precostituzionale, riconoscendo prima natura giurisdizionale alla IV sezione, poi consentendo il giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo. Di particolare rilievo, perché di sistema, è infine la sentenza a sezioni unite del 7 settembre 2020, n. 18592, che richiama esplicitamente il canone di necessaria effettività delle pronunce del giudice amministrativo, giudice oramai "ordinario" per la tutela delle situazioni soggettive nei confronti dei poteri pubblici, secondo il canone ermeneutico inaugurato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004. E, in tale contesto, la Suprema corte coglie come la stessa distinzione tra giudizio di cognizione di legittimità e giudizio di ottemperanza nell'ambito di una giurisdizione di "merito" vada rimeditata, in quanto il giudizio complessivamente considerato e il sindacato di legittimità comportano che la tutela nei confronti del potere si renda effettiva con il soddisfacimento della pretesa sostanziale.

#### 4. Il giudice amministrativo come risorsa e il necessario dialogo tra le Corti

Il giudice amministrativo è stato storicamente una risorsa nella "lotta contro il potere arbitrario". Come si declina oggi questa "responsabilità", perché il giudice amministrativo possa e debba saper essere una risorsa?

Due sono gli aspetti: la qualità del sindacato e il "campo d'azione" del giudice amministrativo.

Sotto il primo profilo, la tappa fondamentale è costituita dal codice del processo amministrativo, che a sua volta raccoglie l'eredità di due importanti arresti giurisprudenziali: la sentenza n. 500 del 1999 della Corte di cassazione sulla risarcibilità dell'interesse legittimo e la richiamata sentenza costituzionale n.

204 del 2004, che configura il giudice amministrativo come giudice "naturale" della funzione pubblica. Il codice esalta la configurazione di un processo, anche sull'onda della giurisprudenza europea, in cui si svolge, in posizione finalmente paritaria tra le parti, un sindacato "pieno" sull'esercizio del potere esteso alla discrezionalità anche tecnica dell'amministrazione, previa cognizione autonoma del fatto, alla ricerca della soluzione di "maggiore attendibilità" tra le opzioni offerte alla discrezionalità dell'amministrazione.

Quanto al campo di azione del giudice amministrativo, questo è direttamente correlato al perimetro dell'azione pubblica nel contingente momento storico. Se il potere amministrativo si è, negli ultimi decenni, a dispetto della retorica sull'arretramento del pubblico, esteso a rilevanti settori dell'economia e del benessere sociale, è giocoforza che il giudice amministrativo sia entrato di prepotenza in questi settori. Basti pensare, per l'economia, al sindacato sulla funzione pubblica di regolazione e sulla potestà sanzionatoria delle autorità indipendenti, ai contratti pubblici, al governo del territorio e alla riqualificazione delle aree urbane, alle bonifiche, ai provvedimenti autorizzatori e concessori in genere (centrali idroelettriche, demanio marittimo per finalità ricreative, commercio). Quanto al *welfare*, le pronunce del giudice amministrativo spaziano dai diritti dei migranti, alle mense scolastiche, all'assistenza, all'insegnamento di sostegno, all'istruzione e, soprattutto, alla salute (obblighi vaccinali negli asili nido, provvedimenti emanati per ragioni sanitarie, *in primis* tutte le misure adottate per fronteggiare l'emergenza sanitaria).

Si tratta di settori in grande sviluppo negli ultimi decenni, proprio per l'ampliarsi dell'intermediazione amministrativa in questi campi, che ha trasformato in profondità, intrinsecamente, il potere pubblico nella società e, conseguentemente, il ruolo del giudice amministrativo: da un giudice garante delle libertà e dei diritti che ne costituivano espressione nei confronti del potere, in un'ottica sostanzialmente liberale, a un giudice che garantisce, in più, il "diritto a prestazioni amministrative" da parte dei pubblici poteri in uno Stato sociale.

Un giudice "abituato" al potere pubblico e alle sue trasformazioni, che segue, e talvolta insegue, il potere per coglierne legalità e abusi, può costituire una risorsa per la società se sarà in grado di "ben giudicare", se farà della competenza la sua legittimazione nella società (essendo sottratto al circuito della rappresentanza politica), se saprà agire e presentarsi "in società" seguendo un modello di etica pubblica che lo legittimi e lo renda credibile nella comunità.

2. A Travi, *op. ult. cit.*

Ma è un giudice che non può avere la presunzione di fare da solo. Le persone, le imprese, le cose, si muovono in uno spazio giudico quanto meno europeo: e qui serve un dialogo “verticale” con le due Corti europee sovranazionali; ma serve anche un dialogo “orizzontale” con le corti nazionali dei Paesi membri, alla ricerca di un convergente sindacato giurisdizionale sui poteri pubblici e di una omogenea protezione dei diritti e degli interessi da parte dei giudici nazionali indipendentemente dalle cittadinanze nazionali e sotto l’ombrello di una cittadinanza europea che alla prima si affianchi.

Ma, prima di tutto ciò, serve che la giurisdizione italiana si presenti sullo scenario europeo come un

sistema pur duale (come avviene per tanti altri Paesi dell’Unione) ma unitario di tutele, in grado di evitare lacune e di offrire una combinazione di tecniche di tutela che siano in grado di proteggere diritti e interessi delle persone.

Il dialogo tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato, due istituzioni con una lunga storia alle spalle poste al vertice di un articolato assetto delle giurisdizioni, diventa quindi una condizione imprescindibile perché le Corti nazionali possano contribuire al processo di integrazione delle tutele sul fondamentale piano della protezione dei diritti e degli interessi e per garantire la legalità nell’ordinamento.

## Il giudice amministrativo come risorsa?

di Aldo Travi

L'Autore sostiene che la giustizia amministrativa è certamente una "risorsa", ma che il suo assetto attuale merita una riflessione critica: invece di un sistema fondato sulla pluralità delle giurisdizioni e sull'assegnazione di un ruolo decisivo alle giurisdizioni speciali, si deve ragionare su un sistema fondato su una giurisdizione unica, articolata in organi specializzati.

**1.** Il dibattito, oggi, sulla giurisdizione amministrativa si concentra su tre profili.

Il primo profilo attiene alla previsione, nel nostro ordinamento, di una pluralità di giurisdizioni; il secondo alla distribuzione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo; il terzo profilo attiene alla specialità del diritto amministrativo e all'esigenza che il giudice delle controversie con una pubblica amministrazione abbia una conoscenza puntuale anche di questa disciplina. Come si cercherà di spiegare, i tre profili appena richiamati attengono a temi diversi e coinvolgono considerazioni specifiche. Essi, però, conducono tutti a una problematica comune.

**2.** Per quanto riguarda il primo profilo, in particolare le controversie con una pubblica amministrazione, nel nostro ordinamento, sono distribuite fra una pluralità di giurisdizioni diverse: il giudice civile per le vertenze su diritti, il giudice amministrativo per le vertenze su interessi legittimi, il giudice contabile per le vertenze sulla responsabilità civile dei funzionari e degli agenti pubblici. Questo criterio fondamentale di riparto subisce, poi, tutta una serie di mutazioni e di deroghe che ne rendono più complessa la ricostruzione: si pensi all'attribuzione al giudice amministrativo delle vertenze su diritti soggettivi nelle materie devolute alla cd. giurisdizione esclusiva (*cf.*, oggi, art. 133 cpa) e delle vertenze sul diritto al risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi (*cf.* art. 7 cpa); all'estensione, se non addirittura al superamento, della nozione di "rapporto di servizio" come condizio-

ne per la giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità, etc.

Rispetto a questo primo profilo si riscontrano varie linee di riflessione. Una, forse la più nota, si è concentrata sulle origini e sugli sviluppi della pluralità delle giurisdizioni e dalla prospettiva storico-giuridica spesso ha tratto argomenti a sostegno della perdurante attualità del modello pluralistico. Un argomento ricorrente, in questo contesto, è rappresentato dal fallimento del modello di giurisdizione unica introdotto in Italia dalla legge del 1865 di «abolizione del contenzioso amministrativo» e dalla circostanza che proprio l'introduzione di una giurisdizione amministrativa, con la legge del 1889, consentì di introdurre una tutela più ampia per il cittadino nei confronti dell'amministrazione. Una linea di riflessione non meno interessante è quella che registra l'affermazione in vari Paesi del modello pluralistico, anche se basato su criteri di riparto differenti dal nostro: questa diffusione del modello pluralistico indurrebbe a ritenere che la pluralità delle giurisdizioni rispecchi esigenze di fondo, di ordine strutturale, e rappresenti ormai un risultato insuperabile sul piano dell'effettività della tutela. Un'ulteriore linea di riflessione, anch'essa di notevole importanza oggettiva, è rappresentata dalla tendenza, sostenuta anche recentemente, a giustificare il modello pluralistico accolto nel nostro Paese con ragioni di teoria generale, identificate con i caratteri sostanziali dell'interesse legittimo, con la sua irriducibilità alla figura del diritto soggettivo: la distinzione fra le situazioni giuridiche

sogettive giustificerebbe pienamente un riscontro anche sul piano processuale.

Personalmente queste tesi non mi sembrano convincenti. L'argomento storico merita la massima considerazione, ma comporta molto poco sul piano dell'utilità attuale di una pluralità delle giurisdizioni.

Dall'argomento storico, in particolare, non si può desumere che l'introduzione di un sistema di giurisdizione unica riproporrebbe oggi le stesse difficoltà che si riscontrarono in un'epoca di oltre centocinquanta anni fa. Semmai, l'argomento storico suggerisce di considerare attentamente l'esperienza pregressa per evitare che una riforma possa risolversi in una diminuzione della tutela del cittadino.

L'argomento comparatistico suggerisce anch'esso riflessioni di rilievo, ma da esso non possono desumersi conclusioni univoche a favore di un modello pluralistico: piuttosto, dalle esperienze straniere si coglie la necessità che le vertenze (o, meglio, "certe" vertenze) con l'amministrazione siano trattate da un giudice con una competenza specifica e tutto ciò induce a considerare con attenzione esperienze, come quella spagnola (o, in fondo, quella tedesca), che hanno valorizzato la "specializzazione" del giudice competente per le vertenze con l'amministrazione. Non si può, però, confondere la specialità della giurisdizione con la specializzazione del giudice: la specializzazione del giudice è un risultato compatibile con l'unicità della giurisdizione. La specialità della giurisdizione non si risolve nella specializzazione del giudice, ma comporta molto di più: il giudice amministrativo, in Italia (come in Francia e in altri Paesi sensibili all'esperienza francese), è un giudice "speciale" perché non appartiene all'ordine giudiziario, a differenza del giudice ordinario. La specialità della giurisdizione introduce una deroga (nel nostro ordinamento, fondata sull'art. 103 Cost.) rispetto al principio (sancito dall'art. 102 Cost.) di corrispondenza fra funzione giurisdizionale e inserimento nell'ordine giudiziario, con tutte le relative implicazioni sullo stato giuridico del giudice.

L'argomento di teoria generale appare anch'esso meritevole della massima considerazione e ha accompagnato un progresso nella scienza giuridica italiana che non trova corrispondenze in altri Paesi, come emerge con evidenza dal confronto con la giurisprudenza, meno raffinata, della Corte di giustizia. Nello stesso tempo, però, anche questo argomento risulta oggi piuttosto debole, sia perché i casi di giurisdizione esclusiva sono sempre più estesi (e quindi il riferimento all'interesse legittimo perde di centralità, nella giurisdizione amministrativa), sia perché la distinzione stessa fra diritto soggettivo e interesse legittimo risulta in molti casi opinabile e assume in genere una concezione stereotipa e imprecisa del diritto soggettivo, sia perché i casi di sovrapposizione

di interessi legittimi e di diritti soggettivi sono ormai numerosi. L'introduzione del diritto al risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi ha comportato nuovi elementi di corrispondenza fra le due situazioni soggettive.

**3.** Il secondo profilo, come ho accennato, attiene alla distribuzione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo. Si tratta di un profilo indubbiamente critico, come è testimoniato dall'entità delle questioni di giurisdizione demandate annualmente alla Corte di cassazione, ma alle ragioni legate alla complessità delle regole del riparto si è aggiunta, negli ultimi anni, la rinnovata esigenza di una nomofilachia effettiva, che consenta di recuperare spazio rispetto a una sempre più diffusa liquidità del diritto. Oggi la pluralità delle giurisdizioni non può più essere rappresentata (come forse era ancora possibile negli anni della Costituente, quando furono respinte le proposte di unificazione di Piero Calamandrei) come un sistema di ordini giurisdizionali paralleli, ciascuno con un proprio ambito specifico, non passibile di incontri (e, perciò, neppure di "scontri") rispetto all'altro. La coincidenza di oggetti e di questioni è indubitabile e la circostanza che rispetto alle due giurisdizioni speciali più importanti la Cassazione possa intervenire solo per motivi di giurisdizione, e non anche per ragioni nomofilattiche, determina un problema grave.

Si pensi, per tutti, al tema della responsabilità della pubblica amministrazione: tema centrale per la tutela del cittadino. Ciascuna delle giurisdizioni ha elaborato regole diverse, dichiarando però di applicare norme comuni: il paradosso rappresentato da giurisprudenze differenti, originate dalla diversità delle giurisdizioni, si riproduce qui costantemente. Gli elementi della fattispecie sono valutati in termini differenti: si pensi alla giurisprudenza amministrativa sulla colpa e sul relativo onere della prova, nel caso di vertenze risarcitorie per lesione di interessi legittimi. La nozione di "colpa grave" adottata dalla giurisprudenza contabile risulta indefinita nei suoi contenuti concreti, e talvolta nella giurisprudenza contabile si parla di "dolo" in termini divergenti dai paradigmi civilistici. La figura del danno per lesione dell'affidamento del cittadino nei confronti dell'amministrazione, elaborata dalla Cassazione per recuperare un proprio spazio in queste vertenze, manca di un reale fondamento sistematico e si confonde con altre ipotesi, ricondotte al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi. Ogni giurisdizione ha poi il suo "metro" di valutazione e di liquidazione del danno: emergono un criterio molto cauto da parte del giudice amministrativo, evidentemente timoroso di incidere sulle risorse pubbliche, un criterio ispirato a

ragioni di generalità dei parametri risarcitori nel caso del giudice ordinario, etc.

L'individuazione del giudice dotato di giurisdizione comporta pertanto implicazioni di rilievo anche sul piano del soddisfacimento delle pretese sostanziali, e ciò appare incompatibile con un criterio di certezza e unicità del diritto su cui tali pretese si fondano. Inoltre, il criterio di riparto risulta sempre più difficile da comprendere e da condividere e, anche per la maggiore complessità acquisita negli ultimi anni, è sempre più lontano e incomprensibile per il cittadino che alla giurisdizione deve rivolgersi per ottenere tutela nei confronti dell'amministrazione. Un valore della democrazia, rispetto alla tutela giurisdizionale, dovrebbe essere rappresentato anche dalla "intelligibilità" di questi aspetti da parte del cittadino: questo requisito oggi sfuma.

A mio parere, a tali considerazioni non si può replicare, in termini giuridici, prospettando estensioni del ruolo della Cassazione rispetto ai limiti oggi segnati dall'art. 111 Cost., o costituendo collegi "misti" per la decisione di questioni di interesse comune per più giurisdizioni (come è previsto in Germania, sulla base però di una norma costituzionale). Il diritto ha le sue regole e fra le regole del diritto vi è (anche se un po' dimenticata) l'osservanza della legge: e anche la giurisdizione "è soggetta alla legge" (art. 101 Cost.). Tuttavia, rispetto a un assetto inadeguato, o comunque emendabile, un giurista non può rinunciare a una dimensione progettuale, che comporta la possibilità di farsi portavoce di una riforma anche costituzionale.

**4.** Il terzo profilo è anch'esso centrale. La specialità del diritto amministrativo è oggi fuori discussione e comporta l'esigenza che il giudice delle con-

troverse con una pubblica amministrazione abbia una conoscenza puntuale anche di questa disciplina. Una giurisdizione ordinaria che, per quanto riguarda il diritto civile, è intrisa dalla matrice privatistica e, per quanto concerne il diritto penale, si culla in un diritto amministrativo diverso da quello reale, non soddisfa assolutamente questa esigenza. La conoscenza della giurisprudenza amministrativa da parte del giudice ordinario dovrebbe rappresentare un requisito essenziale, come è la conoscenza della giurisprudenza civile o di quella penale. Il diritto amministrativo è indubbiamente molto complesso e il suo studio richiede un impegno pieno. La convinzione che alcuni recenti sviluppi del diritto amministrativo comportino una riduzione delle differenze rispetto al diritto comune è frutto di un'illusione prospettica: la circostanza che su istituti amministrativistici siano innestate figure privatistiche rende semmai molto più complesso il quadro generale, che non risulta mai riducibile ai modelli civilistici, ma non corrisponde più neppure a quelli amministrativistici più tradizionali.

Il diritto amministrativo esige un giudice realmente competente e preparato. Il superamento della pluralità delle giurisdizioni è possibile solo in un quadro di reale specializzazione del giudice ordinario, come d'altra parte esiste in altri Paesi europei; altrimenti a perdere sarebbe proprio il cittadino. Le considerazioni, ripetute anche di recente, sull'esigenza di superare la giustizia amministrativa per recuperare punti di Pil, lasciano francamente sconcertati. La sete di legalità riscontrabile a tutti i livelli in Italia – e che deve trovare attuazione anche per lo sviluppo economico del nostro Paese – non ammette alcun indebolimento della tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione.

# La giustizia amministrativa italiana: una *risorsa* di qualità tra criticità e nuove prospettive

di *Marco Lipari*

Muovendo dalla condivisibile idea secondo cui la giustizia amministrativa italiana costituisce una preziosa risorsa da conservare e utilizzare, la dimensione storica del sistema consente di delinearne le prospettive possibili, tenendo conto delle critiche evidenziate da alcuni commentatori. È, pertanto, necessario verificare attentamente la capacità del giudice amministrativo di assicurare la tutela effettiva del cittadino, senza incidere sulla tutela degli interessi pubblici. Lo sviluppo del dibattito tra i protagonisti del processo amministrativo e il dialogo tra le giurisdizioni costituisce un elemento indispensabile per valorizzare la *risorsa* giustizia amministrativa.

**1. Risorse, tensione etica e valorizzazione produttiva / 2. La prospettiva storica. Cinquant'anni dalla legge istitutiva dei tar / 3. Il giudice amministrativo e l'effettività della tutela: si può migliorare? / 4. La tutela giurisdizionale nel settore dei contratti pubblici / 5. L'ampiezza eccessiva della giurisdizione amministrativa è un problema ancora attuale? / 6. Il sistema dualistico di giurisdizione e la *tenuta* del criterio tradizionale di riparto, incentrato sulla contrapposizione diritti soggettivi/interessi legittimi / 7. Il diritto paritario delle pubbliche amministrazioni / 8. Le possibili criticità della giurisdizione esclusiva / 9. Il dialogo interno tra le giurisdizioni italiane, per accelerare la ripresa del Paese / 10. Il sindacato della Cassazione sulle pronunce del giudice amministrativo. I rimedi alle *decisioni ingiuste* del Consiglio di Stato / 11. La dimensione europea della giurisdizione amministrativa / 12. Lo statuto soggettivo del magistrato amministrativo / 13. L'assetto organizzativo della giustizia amministrativa e la questione etica**

## 1. Risorse, tensione etica e valorizzazione produttiva

Il saggio introduttivo di Enrico Scoditti e Giancarlo Montedoro (in questo fascicolo) sulla giustizia amministrativa intesa come *risorsa* apre, nella corretta prospettiva, una discussione utile e necessaria.

Molteplici argomenti inducono a ritenere senz'altro che la giustizia amministrativa, oggi, sia un bene prezioso: una *risorsa* capace di alimentare la società italiana e di rispondere al suo crescente *fabbisogno*

*energetico* di legalità, certezza giuridica, tutela degli interessi pubblici e privati.

Gli appassionati di etimologia possono apprezzare il collegamento della parola *risorsa* con il vocabolo latino *resurgere*, che evoca la tensione vitale verso un risultato positivo. Il dato dell'impegno etico che deve sempre caratterizzare l'attività dei protagonisti del sistema della giustizia è essenziale.

Gli economisti, invece, sottolineano come, in termini generali, la *risorsa* vada studiata attentamente nel modo in cui essa viene costruita, organizzata, e



poi utilizzata nella dinamica della produzione. In questo senso si potrebbe dire, allora, applicando i dettami delle scienze economiche, che la giustizia amministrativa appartiene al novero delle “risorse artificiali”: non esiste in natura, evidentemente, ed è il risultato di una complessa combinazione tra professionalità dei magistrati, regole processuali adeguate, mezzi finanziari, capacità organizzativa, rapporto con le istituzioni e con i cittadini, contraddittorio con il foro e con i soggetti pubblici, attenzione ai suggerimenti e alle valutazioni provenienti dall'accademia.

Proprio partendo da queste premesse, occorre sviluppare un costante monitoraggio sul modo in cui, nell'epoca presente, la giustizia amministrativa stia effettivamente funzionando. Ed è opportuno ascoltare con la massima attenzione e disponibilità al dialogo anche – e soprattutto – le voci critiche, comprese quelle più aspre e categoriche, orientate a negare, in radice, la stessa utilità dell'apparato tar - Consiglio di Stato.

## 2. La prospettiva storica. Cinquant'anni dalla legge istitutiva dei tar

Siamo abituati a studiare il diritto amministrativo e il sistema della giustizia amministrativa in una chiave *storica*. Analizziamo spesso le origini dell'ordinamento e le tappe della sua evoluzione. Ma ci interroghiamo anche sulle prospettive future e sulla direzione assunta dalla Storia.

Questo atteggiamento culturale ha una sua giustificazione innegabile, che qualche volta si sottovaluta. L'ordinamento della giustizia amministrativa si connette a eventi concreti. Alcuni di questi hanno accompagnato i passaggi essenziali della costruzione dello Stato italiano, nella sua fase liberale e in quella costituzionale del Secondo dopoguerra.

Altri momenti di evoluzione del sistema potrebbero apparire più episodici e circoscritti, ma non per questo privi di una rilevante dimensione storica, intesa come collegamento stretto con vicende di vivida attualità. Basterebbe pensare agli interventi processuali dell'attuale periodo di contrasto alla pandemia.

Gli “anniversari” che spesso si celebrano nel mondo della giustizia amministrativa per indicare il trascorrere del tempo da riforme significative, allora, non sono meri “documentari” del passato, ma hanno lo scopo di comprendere l'effettiva direzione assunta dal sistema e la sua concreta attualità.

In questo 2021 si registra mezzo secolo di vita di una riforma che ha segnato in profondità il modo di essere del nostro ordinamento. Cinquant'anni fa, la legge 6 dicembre 1971, n. 1034 istituiva i tribunali amministrativi regionali, che avrebbero iniziato il loro effettivo funzionamento nel 1974.

In cinque decenni il mondo è certamente cambiato e la giustizia amministrativa, attraverso un lungo percorso, ha conquistato stabilmente un ruolo di assoluto primo piano nell'ordinamento.

La società italiana, non solo quella del diritto, pure contrassegnata da mutamenti epocali sviluppati attraverso stadi successivi, non è più quella degli anni settanta.

Non è necessario ripercorrere analiticamente l'evoluzione storica del sistema. Ma è lecito domandarsi quale sia l'attuale “*stato di salute*” della giustizia amministrativa e verso dove essa stia andando.

Alcuni dati oggettivi forniscono indicazioni molto positive. Il sistema italiano registra un costante incremento di produttività e una sensibile riduzione dei tempi di durata dei processi, ormai saldamente attestati su *standard* europei.

Anche la “qualità” tecnica delle decisioni amministrative è universalmente apprezzata, in ambito nazionale ed europeo. La fiducia nei confronti della giustizia amministrativa è tuttora alta, in un contesto segnato dalla difficoltà dei rapporti tra cittadini e pubblici poteri.

Tuttavia, permangono diverse posizioni critiche, non solo dottrinarie, che prospettano importanti difetti e limiti dell'attuale assetto. Non mancano opinioni, anche autorevoli, che, pur con differenti sfumature nei toni e nelle argomentazioni, auspicano il radicale superamento della stessa idea della giurisdizione amministrativa autonoma.

## 3. Il giudice amministrativo e l'effettività della tutela: si può migliorare?

Volendo schematizzare, al giudice amministrativo viene mosso un duplice rimprovero, che muove da due versanti contrapposti, se non contraddittori.

Da un primo punto di vista si è dubitato, talvolta, che il giudice amministrativo sia in grado di assicurare sempre una tutela effettiva al cittadino. Ciò deriverebbe da molteplici fattori, non ultimo quello “culturale”, correlato a un'asserita eccessiva *deferenza* all'amministrazione, nonché alla difficoltà di manovrare strumenti processuali come quello risarcitorio, che appartengono al campo fisiologico in cui opera il giudice ordinario.

In alcune occasioni, fino all'intervento della Corte costituzionale n. 6/2018, anche le sezioni unite della Cassazione avevano ampliato i casi di “*rifiuto di giurisdizione*”, denunciabili con il ricorso *ex art. 111*, comma 8, Costituzione, stigmatizzando le decisioni del giudice amministrativo asseritamente incapaci di fornire una risposta adeguata al bisogno di tutela del privato leso da un provvedimento amministrativo sfavorevole.

Da un angolo visuale in certo senso simmetrico, invece, si è ritenuto che il giudice interferisca spesso troppo pesantemente nelle scelte discrezionali amministrative, persino nei casi in cui esse hanno una valenza direttamente o indirettamente politica.

La specularità delle due posizioni critiche così riassunte evidenzia, a ben vedere, il nocciolo sostanziale della giurisdizione amministrativa, che si risolve, in fondo, nella ricomposizione del rapporto tra cittadino e soggetto pubblico, portatori di interessi potenzialmente antitetici.

Non vi è dubbio che entrambe le posizioni critiche debbano essere vagliate con la massima attenzione, anche alla luce di un'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che ha sempre più affinato la problematica in questione, definendo criteri applicativi sufficientemente consolidati, in un quadro legislativo divenuto molto più chiaro con la legge n. 205/2000 e con il codice del processo amministrativo.

Un approfondimento del dibattito dovrebbe sviluppare ulteriormente pochi punti, delineati con nettezza:

a) l'individuazione delle aree di contenzioso in cui risulta più problematico l'equilibrio tra la pienezza della tutela del cittadino e la salvaguardia degli interessi pubblici;

b) la verifica delle discipline sostanziali di riferimento, in vista di un affinamento delle regole che disciplinano l'esercizio dei poteri amministrativi;

c) la ricerca della più accurata stabilità e certezza delle prassi interpretative seguite dal giudice amministrativo, capaci di orientare l'attività amministrativa e le modalità di tutela delle parti private coinvolte.

#### 4. La tutela giurisdizionale nel settore dei contratti pubblici

L'idea secondo cui la tutela giurisdizionale costituisca un freno alle attività pubbliche è ancora molto radicata, specie negli ambiti delle opere pubbliche e dei contratti.

Il problema non può essere sottovalutato, né ridotto a una mera erronea percezione della realtà concreta.

I più recenti interventi normativi hanno certamente migliorato molto il contesto normativo di riferimento, pur con evidenti limiti.

Sono in corso molte ricerche volte a studiare i diversi fattori scatenanti il contenzioso e i possibili strumenti di reazione.

Non è questa la sede per entrare nel vivo delle problematiche specifiche del contenzioso appalti, caratterizzato da un vorticoso succedersi di norme e di arresti giurisprudenziali.

Ma è assai probabile che potrebbe risultare molto utile individuare una strumentazione più affinata e stabile, che potrebbe consistere, esemplificativamente, in alcuni mezzi quali:

a) la creazione di un Osservatorio permanente sul contenzioso, organizzato dal Consiglio di Stato e dall'Anac, che coinvolga il foro e gli altri protagonisti del settore;

b) un aggiornamento annuale del codice dei contratti pubblici, capace di superare le modifiche rapsodiche e talvolta affrettate, disposte occasionalmente dal legislatore, svolto anche con l'apporto consultivo del Consiglio di Stato, capace anche di recuperare, all'interno dello stesso codice, le molteplici disposizioni ancora sparse nella legislazione speciale;

c) l'avvio di una rivisitazione accurata delle direttive ricorsi, volta a codificare gli indirizzi della Cgue, ma anche capace di sciogliere i nodi relativi a temi essenziali, come quelli della legittimazione al ricorso e della decorrenza, e a colmare i non trascurabili difetti di coordinamento con le direttive sostanziali.

#### 5. L'ampiezza eccessiva della giurisdizione amministrativa è un problema ancora attuale?

Un altro punto critico di grande attualità riguarda la forte critica all'ampiezza oggi assunta dalla giurisdizione esclusiva amministrativa. In tal modo, si dice, i limiti del sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato inciderebbero negativamente sull'effettività della tutela dei diritti soggettivi.

Il punto va affrontato con la massima attenzione e senza pregiudizi, tenendo conto dei vincoli costituzionali e della equilibrata lettura della normativa fondamentale espressa dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 204/2002.

I due elementi chiave da cui partire consistono nel chiarire che:

- la giurisdizione esclusiva è giustificata solo in relazione all'esercizio di poteri amministrativi e ha lo scopo di concentrare la tutela per ragioni di semplificazione del contenzioso e di maggiore efficacia;

- il risarcimento del danno non è una "materia" di giurisdizione esclusiva, ma una tecnica di tutela dell'interesse legittimo e del diritto soggettivo affidati alla cognizione del giudice amministrativo.

Fissate queste coordinate di fondo, lo spazio entro cui può muoversi il legislatore rispettando i parametri dell'art. 103 Costituzione dovrebbe risultare, in definitiva, molto esiguo.

Ora, è certamente vero che, sotto l'aspetto numerico, l'elenco delle materie di giurisdizione esclusiva



considerato dall'art. 133 cpa è molto ampio; in concreto, però, non poche delle ipotesi contemplate sembrerebbero rientrare nell'ambito della giurisdizione amministrativa, in forza dei criteri generali di riparto elaborati dalla giurisprudenza delle sezioni unite.

Non si può trascurare, comunque, la crescente difficoltà di distinguere con chiarezza i diritti soggetti dagli interessi legittimi, considerando l'innegabile rafforzamento "sostanziale" di tutte le posizioni giuridiche nei rapporti cittadino-pubblica amministrazione, insieme all'emersione di nuovi interessi protetti, anche in conseguenza del diritto europeo, di incerta collocazione sistematica.

Altrettanto problematica risulta, poi, la qualificazione – pubblica o privata – di determinati soggetti che partecipano all'attività amministrativa.

In questo senso, risulta piuttosto significativo il progressivo abbandono (nelle decisioni delle sezioni unite sul riparto di giurisdizione) dei percorsi argomentativi più risalenti, incentrati sulle note teorie della contrapposizione carenza di potere/cattivo uso di potere; attività discrezionale/attività vincolata. Sempre più raro, poi, nelle motivazioni della Cassazione si riscontra il richiamo alla dinamica dell'affievolimento dei diritti.

## 6. Il sistema dualistico di giurisdizione e la tenuta del criterio tradizionale di riparto, incentrato sulla contrapposizione diritti soggettivi/interessi legittimi

Forse, nel dibattito sui confini della giurisdizione amministrativa, negli ultimi anni si è sottovalutata proprio la necessità di verificare il concreto funzionamento dei criteri generali di riparto. Sono ancora idonei a definire con certezza e coerenza i confini della giurisdizione amministrativa? La loro applicazione sta conducendo, negli esiti concreti, a una limitazione o a un ampliamento della giurisdizione amministrativa?

Con riguardo alla giurisdizione esclusiva amministrativa, potrebbe essere utile individuare alcuni punti fermi.

a) In nessun caso la tutela del diritto soggettivo affidata alla cognizione del giudice amministrativo deve trasformarsi in una limitazione della protezione della posizione giuridica dell'interessato. L'attuale sistema processuale amministrativo, caratterizzato dalla pienezza degli strumenti processuali e istruttori e dei poteri cognitori del giudice, dovrebbe essere rassicurante. Ma la verifica deve essere compiuta con la massima attenzione, tenendo conto dei settori considerati. Basterebbe indicare, in tal senso, il contenzioso in materia sanzionatoria ricadente nella

giurisdizione amministrativa, tuttora caratterizzato da regole processuali non sovrapponibili a quelle del giudizio ordinario.

b) Il sistema della giurisdizione esclusiva dovrebbe caratterizzarsi nel senso della massima omogeneità e coerenza delle fattispecie affidate alla cognizione del giudice amministrativo. La fisionomia dell'art. 133 cpa, derivante dalla stratificazione di interventi normativi effettuati in epoche diverse e con differenti finalità, riflette un atteggiamento del legislatore non sempre capace di cogliere le ricadute ordinamentali delle scelte compiute. Uno degli esempi più nitidi della possibile incoerenza normativa riguarda la giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori delle autorità indipendenti, suddivisa tra giudice ordinario e giudice amministrativo, senza una convincente spiegazione diversa dalla mera opzione contingente del legislatore.

c) Andrebbe abbandonata o, per lo meno, nettamente circoscritta l'idea della giurisdizione esclusiva amministrativa definita con la tecnica dei "blocchi di materia", che è stata alla base dei contestati interventi normativi del decreto n. 80/1998 e della legge n. 205/2000. Il problema non è costituito tanto dalla "dimensione" assunta, in tal modo, dalla giurisdizione esclusiva così determinata, ma dalla inevitabile incertezza che comportano nozioni generiche e poco definite normativamente, come i "servizi pubblici", o "l'uso del territorio".

d) Sotto il profilo della certezza del riparto, la tecnica normativa preferibile è forse quella che collega la giurisdizione esclusiva a precise discipline normative, come avviene nei settori dell'edilizia e dell'espropriazione, o al soggetto autore dell'atto contestato in giudizio.

e) È anche auspicabile che le nuove norme in materia di giurisdizione, ove possibile, siano frutto di un'attenta valutazione "tecnica" preventiva da parte delle giurisdizioni interessate.

f) Se la "logica" degli *indefiniti* "blocchi di materia" deve essere abbandonata, occorre chiedersi se sia giustificata l'opposta tendenza del legislatore degli ultimi anni di individuare ipotesi "troppo" circoscritte di giurisdizione esclusiva. Talvolta ciò avviene perché, per un particolare ambito, si reputa opportuno un trattamento processuale speciale: alla giurisdizione esclusiva si accompagna la competenza territoriale del Tar Lazio e l'assoggettamento al rito speciale accelerato. La limitata portata di tali interventi, riferiti a ipotesi "nuove" di giurisdizione, potrebbe determinare scarso interesse per il problema. E, tuttavia, anche in tali contesti sembra preferibile delineare un sistema omogeneo.

g) Il riferimento alle controversie relative ai "comportamenti" della pubblica amministrazione come possibile oggetto della giurisdizione amministrativa

esclusiva in determinate materie ha creato non pochi problemi interpretativi e, quindi, potrebbe essere evitato, a meno che non si intenda proprio considerare qualche ipotesi specifica, caratterizzata da un qualificato collegamento con un potere amministrativo.

h) Potrebbe risultare molto complicato rivedere sistematicamente tutte le ipotesi di giurisdizione esclusiva, in relazione ai criteri di riparto generale, specie nei casi in cui la giurisprudenza ha fissato criteri sufficientemente stabili. Tuttavia, non mancano ipotesi in cui sarebbe forse auspicabile maggiore coerenza legislativa, prevedendo la concentrazione delle tutele davanti a un unico giudice (ordinario o amministrativo). Un esempio in tal senso potrebbe riguardare il delicato settore dell'immigrazione. L'applicazione dei criteri generali di riparto ha comportato un frazionamento del contenzioso tra giudice ordinario e giudice amministrativo che, forse, incide sulla sistematicità della giurisprudenza e sulla unitarietà della materia.

i) Delimitate razionalmente le ipotesi di giurisdizione esclusiva, resta fermo che non sempre le norme speciali sul riparto risultano di facile e liquida applicazione. In tali eventualità, però, potrebbe essere preferibile seguire in via interpretativa un orientamento volto ad assecondare la scelta legislativa di massima concentrazione delle tutele, coerente con il principio costituzionale dell'indispensabile collegamento tra giurisdizione amministrativa ed esercizio del potere.

In questa prospettiva andrebbero rimeditati gli indirizzi espressi dalle sezioni unite, riguardanti l'affermazione della giurisdizione ordinaria in ordine alle controversie sulla responsabilità dell'amministrazione derivante dalla lesione dell'affidamento del privato in seguito all'annullamento di un provvedimento favorevole. Senza approfondire l'analisi degli argomenti posti a sostegno delle diverse tesi manifestate sull'argomento (con specifico riguardo all'esistenza dell'esercizio del potere amministrativo come elemento qualificante la vicenda e all'incidenza su posizioni giuridiche dell'interessato strettamente inerenti a tale potere), è proprio la logica della giurisdizione esclusiva che dovrebbe condurre all'esito della semplificazione e della concentrazione delle tutele.

## 7. Il diritto paritario delle pubbliche amministrazioni

Un ultimo tema riguarda la costante espansione del diritto privato nella disciplina delle attività delle pubbliche amministrazioni. Gli aspetti maggiormente analizzati sono quelli del lavoro, dell'organizzazione, dei "poteri imprenditoriali" delle aziende sanitarie, dell'esecuzione dei contratti pubblici. È forse possibile sostenere che, in tali ambiti, il diritto

comune applicato alle amministrazioni continui a essere caratterizzato da elementi di forte specialità di disciplina, così come andrebbe verificata la possibile incidenza dell'interesse pubblico come dato condizionante la *ratio* e l'applicazione concreta delle regole particolari considerate.

In tali ipotesi, tuttavia, l'esigenza di semplificazione dei criteri di riparto dovrebbe spingere verso la massima espansione della giurisdizione ordinaria, assecondando la scelta legislativa della privatizzazione di determinati settori, ove occorra "correggendo" le imprecise dizioni utilizzate dalla norma. Si pensi ai condivisibili indirizzi della giurisprudenza che inquadra determinati poteri unilaterali dell'amministrazione, incidenti su rapporti privatistici, nei generali principi contrattuali del diritto comune.

## 8. Le possibili criticità della giurisdizione esclusiva

La discussione sul riparto della giurisdizione e sui limiti della giurisdizione amministrativa pone in evidenza la complessità del *nuovo* diritto dei soggetti pubblici. Si è detto che il diritto amministrativo si trasforma progressivamente in senso paritario, facendo emergere posizioni di diritto soggettivo e, comunque, rendendo meno chiara la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

Le stesse difficoltà di definire i confini della giurisdizione esclusiva potrebbero indurre ad auspicare una trasformazione costituzionale nel senso della giurisdizione unica. Solo in tale quadro il sistema potrebbe ritrovare ordine e coerenza sostanziale, oltre a determinare vantaggi pratici.

Si aggiunge anche un'altra osservazione: proprio perché il giudice amministrativo risulta ora dotato di poteri di cognizione e decisione equivalenti a quelli del giudice ordinario, diventerebbe poco utile la conservazione di due plessi giurisdizionali distinti.

Si tratta di rilievi molto interessanti, quanto meno nella parte in cui sollecitano ulteriori approfondimenti sulla ragion d'essere della giustizia amministrativa e sulle sue trasformazioni.

Ma è certo problematico ipotizzare, oggi, un radicale mutamento dell'assetto costituzionale, in un territorio "sensibile" come è quello dell'organizzazione complessiva del sistema giudiziario.

Potrebbe essere utile, ai fini del dibattito, verificare le esperienze degli ordinamenti stranieri, che hanno sperimentato strutture assai diverse con risultati pratici alterni, anche in considerazione della presenza o meno di vincoli costituzionali all'assetto delle giurisdizioni.

A titolo di esempio si potrebbe citare, da un lato, l'assetto monistico spagnolo, che tuttavia accentua in

modo crescente l'autonomia e la specializzazioni di uffici, anche di vertice, deputati al contenzioso amministrativo; dall'altro, l'esperienza pluralistica francese, che considera favorevolmente le giurisdizioni speciali (si veda, da ultimo, la disciplina del contenzioso in materia di rifugiati e di stranieri), prevedendo articolate forme di controllo in sede di ricorso alla Cassazione o al Consiglio di Stato.

### 9. Il dialogo interno tra le giurisdizioni italiane, per accelerare la ripresa del Paese

A diritto vigente, allora, nell'esperienza italiana, un'opportuna "messa a punto" della giurisdizione esclusiva, ricondotta entro confini fisiologici ed efficaci, dovrebbe essere accompagnata dalla massima chiarezza del suo concreto modo di funzionamento, riducendo le possibili criticità.

Un nodo rilevante riguarda il paventato rischio di divergenze interpretative tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo, chiamati ad applicare regole sostanziali (e talvolta processuali) identiche. Si prospetta il dubbio che, in tali contesti, dovrebbe essere auspicabile una nomofilachia unica, che apparterrebbe istituzionalmente alla Cassazione.

Un esempio di questa discrasia riguarda il contenzioso in materia di lavoro pubblico, suddiviso tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo. La logica del riparto resta ferma, perché la natura interamente privatizzata o pubblicistica del rapporto incide sulla natura delle posizioni giuridiche. Tuttavia, per rilevanti aspetti, anche nel lavoro in regime di diritto pubblico si applicano integralmente istituti, regole e principi del lavoro privatistico.

In questo senso, allora, si ipotizza di estendere il sindacato della Cassazione alle decisioni del giudice amministrativo concernenti diritti soggettivi: solo in tal modo, si dice, il sistema potrebbe prevenire e risolvere le possibili contraddizioni tra le decisioni.

Il punto merita senz'altro approfondimento, perché un insanabile contrasto tra le giurisdizioni metterebbe in evidenza una "crisi" del sistema.

In concreto, però, il dialogo tra le giurisdizioni continua a svolgersi e l'obiettivo condiviso di seguire criteri interpretativi unitari è generalmente raggiunto, senza significative fratture.

Questa strada merita di essere seguita e forse "istituzionalizzata", attraverso la possibile definizione di linee-guida orientative e condivise.

Un efficace strumento in tal senso è rappresentato dalla prassi di scambi di pareri tra gli uffici, in ordine a questioni di interesse comune (sostanziali o processuali).

Non meno trascurabile potrebbe risultare il rafforzamento di tavoli comuni e permanenti di dialogo, volti a osservare i temi di maggiore rilievo, anche attraverso la redazione di studi e analisi specifiche, che si potrebbero aggiungere alle già numerose occasioni di formazione comune tra magistrati ordinari e amministrativi.

In questa auspicabile prospettiva di avvicinamento tra magistratura ordinaria e amministrativa, si è anche prospettata la possibilità di individuare forme di passaggio organico dalla Cassazione al Consiglio di Stato e viceversa.

L'attuazione di tale disegno richiede il superamento di alcune obiezioni tecniche, legate ai limiti anche costituzionali della disciplina relativa all'accesso alle magistrature ordinarie e amministrative.

Ma il tema merita senz'altro di essere approfondito: il suo obiettivo di fondo, costituito dalla realizzazione di un'accentuata omogeneità tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato è sicuramente condivisibile.

### 10. Il sindacato della Cassazione sulle pronunce del giudice amministrativo. I rimedi alle decisioni ingiuste del Consiglio di Stato

Il tema del controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato continua a essere delicato e controverso, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni.

Occorre però distinguere nettamente tra la prospettiva di rivedere interamente l'assetto costituzionale vigente e la necessità di conservare una linea interpretativa uniforme.

La decisione della Corte costituzionale n. 6/2018 ha il pregio di definire con nettezza la portata dell'articolo 111, comma 8, consolidando la linea interpretativa tradizionale seguita per decenni dalle sezioni unite.

La prospettiva della "giurisdizione dinamica", nelle sue diverse sfumature, non sembra in effetti collegarsi a una base normativa solida. Anche l'idea di un sindacato delle sezioni unite relativo alla sola nomofilachia comunitaria appare difficilmente conciliabile con il dato costituzionale e legislativo, né trova un aggancio con i principi eurounitari.

In questo senso non convince la prospettiva indicata dalla recente ordinanza n. 19598/2020, che intenderebbe, invece, percorrere la strada di un sindacato esteso della Cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo.

Vi è, però, da considerare con la dovuta attenzione il tema posto sullo sfondo dalla Cassazione. Vi è davvero un rischio concreto di disallineamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato dai parametri

eurounitari, tale da richiedere un intervento riparatore della Cassazione?

E questo rischio di “gravi violazioni” del diritto, consistenti nel “rifiuto di giurisdizione” si verifica anche in altri ambiti, facendo sorgere un reale problema di insufficienza della tutela somministrata dal giudice amministrativo?

La domanda non può essere elusa e va suddivisa in diversi quesiti.

Da un lato, può essere utile svolgere una valutazione complessiva dell’atteggiamento del giudice amministrativo in relazione a determinati settori o all’applicazione di particolari istituti processuali. Gli ambiti da considerare sono molteplici: taluni assumono un taglio trasversale, come quello del rapporto tra norma scritta ed elaborazione di regole di conio giurisprudenziale; altri riguardano settori particolari, come quello del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche.

È senz’altro fisiologico che su argomenti di tale portata si sviluppi un dialogo tra giurisprudenza, dottrina, protagonisti pubblici e privati del contenzioso, decisioni politiche del legislatore.

Da un altro lato, occorre delineare i rimedi agli errori occasionali in cui può incorrere il giudice amministrativo, anche in secondo grado, mediante la violazione del diritto europeo o anche della normativa nazionale.

La dilatazione del ricorso per cassazione, al di là dei limiti segnati dall’art. 111 della Costituzione, non sembra una risposta efficace e potrebbe aumentare i problemi, anziché risolverli, allungando i tempi di definizione dei processi e incentivando ricorsi in Cassazione a scopo dilatorio.

Poco incisivo è anche il rimedio della responsabilità risarcitoria dello Stato ex l. n. 117/1988, che comporta anche l’evidente distorsione di un processo di riesame della decisione amministrativa affidato alla cognizione del giudice ordinario, sviluppato attraverso tre gradi di giudizio.

Forse, una strada da esplorare, già delineata incidentalmente dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 6/2018, potrebbe essere quella di ampliare i casi di revocazione della sentenza, prevedendo uno strumento di impugnazione agile e rapido, volto a denunciare vizi evidenti della decisione per contrasto chiaro con pronunce della Corte di giustizia o con principi di diritto dell’adunanza plenaria.

La problematica richiede attenzione, perché l’incremento della tutela potrebbe accompagnarsi a un indesiderato effetto di esasperazione del contenzioso davanti al giudice amministrativo, rallentando la formazione del giudicato.

Resta ferma, però la necessità di preservare e valorizzare la “risorsa” giustizia amministrativa an-

che mediante il perfezionamento degli strumenti che assicurino la correttezza e stabilità di una *decisione giusta*.

## 11. La dimensione europea della giurisdizione amministrativa

È evidente che, sullo sfondo, si pone la problematica ulteriore del rapporto tra la giustizia amministrativa italiana e le Corti europee.

Le occasioni di dialogo si sono moltiplicate e, nel suo complesso, il sistema “multilivello” delle tutele ha dato risultati molto positivi.

La definizione del ruolo del giudice nazionale rispetto alle Corti si è sempre più caratterizzato nel senso della concorrenza e non già della gerarchia.

La “risorsa” della giustizia amministrativa italiana è spesso apprezzata in una dimensione europea quale apporto essenziale alla costruzione del diritto eurounitario e al sistema dei diritti fondamentali in ambito Cedu.

In questa direzione è interessante notare come i rinvii pregiudiziali pronunciati dal Consiglio di Stato si sforzino di contribuire attivamente all’armonica interpretazione del diritto Ue e alla sua armonizzazione con l’ordinamento nazionale.

Ciò detto, però, si ha la sensazione che la giustizia amministrativa italiana non sia sufficientemente coinvolta nel percorso ascendente e discendente di formazione del diritto Ue.

Il punto non è sempre considerato con la dovuta attenzione: il Consiglio di Stato, nella sua funzione consultiva, potrebbe essere chiamato in causa in modo sistematico nella definizione della posizione italiana in ordine all’adozione di determinati atti normativi europei (si pensi alle direttive in materia di contratti pubblici), così come potrebbe partecipare alla fase di recepimento delle direttive in via per così dire “ordinaria”.

Un discorso a parte, poi, richiederebbe il procedimento di formazione pretoria del diritto processuale comunitario in materia di appalti. Occorre prendere atto della situazione di fatto che si è consolidata negli anni: a fronte dell’esile tessuto normativo delle direttive ricorsi, la Cgue ha costruito un insieme di regole sempre più puntali.

Evidentemente, il canale istituzionale del rinvio pregiudiziale non consente l’attivazione di un confronto pieno tra le giurisdizioni nazionali e la Corte del Lussemburgo. Ciò emerge in modo clamoroso quando il rinvio pregiudiziale è disposto dal giudice di primo grado, non di rado con motivazioni molto sintetiche, e mira a contrastare gli orientamenti del giudice nazionale della nomofilachia.



Il rischio che, in tal modo, si creino incomprensioni e difficoltà operative è fortissimo, come dimostra la vicenda della legittimazione al ricorso nella sofferta evoluzione della giurisprudenza comunitaria.

Sarebbe forse opportuno individuare dei meccanismi, anche informali, o basati su prassi della Cgue, diretti a garantire una maggiore armonizzazione tra le pronunce delle corti nazionali e quelle europee.

L'utilità del dialogo con il giudice europeo risulta fortissima anche nel rapporto con la Corte Edu.

Inutile sottolineare che il tema presenta numerose criticità, non solo di ordine tecnico-giuridico.

La corretta definizione dei rapporti tra gli ordinamenti, infatti, è influenzata da valutazioni di ordine politico riguardanti la collocazione dello Stato italiano nello scenario internazionale e all'interno delle organizzazioni di cui fa parte.

Pur con questa consapevolezza, riesce difficile comprendere le ragioni delle opposizioni espresse nei confronti del meccanismo del rinvio pregiudiziale facoltativo (e non vincolante) alla Corte Edu, previsto dal Protocollo 16.

Il procedimento in questione, infatti, appare costruito proprio in funzione di un ruolo più consistente del giudice nazionale ed è articolato in modo da favorire la convergenza tra le posizioni delle diverse corti, superando l'idea di una assoluta e incontrastata superiorità gerarchica della Corte di Strasburgo.

Al momento, però, il Parlamento nazionale sembra fermo nella posizione diretta a non ratificare il Protocollo: decisione pienamente legittima e assunta all'esito di una lunga istruttoria in Commissione giustizia, ma che, forse, non valorizza appieno una componente significativa della risorsa giustizia.

## 12. Lo statuto soggettivo del magistrato amministrativo

L'assetto ordinamentale della magistratura amministrativa continua a destare interesse.

I punti in discussione sono molteplici, riannodandosi a problematiche antiche e a temi più recenti.

È senz'altro utile sviluppare il dibattito, in modo franco e aperto.

Un primo aspetto riguarda la questione della effettiva indipendenza della magistratura amministrativa e, segnatamente, del Consiglio di Stato.

Tradizionalmente, i punti critici principali sono ben noti, perché riguardavano:

- l'accesso al Consiglio di Stato per nomina governativa;
- lo svolgimento della funzione consultiva per il Governo;

- la frequentissima utilizzazione dei magistrati amministrativi nello svolgimento di incarichi fiduciari direttamente conferiti da vertici politici del Governo statale o regionale e locale.

Le risposte a queste critiche sono altrettanto note e non è necessario ricordarle.

Ci si può limitare ad aggiungere qualche riflessione.

Il passaggio al Consiglio di Stato di esperti funzionari provenienti dalle maggiori istituzioni pubbliche può contribuire a elevare la professionalità della magistratura amministrativa e il bagaglio di conoscenze del modo in cui operano i diversi apparati istituzionali. Si tratta, quindi, di un canale di accesso fondamentale, che va conservato e incoraggiato, correggendo alcune incongrue disposizioni recenti che hanno introdotto ingiustificati disincentivi.

In una prospettiva di possibile evoluzione del sistema, si potrebbe anche valutare l'introduzione di meccanismi di accesso analoghi a quelli ora previsti per la Corte di Cassazione, favorendo l'ingresso di personale proveniente dal mondo dell'università e dell'avvocatura del libero foro.

La funzione consultiva del Consiglio di Stato è in costante ridimensionamento. Bisogna interrogarsi su questa tendenza recente dell'ordinamento. Alcune cause sono già esplorate: il declino del ricorso straordinario al capo dello Stato, la netta flessione dei regolamenti governativi, l'emersione di compiti di consulenza affidati ad autorità indipendenti e regolatorie comportano una riduzione costante dei pareri resi dal Consiglio di Stato.

Difficile stabilire se ciò sia un bene o un male. La fisionomia del Consiglio di Stato si caratterizza sempre di più per la sua connotazione giurisdizionale e ciò potrebbe preludere, forse, come qualcuno auspica, a una definitiva separazione delle funzioni.

D'altro canto, però, l'autorevolezza dei pareri del Consiglio di Stato si collega proprio alla circostanza che lo stesso organo, in diversa composizione, è chiamato ad applicare e interpretare la legge in sede giurisdizionale.

Certo è che andrebbe condotta un'ampia riflessione sullo stato attuale della funzione consultiva, accompagnata dall'individuazione delle sue possibili prospettive.

Il tema del rapporto tra magistratura amministrativa e incarichi di governo è sempre stato molto controverso, dando luogo anche a un'articolata successione di discipline normative e di interventi degli organi di autogoverno, volti a offrire un idoneo quadro di garanzie.

Si tratta di una materia in cui è difficile individuare un soddisfacente punto di equilibrio tra l'esigenza di assicurare l'efficiente svolgimento delle funzioni giurisdizionali e la necessità di consentire l'esercizio

delle funzioni di governo attraverso le strutture di diretta collaborazione.

Probabilmente, alla base delle criticità riscontrate si pongono alcuni limiti di fondo del sistema, che attengono all'organizzazione complessiva degli apparati delle istituzioni pubbliche.

Per ragioni difficili da comprendere, la disciplina generale è tuttora frammentaria e poco chiara ed è ispirata dal principio secondo cui l'intera struttura di diretta collaborazione del Ministro è ricostruita di volta in volta, senza stabilità interna, nemmeno con riguardo a compiti che potrebbero avere anche una connotazione tecnica, come sono, almeno in parte, quelli degli uffici legislativi.

Si potrebbe discutere se questo modello sia migliorabile o meno, favorendo la creazione di uffici ministeriali alimentati da risorse interne altamente specializzate, in grado di interagire lealmente con i vertici politici.

In questo senso, allora, potrebbe riprendersi l'idea di assegnare un peso crescente a istituti di alta formazione capaci di formare insieme la magistratura amministrativa e la dirigenza delle pubbliche amministrazioni, sulla falsariga dell'esperienza dell'ENA francese.

È una prospettiva complessa, già tentata in più occasioni, con esiti altalenanti, che avrebbe il duplice obiettivo di avvicinare, sul piano "culturale", la magi-

struttura alla dirigenza e di ridurre in radice la necessità di far coprire determinate posizioni di vertice dei ministeri a magistrati amministrativi.

### 13. L'assetto organizzativo della giustizia amministrativa e la questione etica

Un ultimo tema meritevole di estrema attenzione riguarda la deontologia del magistrato.

Alcuni episodi hanno suscitato l'interesse della cronaca giornalistica, destando vivo allarme.

Non vi è dubbio che le vicende, di palese gravità, esigono di verificare non solo se il sistema sia in grado di sanzionare correttamente le violazioni deontologiche, ma anche se esistano strumenti adeguati di prevenzione e di controllo.

In questo senso vanno incoraggiate le iniziative delle associazioni dei magistrati dirette ad attivare l'adesione ai codici etici, opportunamente adeguati ai nuovi contesti storici.

Ma è necessaria anche una risistemazione della normativa disciplinare riguardante i giudici amministrativi, più volte sollecitata dal Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa.

Sono questi i presupposti necessari per proteggere efficacemente e rafforzare la *risorsa* giustizia amministrativa.

# La “risorsa” del giudice amministrativo

di Maria Alessandra Sandulli

“Risorsa” fondamentale per assicurare l’effettività della tutela nei confronti del potere amministrativo e la “giustizia nell’amministrazione”, il giudice amministrativo, per assolvere al suo ruolo, deve però mantenere la sua peculiarità: impedire l’efficacia di atti amministrativi ingiustamente lesivi di posizioni giuridicamente tutelate, senza cedere alle spinte verso una progressiva assimilazione al giudice ordinario. Per questa ragione, mentre va nettamente stigmatizzata ogni tendenza a sostituire la tutela caducatoria con quella risarcitoria, va forse ripensata anche l’attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria, ipotizzando magari una mera partecipazione del relatore della sentenza al collegio giudicante ordinario.

**1. Premessa: il giudice amministrativo come “risorsa” fondamentale per la “buona amministrazione” / 2. Alcune “criticità” del sistema / 3. I “punti di forza” del giudice amministrativo e la necessità di salvaguardarli / 4. Conclusioni**

## 1. Premessa: il giudice amministrativo come “risorsa” fondamentale per la “buona amministrazione”

Ho aderito con sincera convinzione alla proposta di Giancarlo Montedoro e di Enrico Scoditti di svolgere alcune riflessioni sul ruolo del giudice amministrativo nell’ordinamento contemporaneo.

Tra i molti, seri problemi sollevati o messi in nuovo risalto dall’emergenza sanitaria ed economica da Covid-19, c’è, evidentemente, quello della validità del nostro sistema di giustizia amministrativa. Le ragioni sono molteplici e di immediata percezione.

Il tema è di massima attualità perché l’emergenza è gestita attraverso provvedimenti amministrativi (decreti, ordinanze, circolari, linee-guida, e le più svariate forme di raccomandazioni, indirizzi, istruzioni, intese, moduli di autodichiarazione, etc.), perché l’impatto economico della pandemia ha imposto e impone misure di sostegno e di rilancio dell’economia che, a loro volta, richiedono autorizzazioni e controlli amministrativi, perché l’esigenza di disporre in tempi estremamente brevi di ulteriori strutture, pre-

sidi sanitari, strumenti di prevenzione, risorse umane e tecnologiche, mezzi di trasporto e molto altro deve essere soddisfatta mediante atti amministrativi: come ben osservato da Montedoro e Scoditti nel saggio introduttivo a questo numero della Rivista, la pandemia ha rilanciato «*la centralità del pubblico*», ponendo «*le premesse per un nuovo patto fra autorità e libertà che privilegi il potere amministrativo rispetto alla declinazione privatistica dei rapporti giuridici*». E, quanto più si espande l’autorità, tanto più è delicato e importante il sindacato sull’esercizio del potere: compito ancora più arduo in un sistema amministrativo estremamente complesso, nel quale si intrecciano e si sovrappongono e contrappongono svariati livelli e tipologie di competenze, portatrici di diversi e molteplici interessi, in un quadro normativo multilivello e notoriamente farraginoso, dove la confusione e l’incertezza sono aggravate dalla crisi della politica e dai problemi di legittimazione delle istituzioni rappresentative, alle quali, in ossequio al principio costituzionale della sovranità popolare, è affidato l’esercizio del potere normativo primario, fermo però il limite – tutt’altro che irrilevante – che, sempre per

effetto della Costituzione, la sovranità nazionale incontra nel primato dell'Unione europea e il rispetto degli obblighi eventualmente assunti a livello internazionale o pattizio.

La necessità di valorizzare al massimo i finanziamenti disposti dall'Unione europea per fronteggiare l'eccezionale emergenza pandemica Covid-19 e i suoi drammatici effetti, e di non perdere una eccezionale e irripetibile occasione di ri-partenza, trasformando il cd. "debito buono" (perché consente investimenti idonei a determinare un'inversione di rotta verso una nuova crescita economica) in un irrecuperabile "debito puro" (che, per il suo straordinario ammontare, porterebbe inevitabilmente al tracollo del nostro Paese), impone, oggi più che mai, una "buona amministrazione" e, conseguentemente, un efficace sistema di controlli e di tutela giurisdizionale sull'operato dei soggetti – pubblici e privati – che devono in concreto assicurarla.

Il superamento della crisi sociale ed economica prodotta dalla pandemia è una "sfida epocale", che l'Italia deve assolutamente vincere.

E, tema sul quale da ormai diversi anni cerco di richiamare l'attenzione di politici, giudici, amministratori e studiosi, l'economia non può ripartire senza legalità e sicurezza, perché gli operatori e gli investitori hanno bisogno di poter fare affidamento su regole certe, irrinunciabile viatico per acquisire quella «prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle proprie e delle altrui condotte» che consente di correre "in ragionevole tranquillità", direttamente o attraverso l'acquisto di beni o di quote societarie, i fisiologici (e dunque ineliminabili) "rischi d'impresa" di qualsiasi attività economica<sup>1</sup>. Per queste ragioni ho ripetutamente stigmatizzato la "trappola" nascosta nelle norme di "pseudosemplificazione" che celano in realtà l'ingiusto trasferimento dalle amministrazioni ai privati delle responsabilità della ricerca e della lettura delle regole applicabili alle singole fattispecie<sup>2</sup>. Ho quindi particolarmente apprezzato le parole con cui, nel documento programmatico presentato il 17 feb-

braio scorso al Senato in occasione del voto di fiducia al nuovo Governo, il *premier* Draghi, con riferimento agli interventi per il Mezzogiorno, ha sottolineato che «Sviluppare la capacità di attrarre investimenti privati nazionali e internazionali è essenziale per generare reddito, creare lavoro, invertire il declino demografico e lo spopolamento delle aree interne. Ma per raggiungere questo obiettivo occorre creare un ambiente dove legalità e sicurezza siano sempre garantite».

Il che – soprattutto in un quadro normativo come detto (e come noto) estremamente incerto, significativamente descritto come "labirinto", "alveare", o simili, tanto da aver indotto il legislatore a ridefinire in termini riduttivi gli ambiti della responsabilità erariale e dell'abuso d'ufficio<sup>3</sup> – si traduce in un fortissimo carico di responsabilità per le istituzioni che, in virtù e in osservanza dei precetti costituzionali, devono non soltanto controllare e giudicare l'effettiva correttezza dell'operato dei soggetti deputati alla cura degli interessi pubblici, ma anche, se non soprattutto, "guidarne" l'azione per assicurarne, per quanto possibile, la "legalità" e, dunque, la "giustizia" (come disposto dall'art. 100 Cost.).

I nuovi finanziamenti possono e devono essere l'occasione per investire anche sul sistema giustizia (*recte*, sul "servizio giustizia"<sup>4</sup>), perché, come recentemente ricordato da autorevole dottrina<sup>5</sup>, «l'efficienza (della macchina) è *condicio sine qua non* (sebbene non anche *condicio per quam*) dell'effettività [in altro passaggio correttamente ridefinita come «efficacia»] (della tutela)».

Per altro verso, il sistema giustizia non può però più permettersi "passi falsi" e deve, oggi più che mai, porsi compatto e, in tutte le sue espressioni e punti di forza, "al servizio" del Paese, con lo stesso spirito e con la stessa "abnegazione" con cui lo hanno fatto e continuano a farlo i medici e gli operatori sanitari e lo hanno fatto e continuano a farlo gli assistenti sociali, gli insegnanti e tutti coloro che operano in settori che non hanno potuto "fermarsi". Nella stessa linea, del

1. M.A. Sandulli, *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in L. Antonini (a cura di), *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, Il Mulino, Bologna, 2016: riflessioni ispirate anche dall'attenta indagine di G. Montedoro, *Il giudice e l'economia*, LUISS University Press, Roma, 2015.

2. M.A. Sandulli, *La "trappola" dell'art. 264 del dl 34/2020 ("decreto Rilancio") per le autodichiarazioni. Le sanzioni "nascoste"*, in *Giustizia insieme*, 2 giugno 2020 ([www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1128-la-trappola-dell-art-264-del-dl-34-2020-decreto-rilancio-per-le-autodichiarazioni-la-norma-sulla-semplificazione-amministrativa-nasconde-nuove-sanzioni-per-gli-amministrati](http://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1128-la-trappola-dell-art-264-del-dl-34-2020-decreto-rilancio-per-le-autodichiarazioni-la-norma-sulla-semplificazione-amministrativa-nasconde-nuove-sanzioni-per-gli-amministrati)), e *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, in *Id.* (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2020 (III ed.).

3. *Cfr.* i contributi presentati al webinar «Abuso d'ufficio e responsabilità amministrativa: il difficile equilibrio tra legalità ed efficienza», svoltosi il 13 luglio 2020, reperibili su [lamministrativista.it](http://lamministrativista.it) e su [www.youtube.com/watch?v=1IgaLDRdCU8](https://www.youtube.com/watch?v=1IgaLDRdCU8).

4. Che la Corte costituzionale ha correttamente qualificato «servizio pubblico essenziale»: sent. n. 171 del 1996.

5. M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, [www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4\\_2014\\_Luciani.pdf](http://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2014_Luciani.pdf).



resto, il 2 febbraio scorso, il nostro Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, ha rivolto un accorato, ma fermo «*appello a tutte le forze politiche presenti in Parlamento perché confe[rissero] la fiducia a un governo di alto profilo che non debba identificarsi con alcuna formula politica*» per fare «*fronte con tempestività alle gravi emergenze non rinviabili*». E, come abbiamo sentito nella ricordata presentazione del documento programmatico al Senato, lo stesso senso di responsabilità ha ispirato il presidente Draghi e i nuovi ministri e gli altri autorevoli componenti del nuovo *staff* governativo ad accettare l'incarico<sup>6</sup>.

Lo spirito e, mi si consenta, l'«abnegazione» dimostrata dagli operatori sanitari e da tutti coloro che li hanno supportati devono essere invero, come è logico, richiesti a (e dimostrati da) chiunque operi per la tutela di diritti fondamentali e/o, direttamente o indirettamente, per la tutela di interessi generali, come è (rientrando a pieno titolo in entrambe le categorie) sicuramente quello a che l'organizzazione e l'esercizio dell'attività amministrativa, cui è oggi «affidata» l'attuazione (e, in buona parte, la stessa pun-

tuale definizione) delle linee di contrasto della pandemia e del disegno di ricrescita economica, sociale e culturale, siano, come detto, informati al massimo rispetto dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento<sup>7</sup>, in linea con l'art. 97 Cost.<sup>8</sup> e con l'art. 41 della Carta di Nizza<sup>9</sup>. E dunque, *in primis*, agli organi di controllo dell'azione amministrativa<sup>10</sup> e ai giudici – plesso tar-Consiglio di Stato – cui la Costituzione affida, in via generale, la tutela nei confronti dell'autorità amministrativa. Ho usato l'espressione «punti di forza» perché, in controtendenza rispetto a quanti lo considerano un *vulnus* di tutela o, comunque, un inutile aggravio della finanza pubblica, ritengo che il modello «dualista», fondato sull'affidamento delle controversie attinenti al corretto esercizio del potere amministrativo e/o alla corretta gestione dei rapporti tra amministrazioni e amministrati<sup>11</sup> a un plesso giurisdizionale «specializzato» e «dedicato», costituisca un «punto di forza» del nostro sistema di giustizia amministrativa.

Occorre tuttavia dare atto che, se possiamo ritenere ormai pacificamente acquisita, anche nei Paesi che

6. «*Siamo cittadini di un Paese che ci chiede di fare tutto il possibile, senza perdere tempo, senza lesinare anche il più piccolo sforzo, per combattere la pandemia e contrastare la crisi economica. E noi oggi, politici e tecnici che formano questo nuovo esecutivo, siamo tutti semplicemente cittadini italiani, onorati di servire il proprio Paese, tutti ugualmente consapevoli del compito che ci è stato affidato*».

7. M.A. Sandulli, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, n. 3/2018, pp. 45 ss.; F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di Piazza Cavour, Piazza del Quirinale e Piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia insieme*, 11 novembre 2020 ([www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1393-quel-pasticciaccio-brutto-di-piazza-cavour-piazza-del-quirinale-e-piazza-capodiferro-la-questione-di-giurisdizione](http://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1393-quel-pasticciaccio-brutto-di-piazza-cavour-piazza-del-quirinale-e-piazza-capodiferro-la-questione-di-giurisdizione)), e *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *Federalismi*, n. 34/2020, pp. 97 ss. Con specifico riferimento alla garanzia di una tutela effettiva nel processo amministrativo durante l'emergenza Covid-19, si vedano, *ex multis*: M.A. Sandulli, *Covid-19, fase 2. Pregi e difetti del diritto dell'emergenza per il processo amministrativo*, in *Giustizia insieme*, 4 maggio 2020 ([www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1063-covid-19-fase-2-pregi-e-difetti-del-diritto-dell-emergenza-per-il-processo-amministrativo](http://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1063-covid-19-fase-2-pregi-e-difetti-del-diritto-dell-emergenza-per-il-processo-amministrativo)); F. Francario, *L'emergenza Coronavirus e la "cura" per la giustizia amministrativa. Le nuove disposizioni straordinarie per il processo amministrativo*, in *Federalismi (paper)*, 23 marzo 2020; *L'emergenza coronavirus e le misure straordinarie per il processo amministrativo*, *ivi (paper)*, 11 marzo 2020 ([www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41180](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41180)); R. De Nictolis, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, *ivi (paper)*, 15 aprile 2020 ([www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41990](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41990)). Si vedano inoltre i vari *webinar* intervenuti sul tema, per tutti: «Processo amministrativo e COVID-19», svoltosi nell'aprile 2020 (<https://youtu.be/qv33zNnY618>); «L'emergenza COVID 19 e i suoi riflessi sul processo amministrativo. Principi processuali e tecniche di tutela tra passato e futuro», svoltosi a luglio 2020 (<https://youtu.be/8fBPo-RfN8s>); «Il processo nell'emergenza pandemica» organizzato dall'Università LUM e svoltosi a settembre 2020 (<https://youtu.be/EgZYR-JrBLs>).

8. *Cfr.* per tutti C. Pinelli, *Articolo 97. Il "buon andamento" e l'imparzialità" dell'amministrazione*, in G. Branca - A. Pizzorusso, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli/Il Foro italiano, Bologna/Roma, 1994, pp. 31 ss.; D. Sorace, *La buona amministrazione*, in M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione ha sessant'anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 119 ss.; R. Ferrara, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2010, pp. 31 ss.; e i contributi di G. Corso, L. Antonini e M.R. Spasiano, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, *op. cit.* e di A. Massera e M.R. Spasiano, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017.

9. *Cfr.* per tutti F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 220 ss. e *ivi* per ulteriori riferimenti.

10. I limiti di questo scritto non consentono di occuparsi anche di tali profili, ma un discorso generale sulla buona amministrazione non può evidentemente prescindere dall'importanza delle funzioni di controllo affidate alla Corte dei conti e opportunamente valorizzate dalla Corte costituzionale. Su di esse, si veda del resto l'intervento del *premier* Draghi all'inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte dei conti (21 febbraio 2021).

11. Si ricorda che la Corte costituzionale ha ritenuto che l'art. 103 Cost. vada interpretato, in senso evolutivo, nel senso dell'affidamento alla giurisdizione amministrativa anche delle azioni proposte dalle amministrazioni per l'adempimento di obblighi nei loro confronti da parte degli amministrati (non solo in sede di ottemperanza al giudicato, ma anche in sede di adempimento ad accordi sostitutivi di provvedimenti)

non ne avevano tradizione, la “necessità” di un “diritto amministrativo”<sup>12</sup> e di regole processuali specialistiche, non vi è, come noto, purtroppo, altrettanta omogeneità di vedute sulla opportunità di un modello dualista di giustizia amministrativa, ovvero sull’affidamento, in tutto o in parte, del sindacato giurisdizionale sugli atti e sui comportamenti delle pubbliche amministrazioni (e dei soggetti ad esse equiparati) a un plesso giurisdizionale “dedicato”, distinto dalla magistratura ordinaria<sup>13</sup>, soprattutto laddove, in forza dell’estensione dell’ambito della giurisdizione esclusiva, ciò implichi una scissione della funzione di nomoflaccia sui diritti, anche fondamentali<sup>14</sup>. Ancora recentemente, a proposito dell’ordinanza con cui la Corte di cassazione ha rimesso alla Corte di giustizia dell’Unione europea la definizione dei confini del proprio sindacato «*per motivi di giurisdizione*» sulle sentenze dei giudizi amministrativi di ultima istanza, uno tra i più apprezzati studiosi della giustizia amministrativa<sup>15</sup> ha ribadito che «*il modello delle due giurisdizioni separate, sempre più difficile da rappresentare e sempre più lontano dalle ragioni e dalla comprensione dei cittadini, meriterebbe una profonda revisione critica, ispirata alle esigenze di semplificazione della tutela, più che al rispetto delle tradizioni e delle posizioni correlate*» e, pur correttamente riconoscendo che, «*per rispetto dei ruoli definiti dalla Costituzione, è una riforma demandata al legislatore, come d’altronde aveva richiesto Calamandrei, e non all’interpretazione dei giudici*», ha sottolineato la perdurante attualità degli argomenti

spesi a tal fine dall’illustre studioso e disattesi dall’Assemblea costituente, ritenendola anzi rafforzata «*con l’estensione della giurisdizione esclusiva, con la revisione dei confini fra diritto amministrativo e diritto privato, con lo spazio maggiore riconosciuto oggi ai moduli consensuali nell’amministrazione*», per concludere che «*la revisione dell’assetto attuale della giustizia amministrativa, nell’interesse innanzi tutto dei cittadini, non è la meno importante o la meno urgente delle riforme che il nostro Paese meriterebbe*».

Il dibattito sull’effettiva opportunità della scelta dualista (come detto, in ogni caso, riservata al legislatore costituzionale) viene peraltro impropriamente alimentato – e fuorviato – dal clima di apprensione, deprecabilmente alimentato dalla stampa quotidiana, nei confronti delle pronunce giurisdizionali che, pur giustamente, in ossequio ai surrichiamati principi regolatori dell’attività amministrativa, impediscono che le decisioni illegittime producano effetti: le critiche, evidentemente strumentali, pretermettono però di considerare che i rimedi e le misure di cura o di prevenzione delle patologie provocano inevitabilmente qualche effetto collaterale, ciò che, in medicina, non è una buona ragione per rinunciare alle terapie o addirittura lasciare morire il paziente e, nel caso della giustizia amministrativa, non è una buona ragione per rinunciare a una forma essenziale di garanzia della legalità nell’azione dei poteri pubblici<sup>16</sup>.

Al di là delle – fisiologiche – problematiche di qualsiasi sistema giurisdizionale e di alcune, più specifiche, criticità del nostro sistema di giustizia

12. Illuminanti le considerazioni svolte da P. Craig nella *lectio magistralis* su «Legal Theories of Administrative Decisions», in occasione del Convegno nazionale AIPDA su «Decisioni amministrative e processi deliberativi», Bergamo, 2017, in *Annuario AIPDA*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018. Illustrando i primi risultati di una recente ricerca comparata sui «diritti amministrativi in Europa», G. Della Cananea (*Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa: un’Introduzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 30), a proposito del modello inglese e della tradizionale contrapposizione con quello francese, basata sul fatto che nel diritto pubblico inglese, imperniato sulla *rule of law*, non era previsto e non era concepibile un “diritto amministrativo”, rileva del resto sintomaticamente che «oggi il regime giuridico che Dicey descrisse oltre un secolo fa, che è assumibile nell’espressione “amministrazione senza diritto amministrativo” non esiste più», e che anche nel Regno Unito si è affermato e progressivamente consolidato, risentendo profondamente dell’adesione alla comunità europea, un regime giuridico dell’amministrazione pubblica che, secondo una diffusa opinione, è ormai ordinato in sistema e, quanto meno in alcuni principi fondamentali, non è dissimile da quello prevalente negli altri Paesi europei.

13. Per tutti, A. Protopisani, *La giustizia amministrativa fra storia ed evoluzione anche recente dal giudice speciale alle sezioni specializzate?*, in C. Cudia (a cura di), *L’oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Giappichelli, Torino 2020, pp. 141 ss. (e gli scritti, anche dello stesso A., ivi richiamati).

14. Cfr. le relazioni e gli interventi all’incontro di studi organizzato dalla Scuola superiore della magistratura con l’Ufficio studi, massimario e formazione della giustizia amministrativa su «Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: i settori controversi e l’esigenza di speditezza del giudizio civile», Roma, 16 e 17 marzo 2017.

15. A. Travi (componente, peraltro, del Comitato di indirizzo dell’Ufficio studi della giustizia amministrativa), «Limiti esterni di giurisdizione e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE (a proposito di Cass. S.U. n. 19598/2020)», *webinar* presso l’Università “Roma Tre”, 6 novembre 2020 e *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foro it. (Fornews)*, 12 ottobre 2020.

16. Richiamo, ancora una volta, sul tema, i rilievi svolti nello scritto *Crisi economica e giustizia amministrativa, op. cit.*, che, sul punto, riprende e rielabora le considerazioni critiche svolte nelle presentazioni dei convegni di Bari-Polignano su «Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull’attività amministrativa (dall’unificazione al Codice)» e di Padova su «Le fonti nel diritto amministrativo» (convegno annuale AIPDA, 9-10 ottobre 2015) e *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli*, in *Dir. società*, n. 4/2015, pp. 671 ss.

amministrativa (legate, *in primis*, all'irrisolta e irrisolvibile difficoltà di tracciare una linea certa di confine tra le due giurisdizioni, all'affidamento allo stesso giudice amministrativo del sindacato sulle decisioni del proprio organo di autogoverno, ad alcune ingiustificate peculiarità del giudizio sugli atti delle amministrazioni aventi sede o operanti nella Regione siciliana o, ancor più, nella Provincia di Bolzano<sup>17</sup>, oltre che all'annosa questione della commistione tra funzione consultiva e funzione giurisdizionale), ritengo peraltro che il giudice amministrativo sia, ancora oggi e soprattutto oggi, una grande risorsa, che, in quanto tale, merita senz'altro di essere valorizzata.

È tuttavia compito (pur spiacevole) proprio di coloro che riconoscono e apprezzano questa risorsa segnalare i profili nei quali essa dovrebbe – o, quantomeno, potrebbe – essere migliorata. Negli evidenti limiti di questo scritto, proverò dunque, oltre che a segnalare alcuni, importanti “punti di forza” del giudice amministrativo, a muovere alcune “critiche costruttive”.

## 2. Alcune “criticità” del sistema

Inizierò, pur consapevole di entrare in un “campo molto minato”, dal delicatissimo tema degli incarichi extragiudiziari.

Contrariamente ad altri studiosi, ritengo che, oltre all'importante apporto che i giudici amministrativi danno nel loro ruolo di “*grand commis*” all'intero apparato istituzionale, la grande esperienza che essi acquisiscono negli uffici governativi e amministrativi in genere sia un “punto di forza” del nostro sistema di giustizia amministrativa, perché consente loro una più intima e intensa comprensione della “macchina amministrazione” e, di conseguenza, una più immediata percezione di quel vizio di “eccesso di potere” che, proprio per la loro particolare connotazione e funzione, viene loro consentito (*rectius*, richiesto) di sindacare. Tuttavia – dal momento che, come dimostra la speciale attenzione dedicata negli ultimi anni al “conflitto di interessi” (basti citare, per tutti, l'art. 53, comma 16-ter, d.lgs n. 165/2001 e le norme sulle incompatibilità degli ex titolari degli organi di vertice delle autorità indipendenti), il rispetto del principio

di imparzialità impone di evitare anche la mera “apparenza” di condizionamento – sarebbe forse opportuna una (ancora) più puntuale e rigorosa regolamentazione dei limiti di tali “prestiti”, per evitare, per un verso, che (salvo situazioni davvero eccezionali, come ad esempio quella che stiamo drammaticamente attraversando) preziose risorse della giustizia le siano di fatto definitivamente o prevalentemente sottratte e, per l'altro, che “l'onere” della temporanea assunzione di un in-“carico” possa essere superficialmente letto o strumentalmente rappresentato *ab externo* come sostanziale insoddisfazione dei giudici nei confronti del proprio ruolo e come costante “aspirazione” all'esercizio di una funzione diversa da quella giurisdizionale, suscettibili (sia pure in modo inconscio), di influenzare, non solo *ex post*, ma soprattutto *ex ante*, l'esercizio di quest'ultima, spingendola in una direzione potenzialmente più favorevole al conseguimento di incarichi di matrice “politica”. Il problema, ovviamente, non è limitato ai giudici del plesso tar-Consiglio di Stato, ma per essi (soprattutto per i consiglieri di Stato) è di maggiore evidenza.

Analogamente, meriterebbe di essere introdotto – anche per i magistrati (ordinari e amministrativi) che lasciano il servizio – un regime di temporanea incompatibilità per l'assunzione di incarichi e/o esercizio di attività (come quella professionale) potenzialmente “confliggenti” con le funzioni esercitate fino al giorno prima.

E bisognerebbe avere una maggiore attenzione nella scelta dei componenti laici degli organi di autogoverno delle diverse magistrature (per escludere ogni ipotesi di, pur apparente, conflitto con l'esercizio della professione forense negli ambiti di competenza degli organi “autogovernati”) – e delle commissioni di concorso per l'accesso ai relativi ruoli (escludendone in radice quanti esercitano attività professionale dinanzi alle rispettive magistrature: segnalo, a tale proposito, il “conflitto” che potrebbe determinarsi all'interno di una commissione tra componenti laici e componenti togati chiamati a giudicare delle loro cause).

Un ulteriore problema, a mio avviso in qualche modo legato alla caratteristica – ripeto, in sé positiva – dell'esperienza plurifunzionale del giudice amministrativo e alla sua speciale attitudine a “legiferare”,

17. È, soprattutto, di immediata evidenza il contrasto con i principi di effettività e di uguaglianza della tutela sull'intero territorio nazionale delle disposizioni (statutarie) che, solo per gli atti impugnabili dinanzi al Trga di Bolzano, escludono l'esperibilità del ricorso straordinario *ex art. 10 DPR n. 1199/1971* (e, conseguentemente, il diritto a usufruire del “raddoppio” del termine generale di decadenza per l'impugnazione degli atti amministrativi) e l'anomalia delle prassi/regole interne che (diversamente da quanto accadeva in un passato non lontanissimo) vedono affidare i ricorsi in appello avverso le sentenze dello stesso Trga a un'unica sezione del Consiglio di Stato e spesso attribuire il ruolo di relatore (che dovrebbe in teoria essere affidato mediante sorteggio) al magistrato di nomina “politica” della Provincia di Bolzano, nonché della mancata previsione di un regime (quanto meno temporaneo) di “incompatibilità” con l'esercizio delle funzioni/attività dallo stesso precedentemente svolte, atto a escludere potenziali conflitti di interesse con le amministrazioni autrici degli atti e comportamenti che sarà chiamato a giudicare. La consapevolezza della necessità di questa “cautela” è del resto dimostrata dal tradizionale “passaggio” dei consiglieri di Stato di nomina governativa da un periodo di servizio presso le sezioni consultive.

è quello del rispetto dei limiti del potere interpretativo.

In altre occasioni ho avuto modo di segnalare la preoccupazione verso alcune tendenze “creative”, che alterano il ruolo del giudice e minano il principio fondamentale di certezza del diritto, nel surrichiamato senso di garanzia di prevedibilità delle conseguenze derivanti dai propri comportamenti.

In una relazione tenuta qualche anno fa all'Accademia dei Lincei<sup>18</sup>, Filippo Patroni Griffi, attuale presidente del Consiglio di Stato, ha ricordato che «*Tullio Ascarelli ha insegnato che il significato della norma si ricava soprattutto osservando la quotidiana opera del giudice, proprio perché il diritto non esiste al di fuori della sua interpretazione*». Questo insegnamento vale in termini ancora più netti per il diritto amministrativo. Diversamente dalle altre grandi branche del diritto, il diritto amministrativo non ha un codice e risente del sistema multilivello delle competenze legislative e normative e, soprattutto, della necessità e difficoltà di stare al passo con le continue evoluzioni culturali, sociali e tecnologiche e di fare tempestivamente fronte alle esigenze economiche e alle altre possibili congiunture, come abbiamo dovuto in quest'anno drammaticamente constatare.

In un quadro normativo oggettivamente incerto, il ruolo della giurisprudenza è, evidentemente, massimo, ma, proprio per questo, sono massime anche le sue responsabilità. Il giudice deve «*interpretare*» e, facendo il miglior uso della funzione nomofilattica, offrire una chiave di lettura prevedibile e omogenea per le future decisioni, ma il suo ruolo di «*concorrere a “formare” il diritto, cioè a costituire il diritto come concretamente applicato ogniqualevolta si chiedi l'intervento del giudice per dirimere una controversia*»<sup>19</sup>, (i) non deve travalicare i confini della giurisdizione, esorbitando nell'ambito proprio del legislatore attraverso la “creazione” di regole totalmente nuove e/o “riplasmando” il modello costruito dalla legge, al

punto da fissare linee di indirizzo potenzialmente, o addirittura chiaramente, divergenti dal testo normativo, in marcato contrasto con il canone ermeneutico di cui all'art. 12, comma 1, delle cd. preleggi, per il quale, nell'applicare la legge, non le si può attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la relativa connessione<sup>20</sup>, e (ii) deve essere ispirato ai principi dell'errore scusabile e del cd. *prospective overruling*, nel senso che deve fare in modo di non far ricadere sugli amministratori e sugli amministrati le conseguenze negative di una interpretazione *in peius* non facilmente prevedibile.

Con riferimento al primo profilo, non posso non fare, ancora una volta, appello al necessario rispetto del principio costituzionale di legalità democratica, ultimo valore al quale possiamo permetterci di rinunciare, così come il “servizio” legislativo è l'ultimo “servizio” di cui una società può fare a meno, tanto più se, come nell'attuale congiuntura, ha assoluto bisogno di far ripartire la propria economia e di riacquistare credibilità nel contesto internazionale, e dunque di dare prevedibilità e certezza a quanti, nonostante il momento di difficoltà, decidano di investirvi studio, lavoro e beni. Rinunciare in favore di un “nuovo diritto giurisprudenziale” significa tornare al sistema dei “giudici sacerdoti” dell'antica Roma, che risolvevano le controversie sulla base di regole “segrete”, e distruggere il valore della codificazione che, a partire dagli antichi codici romani, si è andato progressivamente sviluppando, fino a raggiungere, negli Stati moderni post-illuministi, un ruolo fondamentale di garanzia per la stabilità e imparzialità del sistema<sup>21</sup>. E significa, altresì, rinunciare alle conquiste dello Stato costituzionale di diritto, che, quando usa la tecnica di normazione per principi, impone una netta distinzione tra attuazione e applicazione della Costituzione, con la riserva della prima al legislatore (unico titolare, in nome dell'investitura popolare, del potere di bilanciamento degli interessi sociali) e l'affidamento

18. «“Usi e consuetudini giudiziari” e diritto giurisprudenziale», relazione alla Tavola rotonda su «L'uso giudiziario», seminario su «I precedenti» (Roma, Seminari “Leibniz” per la teoria e la logica del diritto, Accademia dei Lincei, 6 luglio 2017), in *giustizia-amministrativa.it*, 2017.

19. Ancora F. Patroni Griffi, *ibid.*, specificando di avere volutamente evitato i termini “creare”, “invenire”, “diritto vivente”.

20. Canone correttamente richiamato, *ex multis*, da Cass., sez. unite, 30 settembre 2013, n. 22317. Il problema dei confini dell'interpretazione – su cui mi si consenta il rinvio alle considerazioni svolte e agli esempi richiamati in M.A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *Federalismi* (editoriale), n. 23/2017, e relativa postilla: *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici*, *ivi*, n. 11/2018 ([www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=36354](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=36354)) – è, come noto, di massimo rilievo, oltre che in relazione al sindacato della Corte di cassazione *ex art. 111*, comma 8, Cost., in relazione alla responsabilità civile e disciplinare dei magistrati: sul tema, da ultime, anche per utili richiami, le riflessioni di S. Mazzamuto, *La Suprema Corte ed il vincolo del precedente* (editoriale), in *Europa e diritto privato*, n. 4/2020, pp. 1089 ss., a margine della sentenza 3 maggio 2019, n. 11747, recante «un vero e proprio decalogo nella delicata materia del vincolo del precedente, delimitando in sede di responsabilità civile il campo del sindacato extraprocessuale dell'attività interpretativa del magistrato».

21. F. Salvia, *Presentazione* dell'incontro di studio su «Pianificazione e tutela della natura: il caso della gestione delle coste», Tar Puglia, Lecce, 25 giugno 2018.



della seconda all'amministrazione e ai giudici<sup>22</sup>. Non si vuole qui negare il ruolo fondamentale svolto dalla giurisprudenza, in particolare quella amministrativa, nell'affermazione e nella costruzione di fondamentali garanzie dei cittadini in coerenza con il quadro costituzionale e, oggi, eurounitario, ma non si può dimenticare che il compito del giudice deve essere quello di applicare (e interpretare) la legge, non di "costruirla" e tanto meno di "ricostruirla"<sup>23</sup>, in nome di una lettura "costituzionalmente orientata" del quadro normativo che non può in ogni caso essere fondata su un principio "liquido" come quello di "ragionevolezza" (sul quale è addirittura in discussione l'ambito del sindacato della Corte costituzionale)<sup>24</sup>, che lo ha talvolta in-

dotto a indulgere verso un "bilanciamento" dei diversi interessi che spetta solo al legislatore effettuare. Con la ricordata aggravante che, trattandosi di "interpretazione", la "regola giurisprudenziale", diversamente da quella normativa, viene invocata come retroattiva, di talché, se è una *regula in peius*, finisce col limitare la garanzia degli interessi più deboli a vantaggio del potere pubblico<sup>25</sup>. A tale proposito va ricordato che la *regula iuris* giurisprudenziale è inevitabilmente – e doverosamente – condizionata dalla "fattispecie" cui si riferisce e, dunque, non è mai connotata dai fondamentali canoni di generalità e astrattezza<sup>26</sup>.

Si deve quindi guardare con particolare preoccupazione agli esiti dell'inerzia del legislatore a fronte

22. Lo stesso presidente Patroni Griffi, cit., dopo aver affermato che «la giurisdizione può rispondere all'emersione di nuovi bisogni e correlate istanze di tutela; può supplire a carenze del legislatore che non riesce a trovare il punto di mediazione politica in materie sensibili o che rincorre il mito populista in cui la pancia del popolo prevale sulla testa» (un ruolo che va dunque evidentemente a sovrapporsi a quello del legislatore), osservava, consapevole del problema che ne discende, «Ma tutto ciò può avvenire per un tempo limitato. Nella fisiologia la produzione del diritto spetta al legislatore».

23. Non si possono, ancora una volta, non richiamare a questo proposito le belle pagine di Guido Corso che, nel tracciare le linee del principio di legalità enunciato dalla nostra Costituzione, si sofferma diffusamente sull'inadeguatezza delle tesi a favore della giurisprudenza creativa in nome di un malinteso parallelismo con i sistemi di *common law*, e, richiamando Platone, Aristotele, Locke, ma anche Fuller, sottolinea il valore irrinunciabile della garanzia derivante dalla legge, previa, generale e astratta («ragione senza passione»), diversa dalla decisione estemporanea relativa al caso concreto e precondizione imprescindibile per una regola giusta (in questo senso, ricorda Corso, Fuller parla di «moralità del diritto»): *Id.*, *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole*, op. cit., pp. 43 ss.

24. La bibliografia in argomento è evidentemente vastissima. Ci si limita pertanto a richiamare, per tutti, la profonda voce *Ragionevolezza* (principio di) di L. Paladin in *Enciclopedia del diritto – Aggiornamento*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1997, e il saggio di M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, scritto in occasione della conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, [www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/RI\\_Cartabia\\_Roma2013.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf).

25. Esempi in questo senso si rinvencono purtroppo frequentemente nella materia dei contratti pubblici, dove l'interpretazione evolutiva (*recte*, creativa) della giurisprudenza determina nuove cause di inammissibilità dei ricorsi e/o avalla l'introduzione di nuove cause di esclusione dalle gare (Cons. Stato, sez. V, sentt. nn. 4425/2014 e 828/2017), con conseguenti sanzioni interdittive dal potere di contrarre prive dell'indispensabile base legale, quando non addirittura in contrasto con quella costituita dalle fonti Ue: significativa la sentenza 5 settembre 2017, n. 4192, che ha riconosciuto valenza interpretativa (e dunque retroattiva) alla individuazione, per la prima volta, da parte dell'Anac (Linee-guida n. 6), delle sentenze penali non ancora definitive quali mezzi di prova per l'individuazione di eventuali illeciti professionali commessi dai concorrenti, idonei a implicarne, in caso di omessa dichiarazione, l'esclusione dalle gare ex art. 80, comma 5, lett. c del d.lgs n. 50/2016, per un periodo di tre anni decorrente dal deposito della sentenza, quando l'art. 57 della direttiva n. 24/2014 (come opportunamente segnalato dal parere del Consiglio di Stato n. 2286/2016 sulle stesse Linee-guida) individua il *dies a quo* nella commissione del fatto e il codice aveva omesso di dare specifiche indicazioni al riguardo. Singolare anche la sentenza con cui il Consiglio di Stato (sez. V, n. 7411/2019), riformando la decisione di primo grado (Tar Lazio, sez. I, n. 11494/2018, che aveva stigmatizzato l'esercizio da parte dell'Anac di un potere inesistente), ha ritenuto che l'Anac potesse arrogarsi il potere di accertare la violazione dei divieti di cui all'art. 53, comma 16-ter, d.lgs n. 165/2001, e, in forza di una lettura estensiva del regime di incompatibilità ivi declinato, imputarne la violazione anche per il conferimento di incarichi di consulenza agli ex presidenti delle autorità portuali, legittimando così l'applicazione ai soggetti che li avessero conferiti di gravi e automatiche misure interdittive non chiaramente "prevedibili". L'esigenza di rispettare il *prospective overruling* è stata invece apprezzabilmente affermata dall'adunanza plenaria nelle sentenze nn. 13/2017 e 1/2018, rispettivamente annotate da F. Aperio Bella, *La tutela del paesaggio "piega" le regole procedurali. Riflessioni a margine dell'Adunanza plenaria n. 13/2017*, in *Riv. giur. ed.*, n. 4/2018, pp. 1022 ss., e da A. Scognamiglio, *Prospective overruling e norme processuali, procedurali e sostanziali*, in M.A. Sandulli e F. Francario (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

26. Mi si consenta il rinvio, sul punto, alle considerazioni svolte in M.A. Sandulli, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica*, op. cit. Meritano dunque sicuro apprezzamento le pronunce che, soprattutto negli ultimi tempi, dimostrano attenzione al rispetto del principio di legalità: ne ho indicato alcuni importanti esempi nella rassegna *I giudici amministrativi valorizzano il diritto alla sicurezza giuridica*, in *Federalismi*, n. 22/2018, [www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=37445](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=37445). Più recentemente, si segnalano l'adunanza plenaria n. 16 del 2020 sulla valenza espulsiva dalle gare determinata dalle omissioni dichiarative o dalle dichiarazioni false o fuorvianti – annotata da G.A. Giuffrè e G. Strazza, *Il rapporto tra le cause di esclusione di cui alle lettere c) e f-bis) dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. 50/2016: qual è l'ipotesi residuale?*, in *L'amministrativista*, 14 settembre 2020, e *L'Adunanza plenaria e il tentativo di distinguo (oltre che di specificazione dei rapporti) tra falsità, omissioni, reticenze e "mezze verità" nelle dichiarazioni di gara*, in *Riv. giur. ed.*, n. 5/2020, pp. 1343 ss. –, l'ord. Tar Puglia, Lecce, 30 gennaio 2020, n. 92, e la sentenza del CgARs 26 maggio 2020, n. 325, con nota di G. Strazza, *I "tempi" dell'annullamento d'ufficio*, in *Giustizia insieme*, 24 giugno 2020 ([www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1187-i-tempi-dell-annullamento-d-ufficio-nota-a-c-g-a-r-s-26-maggio-2020-n-325?hitcount=0](http://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1187-i-tempi-dell-annullamento-d-ufficio-nota-a-c-g-a-r-s-26-maggio-2020-n-325?hitcount=0)), che, in controtendenza con la giurisprudenza che cerca indebitamente di legittimare deroghe ai limiti generali al potere di autotutela configurati dall'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 e smi, cerca di ridefinire in linea con tali limiti il potere regionale di annullamento dei titoli abilitativi edilizi di cui all'art. 39 Tued.



delle cd. sentenze additive di “principio” o di “meccanismo” della Corte costituzionale<sup>27</sup>.

La giurisprudenza creativa ha trovato un terreno particolarmente fertile nella gestione delle udienze da remoto e della tutela monocratica.

Con riferimento alle prime, si è infatti riscontrata un'assoluta varietà di soluzioni sulle tempistiche della richiesta di discussione e sul rapporto tra la presentazione di tale richiesta e il deposito di “note di udienza”<sup>28</sup>. Quanto alla tutela monocratica, è ormai noto che, a fronte del chiaro disposto dell'art. 56, comma 2, cpa nel senso dell'inoppugnabilità delle decisioni cautelari monocratiche<sup>29</sup>, alcuni presidenti di sezione del Consiglio di Stato ne hanno (non solo in concreto<sup>30</sup>, ma anche solo in astratto<sup>31</sup>) affermato l'appellabilità,

con buona pace di quanti, credendo di poter confidare (quantomeno) nella certezza delle regole processuali univoche, si erano “rassegnati” ad accettare l'esito dell'istanza o – se avvocati – avevano rappresentato al loro assistito la sua inoppugnabilità, dissuadendolo dal gravare gli organi giurisdizionali con azioni che il codice testualmente dichiara inammissibili (con disposizioni che, quantomeno fuori dei casi di rilevanza eurounitaria, sono evidentemente vincolanti anche per i tutori della legge, limitati dall'assenza di un sindacato diffuso sulla sua costituzionalità)<sup>32</sup>. Pur riconoscendo la “giustizia sostanziale” dei (pochissimi) decreti di accoglimento dell'appello, è innegabile che i loro estensori hanno – coraggiosamente – valicato i confini dell'interpretazione<sup>33</sup>.

27. Il riferimento è alla sentenza n. 115/2018, con cui, al fine di non vanificare un “principio” enunciato nel 2005 e rimasto inattuato per ben tredici anni, la Consulta ha invitato il giudice ordinario che l'aveva nuovamente interrogata sulla compatibilità costituzionale del contesto normativo, a “cercare” direttamente la regola nel sistema. Un caso altrettanto grave e, per vero, molto “singolare” di “noncuranza” legislativa è quello che va consumandosi – e inspiegabilmente protrandosi – sul *dies a quo* dell'impugnazione degli atti di gara non immediatamente escludenti, che l'art. 120 cpa, nonostante le reiterate modifiche e i diversi solleciti da parte della giurisprudenza, continua ad ancorare alla comunicazione dell'aggiudicazione prevista dall'art. 76 d.lgs n. 163/2006, ormai abrogato dal nuovo codice dei contratti pubblici: è così accaduto che, a fronte di un rinvio alla Corte costituzionale di un sistema evidentemente inintelligibile (Tar Puglia, Lecce, ord. n. 297/2020), l'adunanza plenaria (sent. n. 12/2020) ha “costruito” un proprio sistema (cfr., *amplius*, M.A. Sandulli, *Il rito speciale sui contratti pubblici nel primo decennio del c.p.a.: tra progresso e involuzione* (riordinando gli interventi ai webinar svolti sul decennale del cpa dalle Università di “Roma Tre” e “Statale” di Milano il 16 settembre e il 1° dicembre 2020), in corso di pubblicazione su *Dir. proc. amm.*, n. 1/2021).

28. V. Sordi, *L'istanza di discussione orale da remoto e la relativa opposizione. Prime applicazioni da parte del giudice amministrativo*, in *Giustizia insieme*, 22 giugno 2020, e *Ancora sull'opposizione alla discussione da remoto*, *ivi*, 30 luglio 2020.

29. «Il presidente o un magistrato da lui delegato (...) provvede con decreto motivato non impugnabile».

30. Cons. Stato, sez. IV, n. 5971/2018.

31. Cons. Stato, sez. III, *inter alia*, nn. 1553 e 1161/2020, n. 18/2021; *contra*, sez. VI, n. 1343/2020.

32. M.A. Sandulli, *Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'art. 84 d.l. n. 18 del 2020 in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di Stato sull'appellabilità dei decreti monocratici*, in *Federalismi, Osservatorio emergenza Covid-19*, n. 1/2020, [www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41628](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41628).

33. Sempre in tema di decreti monocratici, merita poi segnalare il decreto presidenziale (n. 503) con cui, nell'ultimo giorno dell'infausto 2020, la I sezione del Tar Emilia Romagna, Bologna, a fronte di un ricorso contenente una generica istanza di tutela cautelare – a quanto è dato comprendere, non solo non formulata ai sensi dell'art. 56 cpa, ma neppure (coerentemente) accompagnata dall'indicazione di ragioni di «estrema gravità e urgenza» –, ha ritenuto che la mera “flaggatura” della casella dell'istanza cautelare monocratica, in una con la rappresentazione (ancorché generica) dell'esigenza di una cautela “immediata”, «può intendersi come chiara *voluntas* di chiedere l'intervento dell'adito giudice nella forma della misura cautelare monocratica, equivalente sostanzialmente ad una istanza ex articolo 56 CPA ancorché in tali espressi sensi non formulata». La decisione (annotata criticamente da A.G. Orofino e A. Panzarola, *Sulla tutela cautelare monocratica richiesta con «flaggatura»*, in *Giustizia insieme*, 10 febbraio 2021) è “arricchita” dal riferimento all'obbligo di leggere la normativa processuale «in tema cautelare e precautelare in conformità alle fonti normative comunitarie che contengono in nuce la regola volta ad affrontare anche senza contraddittorio uno strumento di tutela cautelare d'urgenza a tutti i diritti o agli interessi oppositivi pretensivi o procedurali». Come in alcuni dei richiamati decreti monocratici in appello, la regola è stata peraltro affermata solo in astratto, perché in concreto la (presunta) istanza è stata respinta proprio per la non ravvisabilità «nelle more della trattazione collegiale dell'incidente cautelare, [di] una situazione di *periculum* avente i connotati della estrema gravità ed urgenza». Nell'intento, pur tendenzialmente apprezzabile, di garantire una tutela più effettiva al ricorrente, il decreto trascura tuttavia due principi altrettanto importanti, come quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e quello, ad esso nella specie strettamente correlato, del diritto delle parti resistenti e controinteressate ad essere immediatamente e chiaramente informate dell'oggetto e del perimetro dell'azione intentata nei loro confronti, in modo da potere, se lo ritengono e sono in grado di attivarsi in modo tempestivo, rappresentare le proprie ragioni all'organo decidente “prima” che esso si pronunci. A tale scopo, all'esito di un'attenta e ponderata valutazione e valorizzazione dei contrapposti interessi, l'art. 56 cpa ha espressamente imposto, al comma 2, il controllo del giudice sul perfezionamento della notifica dell'istanza (consentendone l'effettuazione a mezzo fax anche in assenza di autorizzazione). Le controparti cui non è stata notificata una “espressa” richiesta di cautela monocratica – per l'assenza del richiamo all'art. 56 cpa e la mancata rappresentazione di ragioni di «estrema gravità e urgenza» – hanno quindi il diritto di organizzare e articolare la propria difesa nei termini previsti dall'art. 55 cpa, senza essere onerate dell'obbligo di consultare il sito della giustizia amministrativa, peraltro in questa parte accessibile solo da giudici e da avvocati, per verificare eventuali, magari erronee, “flaggature” di caselle non corrispondenti ai contenuti dell'atto. Come accaduto al legislatore nell'ultimo decreto di proroga della sospensione dei termini del processo amministrativo (M.A. Sandulli, *Nei giudizi amministrativi la nuova sospensione dei termini è “riservata” alle azioni. Con postilla per una proposta di possibile soluzione*, in *Federalismi, Osservatorio emergenza Covid-19*, n. 1/2020, [www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41792](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=41792)), sembra dunque che al decreto sia sfuggito che l'effettività della tutela deve essere

Il recente dibattito sul sindacato giurisdizionale sul cd. “diniego di giustizia”<sup>34</sup> conferma, per altro verso, come la giurisprudenza “creativa” possa risolversi anche a danno del ricorrente.

Analogamente perniciose, per ciò che si muovono in senso opposto agli sforzi legislativi di attrarre gli operatori e gli investitori e incentivare la ripresa delle attività economiche (sulle quali hanno fortemente insistito e continuano a insistere le riforme amministrative dell’ultimo decennio), sono le decisioni che, a fronte di disposizioni espressamente dichiarative dell’equipollenza dell’inerzia amministrativa all’accoglimento di un’istanza o al consolidamento di una d.i.a./s.c.i.a., continuano ad affermare l’inedoneità del «*mero dato temporale*» a integrare il requisito per l’accesso a procedure e/o benefici subordinati al possesso del titolo implicitamente acquisito o conso-

lidato<sup>35</sup>; o i tentativi di allargare l’ambito delle eccezioni all’applicabilità del silenzio assenso<sup>36</sup>.

Ho però più volte toccato questo tema e mi limito pertanto a rinviare ai precedenti scritti<sup>37</sup>, senza mancare, all’opposto, di esprimere massimo apprezzamento per le pronunce che cercano invece di valorizzare la “prevedibilità” delle norme – e delle interpretazioni – limitative<sup>38</sup> e, coerentemente, riconoscere l’errore scusabile nelle ipotesi di incertezza<sup>39</sup>.

### 3. I “punti di forza” del giudice amministrativo e la necessità di salvaguardarli

Vorrei piuttosto fermarmi sulla valorizzazione dei punti di forza del giudice amministrativo: le differenze

---

egualmente garantita a tutte le parti del processo (regola valida, peraltro, a ragione ancora più forte, nel processo amministrativo di primo grado, che vede di norma nell’amministrazione, portatrice di interessi pubblici, la parte resistente). A ciò si aggiunga che la *regula iuris* può essere estremamente pericolosa nel contenzioso in materia di aggiudicazione dei contratti pubblici, dove un “errore di flaggatura” può avere l’effetto dirompente di far cessare l’effetto sospensivo automatico prodotto dalla proposizione dell’istanza cautelare collegiale.

34. Mi sia consentito il rinvio a M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2020, e agli AA. *ivi* richiamati, cui *adde*, più recentemente, R. Bin, *È scoppiata la terza “guerra tra le Corti”? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi*, n. 32/2020, [www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44450](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44450); G. Tesaro, *L’interpretazione della Corte costituzionale dell’art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, *ivi*, n. 34/2020 (16 dicembre); F. Francario, *Quel pasticciaccio*, *op. cit.*; M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l’art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell’Unione Europea: la parola alla Corte di giustizia*, in *Giustizia insieme*, 11 dicembre 2020.

35. *Cfr.* Cons. Stato, sez. V, n. 199/2017, che ha ritenuto legittima l’esclusione di un concorrente che aveva invocato la formazione implicita del requisito di iscrizione all’albo delle cooperative sociali affermando che «Vero è che l’art. 4 (Modalità per l’iscrizione all’albo regionale delle cooperative sociali), comma 5, l.r. Lazio 27 giugno 1996, n. 24 (Disciplina delle cooperative sociali) stabilisce che: “Entro sessantacinque giorni dalla data di scadenza della presentazione della domanda il presidente della Giunta regionale, con proprio decreto, dispone l’iscrizione nel registro ovvero il diniego dell’iscrizione stessa con provvedimento motivato. Qualora il Presidente non si sia pronunciato entro il termine indicato, la domanda si intende accolta”, e che al momento di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, il termine era già trascorso. Tuttavia, come bene ritenuto dal Tribunale amministrativo, ai fini di integrare il requisito per la gara non era sufficiente che fosse trascorso quel termine per la formazione del silenzio assenso, in quanto il mero dato temporale non costituiva fatto idoneo ad offrire alla stazione appaltante alcuna garanzia sulla sussistenza dell’effettiva iscrizione all’albo e sul conseguente possesso dei requisiti di capacità richiesti per lo svolgimento delle prestazioni contrattuali, vale a dire su elementi soggettivi essenziali circa la qualità dell’aspirante al contratto pubblico».

*Cfr.* altresì le sentenze con cui il Tar Lazio (nn. 1803 e 663 del 2021), pur a fronte del chiarissimo dettato del dl n. 76 del 2020, afferma che il decorso dei termini di controllo sulla validità della Dia edilizia ha rilevanza solo ai fini urbanistici e non anche a fini di prova del possesso del titolo abilitativo edilizio per l’ammissione agli incentivi degli impianti di produzione di energia rinnovabile.

36. Emblematiche le pronunce con le quali il Tar Lazio (*inter alia*, n. 12464/2020) e il Consiglio di Stato (sez. IV, n. 2859/2018) negano l’applicabilità dell’istituto alle istanze di ammissione agli incentivi economici per la realizzazione degli impianti di produzione di energia rinnovabile impropriamente riconducendoli al *genus* delle autorizzazioni in materia ambientale.

37. Per tutti: *Crisi economica e giustizia amministrativa*, *op. cit.*; *Controlli sull’attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in *Federalismi*, n. 18/2019 ([www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=40350](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=40350)); *La segnalazione certificata di inizio di attività (s.c.i.a.)*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole*, *op. cit.*, pp. 261 ss.

38. *Cfr. inter alia*, M.A. Sandulli, *I giudici amministrativi valorizzano il diritto alla sicurezza giuridica*, in *Federalismi*, n. 22/2018 ([www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=37445](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=37445)), e le sentenze cit. *supra* alla nota 26, nonché, da ultime, per tutte, Cons. Stato, ad. plen., n. 24/2020, che dopo aver sottolineato che, dal momento che l’art. 114, comma 1, cpa qualifica il termine decennale per la proposizione dell’*actio iudicati* come un termine di «prescrizione» e che «non si può ritenere che il legislatore abbia utilizzato termini aventi un significato diverso da quello attribuibile in base alle nozioni generali», tale termine, «in ogni caso [a prescindere dalla natura della situazione giuridica sostanziale tutelata], può essere interrotto anche con un atto stragiudiziale volto a conseguire quanto spetta in base al giudicato», e sez. V, n. 1291/2021, che ha recentemente rimarcato la necessità che «gli obblighi dichiarativi cui il concorrente è soggetto, come ribadito dalla Corte di Giustizia nella causa 2 giugno 2016, C.- 27/15, devono essere chiari e preventivamente conoscibili non potendo il concorrente essere obbligato a “dedurre” quali ulteriori dichiarazioni potrebbero astrattamente interessare alla Stazione appaltante».

39. M.A. Sandulli e F. Aperio Bella, *Nullità della notifica e costituzione sanante*, in *Libro dell’anno del diritto 2019*, Treccani, Roma, 2019, cap. 10, par. 2.1.2. ([www.treccani.it/enciclopedia/nullita-della-notifica-e-costituzione-sanante\\_%28altro%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/nullita-della-notifica-e-costituzione-sanante_%28altro%29/)).

del suo sindacato rispetto a quello del giudice ordinario.

Si tratta di differenze sostanziali e procedurali.

Le seconde sono di più immediata evidenza. La giustizia amministrativa ha tempi decisamente più rapidi di quella ordinaria, tempi che, per alcune controversie o alcune materie, possono diventare estremamente rapidi: penso a quelle suscettibili di essere definite in sede cautelare con sentenza in forma semplificata e a quelle sottoposte a “rito speciale accelerato” o “super accelerato”. Inoltre, e non è poco, consente di ottenere in sede di appello (ovvero con giudizio devolutivo e a “critica libera”) la pronuncia di una magistratura suprema di altissimo livello, che, salvi i rarissimi casi di sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione, non è sindacabile neppure dalla Corte di cassazione, e che, laddove occorra, può sfociare, sempre in tempi molto ristretti, in una decisione dell’organo di nomofilachia. Proprio per le peculiarità della sua organizzazione e per il ridotto numero dei suoi organi e dei suoi magistrati (che ne fa un’autentica *task force* al servizio della Nazione), essa è dunque in condizioni di assicurare, anche in situazioni di massima difficoltà, una tutela immediata e di testata competenza. Lo ha dimostrato e lo sta ampiamente dimostrando la sua gestione nell’emergenza Covid-19, e ne danno conferma la prontezza ed efficacia con cui i giudici amministrativi si sono pronunciati e si stanno pronunciando anche sulla vasta e confusa profluvie di atti con cui le diverse amministrazioni stanno affannosamente cercando di reagire ai numerosi e imprevedibili problemi che essa quotidianamente pone.

Le altre differenze attengono al tipo di tutela. Innanzitutto, il già richiamato sindacato sull’eccesso di potere, che, sul delicato confine tra legittimità e merito, è finalizzato a (con)tenere nei giusti binari la discrezionalità amministrativa. Un’amministrazio-

ne efficiente ha bisogno di un sistema che valorizzi la sua discrezionalità e le consenta di operare delle scelte proficue e di individuare le migliori modalità per perseguire i fini indicati dal legislatore, ma la discrezionalità apre inevitabilmente il varco ai favoritismi e alla corruzione e un’amministrazione imperniata sui principi di economicità, imparzialità e leale collaborazione non può consentire che la discrezionalità tramodi in arbitrio e sia il paravento di scelte ingiuste. Il giudice amministrativo, dalla nota sentenza 601 del 1999 ai più recenti orientamenti giurisprudenziali, ha fatto grandissimi passi avanti a questo riguardo. Come rimarcato dall’Ufficio studi del Consiglio di Stato<sup>40</sup> e ribadito nella *Relazione sull’attività della Giustizia amministrativa* svolta dal presidente del Consiglio di Stato in occasione dell’apertura dell’anno giudiziario 2020<sup>41</sup>, la giurisprudenza più recente sembra invero, almeno in linea teorica, decisamente più aperta a un sindacato di *full jurisdiction*. L’evoluzione del rapporto privato-amministrazione (con l’istituzionalizzazione in via generale del contraddittorio procedimentale e la possibilità di composizione negoziale degli interessi) e la maggiore trasparenza dell’istruttoria procedimentale consentono invero ormai a tutte le parti e al giudice un accesso più completo e diretto ai presupposti del provvedimento e una più agevole percezione delle sue eventuali criticità: ciò che, per un verso, aggrava l’onere probatorio delle parti private (che hanno, o dovrebbero avere, i mezzi per entrare nella “casa di vetro”) e, per l’altro, permette e impone al giudice una più mirata ricerca degli elementi non emersi in sede procedimentale. Il cpa ha preso atto di questa evoluzione, introducendo l’azione di condanna all’adozione di atti per i quali l’amministrazione non abbia mai avuto o abbia consumato margini di discrezionalità<sup>42</sup>. Ma, soprattutto, ha chiaramente e definitivamente riconosciuto la possibilità (che lo stesso presidente del Consiglio di Stato

40. Cfr. il documento redatto nel 2017 dall’Ufficio studi del Consiglio di Stato, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*, con l’emblematico sottotitolo *Ogni potere ha il suo giudice e a tale regola generale non sfuggono le Autorità indipendenti* ([www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/160693/nsiga\\_4468036.pdf/409771b4-8552-e3f8-df9a-fe2a7b9e4f1e](http://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/160693/nsiga_4468036.pdf/409771b4-8552-e3f8-df9a-fe2a7b9e4f1e)), nella cui premessa si legge che «La giurisprudenza amministrativa ha iniziato da tempo un percorso evolutivo che la ha condotta da un iniziale atteggiamento “timido” nell’esercizio del sindacato ad un sindacato pieno, che ha superato il vaglio e i parametri della Corte europea dei diritti dell’uomo. Nessun limite oggi sussiste per il giudice amministrativo per procedere ad una piena verifica dei fatti e anche ad un sindacato pieno sulle analisi economiche e sulle valutazioni tecniche compiute dalle Autorità, oltre al sindacato di merito sulle sanzioni, compreso il potere di rideterminarle». E, ancora, che «la tendenza sembra essere quella di passare da un sindacato di mera attendibilità (è sufficiente che sia in sé attendibile la valutazione economica svolta dalle Autorità) ad un sindacato di maggiore attendibilità, in cui il giudice non si limita a ritenere appunto attendibile la valutazione dell’Autorità, ma la valuta in termini di maggiore o minore attendibilità rispetto alle valutazioni alternative prospettate dalle parti con la possibilità, quindi, di ritenere che la valutazione dell’Amministrazione, sebbene intrinsecamente attendibile, non meriti conferma, in quanto meno attendibile di quella prospettata dall’impresa sanzionata».

41. In *giustizia-amministrativa.it* (cap II, 2.5), aggiungendo tuttavia, in termini che rischiano di valicare il confine dei poteri giurisdizionali, che il giudice potrebbe/dovrebbe spingersi anche a «valuta[re] se la scelta effettuata in concreto sia quella dotata di “maggiore attendibilità” e non semplicemente quella comunque riconducibile al novero delle opzioni possibili».

42. A. Carbone, *Profili ricostruttivi dell’azione di adempimento*, in *Id.*, *L’azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, cap. IV, pp. 185 ss.; P. Carpentieri, *La decisione amministrativa discrezionale. Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, in *Giustamm.it*, n. 1/2020.

ha espressamente dichiarato “pacifica”) del giudice di spingersi “oltre” la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento, autonomamente indagandoli e, se del caso, valutandoli (con l’ausilio dei verificatori e/o dei consulenti) anche sul piano “tecnico”, nella convinzione che le valutazioni tecniche non vanno confuse col merito amministrativo e non possono farsi rientrare in un’area istituzionalmente “riservata” alla pubblica amministrazione, a meno di voler sottrarre alla giustiziabilità aree rilevanti di intermediazione pubblica. Ciò che il giudice amministrativo non può spingersi a sindacare è soltanto il giudizio di valore e di scelta che costituisce il *proprium* della funzione amministrativa, ma esso può, e deve, controllare che tale valutazione/scelta sia stata effettuata nel rispetto dei canoni di logicità, ragionevolezza e completezza di istruttoria. Per questo il giudice deve poter acquisire la piena contezza del fatto (con l’ausilio degli strumenti probatori occorrenti), che è elemento consustanziale del “caso” su cui è chiamato a pronunciarsi e, con riferimento alle valutazioni tecniche, deve acquisire gli elementi per apprezzarne l’attendibilità<sup>43</sup>. L’insindacabilità del merito resta «*confinata alla scelta vera e propria*», implicando solo che il giudice non può, soggettivamente, sostituire la propria scelta a quella dell’amministrazione<sup>44</sup>; ma i presupposti della scelta effettuata, oggettivamente considerati, sono sindacabili sul piano della legittimità e non attengono al merito<sup>45</sup>. In questa linea, che tuttavia, stante in ogni caso l’opinabilità dei giudizi, non deve però “sconfinare” nella sostituzione al giudizio tecnico amministrativo attendibile di quello che il giudice o i suoi consulenti ritengono “più attendibile”, va di certo sicuramente

apprezzato un utilizzo più frequente delle verificazioni (nettamente preferite, per ragioni di semplificazione e di spesa, alle ctu, cui il cpa consente infelicitamente di ricorrere solo «se indispensabile»<sup>46</sup>) nelle controversie sull’affidamento dei contratti pubblici e, più in generale, in quelle che coinvolgono profili tecnico-scientifici (criteri di classificazione di *devices* medico-chirurgici<sup>47</sup>) o economici (criteri di calcolo del costo *standard*<sup>48</sup>).

Ma il giudice amministrativo ha ancora un atteggiamento troppo “deferente” nei confronti di alcune amministrazioni, e in particolare delle autorità indipendenti e degli enti di vigilanza<sup>49</sup>, tradendo un’attenzione – sicuramente consona al legislatore, ma non al giudice – a esigenze diverse da quelle al rispetto della legalità e alla garanzia della “giustizia” nell’amministrazione. Questo *deficit* di tutela si coglie in modo purtroppo evidente con riferimento all’accertamento dei presupposti per l’applicazione di misure sanzionatorie o comunque legate a un giudizio di disvalore della condotta degli amministrati<sup>50</sup>.

Un’altra, fondamentale, peculiarità – e “forza” – del giudice amministrativo, è costituita dall’effetto conformativo delle sue pronunce, anche cautelari, e dall’ampiezza del sindacato sull’ottemperanza al giudicato.

Come evidenziato anche dal presidente del Consiglio di Stato nel corso di un recente convegno, «*la combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l’atto di riesercizio del potere ha consentito di focalizzare l’accertamento, per successive approssimazioni, sull’intera vicenda di potere*»<sup>51</sup>. Nell’ottica della massima efficienza del sistema

43. Sul tema, da ultimi, G. D’Angelo, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *Jus online*, n. 3/2020, pp. 11 ss.; V. Berlingò, *Fatto e giudizio. Parità e obbligo di chiarificazione nel processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; G. Terracciano e A.M. Colarusso, *L’indizio nella decisione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.

44. Cfr. la *Relazione sull’attività della Giustizia amministrativa* tenuta dal presidente Patroni Griffi per l’apertura dell’anno giudiziario 2020, in *giustizia-amministrativa.it* (cap. II, 2.5).

45. Cfr. *inter alia*, Cass., sez. unite, n. 1013/2014, enunciando il principio di diritto che «il sindacato di legittimità del giudice amministrativo (...) comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato», rimanendogli preclusa unicamente la sostituzione («controllo c.d. di tipo forte») nell’esercizio di valutazioni tecniche opinabili, «fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile un controllo di ragionevolezza, logicità, coerenza».

46. Critica condivisibilmente la scelta e la formula anche R. Chieppa, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 150. Sulla ctu nel cpa, cfr. per tutti, F.G. Scoca, *Consulenza tecnica d’ufficio*, in A. Quaranta e V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 563.

47. Cons. Stato, sez. III, ordd. nn. 2222 e 2680 del 2016, n. 670/2018.

48. Cons. Stato, sez. VI, n. 2138/2019.

49. Sia consentito rinviare a M.A. Sandulli, *Riflessioni sull’istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. società*, n. 2/2020, pp. 195 ss. In tema, *ex multis*, oltre alla classica monografia di F. Benvenuti, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, A. Police, *Istruttoria*, in P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Utet Giuridica, Milano, 2016.

50. Cfr. le considerazioni svolte sulle conseguenze degli errori dichiarativi in M.A. Sandulli, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l’acquisizione d’ufficio*, in *Principi e regole, op. cit.*, pp. 181 ss.

51. F. Patroni Griffi, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro* (intervento al convegno «Stato a diritto amministrativo tra presente e futuro», Parma, 4 ottobre 2019), in *Il processo*, n. 3/2019, pp. 587 ss.



giustizia, il cpa ha esteso il sindacato del giudice di cognizione alla valutazione della fondatezza della pretesa, anticipando il potere di nomina del commissario *ad acta* alla fase della cognizione. Si tratta senza dubbio di una conquista importante, ma, come ben chiaro nelle disposizioni che l'hanno operata, essa trova comunque un limite nella discrezionalità amministrativa. Bisogna dunque sempre ricordare che, fuori dai casi in cui il legislatore gli ha espressamente attribuito una giurisdizione anche "di merito" (come avviene, *inter alia*, per i provvedimenti che dispongono l'applicazione di sanzioni pecuniarie e per l'ottemperanza a precedenti pronunce), il giudice non può sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio di "scelte" ad essa riservate e che, in ogni caso, proprio per mantenere la sua "efficienza", non può direttamente procedere ad attività valutative che esorbitano dalle sue specifiche competenze tecniche, per le quali dovrà quindi sempre ricorrere ad apposite consulenze o verificazioni.

Così come, per altro verso, il sistema del *remand* e del giudizio *in progress* mediante la proposizione di motivi aggiunti non può essere utilizzato per "soccorrere" l'amministrazione che ha illegittimamente esercitato il suo potere nei termini di legge, consentendole di "riparare" impunemente, in corso di causa o addirittura in giudizio (con atti o addirittura scritti difensivi integrativi o correttivi dell'istruttoria o dei contenuti degli atti impugnati), i vizi denunciati e, magari, di "recuperare" un potere ormai consumato<sup>52</sup>. L'asimmetria tra pubblico e privato che il giudice amministrativo deve ricomporre non deve in altri termini continuare nel giudizio, che, se deve essere particolarmente attento a consentire anche all'amministrazione un'adeguata difesa, deve sempre restare un "giudizio", salvaguardando la "speciale" missione di garanzia affidatagli dagli artt. 100, 103 e 113 della Costituzione.

Da ultimo, ma non ultimo, tale speciale missione deve indurre a una particolare chiarezza delle sentenze, che, per convincere della loro "giustizia" e, soprattutto, per fungere da "guida" all'amministrazione per le sue successive condotte, non devono tanto indulgere in trattazioni teoriche complesse, quanto piuttosto motivare in modo puntuale e definito le scelte

decisionali assunte ed esprimere la sintesi logico-giuridica del giudizio in modo da renderlo pienamente intellegibile *ab externo*.

#### 4. Conclusioni

Il richiamo a questo suo – specialissimo e fondamentale – ruolo induce a concludere queste brevi riflessioni con un'ultima considerazione.

Per assolvere al suo ruolo, il giudice amministrativo deve mantenere la sua peculiarità, che è e deve restare quella di impedire che gli atti amministrativi ingiustamente lesivi di posizioni giuridicamente tutelate producano effetti – evidentemente pregiudizievoli anche per l'interesse generale alla "buona amministrazione" – e non deve cedere alle spinte verso una progressiva assimilazione al giudice ordinario (che è invece giudice della controversia), che, inevitabilmente, pongono il problema della ragionevolezza e della proporzionalità di una sostanziale duplicazione della stessa funzione. Per questa ragione, mentre va nettamente stigmatizzata ogni tendenza a sostituire la tutela caducatoria con quella risarcitoria<sup>53</sup>, va forse ripensata anche l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria, ipotizzando magari una mera partecipazione del relatore della sentenza al collegio giudicante ordinario.

Personalmente, come ho già avuto occasione di sostenere, vedo con favore anche la previsione dell'affidamento a un organo "misto" di consiglieri della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato della competenza a decidere in ultimo grado sulle questioni attinenti a diritti fondamentali affidate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Mentre non solo assolutamente favorevole all'istituzione di un Tribunale dei conflitti, né ritengo evidentemente accettabile l'ipotesi (propugnata nel *Memorandum* sottoscritto nel 2017 dai vertici delle tre giurisdizioni superiori) dell'inserimento di uno o più consiglieri di Stato e/o della Corte dei conti nel collegio giudicante sull'impugnazione *ex art.* 111, comma 8, Cost., di una sentenza del Consiglio di Stato per eccesso di potere giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione o del legislatore.

52. Cfr. ancora, *amplius*, le *Riflessioni sull'istruttoria*, *op. cit.*

53. Sul tema ho ripetutamente insistito nel corso degli anni. Cfr. *inter alia*, M.A. Sandulli, *La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici (note a margine degli artt. 244-246 del codice De Lise)*, in *Foro amm. Tar*, n. 10/2006, p. 3375 ss.; *Le principali novità nel rito speciale in materia di appalti pubblici*, in *Astrid online*, n. 17/2011 ([www.astrid-online.it/rassegna/2011/07\\_10\\_2011.html](http://www.astrid-online.it/rassegna/2011/07_10_2011.html)) e, da ultimo, *Il rito speciale sui contratti pubblici nel primo decennio del c.p.a.*, *op. cit.* e *ivi* ulteriori richiami.



## Per un giudice amministrativo veramente speciale

di *Marcello Maria Fracanzani*

Lo scritto individua la specialità del giudice amministrativo nella tutela dell'interesse legittimo, situazione giuridica soggettiva peculiare, non agevolmente monetizzabile per la pluralità ed eterogeneità degli interessi coinvolti – che la stessa esperienza giuridica europea sta percependo e cercando di proteggere. L'appiattimento storicamente progressivo dell'interesse legittimo sul diritto soggettivo ha finito per creare difficoltà nel riparto e fa perdere al giudice amministrativo la sua peculiarità; in questa prospettiva il Tribunale dei conflitti diverrebbe una camera di compensazione, un luogo di trattativa parapolitica, un organismo di mediazione, secondo schemi che hanno già gettato discredito sulla magistratura in generale. Nella parte ricostruttiva, l'A. propone alcuni esempi di complementarità fra le giurisdizioni, individuata l'una come specificazione limitata dell'altra che rimane generale. Infine, si individuano nelle esigenze eurocomunitarie di monetizzazione di ogni diritto le ragioni delle difficoltà dell'interesse legittimo, ma anche del diritto soggettivo e del processo in generale, divenuti ostacoli per l'accelerazione economica.

**1. Montesquieu a Palazzo Spada / 2. *Genus ad speciem* / 3. La civilizzazione dell'interesse legittimo / 4. *Genus ad speciem vel species eiusdem generis* / 5. Per una conclusione**

### 1. Montesquieu a Palazzo Spada

Il saggio introduttivo a questo numero della Rivista (G. Montedoro ed E. Scoditti, *Il Giudice amministrativo come risorsa*), quasi un articolo di fondo, ci propone cose note e altre meno note. Per riflettere sulle prime – che troppo spesso superficialmente diamo per acquisite – e per scrutare le seconde – di cui ci ricordiamo solo quando vengono nominate, ma su cui non si è mai abbastanza riflettuto – è possibile individuare tra le diverse suggestioni alcuni concetti da abbinare in coppie, per collocarli nell'ideale piano cartesiano costruito tra gli assi “giudice ordinario/giudice amministrativo”, luogo dove siamo stati garbatamente condotti (e invitati a muoverci) dai nostri Dioscuri della giurisdizione: gemelli, ma speculari, come i plessi cui appartengono e di cui sono alferi; diversi, ma uniti nell'interesse comune per la giusti-

zia. E così le coppie si formano, quasi da sole: generale e speciale; diritto soggettivo e interesse legittimo; interesse individuale e interesse pubblico; risarcimento e indennizzo; ma più radicalmente anche “mio e tuo”, “mio e nostro”, ... fino a economia e diritto, diritto e potere.

Ma procediamo con ordine.

Che il giudice amministrativo sia un vantaggio per il cittadino e un aumento delle sue garanzie verso gli apparati è affermazione talmente ripetuta da risultare banale; che l'interesse legittimo (qualsiasi cosa sia) ne ampli la tutela è affermazione meno ripetuta, ma altrettanto banale per la sua indeterminatezza nell'oggetto, sia esso l'interesse o la tutela.

Che il giudice amministrativo sia speciale perché è “un giudice nell'amministrazione”, è *slogan* ripetuto, ma non indagato nella sua ragion d'essere, dunque un buon punto di partenza per le riflessioni che

intendiamo proporre alla discussione: un giudice che non appartiene al terzo potere, ma svolge con terzietà all'intero del secondo la delicata funzione di giudicare dei rapporti fra i cittadini e i poteri che (per quanto pubblici o proprio perché pubblici) sono sempre delle costrizioni e, all'esito, dispone gli ordini di fare e non fare nei confronti della p.a., sia derivanti dalle sue sentenze, sia – tramite il giudizio di ottemperanza – derivanti dalle sentenze di altri plessi giurisdizionali e finanche dei giudici privati. È quindi speciale perché attua il principio di divisione dei poteri, evitando che il terzo prevarichi sul secondo ed evitando che il secondo possa affrancarsi da ogni controllo indipendente. È, cioè, concreto attuatore di un principio, quello di Montesquieu, che ha valenza superiore alla Costituzione, innervandola e integrando un presupposto logico perché possa darsi un ordinamento giuridico, cioè un rapporto non dispotico. In questo senso è speciale e, quindi, prezioso<sup>1</sup>.

Ma per quanto questo ruolo – il presidio alla tripartizione dei poteri – sia rilevante, non spiega *veramente* la specialità del giudice amministrativo. Di più. Questa stessa funzione, da sola, rischia di comprometterne l'esistenza: guardiamoci attorno.

In Germania il giudice amministrativo è il giudice del processo dove una parte è la pubblica amministrazione. Se i tedeschi ci riflettessero (e chi scrive continua a divertirsi ricordandoglielo ad ogni occasione), in un medesimo rapporto di diritto/dovere, il giudice è quello ordinario o quello speciale a seconda se una parte sia la p.a. o meno; allora vuol dire che la parte, una delle parti, è speciale e chiede un giudice speciale; il che incide pesantemente – alterandolo – sul contraddittorio, sulla parità delle parti, su quell'equilibrio nel rapporto processuale che serve a ritrovare quell'equilibrio nel rapporto sostanziale che proprio le parti hanno perduto, tanto da adire il giudice per chiedergli di aiutarle a ritrovarlo. Diciamocelo: un giudice speciale dove si va perché una parte è (considerata) speciale, è un giudice sospetto di parzialità, quindi non è indubitabilmente terzo, quindi non è un giudice; è *speciale* nell'accezione negativa indicata dalla nostra Costituzione quando vieta che ne siano costituiti di nuovi.

Né le cose vanno meglio in Francia. Oltr'alpe l'ordinamento è plasmato – ben prima di De Gaulle – sul secondo potere, che mal tollera ogni intromissione, anche quella del giudice amministrativo. Per mettere in difficoltà un collega francese, basta informarsi innocentemente sul sistema dell'ottemperanza o su chi paghi veramente le “penali” (*les astreintes*): arriverà a confessarvi che in Francia l'Esecutivo non tollera di essere fermato da un giudice, tantomeno da quello amministrativo, per cui affermerà di aver adempiuto, continuando con una serie di variazioni e atti soprassessori fino a giungere all'elusione del giudicato. Ugualmente, il potere dissuasivo delle “penali” è minimo, perché a pagarle non è il funzionario renitente cui sia riferibile il provvedimento o comportamento lesivo, ma l'ente cui quell'organo si riferisce: né vi è responsabilità contabile vera e propria<sup>2</sup>. Possiamo dire che né i Paesi con ordinamento su modello tedesco, né quelli su modello francese possono vantare un giudice amministrativo *veramente* speciale, semmai una sezione specializzata, ma non un vero specialista.

## 2. *Genus ad speciem*

Già gli antichi ammonivano che la specialità ha senso in rapporto a una generalità, non tanto per l'opposizione tra identità e differenza, ma in base alla distinzione fra diversità e comunanza. E allora può essere considerato “speciale” il giudice che, per determinate materie, deroga alla giurisdizione generale: è la materia che fa il tribunale. Sennonché, cominciando a guardare all'Italia, l'art. 133 d.lgs n. 104/2010 (il codice del processo amministrativo) è chiaro, intuitivo e immediatamente condivisibile nel principio della sua lunga e articolata elencazione, dove le materie procedono secondo l'ordine della l. n. 241/1990, giustificandosi il deferimento alla cognizione esclusiva del giudice speciale dei vizi inerenti al procedimento amministrativo. La chiarezza vira in caligine, fino ad assumere i tratti dell'opacità, mano a mano che si procede nell'alfabeto: perché debbono andare esclusivamente al tar gli affari relativi alle lett. *t, v e z-quarter*, solo per citarne alcuni<sup>3</sup>? Anche sulla specialità

1. Si consideri come l'ottimistica divisione nel pubblico impiego privatizzato, fra provvedimenti individuali al giudice del lavoro e atti organizzativi al tar, abbia provocato una situazione lacrimevole, già rappresentata dal Consiglio di Stato in quello che è il profetico parere reso sullo schema del d.lgs n. 29/1993: disparità di sentenze in situazioni analoghe per i dipendenti afferenti alla stessa p.a., ma attratti alla competenza di diversi tribunali, in ragione di dove sia ancorata la sede di lavoro; impossibilità di mantenere atti organizzativi in ragione di smagliature sui singoli provvedimenti; necessità di ricorrere al giudice (amministrativo) dell'ottemperanza per mandare ad esecuzione sentenze specifiche del giudice del lavoro.

2. Questa è stata la risposta dei magistrati francesi in occasione del seminario di approfondimento reciproco a margine dell'incontro con la Corte di cassazione, svoltosi a Roma nell'*auditorium* di Palazzo Farnese, Ambasciata di Francia, il 12 luglio 2018.

3. t) le controversie relative all'applicazione del prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari;  
v) le controversie tra lo Stato e i suoi creditori riguardanti l'interpretazione dei contratti aventi per oggetto i titoli di Stato o le leggi relative ad essi o comunque sul debito pubblico;

nella specialità del Tar Lazio vi sarebbe, poi, da ridire<sup>4</sup>. Ma la Consulta ha già detto molto con la sentenza n. 204 del 2004 e non possiamo qui intrattenerci su come sia stato (legalmente) possibile rimangiare quel lungo elenco di materie in giurisdizione esclusiva, già fulminato dal giudice delle leggi: perché non va sottaciuto che l'attuale elenco di materie in giurisdizione esclusiva è più lungo e vasto di quello precedente all'intervento della Corte costituzionale con la sua robusta pialla<sup>5</sup>.

In fondo, al pari della deroga fondata su di una parte, sulla natura di una delle parti del processo, come in Germania, anche la deroga fondata sulla materia è un criterio odioso di specialità, in cui si percepisce l'arbitrio legislativo di spostare capricciosamente le controversie da una parte all'altra, da una giurisdizione all'altra<sup>6</sup>, a seconda della convenienza o per rammostrare un afflato riformatore atto al compiacimento di questa o quella istituzione sovranazionale da cui ci si attende un finanziamento più o meno a buon mercato. Ma lasciando così sempre più perplesso il cittadino propenso a ritenersi gabbato perché, se la sua causa fosse andata "dall'altra parte", forse avrebbe avuto esito diverso. E la perplessità è anticamera della sfiducia.

Il giudice amministrativo italiano è, però, speciale – veniamo a punto – perché c'è l'interesse legittimo da tutelare. Ed è questa una particolarità tutta italiana (forse con assonanze in Spagna). Dove non c'è una chiara distinzione fra diritto soggettivo e interesse legittimo, dove tutto è diritto/dovere, il giudice am-

ministrativo è speciale, ma in un'accezione diversa, come abbiamo visto essere nel modello tedesco.

Non le materie, non le parti, ma la situazione sottesa da tutelare determina (e giustifica) la deroga alla giurisdizione ordinaria, la specialità del giudice amministrativo. Non occorre qui tanto ripercorre la storia dell'interesse legittimo<sup>7</sup>, quanto piuttosto richiamarne quel tratto misto, soggettivo e oggettivo, che lo caratterizza: una situazione giuridica soggettiva che guarda al rapporto fra le parti (privata, pubblica o privata funzionalizzata) e che contemporaneamente guarda all'atto, al provvedimento in sé<sup>8</sup>. Da esso, dalla sua struttura, scaturisce un processo che ha un contraddittorio a tre: il ricorrente, il resistente e il controinteressato, comparando i diversi interessi, non necessariamente contrapposti; da esso deriva un processo che vede non il "mio contro il tuo", ma il "mio contro il nostro"; da esso si giustifica un sistema probatorio dispositivo con metodo acquisitivo<sup>9</sup>; da esso si giustifica il riequilibrio delle parti processuali che erano asimmetriche nel momento sostanziale/procedimentale; da esso deriva il giudizio di ottemperanza (che non può essere semplice esecuzione forzata), fra discrezionalità amministrativa e statuizione del giudice; da esso sorge la necessità di un processo che abbia per faro quell'interesse che continuiamo a chiamare "pubblico" (non tanto perché dello Stato, ma) perché "proprio di ciascuno, ma non esclusivo di alcuno", di cui ognuno è portatore, ma di cui nessuno può essere titolare unico: anche l'amministratore non è titolare dei diritti che gestisce o dei poteri che esercita, con la singolarità che nel pubblico

z-*quater*) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 149 (interdizione decennale da qualsiasi ufficio pubblico per gli amministratori di enti locali disestati).

4. L'attrazione ricorrente al tar centrale per determinate materie, in deroga alla competenza territoriale, è stata da più parti ritenuta in contrasto con la previsione costituzionale che vuole organi di giustizia amministrativa per ciascuna Regione, ove l'abnorme elencazione di materie devolute al Tar per il Lazio finisce per privare di reale incisività i tar locali che, non a caso, si comincia a chiamare "periferici".

5. Per chi è cabalista, richiamo gli articoli 1, 2, 3 e 7, comma 7 del cpa.

6. Quindi, da un rito all'altro, da un regime probatorio all'altro, da un sistema di impugnazioni all'altro: ciò che potrebbe essere ottenuto da un giudice, non può nemmeno essere richiesto all'altro.

7. Sul punto, il riferimento d'obbligo è alla recente (non ultima) opera di F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, cui ha fatto seguito una lunga serie di presentazioni e convegni, con atti meritoriamente raccolti da S. Licciardello e S. Perongini (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, Giappichelli, Torino, 2019.

8. È stato osservato che mantenere la giurisdizione sugli atti e individuare la legittimazione su un elemento non sostanziale (l'interesse) produca il risultato di ampliare la facoltà dei singoli anche nei casi ove «le norme che si assumono violate non risultino considerare neppure in via del tutto indiretta la loro sfera di interessi». Così L. Mazzaroli, *Presentazione* a E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, ristampa della prima edizione (1942), Cedam, Padova, 1994, p. VIII. Al tema della natura composita della giurisdizione amministrativa è stato dedicato uno dei partecipatissimi convegni di Siena (Pontignano, prima; Modanella, ora) organizzati con spirito di intelligente confronto fra giuristi di ogni estrazione: avvocati, giudici, professori, uniti dall'interesse allo *studium*. Cfr. F. Francario e M.A. Sandulli (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzaroli*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017 (atti del Convegno organizzato dall'Università degli Studi di Siena, Pontignano, 13-14 maggio 2016).

9. Sul punto, oltre al fondamentale F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1953 (restando legato al Maestro per la signorilità nell'accogliermi in un momento difficile nella mia vita), perspicuo è A. Police, *Istruttoria*, in P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Utet Giuridica, Milano, 2016. Recentemente, cfr. M.A. Sandulli, *Riflessioni sull'istruttoria fra procedimento e processo*, in *Dir. società*, n. 2/2020, pp. 195 ss., specialmente nota 38 per quel che si dirà *infra*, § 4, in tema di risarcimento e disapplicazione.

amministratore il titolare del potere (il popolo) e il destinatario dell'azione amministrativa (ancora il popolo) coincidono. Ecco perché vi è bisogno di un giudice *veramente* speciale, di uno specialista, non di una sezione specializzata<sup>10</sup>.

### 3. La civilizzazione dell'interesse legittimo

Così congegnato, il giudice amministrativo ha dato grandi risultati, raggiunto meritori traguardi nella tutela dei beni di interesse collettivo e nella regolazione dell'attività economica, sviluppando con una sapiente attività pretoria (invero stimolata da un foro intelligente e propiziata da attenta dottrina) attorno alle poche norme processuali, peraltro assai disorganiche. Dalla legittimazione ad agire di Italia Nostra, alla tutela *ante causam* per l'apertura domenicale della grande distribuzione, il diritto amministrativo è (stato) il suo processo, soprattutto negli anni settanta e ottanta del secolo passato.

Poi, sull'onda emotiva dei risultati, si è cominciato a ricorrere al giudice amministrativo per avere provvedimenti di qualità in tempi rapidi e in unitarietà nomofilattica, incompatibili con la giustizia ordinaria. Cominciò, da un lato, la crescita esponenziale delle materie esclusivamente a lui devolute, fino all'intervento di resezione chirurgica operato dalla Corte costituzionale del 2004, già citato; ma, più radicalmente – ed è quanto qui interessa – cominciò quella “civilizzazione” dell'interesse legittimo che è alla radice dell'*impasse* in cui ci dibattiamo oggi.

L'inizio va ricercato nell'art. 35 d.lgs 31 marzo 1998, n. 80 che aprì – seppur per materie limitate – al risarcimento dell'interesse legittimo. Siamo ben quindici mesi prima della sentenza delle sezioni unite, n. 500/1999 che ha preso atto e portato a compimento quanto già indicato dal legislatore. Ne nacque un'alternatività fra giurisdizioni che degenerò in concorrenza, per non dire competizione<sup>11</sup>.

“Perché l'interesse legittimo non deve affievolirsi nel diritto soggettivo” mi sembra il titolo provocatorio per un bel libro. Non deve farlo perché l'alternatività di tutela non è reale: non vi è chi “annulla risarcendo” e chi “risarcisce annullando”, vi è solo la contraddizione fra chi è soggetto a termini decadenziali brevissimi e chi a termini prescrizione decennali, ove la *translatio iudicii* non aiuta veramente, ma indirizza verso un risultato che – se positivo – al più produce una sentenza che ha effetti diversi rispetto quella del giudice cui ci si era rivolti in prima battuta e che, in fondo, era ciò di cui si riteneva aver bisogno. Insomma, diciamocelo, con la *translatio iudicii* si ottiene un succedaneo, cioè un surrogato, una pietanza diversa da quella che avevamo chiesto.

E proprio perché le due situazioni giuridiche soggettive si vanno sovrapponendo, da un lato assistiamo a interventi ricorrenti – di almeno due Presidenti del Consiglio dei ministri – che sulla stampa estiva lanciano la proposta balneare di sopprimere il giudice amministrativo: suggestione agostana, è vero, ma intanto formulata toccando le corde della semplificazione e del “ce lo chiede l'Europa” (specie, quando uno dei due Presidenti è stato anche ai vertici della Ue). Dall'altro, registriamo il tentativo di ampliare ulteriormente le materie di competenza (giurisdizione) esclusiva. In mezzo, un'incessante richiesta di regolazione del riparto alle sezioni unite della Suprema corte, che fatica a trovare un criterio discrezionale. Ma fatica a trovarlo perché i due termini si assomigliano così tanto da rendere arduo il compito di distinguerli, sicché il concordato Romano - D'Amelio, “a te i diritti soggettivi, a me gli interessi legittimi”, non sembra più percorribile una volta che si siano “legittimati i diritti” e “soggettivizzati gli interessi”. Un battibecco fra giurisdizioni, poco comprensibile all'esterno (e all'estero), una situazione di malessere diffuso. E qui arriviamo all'ultimo interrogativo postoci dall'articolo di fondo da cui abbiamo preso le mosse: serve il Tribunale dei conflitti?

10. E non è un caso che, solo ora, a livello internazionale si cominci a guardare con interesse a questa peculiare situazione giuridica soggettiva, ad ampio spettro di tutela, senza la quale gli altri ordinamenti sono costretti a dilatare viepiù la diade diritto/dovere, spesso con scarso successo, se non di etichette: i beni comuni o collettivi, il diritto all'ambiente sano, la tutela delle generazioni future, la responsabilità collettiva. Il riferimento continuo alla collettività, a una soggettività plurale ma indeterminata, si arrovela per cogliere quanto la tradizione giuridica italiana ha già sviluppato da tempo con l'interesse legittimo.

11. Mi riferisco soprattutto alla questione della pregiudiziale amministrativa, che agitò le sponde del Tevere ormai una ventina di anni fa. Esula dall'economia di questo lavoro, invece, la dialettica (non fra gli organi, ma fra le pronunce) tra Corte cost., n. 6/2018 e sez. unite, n. 19598/2020, sulla qual pure siamo stati invitati a prendere posizione dall'articolo di fondo di questa *Rivista*, ma che è già stata fatta oggetto di attenta analisi da valorosi colleghi tanto dell'università, quanto della Corte di cassazione. Basti qui annotare che la questione trova radice in un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (materia di appalti), meglio affrontata nel testo *infra*, § 4. Preme, invece, riprendere gli ultimi capoversi del paragrafo 14 reso dagli Ermellini, ove si richiamano le direttive (segnatamente il par. 17° della n. 2007/66/CE), ove l'accesso al giudice dev'essere dato quantomeno a chi «abbia o abbia avuto l'interesse» ad avere l'aggiudicazione, annotando che è più radicalmente la concezione stessa dell'interesse ad agire ex art. 100 cpc a venir revocata in dubbio, scardinando gli elementi dell'attualità e concretezza. Il che, sottovoce, potrebbe trovare soluzione rivalutando la concezione di interesse legittimo come mera posizione processuale o, almeno, sviluppandone questo aspetto, pur mantenendo la definizione mista sostanziale e processuale.

Il Tribunale dei conflitti c'è in Francia, ma il peso del giudice amministrativo in un sistema centrato sull'Esecutivo e con un controllo di costituzionalità antecedente e debole rende poco comparabile l'esperienza gollista con il sistema parlamentare del Belpaese. In ogni caso, sorgerebbe come un organo a formazione composita per trovare una composizione dei dissidi; forte sarebbe il rischio di intromissione della bassa politica; fortissima la sensazione che si tratti non di un organo giurisdizionale, ma di un organismo di mediazione: insomma, un luogo ove si operano transazioni fra poteri *ex art. 1965 cc, aliquid datum, aliquid retentum*, lasciando al cittadino la sensazione che la propria causa sia dirottata su questo o quel binario in base a contingenze esterne, comunque poco oggettive e non individuabili. E non potrebbe che essere così, visto che non è (più) chiaro il criterio discrezionale, restando sovrapponibili diritto e interesse legittimo. Sicché – e il passo sarebbe breve – alla rinnovata richiesta di ottenere il Tribunale dei conflitti, la risposta sferzante sarebbe quella di (ri)proporre la soppressione del giudice amministrativo: tanto, a che cosa serve? Si controverte comunque in tema di diritti, in ogni caso risarcibili e, quindi, comunque transigibili, di “mio e tuo”. Nella migliore delle ipotesi, non volendosi toccare la Costituzione, il giudice amministrativo verrebbe sostanzialmente svuotato, ridotto a sezione specializzata “amministrativa”, come abbiamo già avuto quella “agraria” presso ogni capoluogo di mandamento o giù di lì. Al grido iconoclasta “semplificazione, semplificazione!”, perderemmo un pezzo di tradizione feconda, uno strumento a tutela dei diritti, nell'economia, ma non dell'economia<sup>12</sup>. La risposta dovrebbe consistere nel ricordare che, continuando a togliere, proseguendo nei “tagli lineari”, la struttura non diviene più agile ma più gracile; perché, spesso, le semplificazioni sono banalizzazioni.

Personalmente sono contrario al Tribunale dei conflitti – con o senza riforma costituzionale che, a volerla fare, comunque (ritengo) sarebbe indispensabile –, poiché percepito come organismo di mediazione con ingresso della politica o, comunque, con valutazioni extragiuridiche che aumentano il disincanto e la sfiducia nei cittadini: una sorta di consiglio supremo composito, dove si cerca “la quadra”. In ogni caso, prima di costituire il tribunale, occorre chiarire quale sia il criterio discrezionale e, in base a questo, plasmare il tribunale. Ma se riusciamo a

individuare il criterio discrezionale, ridefinendo l'interesse legittimo, allora – forse – non c'è neppure più bisogno del Tribunale dei conflitti.

Io credo sinceramente che il (prezioso) sistema dualistico italiano debba essere preservato; che possa esserlo solo rafforzando le situazioni giuridiche soggettive che ciascun plesso è chiamato a tutelare; e che per farlo occorra rafforzarne le peculiarità: “mio contro il tuo” (in larga parte disponibile e transigibile, generalmente risarcibile) e “mio contro il nostro” (tendenzialmente indisponibile e non transigibile, talvolta indennizzabile). Non credo, per sgombrare il campo da equivoci, che il problema sia il risarcimento del danno, poiché la giurisprudenza aveva già elaborato l'usurpazione acquisitiva come ipotesi di comportamento lesivo extracontrattuale risarcibile, perché non riconducibile – nemmeno mediamente – all'esercizio di poteri amministrativi. Quando non c'è potere, c'è danno; quando c'è potere c'è indennizzo, cospicuo, legato al valore di mercato, come è ormai quello d'esproprio. E se l'indennizzato ritiene di aver subito un maggior danno rispetto a quello riconosciuto, vada al tribunale civile per chiedere “il di più” che non gli è stato dato dal giudice amministrativo, provando quel che gli riesce: resta solo da vedere se condizionare la domanda ulteriore all'accettazione del rischio di *reformatio in pejus*. In questo modo, non ci si scomoda nemmeno a cercare un *tertium genus* di responsabilità da contatto della p.a. per giustificare un diverso criterio di risarcimento del danno amministrativo, disarticolando la tradizionale bipartizione.

#### 4. *Genus ad speciem vel species eiusdem generis*

In ogni caso, e veniamo all'ultima parte, se il giudice amministrativo è speciale, vuol dire che è parte di un plesso generale: la specialità ha senso come distinzione dalla generalità per alcune caratteristiche, però con la presenza di alcune costanti che alla generalità riconducono.

Ma per non dare l'idea di un librarsi estetizzante in raffinate architetture che elevano il capriccio a norma razionale, svolgiamo un esempio del rapporto di *genus ad speciem* in un tema fra i più sensibili, proprio perché ad alta rilevanza economica<sup>13</sup>.

12. Se la prevalenza dell'economia sul diritto – ammessa e riconosciuta dal diritto (positivo) stesso – possa essere governata, “amministrata” dal giudice e dal giudice amministrativo in particolare come garante dell'esercizio dei pubblici poteri, è oggetto di attenta indagine in G. Montedoro, *Il giudice e l'economia*, LUISS University Press, Roma, 2015.

13. Riprendo qui argomenti già espressi in più sedi, da ultimo in *Problemi attuali sul riparto di giurisdizione (nel momento in cui si discute di tribunale dei conflitti)*, diramato dalla giunta sezionale Anm alla mailing list della Cassazione il 13 marzo 2019 e partecipato ai presidenti di sezione in Palazzo Spada.



Banco di prova di quanto si è detto è proprio il rito speciale dei contratti su lavori, servizi e forniture, cioè su quelle procedure che muovono circa l'80 per cento del danaro pubblico immesso nel circuito dell'economia nazionale, aperto peraltro al mercato europeo. Come funziona? In controtendenza, l'idea è quella di concentrare tutto il contenzioso avanti il giudice amministrativo, costruendolo come giudice esclusivo degli atti o dei rapporti sottesi a questa materia e prevedendo sistemi acceleratori; unicità e velocità per contrastare l'incertezza, nemica dell'economia. Gli è però che l'approccio pragmatico della direttiva comunitaria porta a individuare un momento preciso ove ogni contenzioso cessa, più precisamente un momento ove il giudice esce di scena e ciò che è fatto si cristallizza, diviene stabile, economicamente (più che giuridicamente) definito. In termini più semplici, il cuore delle disposizioni processuali cui ci stiamo avvicinando sembra essere proprio il limite del processo: decorsi trenta giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva o sei mesi dal contratto comunque concluso (anche in spregio a ogni pubblicità ed evidenza pubblica), si decade da ogni azione ed è precluso l'accesso al giudice amministrativo, che è definito l'unico ed esclusivo cui rivolgersi.

Quale allora la reazione a questa sorta di denegata giustizia? È meglio affidarci alla pregnanza di un caso realmente accaduto.

Il caso: l'impresa concorrente a un appalto chiede una linea di credito per far fronte alle spese di avvio del cantiere. L'istituto bancario acconsente alla condizione che venga deferita alla camera di conciliazione arbitrale internazionale ogni controversia, ma al solo fine che la camera arbitrale possa stabilire a chi assegnare l'appalto tra i vari concorrenti: non chi ha fatto l'offerta migliore, ma chi ha maggiori esposizioni con il sistema bancario, in modo da assicurare la possibilità di rientro dal debito. Difficile alternativa: rinunciare alla tutela processuale statale, ovvero rinunciare alla linea di credito? Non sembrano esserci soluzioni alternative al processo: rinunciare ad esso significa rinunciare a ogni garanzia di un esame giuridico delle proprie ragioni.

Il problema, semplificato al massimo, si riduce a una domanda: quale tutela giurisdizionale resta una volta spirati i termini decadenziali di cui all'art. 120 cpa per adire il giudice amministrativo cui è attribuita la giurisdizione esclusiva in materia?

La risposta può porsi in termini di alternativa. La tesi più facile afferma che lo spirare di un termine decadenziale porti con sé la fine di ogni tutela giuri-

sdizionale, proprio in tal senso deponendo il carattere decadenziale del termine, cioè il venir meno della situazione sostanziale e processuale sottesa alla posizione di concorrente non aggiudicatario; a puntello, si richiama il carattere esclusivo della giurisdizione del giudice amministrativo in questa materia: se è esclusivo e se non si può più accedervi, vuol dire che non c'è più a chi rivolgersi, che sono finite le tutele previste dall'ordinamento. Si chiama "esclusiva" la giurisdizione che è solo di un certo giudice; e quando le regole processuali proprie di quel giudice non consentono più di accedervi, vuol dire che non vi è più alcun rimedio, che non vi è più giurisdizione.

La costruzione lascia però insoddisfatti, dacché sconta l'assenza di tutela anche di fronte al mero trascorrere del tempo da un fatto illegittimo, quale la stipula del contratto in spregio alle garanzie dell'evidenza pubblica: si tratta, cioè, della consacrazione del fatto compiuto.

Una costruzione concettualmente più ardita e giuridicamente raffinata muove dal rifiuto di lasciare sacche di impunità o di carenza di garanzie giurisdizionali, in spregio ai principi di concentrazione ed efficacia della tutela, richiamate anche nelle premesse del codice del processo amministrativo.

Di qui l'ipotesi ricostruttiva: la premessa combina l'insoddisfazione per la conclusione che vede la decadenza capace di travolgere ogni situazione giuridica soggettiva – non solo processuale, ma anche sostanziale – con la necessità di effettività della tutela, raccomandata dall'ordinamento comunitario, a presidio della concorrenza e dell'evidenza pubblica che la propizia, quale fondamento dell'Unione europea.

Su quest'incrocio si innesta l'invito, non a caso, comunitario a introdurre le *Alternative Dispute Resolution* (ADR), con il duplice intento di deflazionare i canali della giurisdizione statale (e comunitaria) da una parte, e propiziare sistemi non contenziosi, accessibili, a costi affrontabili, con carattere fiduciario e che contrastino la concentrazione delle controversie rilevanti in poche mani, ancorché istituzionali.

L'esperienza di quanto si va praticando nelle camere arbitrali, in realtà di compensazione bancaria, ci conferma nell'urgenza del problema, cioè di mantenere la giurisdizione speciale, ma di inserirla come deroga a quella generale, pronta ad espandersi.

Si potrebbe pensare, allora, a una sequenza di questo tipo<sup>14</sup>:

1) la giurisdizione esclusiva di cui all'art. 120 cpa è pur sempre eccezionale (artt. 7, 29 e 30 cpa);

2) il termine decadenziale travolge le situazioni processuali esperibili avanti il giudice amministrativo

14. La tesi è più diffusamente esposta in P. Cirillo (a cura di), *Il nuovo diritto*, op. cit., sub art. 120.

(g.a.), ma fa riespandere la giurisdizione generale del giudice ordinario (a.g.o.);

3) diversamente opinando si dovrebbe ritenere che nessun giudice possa più conoscere del contratto dopo sei mesi dalla stipula o pronunciarne l'inefficacia una volta scaduto il (breve) termine per impugnare l'aggiudicazione definitiva;

4) al contrario, non si può lasciar privo di tutela (effettività artt. 1 e 7 cpa) un rapporto in materia di commesse pubbliche, tema rilevante per la concorrenza e la stessa integrazione comunitaria;

5) non risulta essere abrogato, nemmeno dal cpa, l'art. 5 della legge sul contenzioso amministrativo, quindi permane il potere dell'a.g.o. di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi presupposti che incontri nella sua cognizione su quei contratti;

6) detta cognizione incidentale e il conseguente potere di disapplicazione non risultano inibiti neppure verso gli atti amministrativi che sono (furono) attratti alla giurisdizione esclusiva del g.a.: la decadenza, lo spirare dei termini di impugnazione, può travolgere al più la cognizione in via diretta di tali atti, ma non certo quella in via incidentale: essi restano nel mondo giuridico e vi producono effetti, anche in momenti successivi, eventualmente pregiudizievoli e dannosi per qualcuno o più d'uno, che deve avere un giudice a cui rivolgersi: se non (più) il g.a. che possa annullarli, (almeno) l'a.g.o. che possa disapplicarli;

7) non appare dunque peregrino che il concorrente pretermesso citi in giudizio l'amministrazione per perdita di *chance* o l'amministrazione e l'aggiudicatario insieme, affermando la nullità del contratto per assenza del consenso, stante l'illegittimità della procedura con cui si è formata la volontà di parte pubblica. In entrambi i casi, i precedenti inducono la possibile ripresa di alcune tesi della Cassazione circa la nullità relativa o annullabilità del contratto;

8) se, dunque, dei diritti soggettivi sopravvivono allo spirare del termine decadenziale di impugnazione avanti al g.a. e se sono tutelabili avanti all'a.g.o. e se, ancora, si tratta di diritti patrimoniali, verosimilmente sono anche disponibili e, quindi, passibili di compromesso in arbitri.

Qui la questione diventa più delicata e la nostra sequenza merita un momento di approfondimento. Occorre infatti scrutinare il compromesso, affrontando l'eccezione di nullità per contrarietà a norma imperativa, quale potrebbe essere facilmente concepito l'art. 120 cpa nella parte in cui dispone un riparto di giurisdizione, accordandola in via esclusiva al g.a.

Forse l'obiezione non coglie nel segno. E un tanto sia perché il riparto non può significare –di per sé– decadenza delle situazioni giuridiche sottostanti con il solo spirare del termine di impugnazione, lasciando privo di tutela un ampio settore assai sensibile;

sia perché le ragioni della giurisdizione esclusiva del g.a. conducono fino all'inefficacia del contratto (artt. 120-123 cpa), ma non giustificano evidentemente una cognizione sulla fisiologia o patologia del negozio, il cui scrutinio è e resta, quindi, al giudice ordinario. Ma deve restarci nella sua pienezza, completo quindi anche dell'esame – incidentale – degli atti amministrativi presupposti che, se ritenuti illegittimi, egli potrà disapplicare, specie se quegli atti amministrativi riguardano l'essenziale momento negoziale che è la formazione della volontà a contrarre della p.a., e a questi si aggiunge l'altro argomento per cui l'effettività delle ADR deve soccorrere proprio là ove più forte è il rischio di assenza di tutela, completando così l'offerta di garanzie previste dallo Stato, mediante una forma – appunto – alternativa al processo per la risoluzione delle controversie. Non che qui ci sia entusiasmo per le ADR, ma è meglio – fin da subito – canalizzarle in un binario giuridico piuttosto che lasciarle alla disinvoltura degli economisti. Solo in questo senso vanno letti i passaggi che seguono.

Quindi, riprendendo:

9) le stazioni appaltanti potrebbero inserire già in bando un sistema di ADR che incontri le esigenze comunitarie, strutturato in modo che la domanda di partecipazione alla gara comporti anche sottoscrizione di una clausola compromissoria per tutte le situazioni giuridiche soggettive connesse al rapporto pre-contrattuale scaturente dalla procedura (amministrativa) di gara;

10) la clausola compromissoria potrebbe avere anche natura transattiva preventiva *ex art. 1965 cc*, cioè resa al fine di prevenire una controversia che potrebbe insorgere fra di loro, *id est*, fra i concorrenti e la stazione appaltante. In tal modo tutti i partecipanti rinuncerebbero all'azione avanti il g.a. e, una volta maturata la decadenza, quando risorge la giurisdizione dell'a.g.o., opererebbe in via convenzionale la devoluzione in arbitri, anche nell'interesse pubblico alla celerità e fissità dei rapporti.

È ben vero che si potrebbe intravedere un abuso del diritto al fine di alterare il riparto voluto dal legislatore, tramite un'inattività che avrebbe il solo scopo di far decorrere il termine ordinario e decadenziale a impugnare, ma credo che si possa rispondere che tale passaggio è funzionale all'esperimento della forma alternativa al processo, la ADR appunto, parimenti voluta e favorita dall'ordinamento comunitario.

In attesa dell'introduzione delle ADR nell'ordinamento nazionale, si sente comunque l'opportunità di una pronuncia paideutica sul riparto di giurisdizione in questa materia, almeno fino al punto 7 della sequenza appena proposta, in modo da assicurare la

piena tutela anche dopo la scadenza dei termini decadenziali per adire il giudice amministrativo<sup>15</sup>.

## 5. Per una conclusione

In conclusione, il giudice amministrativo è *veramente* speciale e presidio alla tripartizione dei poteri, finché c'è l'interesse legittimo specificamente distinto dal diritto soggettivo, da cui si giustifica la deroga alla giurisdizione generale che, compressa per i momenti in cui può esperirsi azione amministrativa, torna ad ampliarsi assicurando la tutela generale, nei limiti residuali. Si tratta di un giudice specialista, non come all'estero, dove si distingue maldestramente per soggetti o per materie, ma nell'identità della situazione giuridica sottesa che fa del giudice una sezione specializzata. E l'interesse spiega il riparto, più e meglio di un Tribunale dei conflitti che viene visto come un organismo camerale di mediazione, una conciliazione sindacale *ad usum Delphini* che scredita l'immagine della giurisdizione perché fondato sulla negazione della giurisdizione stessa, cioè sulla trattativa *lato*

*sensu* politica che già ha fatto parecchio male... e fa male perché è commissione dei poteri, non divisione, quindi porta di ingresso al dispotismo.

Di questo passo si avvalga l'idea che il diritto non serve perché di impaccio all'economia di mercato su cui è fondata l'Ue, che si muove agitando la clava della DG *Competition*. Si consideri che l'appiattimento dell'interesse legittimo sul diritto soggettivo (patrimoniale) deriva proprio dall'Unione europea. Cosa lega 27 (o 28) Paesi diversi per lingua, dimensioni, religione, tradizioni? Il mercato. Il mercato ove ci si incontra, ove si fa il prezzo, ove ciascuno può competere; il mercato ove ci sono pochi determinati diritti, ma tutti disponibili, cioè contrattabili, cioè transigibili, cioè monetizzabili. Il che presuppone un "mio contro il tuo" e non può accettare un "mio contro il nostro". Tantomeno processi complicati e lunghi per cercare una giustizia che non c'è al di fuori del mercato.

"Non ci sono più diritti da esercitare o doveri da adempiere, ma prezzi da pagare e costi da sostenere", secondo rapporti puramente economici.

E allora non servirà un giudice, nessun giudice<sup>16</sup>.

15. Per onestà intellettuale, dobbiamo dare contezza dell'esito del caso pratico da cui abbiamo preso le mosse e che giustifica la nostra preoccupazione di inserire il giudice amministrativo con posizione di specialità nel contesto della giurisdizione ordinaria. Rivoltasi alla banca per ottenere una linea di credito all'esito dell'aggiudicazione di una importante commessa pubblica, la ditta si è vista condizionare l'erogazione alla sottoscrizione di una clausola compromissoria per la devoluzione di ogni controversia avanti alla camera arbitrale (interbancaria), ove pare sia anche necessario indicare i subappaltatori in ditte che siano esposte con la banca, per consentirne il rientro. Criterio di aggiudicazione (sostanziale) sarebbe quindi non tanto il valore di una ditta, quanto la sua esposizione bancaria che – per non travolgere il sistema creditizio – la pone in lista di ricevere lavori da chi ha denari prestati dalla banca, in modo da poter rientrare, con un sistema di operazioni definite come "bacciate", che già in regime previgente alla pandemia hanno generato frutti velenosi. D'altronde è indelebile il ricordo, nell'aula della V sezione di Palazzo Spada, per le preliminari: dopo che per i primi dieci affari, chiamati dallo storico quanto corpulento commesso Peppino, con la sua voce stentorea, gli avvocati dichiaravano che le parti avevano trovato un accordo e che era cessata la materia del contendere, chi allora presiedeva interruppe le sequenze esprimendo, in idioma napoletano, la sua perplessità su così tanti accordi pacificatori in una materia da lunghi coltelli.

16. Come abbiamo anticipato *supra* nel testo, proprio in sede sovranazionale (dell'Unione, ma non solo), emergono esigenze di tutela di beni e valori non immediatamente riducibili al mercato, donde il tentativo di individuare nuove categorie, sicché lo studio dell'interesse legittimo può ritornare di grande utilità. Il discorso esula dall'economia di questo lavoro, per cui sia consentito rinviare, *si volueris*, al mio *L'Identità. Diritti fondamentali fra Corti europee e Pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017.

# Il giudice amministrativo come risorsa o come problema?

di *Leonardo Ferrara*

Richiamando la piena attualità del dibattito sull'unità della giurisdizione, l'Autore sostiene che il pluralismo delle giurisdizioni, quale dualismo di nomofilachie, non trova giustificazione perché, nell'applicazione della legge, la Costituzione esige la garanzia di una applicazione uniforme della legge, e dunque dell'eguaglianza davanti a essa, per il tramite di un esercizio unitario e omogeneo della funzione nomofilattica.

## 1. Precisazione / 2. Un dibattito superato? / 3. La distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi / 4. Il "transito" tra le magistrature e il valore dell'indipendenza

### 1. Precisazione

Il recente scritto di Enrico Scoditti e Giancarlo Montedoro, dal titolo *Il giudice amministrativo come risorsa*<sup>1</sup> si presta ad alcune repliche, che vanno incontro alla cordiale e gradita sollecitazione proveniente dagli stessi Autori. Chiarisco subito che non intendo intervenire con un'autonoma e organica riflessione, ma all'opposto con semplici osservazioni che tendenzialmente seguono l'ordine delle questioni incontrate nella lettura (e non quello dell'importanza delle stesse). Anticipo che mi soffermerò in prevalenza sugli aspetti su cui più forte è il dissenso.

### 2. Un dibattito superato?

Lo scritto muove dalla condivisibile premessa della necessità di una riflessione aggiornata sui punti

di forza e sulle fragilità dello Stato sociale italiano, che coinvolga anche «il tema della struttura pluralistica del sistema giurisdizionale disegnata dalla Carta fondamentale». Questo tema viene però ritenuto «fonte di un risalente e, forse, ormai superato dibattito fra i fautori dell'unità della giurisdizione (segnatamente, nell'accademia, soprattutto la scuola fiorentina) e i sostenitori della ricchezza di un modello non monista che avrebbe le sue ragioni nello Stato sociale pluriclasse».

Di là dal fatto che i fautori dell'unità della giurisdizione non sono identificabili con la cd. scuola fiorentina (tanto numerosi e autorevoli sono quelli di diversa provenienza accademica<sup>2</sup>), il dibattito non può dirsi superato ma, al contrario, del tutto attuale. Non bisogna, infatti, confondere la prospettiva di una modifica tramite legge costituzionale, che certamente non è all'ordine del giorno, con la persistenza dei gravi problemi discendenti dall'"embricazione"

1. In questo fascicolo.

2. Evitando un elenco che rischierebbe di pretermettere qualcuno, mi limito a citare solo a mo' di esempio A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/1998, pp. 376 ss.; E. Balboni, *Qualche idea, antica e nuova, a favore dell'unicità della giurisdizione*, in *Quad. cost.*, n. 3/2011, pp. 648 ss.; S. Lariccia, *Indipendenza dei giudici amministrativi e unità della giurisdizione*, in F. Cerrone e M. Volpi (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 162 ss.

del giudice amministrativo con la pubblica amministrazione<sup>3</sup>, con le deficienze concrete che vengono lamentate (probabilmente in modo addirittura crescente)<sup>4</sup>; con le riforme che potrebbero introdursi con legge ordinaria; con l'interpretazione costituzionale ultimamente (e variamente) sollecitata da più di un giudice<sup>5</sup>.

Inoltre, questo dibattito non concerne soltanto la specialità del giudice amministrativo, la sua non appartenenza all'ordine giudiziario, la misura della sua indipendenza e imparzialità, l'unità strutturale della giurisdizione; concerne anche la cd. unità funzionale della giurisdizione, considerata per l'appunto l'odierna attenzione<sup>6</sup> dedicata ai «motivi inerenti alla giurisdizione», di cui all'ultimo comma dell'art. 111 Cost.

A quest'ultimo riguardo bisogna essere molto chiari. Non si può contemporaneamente affermare l'esistenza dell'unità funzionale<sup>7</sup> e continuare a interpretare i suddetti motivi di impugnazione in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato secondo una logica risalente fondamentalmente all'art. 3 della legge 31 marzo 1877, n. 3761. Più lineare, allora, restare ancorati alla tradizione e ragionare di «pluralismo delle giurisdizioni» (o di «esercizio policentrico della giurisdizione»)<sup>8</sup>, secondo l'espressione per l'appunto di Scoditti e Montedoro, ma non anche di unità funzionale.

Più ampiamente, se si riconosce l'effetto dirompente della riforma costituzionale dell'art. 111, che

ha introdotto il principio del giusto processo, se si ritiene che la “giurisdizione” a cui si riferisce questo principio (al primo comma) sia unitaria, se si assume di conseguenza che si sia raggiunta l'unità funzionale, non si può poi mettere coerentemente in discussione la garanzia di una applicazione uniforme della legge, e dunque dell'eguaglianza davanti a essa, per il tramite di un esercizio unitario e omogeneo della funzione nomofilattica. In assenza di un'interpretazione estensiva o evolutiva, che dir si voglia, dei “motivi” in questione, si rompe la dichiarata unità funzionale della giurisdizione, e con essa la stessa unità dell'ordinamento giuridico.

Del resto, qualora si considerino i diritti soggettivi, si stanno manifestando vistose disparità di trattamento: tra diritti in giurisdizione ordinaria che godono di tre gradi di giudizio e diritti in giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutelati in due gradi soltanto; soprattutto, tra diritti sottoposti alla nomofilachia della Cassazione e diritti, sempre in giurisdizione esclusiva, rimessi alla nomofilachia del Consiglio di Stato, con l'effetto in particolare di ritrovarsi di fronte a principi generali del diritto difformemente interpretati dal giudice di ultima istanza.

Epperò, un discorso simile potrebbe farsi tra tutte le situazioni giuridiche soggettive, se solo si riconoscesse in modo generalizzato che gli interessi legittimi sono «priv[i] di un'autonoma identità

3. Per usare la felice espressione di M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1976.

4. F. Volpe, *Sull'attualità del sistema dualistico di giustizia amministrativa*, in *LexItalia.it*, 9 maggio 2019, p. 7, (<https://diges.unicz.it/web/wp-content/uploads/2019/02/Materiale-didattico-F.-Volpe-Sullattualit%c3%a0-del-sistema-dualistico-di-giustizia-amministrativa.pdf>), per esempio, rileva che tra le cause dell'«imponente calo del contenzioso» davanti al giudice amministrativo «non si può escludere (...) concorra una sorta di diffusa sfiducia verso il rimedio, la quale, se fosse confermata, non esprimerebbe un sintomo di buona salute del sistema di tutela offerto e, insieme, dell'indiretto controllo che suo tramite è compiuto sull'apparato pubblico».

5. Il riferimento va, per un verso, alla ormai annotatissima ordinanza delle sezioni unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020, con le prime due questioni pregiudiziali poste alla Corte di giustizia dell'Unione europea; per altro verso, all'ordinanza del 7 febbraio 2000 del Tar Lombardia, che, seppure in modo molto sfumato, si interroga sulle conseguenze arretrate all'effettività della tutela dall'intreccio tra funzioni consultive e funzioni giurisdizionali svolte dal Consiglio di Stato, segnatamente alla stregua della partecipazione della totalità dei consiglieri di Stato all'adunanza generale.

6. Non sembra il caso di dover fare citazioni.

7. Come ha fatto la Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004 e nella sentenza n. 6 del 2018.

8. Espressioni (utilizzate nel § 2 dello scritto di Scoditti e Montedoro) di cui, però, non è esplicitato il collegamento necessario con lo «Stato sociale pluriclasse». Del resto, non sembra potersi dire che questo tipo di pluralismo, proprio dello Stato italiano, si trovi «in buona parte dell'Europa continentale», quando in Paesi come la Spagna e la Germania non è seriamente discutibile l'esistenza dell'unità anche strutturale della giurisdizione. Vds., per la Spagna, Á.R. García, *Rasgos generales de la organización judicial española*, in G. Paleologo (a cura di), *Il giudizio amministrativo in Spagna e in Italia*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 7 ss.; R. Briani, *Effettività della tutela tra rito ordinario e riti differenziati nella giustizia amministrativa spagnola*, in D. Sorace (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze University Press, Firenze, 2009, pp. 93 ss.; per la Germania, M. Carrà, *Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco*, ivi, pp. 25 ss.; *Id.*, *Sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità e principi dello Stato di diritto in Germania*, in S. Torricelli (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 153 ss.; R. Bifulco, *La giustizia amministrativa nella Repubblica Federale di Germania*, in G. Recchia (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1996, pp. 255 ss.; G. Napolitano, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 302.



concettuale»<sup>9</sup>, che non sono cioè altro che diritti soggettivi: quei diritti soggettivi ai quali si conserva un nome apposito solo per assicurarsi che l'esistenza del potere amministrativo non ne infici la tutela giurisdizionale.

E qui naturalmente si tocca un'altra delle questioni affrontate nello stimolante scritto al quale si intende rispondere.

### 3. La distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi

Non è questa ovviamente l'occasione per tornare sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi<sup>10</sup>: interessa però analizzare l'originale argomento di Scoditti e Montedoro, volto ad attribuire alla rilevanza costituzionale di tale distinzione (ricavabile dall'art. 24) un significato non solo differente da quello innanzi proposto, ma fondativo della "ordinarietà" del giudice civile e, per converso, della specialità di quello amministrativo.

Sarebbe infatti l'«originarietà dei diritti, i quali possono essere identificati anche in mancanza di una norma legislativa» e «direttamente desunti dalla Costituzione», diversamente da quanto avverrebbe per gli interessi legittimi, che «postulano la presenza della norma (ordinaria) attributiva del potere», a giustificare l'esistenza di giudici che appartengono all'ordinamento giudiziario e di giudici che non vi appartengono (l'esistenza di *separated institutions sharing power*).

Ora, da un certo punto di vista, non si potrebbe non salutare con favore quel richiamo al principio di

legalità in ordine agli interessi legittimi, che sembra suonare come un *warning* verso certi eccessi creativi del giudice amministrativo<sup>11</sup> e della dottrina<sup>12</sup>, ma non è evidentemente questo il punto. La suddetta tesi cozza con la derivazione dalle libertà costituzionali tanto di diritti che di interessi legittimi<sup>13</sup>; confligge, nondimeno, con l'assunto che occorra «ripensare alla legalità dell'azione amministrativa in una dimensione *autenticamente costituzionale*» e «ricostruire il potere dell'amministrazione non solo, come la sua tradizione gli suggerisce, a partire dalle norme che espressamente regolano l'esercizio dell'autorità (imparzialità, buon andamento, ragionevolezza, ecc. ...), ma anche e innanzitutto in considerazione dei diritti costituzionali che il suo impiego mira a realizzare»<sup>14</sup>.

Circa gli interessi legittimi vi è, però, anche la sensazione che l'origine della giurisdizione del Consiglio di Stato (contenziosa<sup>15</sup>, oggettiva, centrata sul potere e sull'azione di annullamento) continui a segnare il presente: ne sono la spia il fatto che il giudice amministrativo sia visto come «posto a tutela, nel medesimo tempo, dell'autonomia e della legalità dell'amministrazione» anziché delle situazioni giuridiche soggettive delle parti in lite; così come la circostanza che si ritenga vi siano «le premesse per un nuovo patto fra autorità e libertà che privilegi il potere amministrativo rispetto alla declinazione privatistica dei rapporti giuridici»<sup>16</sup>.

Tuttavia, una volta riconosciuta, sempre ai sensi dell'art. 24 Cost., «la piena equiordinazione di diritti soggettivi e interessi legittimi», si dovrebbe ammettere che solo un processo strutturalmente identico a quello che si celebra per la tutela dei diritti soggettivi sarebbe suscettibile di assicurare pienezza ed

9. Così, ancora, F. Volpe, *Sull'attualità del sistema dualistico*, op. cit., p. 6.

10. Si veda semmai, se si vuole, L. Ferrara, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2019, pp. 723 ss.

11. Vds., per esempio, Cons. Stato, ad. plen., 20 febbraio 2020, n. 6, dove si sostiene che «la cura dell'interesse pubblico (...) vale a dare rilievo, a prescindere da espliciti riconoscimenti normativi, a posizioni soggettive che eccedono la sfera del singolo e attengono invece a beni della vita a fruizione collettiva» (corsivo aggiunto).

12. Per esempio, secondo S. Mirate, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Franco Angeli, Milano, 2018, pp. 193-194, l'art. 24, comma 1, Cost. assicurerebbe tutela alle situazioni giuridiche soggettive «a prescindere dalla [loro] natura», non importando che la posizione azionata «sia un diritto o qualunque interesse, semplice o qualificato, privato o pubblico, individualizzato o diffuso».

13. *Ex multis*, A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1983, pp. 33-34; R. Villata, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 116-117; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 525 ss. Del resto, Scoditti e Montedoro riconoscono che gli interessi legittimi «partecipano della tutela di posizioni soggettive riconducibili ai diritti fondamentali» (così al § 2).

14. A. Pioggia, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2012, pp. 49 ss.

15. Rilevava, per esempio, A. Salandra, *Giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Utet, Torino, 1904, pp. 488 ss., che se la IV sezione non venne chiamata sezione del contenzioso amministrativo fu per «evitare le antipatiche reminiscenze che quest'ultima denominazione suscitava».

16. Così al § 5 dello scritto di Scoditti e Montedoro.

effettività di tutela agli interessi legittimi. Col che, è ovvio, ci si dovrebbe anche accorgere che la dualità della giurisdizione potrebbe giustificarsi solo per ragioni di specializzazione: una specializzazione non molto diversa da quella che ha suggerito l'opportunità di ripartire la competenza per materia tra le varie sezioni dei tribunali.

Inoltre, e da altra angolazione, verrebbe fatto di dire: fondata comunque la separazione tra giurisdizioni sulla contrapposizione tra situazioni giuridiche soggettive, come potrebbe il giudice amministrativo essere "ormai il giudice dei diritti" (così come è, almeno da un certo punto di vista, alla stregua dell'art. 133 cpa)?! E come potrebbe anche esserlo senza diventare esso stesso "ordinario" e quindi non più separato?!

È poi curioso disconoscere che all'interesse legittimo corrisponda una obbligazione in senso tecnico, meravigliandosi al tempo stesso «di un allargamento della giurisdizione del giudice ordinario mediante la categoria della violazione della buona fede [il riferimento è, in particolare, a Cass., sez. unite, 28 aprile 2020, n. 8236] e di una segmentazione della giurisdizione su rapporti a volte difficilmente scindibili e connotati da intreccio di potere e comportamento». Proprio la struttura creditizia, insieme al carattere "complesso" della relativa obbligazione<sup>17</sup>, consente di ricondurre all'interesse legittimo (con salvezza della giurisdizione del giudice amministrativo) la «dimensione relazionale complessiva tra l'amministrazione ed il privato» in cui si colloca il comportamento rilevante ai fini dell'affidamento, di cui ragiona l'ordinanza appena citata.

Di fronte, infine, alla rivendicazione del giudice amministrativo quale "risorsa" (o alla giurisdizione amministrativa quale "servizio"<sup>18</sup>), come non condividere l'osservazione che il riparto di giurisdizioni come oggi configurato sia «imperscrutabile e incomprendibile per un cittadino»<sup>19</sup>?

#### 4. Il "transito" tra le magistrature e il valore dell'indipendenza

Espressa la propria contrarietà al pluralismo delle giurisdizioni quale dualismo nomofilattico (ché, a mio avviso, nell'applicazione della legge la Costituzione vuole la garanzia dell'uniformità e non il pluralismo istituzionale), potrebbe sembrare non potersi a maggior ragione condividere l'ipostatizzazione (o la surrettizia creazione) di siffatta dualità financo in riferimento alle "questioni di riparto di giurisdizione", attraverso la previsione per legge di «una composizione delle sezioni unite con la partecipazione di magistrati del Consiglio di Stato»<sup>20</sup>, con la finalità di evitare distonie valutative tra i massimi organi della giurisdizione civile e amministrativa.

Assumiamo, però, i punti di partenza degli Autori: partiamo in particolare dal presupposto che i motivi inerenti alla giurisdizione coincidano, almeno allo stato, con le questioni di riparto e riconosciamo pure che giovi alla chiarezza del sistema e alla serenità dell'ordinamento uno strumento di collaborazione quale il supposto "transito" fra le magistrature. Anche così ragionando il dissenso resta, per il semplice motivo che se è vero che la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi, secondo Costituzione, spetta in via generale alla magistratura ordinaria, non può che essere la stessa magistratura ordinaria a stabilire se ha o meno giurisdizione, pena la perdita (in termini di principio, s'intende<sup>21</sup>) della piena indipendenza e imparzialità del giudice anche in relazione ai diritti soggettivi.

Eppure, «una visione condivisa dei valori dell'indipendenza»<sup>22</sup>, a Costituzione vigente (come si diceva agli inizi), non sarebbe impossibile da raggiungere e alcuni spunti interessanti vengono dagli

17. Ex multis, G. Terranova, *Diritti soggettivi senza sovranità*, in G. Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 2019, pp. 116 ss. (ove si ragiona di «un grappolo di poteri»); G. Pino, *Diritti soggettivi*, in G. Pino - A. Schiavello - V. Villa (a cura di), *Manuale di Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 222.

18. G. Comperti, *Dalla giurisdizione amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in *Id.* (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a sua volta in L. Ferrara e D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana - Studi*, vol. VII, Firenze University Press, Firenze, 2016, pp. 7 ss.

19. Così A. Travi, nel suo intervento al convegno sul tema «Limiti esterni di giurisdizione e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE (a proposito di Cass. S.U. n. 19598/2020)», organizzato il 6 novembre 2020 dall'Università di Roma Tre - vds., in proposito, F. Francario, *Motivi di giurisdizione e pregiudiziale comunitaria*, in *Giustizia insieme*, 10 novembre 2020, [www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1390-motivi-di-giurisdizione-e-pregiudiziale-comunitaria-atti-del-convegno-di-romatre-del-6-11-2020](http://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1390-motivi-di-giurisdizione-e-pregiudiziale-comunitaria-atti-del-convegno-di-romatre-del-6-11-2020).

Rileva che «la riconduzione della giurisdizione davanti ad un complesso unitario produrrebbe il beneficio di ridimensionare il valore di una figura sfuggente», quale sempre l'interesse legittimo, F. Volpe, *Sull'attualità del sistema dualistico*, op. cit., p. 7.

20. Vds. il § 6 dello scritto di Scoditti e Montedoro.

21. Ché, se si dovesse ragionare in modo realistico, si dovrebbero fare tantissime altre considerazioni.

22. Vds. sempre il § 6 dello scritto di Scoditti e Montedoro.

stessi Autori<sup>23</sup>. Del tutto sottoscrivibile, per esempio, è l'idea di destinare i consiglieri di Stato di nomina governativa alle sezioni consultive, cui si potrebbe affiancare l'abrogazione della regola dell'avvicenda-

mento dei consiglieri tra sezioni consultive e sezioni giurisdizionali (a prescindere da quanto questa rotazione sia praticata nella prassi), contenuta nell'art. 2 della legge n. 186 del 1982<sup>24</sup>.

---

23. I problemi cruciali in punto di indipendenza e imparzialità del Consiglio di Stato concernono, come è noto, le nomine governative, il cumulo tra funzioni giurisdizionali e consultive, gli incarichi extragiudiziari (ampiamente raccontati da A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, Giuffrè, Milano, 2005; meriterebbe riflettere se gli incarichi extragiudiziari non siano altresì tra le cause del fallimento della distinzione tra politica e amministrazione, di là dal rischio di «improprio carrierismo» cui si riferiscono Scoditti e Montedoro). Essi sono cruciali proprio perché, come rilevano ancora Scoditti e Montedoro al § 4, «i principi sulla giurisdizione in generale definiti dall'art. 111 Cost. impongono la tendenziale equivalenza delle garanzie di indipendenza di cui tutte le magistrature devono beneficiare» (cosicché non è comparabile il contesto normativo costituzionale e la sensibilità giuridica rispetto a tali problemi, che erano propri dell'epoca in cui ebbe a pronunziarsi la Corte costituzionale con la situazione odierna).

Ebbene, sulle nomine governative e sugli incarichi extragiudiziari sarebbe sufficiente intervenire, modificando in parte *de qua* la legge 27 aprile 1982, n. 186 e la legge 6 novembre 2012, n. 190. Del cumulo di funzioni si dice subito nel testo.

24. Se si rinunciasse anche all'"adunanza generale", riconosciuta solo a livello legislativo (art. 3, sempre della legge n. 186), il cumulo tra funzioni giurisdizionali e consultive sarebbe in sostanza superato.

## C'era una volta un re. Postilla a «Il giudice amministrativo come risorsa», di G. Montedoro ed E. Scoditti

di *Giorgio Costantino*

Il presente contributo richiama l'attenzione su alcuni passaggi evolutivi della giustizia amministrativa. In primo luogo, la legge del 1865 aveva lasciato in vita le «avocazioni reali» del 1859 e il potere del Consiglio del Re di stabilire se si facesse questione di un diritto, cosicché, nonostante l'art. 2, essa determinò un vuoto di tutela. In secondo luogo, la legge del 1877 consentì alla corte regolatrice di negare l'esistenza del diritto e la proponibilità della domanda «quando [non] prosegue il giudizio». Si rileva, poi, l'importanza delle elezioni del 1876 in relazione all'esigenza affermata da Silvio Spaventa nel 1880. In quarto luogo, si ricorda il dibattito all'Assemblea costituente sul ruolo della Cassazione. Si segnala, infine, la necessità che l'auspicato «nuovo “concordato giurisprudenziale”» non prescinda da tutti i passaggi dell'evoluzione storica del riparto di giurisdizione.

**1.** Il saggio indicato nel titolo induce ad alcune precisazioni.

Come in tutti gli scritti sul riparto di giurisdizione, Giancarlo Montedoro ed Enrico Scoditti (*Il giudice amministrativo come risorsa*, in questo fascicolo) ritengono necessaria una «premessa storica».

La previsione di distinti organi giurisdizionali, composti da magistrati con uno *status* diverso, è priva di fondamenta oggettive e razionali. Occorre spiegarla in base alle ragioni storiche della sua nascita e della sua evoluzione. Ogni contributo sull'argomento le ricorda ed esordisce con «c'era una volta un re», nel nome del quale era esercitata la giurisdizione.

L'invito degli Autori a ripensare le questioni messe in evidenza, «di valenza tecnica, ma, proprio perché di rilevanza in primo luogo costituzionale, destinate a interagire con tratti che sono epocali», non può prescindere dalla considerazione di tutti i precedenti.

La conclusione per la quale, «nel mondo del capitalismo senza borghesia, le maggioranze tendono a non incontrare il “potere che frena” (Massimo Cacciari), in base al quale l'*autoritas* non incarna l'ora ultima e assoluta, ma vive nel tempo sospeso della mediazione e del contenimento della potenza» e «il

pluralismo – a fronte delle possibili evoluzioni del potere pubblico – è un valore non solo nella società ma anche nelle istituzioni, e nelle istituzioni giudiziarie in particolare. Esso tuttavia richiede, per non degenerare in conflitti istituzionali, equilibrio e competenze capaci di governare la complessità», presuppone che si abbia consapevolezza delle origini del sistema.

Attualmente la giurisdizione amministrativa esiste, gode delle garanzie costituzionali. Non si può non prenderne atto: «le ragioni della presenza del giudice amministrativo (...) si sono fatte ormai storicamente indiscutibili».

Alcuni passaggi dell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa si manifestano fondamentali. Meritano di essere ricordati.

**2.** Giancarlo Montedoro ed Enrico Scoditti ricordano che «in un primo momento prevalse il sistema della giurisdizione unica, fortemente voluto dai liberali (Minghetti, Peruzzi e Mancini), sulle diverse opzioni tese al perfezionamento del contenzioso amministrativo o alla creazione di una Corte suprema del contenzioso amministrativo. La legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, tuttora vigente e detta appunto legge

abolitrice del contenzioso amministrativo, 1) abolì i tribunali speciali del contenzioso amministrativo; 2) decise di devolvere al giudice ordinario tutte le materie nelle quali si facesse questione di un diritto civile o politico, comunque potesse essere interessata la pubblica amministrazione, ancorché fossero emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa; 3) attribuì alle autorità amministrative gli affari non compresi, ossia le questioni non inerenti un diritto civile o politico per una definizione in contraddittorio con gli interessati; 4) in caso di contestazione su un atto amministrativo, limitò il potere del tribunale di conoscere tale atto solo in relazione agli effetti prodotti nel concreto giudizio; 5) demandò all'autorità amministrativa il potere di revoca o annullamento degli atti in relazione all'esigenza di conformarsi al giudicato dei tribunali ordinari; 6) fece obbligo al giudice ordinario di applicare al caso controverso solo gli atti amministrativi e i regolamenti conformi a legge».

L'art. 2 di quella legge, con una previsione forse troppo avanti per il tempo, stabilisce, in sintonia con gli artt. 24, comma 1, e 113, comma 1 della Costituzione del 1948, che «tutte le materie» nelle quali fosse stato dedotto, anche a livello di mera affermazione («si faccia questione»), un diritto soggettivo avrebbero dovuto essere devolute al giudice ordinario; in funzione di tale risultato, era irrilevante che fosse coinvolta nel rapporto la pubblica amministrazione («comunque vi possa essere interessata») e che fossero stati emessi atti o provvedimenti pubblici («ancorché siano emanati»).

Sennonché, come si disse già allora, l'art. 13 della stessa legge conteneva un «oscuro germe di distruzione». Lasciava in vita le avocazioni reali, di cui al r.d. 20 novembre 1859, n. 3780, emanato dal potere esecutivo, senza alcuna verifica parlamentare, quale disposizione eccezionale e straordinaria in occasione della Seconda guerra di indipendenza.

Il potere di stabilire se si facesse «questione d'un diritto civile o politico» era attribuito alla stessa pubblica amministrazione, non ai giudici.

Al Consiglio di Stato, «organo preunitario rivelatosi capace di molti adattamenti», gli Autori attribuiscono una «funzione politica di Consiglio del Re» e la sua nascita «va riportata quindi, più che ad antichi istituti di giustizia ritenuta del sovrano, legati alle istituzioni francesi e introdotti in Italia dal modello napoleonico, alla sua natura di Consiglio del Re».

Questo organo aveva il potere di stabilire se vi fosse una questione di diritto o se si trattasse di un mero affare. Aveva il potere di affermare che il processo non s'ha da fare.

La posizione dei cittadini del neonato regno d'Italia nei confronti della pubblica amministrazione finì

con l'essere peggiore rispetto a quella dei cittadini degli Stati preunitari: la questione relativa all'esistenza o all'inesistenza di un diritto civile o politico era decisa dal Consiglio del Re.

In quel contesto, si sviluppò la giurisprudenza dei pareri, fonte della nozione di interesse legittimo.

L'omissione di queste circostanze non consente di comprendere il vuoto di tutela determinato dalla legge sul contenzioso, che pure conteneva una disposizione come l'art. 2, e gli sviluppi successivi.

**3.** Dal 1865 Giancarlo Montedoro ed Enrico Scoditti passano al 1880, al discorso di Silvio Spaventa all'Associazione costituzionale di Bergamo: «il sistema tutelava solo i diritti perfetti, rimanevano senza tutela giurisdizionale gli "affari non compresi". L'ingerenza dei partiti nelle attività amministrative determinò la denuncia di Silvio Spaventa, fatta a Bergamo nel 1880» (<http://bit.ly/2ZxEwhW>).

Sennonché, non solo non è menzionata la sopravvivenza del r.d. 20 novembre 1859, n. 3780, dell'«oscuro germe di distruzione», di cui all'art. 13 della legge del 1865, per il quale l'amministrazione aveva il potere di affermare che il processo non s'ha da fare, ma si omettono altri due passaggi che pure si manifestano fondamentali per la comprensione dell'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa.

In primo luogo, occorre ricordare che, con le elezioni del 1876, la Destra storica, che aveva lasciato in vita le avocazioni reali e aveva svuotato di contenuti l'art. 2 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, perse le elezioni, e passò all'opposizione. L'attribuzione all'amministrazione del potere di negare la tutela giurisdizionale può rivelarsi molto spiacevole per chi si trova all'opposizione. Prima della denuncia di Silvio Spaventa del 1880, si sviluppò un movimento contro «l'ingerenza dei partiti nelle attività amministrative» e per la tutela dei cittadini nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

In secondo luogo, occorre ricordare che quel movimento sfociò nella legge 31 marzo 1877, n. 3761, il testo della quale fu inserito nel vigente codice di rito e sopravvive ancora oggi negli artt. 41, comma 2, 368 e 386 cpc.

I lavori parlamentari su quella legge sono illuminanti per la comprensione della «premessa storica» anteposta a *Il giudice amministrativo come risorsa*.

Al Senato fu modificata la rubrica della legge; il riferimento ai «conflitti» fu sostituito con l'indicazione «regolamento di competenza»; nell'art. 4, corrispondente all'art. 386 cpc, fu aggiunto l'inciso «, quando prosegue il giudizio». Questa seconda modifica travolse il senso della disposizione; senza l'inciso, infatti, l'organo regolatore avrebbe potuto occuparsi esclusivamente dell'individuazione del giudice; grazie ad



esso, invece, quando il giudizio non prosegue, la decisione sulla giurisdizione pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda; quando il giudizio non prosegue, la decisione sulla giurisdizione è una decisione di merito.

Quando la legge fu discussa alla Camera, Giuseppe Mantellini, che ne era il promotore, nel suo intervento si soffermò sulle modifiche votate dal Senato: «Prima che sia dichiarata chiusa una discussione che non accenna a cominciare, permettete, signori, qualche spiegazione, una dichiarazione ed un plaudente saluto. Le spiegazioni si riferiscono alla legge nella parte in cui ritorna corretta dopo la votazione del Senato. Il Senato cominciò dal correggere della legge la rubrica, e bandì da questa e dai primi due articoli la parola *conflitti* per sostituirvi l'altra di regolamento di *competenza*; e fece benissimo. Imperocché o si ha una questione nella quale si contrasta chi sia il giudice, per esempio, se la Corte dei conti o una Corte di appello, ed è questione di regolamento di competenza. Se invece si ha una questione nella quale il giudice non è in contrasto, e solamente si tratta di vedere se l'azione sia proponibile, se l'attore che compare in giudizio ha veste per comparirvi, se può convenire chi da lui è convenuto, la questione diventa di merito, appunto perché invece del *giudice* entra in questione l'*azione*; e non siavi e non possa esservi causa da restare senza giudice. A questo conduceva il sistema dei conflitti e che noi vogliamo abolito. Nel sistema del conflitto pur troppo noi avevamo cause lasciate senza giudice, né dell'ordine amministrativo, né dell'ordine giudiziario» (<http://bit.ly/2IS2Fup>).

Nella prima parte del suo intervento, Giuseppe Mantellini si compiace della soppressione del termine «conflitti», che metteva fuori gioco ogni possibilità di prevaricazione del potere esecutivo sul potere giudiziario; mette in evidenza, con sconcertante attualità, la distinzione tra le questioni di riparto di giurisdizione e le questioni di merito.

In relazione alla modifica dell'art. 4, corrispondente all'art. 386 del codice vigente, Giuseppe Mantellini rileva che «ci si è fatto scivolare che ciò avvenga *quando prosegue il giudizio*, quasiché se il giudizio non prosegue si possano cambiare i criteri della soluzione, quasiché dove il giudizio non prosegue muti o abbia potuto mutare il soggetto della domanda». Aggiunse, tuttavia, che «questa seconda correzione, che forse è quella che alla Giunta è parsa meno felice, studiandola bene, non può riuscire ad altro significato che a quello che aveva la formula prima. Una delle due: o noi avremo in questione il giudice, cioè a dire vi saranno due giudici fra i quali discutere se si va all'uno od all'altro, e la questione sarà di competenza; o non avremo che un giudice solo, ed allora non potrà mai cadere questione di competenza, a meno che non

si voglia dire che ci siano delle cause le quali possano rimanere senza giudice; e questo nessuno lo vuole; la questione torna, cioè, ad essere di merito, torna ad essere di pertinenza, o non pertinenza del diritto, di proponibilità, o di non proponibilità dell'azione, qualunque siasi la formula sotto la quale questo concetto si presenti rivestito».

Mantellini ribadisce che nessuno vuole «che ci siano delle cause le quali possano rimanere senza giudice» e, quindi, l'emendamento approvato dal Senato non può modificare il senso complessivo della riforma diretta a ristabilire la tutela giurisdizionale.

Sul punto, nel suo intervento, il ministro della giustizia, Pasquale Stanislao Mancini, osservò che «l'altra modificazione nella sua pratica realtà è cosa lievissima, e non tende che a meglio conseguire l'unità delle norme giurisdizionali per la determinazione dei limiti tra l'amministrazione e la giustizia. Quanto alla diversa formula dell'articolo 4, io mi associo pienamente alle dichiarazioni dell'onorevole relatore. Anche a me sembrano soltanto parole diverse, le quali però in nessun caso potranno ricevere nella applicazione una interpretazione ed un significato diverso da quello che avesse la formula che era stata dapprima in quest'Assemblea adottata».

La «cosa lievissima», le «parole diverse» hanno consentito e consentono, dal 1877 ad oggi, alla corte regolatrice, quando il giudizio non prosegue, ciò che Mantellini riteneva nessuno volesse: di negare la tutela giurisdizionale, di decidere, anche nell'ambito dei conflitti «tra l'amministrazione e la giustizia» e non solo di quelli tra giudici, sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda.

Questi passaggi si manifestano fondamentali per comprendere cosa avvenne tra il 1865 e il 1880 e non possono essere pretermessi.

4. Nel discorso del 1880, ricordato da Giancarlo Montedoro e da Enrico Scoditti, Silvio Spaventa esordisce con la menzione del primo dei passaggi sui quali si è richiamata l'attenzione: «tra le migliori ragioni che si adducevano del successo della Sinistra, vi era questa, che non le si poteva negare ormai il diritto, dopo sedici anni di aspettazione, di fare anche essa le sua prova nel governo dello Stato».

Silvio Spaventa riconosce che la questione della tutela nei confronti della amministrazione si pone dopo le elezioni del 1876. La Destra aveva introdotto nella legge del 1865 l'«oscuro germe di distruzione», aveva lasciato in vita le avocazioni reali, aveva consentito alla amministrazione di affermare che il processo non s'ha da fare. All'opposizione, aveva avvertito gli effetti della limitazione della tutela giurisdizionale: «In sedici anni di governo, è possibile che noi avessimo, come partito, abusato del nostro potere

(...) Abbiamo dovuto costruire questo Stato in mezzo ad innumerevoli nemici, ostinatamente fuori dell'ordine costituzionale e dei principi della nostra vita nazionale: borbonici, clericali, austriacanti, granduchisti e simili». La sopravvivenza delle avocazioni reali, lo svuotamento dell'art. 2 della legge del 1865, le limitazioni alla tutela giurisdizionale sono giustificate in base alla sfiducia nella magistratura ovvero nella parte di essa acquisita dagli Stati preunitari. Il fondamento politico all'origine del sistema di giustizia amministrativa non può essere pretermesso. L'esigenza di introdurre la giustizia nella amministrazione era determinata dagli abusi, dei quali Silvio Spaventa segnala numerosi esempi.

La soluzione prospettata, tuttavia, non consisteva in quella auspicata da Mantellini e tradita dalla legge del 1877: nella soppressione del potere del Consiglio del Re di giudicare sulla sussistenza di una questione di diritto e nella attribuzione della tutela giurisdizionale di ogni situazione subiettiva al giudice ordinario.

Alla denuncia di Silvio Spaventa, come ricordano Giancarlo Montedoro ed Enrico Scoditti, «seguì la legge 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato (...) La legge 7 marzo 1907, n. 62 consacrò la natura giurisdizionale della quarta sezione e istituì la quinta sezione, che aveva competenza estesa al merito amministrativo. Il d.lgs 5 maggio 1948, n. 642 istituì la sesta sezione del Consiglio di Stato: ormai tutte le sezioni avevano competenze identiche».

Essi soggiungono che «la Costituzione repubblicana ha attribuito rilevanza costituzionale alla distinzione fra diritti e interessi (artt. 24, 103 e 113 Cost.); ha concentrato la tutela degli interessi legittimi nel Consiglio di Stato (art. 103 Cost.) e, in primo grado, negli organi di giustizia amministrativa istituiti (dalla legge statale) nelle Regioni (tribunali amministrativi regionali – art. 125 Cost.); ha garantito l'indipendenza del Consiglio di Stato e dei suoi componenti nei confronti del Governo (art. 100 Cost.); ha previsto che le norme su ogni magistratura siano disposte con legge, assicurando l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali (art. 108 Cost.), e ha chiuso il sistema ponendo il divieto di istituzione di giudici speciali (art. 102 Cost.). Non ha previsto la revisione del Consiglio di Stato, a differenza di altri organi speciali di giurisdizione (disp. VI finale e transitoria)».

**5.** Manca, però, la menzione di un quarto passaggio, che, al pari dei tre prima ricordati, si manifesta fondamentale.

Prima di arrivare «all'affermazione della responsabilità della pubblica amministrazione per violazione di interessi legittimi pretensivi, inaugurata da Cass.,

sez. unite, n. 500 del 1999», appare doveroso ricordare il dibattito sul ruolo della Corte di cassazione.

Nella seduta pomeridiana n. 309 del 27 novembre 1947 (<http://bit.ly/2UVTRKJ>) dell'Assemblea costituente, Costantino Mortati propose che i conflitti di giurisdizione fossero «prodotti non di fronte alla Cassazione, ma dinanzi alla Corte per le garanzie costituzionali». Ricordò che i conflitti di giurisdizione e quelli di attribuzione «sono stati sempre, dal 1877 in poi, affidati alla Corte di cassazione a Sezioni unite. Il progetto di Costituzione innova a questa situazione per quanto riguarda i conflitti di attribuzione, assegnati dall'art. 126 alla Corte di giustizia costituzionale». Per tale ragione, la Cassazione non avrebbe potuto giudicare sul difetto assoluto di giurisdizione e la questione avrebbe dovuto essere affrontata nell'ambito della discussione relativa alla istituzione della Corte costituzionale. Per altro verso, Costantino Mortati rilevò che i conflitti «tra organi giurisdizionali diversi, assumono rilevanza costituzionale». Anche i conflitti di giurisdizione in senso stretto, pertanto, avrebbero dovuto essere risolti dalla Corte costituzionale e avrebbe dovuto essere emendata la disposizione per la quale il compito di regolare la giurisdizione sarebbe stato attribuito alla Cassazione.

All'esito della discussione, Paolo Rossi, relatore per la Commissione, in difesa del testo dell'art. 102, corrispondente all'attuale art. 111, commi 7 e 8, Cost., dichiarò: «mi dispiace non concordare con l'onorevole Mortati che ha svolto una delicatissima, finissima questione sistematica (...). Non abbiamo potuto accettare il suo punto di vista sistematico, per cui quando esistono organi giurisdizionali di carattere speciale, la Cassazione non può intervenire, perché tutta la materia, da capo a fondo, dev'essere demandata agli organi speciali e non può essere, in ultima istanza, controllata dalla Corte di cassazione. Abbiamo invece accettato il criterio – scaturente da molti emendamenti e ordini del giorno – dell'unicità della giurisdizione».

La proposta di Mortati non fu accolta, l'Assemblea costituente accettò il criterio «dell'unicità della giurisdizione», al vertice della quale è la Corte di cassazione.

Nel sistema costituzionale della Repubblica, la distinzione tra le nozioni di giurisdizione, quale rapporto tra la magistratura nel suo complesso e gli altri poteri, e quale rapporto tra giudici di ordini diversi, appare netta. L'art. 37, comma 2, l. 11 marzo 1953, n. 87, che regola il procedimento per i conflitti tra i poteri dello Stato, stabilisce infatti che «restano ferme le norme vigenti, per le questioni di giurisdizione». Da una parte, si pongono i problemi relativi ai rapporti tra i giudici e gli altri poteri dello Stato: i conflitti di «attribuzione». Si tratta, in tal caso, di una questione

di merito, perché, negata la giurisdizione, si nega l'accesso al processo, si nega l'azione e si nega il diritto. Dall'altra, si pongono i problemi relativi ai rapporti tra giudici di ordini diversi: alle questioni tecniche sulla competenza giurisdizionale. Comunque risolte queste ultime, consentono l'accesso al processo, l'esercizio del diritto di azione, la valutazione della esistenza del diritto affermato.

Ma, nell'ambito della legislazione ordinaria, sopravvivono residui di un remoto passato. L'art. 37 cpc, infatti, mette sullo stesso piano il difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione o nei confronti dei giudici speciali; l'art. 41, comma 2, cpc, attribuisce alla «pubblica amministrazione che non è parte in causa» il potere di chiedere «che sia dichiarato dalle sezioni unite della corte di cassazione il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a causa dei poteri attribuiti dalla legge all'amministrazione stessa»; la rubrica dell'art. 368 cpc è «questione di giurisdizione sollevata dal prefetto» e il quarto comma dispone: «la corte di cassazione è investita della questione di giurisdizione». L'art. 382, comma 3, cpc stabilisce che la Corte di cassazione cassa senza rinvio «se riconosce che il giudice del quale si impugna il provvedimento e ogni altro giudice difettano di giurisdizione». L'art. 386 cpc consente alla Corte regolatrice di definire la controversia perché il processo non s'ha da fare.

La contraddizione emerge nella giurisprudenza in riferimento alla inammissibilità del regolamento di giurisdizione per improponibilità della domanda: Cass., nn. 18052/2010, 90/2001, 212/1999; 9151 e 9152/2008, 26098/2014. E si è manifestata anche nelle limitate occasioni nelle quali hanno trovato applicazione gli artt. 41, comma 2, e 368 cpc, nelle quali è stata sempre affermata la sussistenza della giurisdizione, e della giurisdizione ordinaria: Cass. nn. 4681/1980, 7339 e 7340/1998, 26035/2013.

Questa contraddizione, l'imbarazzo della Corte ad applicare ancora gli artt. 41, comma 2, e 368 cpc, residui della legge del 1877, nonché ogni altra questione relativa ai rapporti tra giurisdizione e merito sono difficilmente comprensibili se non si mettono in evidenza gli indicati passaggi.

**6.** La premessa storica alla illustrazione del *Giudice amministrativo come risorsa* richiede, dunque, l'integrazione con i passaggi indicati.

Altri passaggi della storia più recente, oltre alla riconosciuta risarcibilità degli interessi legittimi, nel 1999, potrebbero essere utilmente ricordati: l'istituzione dei tribunali amministrativi regionali, nel 1971; l'attribuzione al giudice ordinario del contenzioso sul pubblico impiego, nel 1998; gli avvenimenti del 2000: l'adunanza plenaria n. 1, la decisione della Cor-

te costituzionale n. 292, l'ordine del giorno del Senato del 19 luglio, la legge di riforma n. 205 del 21 luglio; le sentenze nn. 204 e 281 del 2004 della Corte costituzionale; l'emanazione del codice del processo amministrativo, nel 2011; la dilatazione della giurisdizione esclusiva.

Non appare possibile prescindere da ciascuno di questi passaggi e, in particolare, da quelli prima ricordati.

Nell'Italia unita si sarebbe voluto che, anticipando di quasi cento anni gli artt. 24, comma 1, e 113, comma 1, Cost., fossero «devolute alla giurisdizione ordinaria (...) tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa». Ma, nella stessa legge del 1865, fu attribuito all'amministrazione il potere di stabilire se si facesse «questione d'un diritto civile o politico». Contro quanto previsto dall'art. 2, la legge sul contenzioso amministrativo aprì un vuoto di tutela.

Il tentativo di distinguere nettamente giurisdizione e merito, ovvero le questioni relative alla individuazione del giudice e quelle relative alla proponibilità della domanda e all'esistenza del diritto, fu sventato dalla legge del 1877, che istituì la corte regolatrice, ma le attribuì anche il potere di definire il processo e, quindi, di negare il diritto e la proponibilità della domanda.

Il vuoto di tutela giurisdizionale aperto dalla legge del 1865 e non rimosso dalla legge del 1877 fu colmato, nel 1889, con la istituzione di un nuovo organo giurisdizionale, che non fosse nemico del potere esecutivo, come potevano esserlo i magistrati «borbonici, clericali, austriacanti, granduchisti e simili».

I Costituenti hanno riservato alla Corte costituzionale il giudizio sui conflitti di attribuzione e hanno posto al vertice della giurisdizione, ordinaria e speciale, la Corte di cassazione; hanno limitato il sindacato di questa sulle decisioni del Consiglio di Stato ai «motivi inerenti la giurisdizione», in sintonia con l'art. 362 cpc, che lo limita ai «motivi attinenti alla giurisdizione».

Dai passaggi indicati non sembra possa prescindere neppure la «parabola che ha caratterizzato il tema del riparto di giurisdizione negli ultimi dodici anni», segnata, secondo Giancarlo Montedoro ed Enrico Scoditti, da Cass., n. 30254/2008, «che ha inteso il concetto di giurisdizione, ai fini della definizione dei limiti esterni, come tutela effettiva dei diritti e degli interessi»; da Corte cost., n. 6/2018, «che ha riaffermato l'estraneità dei motivi di giurisdizione di cui all'ultimo comma dell'art. 111 Cost. agli *errores in iudicando* o *in procedendo*»; e da Cass., n. 19598/2020,

«che ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia avendo come tema l'estensione dei motivi di giurisdizione al controllo delle sentenze del Consiglio di Stato che violino il diritto dell'Unione europea».

7. Nell'ordinamento positivo vigente, la «nomofilachia» del «Consiglio di Stato, quale organo di vertice nella propria giurisdizione» equivale a quella del giudice di pace nei giudizi secondo equità e a quella di ogni giudice quando emette provvedimenti diversi dalle sentenze e privi dei caratteri della decisorietà e della definitività.

In ciascuno di questi casi, si è al cospetto dell'ossimoro «nomofilachie di settore», perché il provvedimento è sottratto al controllo di legalità, che i Costituenti hanno attribuito alla Corte di cassazione.

Se, infatti, «Corte di cassazione e Consiglio di Stato ne sono titolari nei rispettivi ambiti», lo è anche ogni giudice, il cui provvedimento non sia sindacabile in sede di legittimità. Quel provvedimento è l'ultima parola sulla definizione della controversia.

E ogni giudice e ogni magistrato, come può essere parte, attiva o passiva, dei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, costituisce una risorsa dell'ordinamento.

Il compito di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni è riservato esclusivamente alla Corte di cassazione. Questa può esercitare le sue funzioni anche «nell'interesse della legge», ai sensi dell'art. 363 cpc, per stabilire la legalità in riferimento a provvedimenti non direttamente sindacabili.

La «risorsa» costituita dai giudici amministrativi, come ripete Aldo Travi, non dipende dalle materie attribuite al loro giudizio. Da questo punto di vista, la questione potrebbe trovare una soluzione razionale o ragionevole nella specializzazione dei magistrati; il

che consentirebbe di eliminare gli elevatissimi costi per il funzionamento del sistema giustizia derivanti dalle questioni sul riparto di giurisdizione. La «risorsa» costituita dai giudici amministrativi deriva dal loro *status* particolare, diverso da quello dei giudici ordinari.

La storia mette in evidenza che l'evoluzione della giustizia amministrativa, in Italia, non è il frutto della applicazione del principio "*juger l'administration c'est aussi administrer*". Risponde all'esigenza che il sindacato sull'esercizio del potere amministrativo sia esercitato da un giudice "non nemico", ovvero ritenuto sensibile ai bisogni dell'esecutivo e della politica. L'organico dei giudici amministrativi non è composto soltanto da *grand commis*, che hanno esperienza del funzionamento dell'amministrazione; è composto in prevalenza da giudici ordinari transitati nel diverso ordine.

È rimessa a una scelta di valore, in base alle inclinazioni di ciascuno, la valutazione della razionalità o della ragionevolezza di questa situazione. Di essa, tuttavia, occorre prendere atto. Ma appare anche doveroso rifuggire da ogni tentativo di nobilitarla. Le ragioni del riparto di giurisdizione non sono giuridiche o tecniche; sono politiche e riguardano l'esercizio del potere.

Nei confini segnati dalla evoluzione storica, complessivamente considerata, si presta a essere valutato l'auspicio di Giancarlo Montedoro e di Enrico Scoditti per un «nuovo "concordato giurisprudenziale"», quale «punto di arrivo e di sintesi di una intensa stagione di confronto, che veda come protagonisti in primo luogo non i vertici delle istituzioni, ma il corpo dei magistrati che ne costituiscono la base», in funzione di una interpretazione condivisa delle nozioni di «motivi inerenti la giurisdizione» e di «motivi attinenti alla giurisdizione», di cui agli artt. 111, comma 8, Cost. e 362, comma 1, cpc.

## Per una concezione “non proprietaria” della giurisdizione

di Luciano Violante

La pluralità delle giurisdizioni in un moderno ordinamento policentrico costituisce una ricchezza che corrisponde al pluralismo dei poteri e allo sviluppo dei diritti individuali e collettivi. Sarebbe perciò una dannosa cultura “proprietaria” della giurisdizione, quella che rivendicasse spazi di intervento a danno dell'altra e non considerasse che la pluralità delle giurisdizioni è un servizio per i cittadini e i poteri pubblici.

Nelle politiche di contrasto alla pandemia, nei piani di attuazione del *Recovery Plan* e nelle politiche di ricostruzione economica e sociale, ci stiamo confrontando sempre più approfonditamente con politiche di protezione e di assistenza e, quindi, con politiche che vedono i poteri pubblici come forza programmatrice e determinante e la società civile in veste di assistita. Il protagonismo pubblico verrà rafforzato dalle tre grandi transizioni che rientrano negli obiettivi del Governo: quella ecologica, quella energetica e quella digitale. Esse costituiranno altrettanti campi di intervento trasformativo delle politiche pubbliche nella vita della comunità nazionale, delle imprese e dei cittadini. Le conseguenze sono prevedibili. Riemergeranno vecchi problemi che andranno finalmente risolti: ciclo dei rifiuti, destinazione dei residui nucleari, moltiplicazione delle fonti di energia pulita, mobilità. I cittadini avranno probabilmente bisogno di nuove tutele e l'intervento giurisdizionale dovrà strutturarsi non come contropotere *a priori*, come impedimento, ma come guida, fonte di orientamento per le autorità di governo. Ci sarà inevitabilmente più pubblico nelle nostre vite e, conseguentemente, ci sarà più giustizia amministrativa.

Potremo essere aiutati dal “crollo delle ontologie”. Da tempo è caduto il carattere ontologico della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. Si tratta di tecniche di tutela *eguali*, nei confronti di situazioni soggettive tutte meritevoli di riconoscimento. Dopo l'art. 133 cpa è crollata la seconda on-

tologia, quella della distinzione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa. Quest'ultima, concepita all'origine come giurisdizione di eccezione, è oggi, nelle liti nelle quali sia parte la pubblica amministrazione, pieno giudice dei diritti. Non è escluso che in questo crescente favore per la giurisdizione amministrativa abbia un peso la maggiore semplicità delle procedure, la concentrazione dei tar rispetto alla diffusione degli uffici della giurisdizione ordinaria, e il *beneficium principis* del Tar di Roma. Questa è probabilmente la *ratio*; gli effetti sono noti: i diritti non ne hanno risentito e nella pandemia il digitale ha avuto effetti più positivi nella giustizia amministrativa di quanti ne abbia avuto nella giustizia ordinaria. Oggi, in definitiva, disponiamo di due giurisdizioni dei diritti e i problemi vanno affrontati in questo contesto.

Ci avviamo quindi verso una stagione nella quale emergeranno diritti sociali piuttosto che diritti individuali e un nuovo dirigismo pubblico. Il primo profilo riguarderà la giurisdizione ordinaria; l'altro, certamente più innovativo e più carico di interrogativi, riguarderà il giudice amministrativo. Riemergeranno, come già accennato, vecchi problemi; ma è prevedibile che possano porsi anche nuove questioni attinenti alla giurisdizione, nuovi potenziali o effettivi conflitti interpretativi in materia di diritti soggettivi, nuove tensioni con l'autorità politica. Si tratta di rischi probabili, ma non inevitabili e comunque governabili. La pluralità delle giurisdizioni in un moderno ordinamento policentrico costituisce una ricchezza che



corrisponde al pluralismo dei poteri e allo sviluppo dei diritti individuali e collettivi. Sarebbe perciò una dannosa cultura “proprietaria” della giurisdizione, quella che rivendicasse spazi di intervento a danno dell’altra e non considerasse che la pluralità delle giurisdizioni è un servizio per i cittadini e i poteri pubblici, non campo di rivendicazione per l’una o l’altra magistratura. Prima di discutere soluzioni formali per una maggiore interlocuzione tra le due giurisdizioni, che nel recente passato hanno suscitato polemiche più ispirate dal sospetto che dalla riflessione, sarebbe utile, in vista delle novità, potenziare un dialogo tra le Corti non occasionale né rituale, ma ispirato a una migliore e più certa giustizia per il cittadino, indipendentemente dalla natura del giudice. Emergeranno probabilmente problemi di nomofilachia, che peraltro vanno risolti all’interno di ciascuna giurisdizione. In altri momenti occorrerà riflettere sullo scivolamento in corso – specie nella giurisdizione ordinaria, ma non solo – verso un diritto giurisprudenziale, senza le garanzie proprie della *common law*.

Un giudice amministrativo che si avvia a un ruolo più determinante nella vita del Paese non può non riflettere sul proprio statuto. Le lacune sono note: la mancanza di un codice disciplinare, l’assenza di un ufficio ispettivo, la stranezza dell’impugnabilità delle sanzioni disciplinari innanzi ad organi composti da giudici soggetti allo stesso organo di governo interno i cui provvedimenti devono essere valutati. Peraltro, se Atene piange, Sparta non ride. Il sistema di governo interno della magistratura ordinaria, per fatti oggettivi e qualche abuso soggettivo, richiede una

forte ristrutturazione. Forse si può trovare il modo di comporre le diverse esigenze. Chiedo scusa se riprendo qui una proposta di qualche anno fa, che non mi sembra diventata inattuale. Si tratta di individuare una *governance* tendenzialmente omogenea delle diverse giurisdizioni, che non alteri le attuali relazioni istituzionali, ma eviti i paradossi, come quello della sostituzione in via di fatto della giurisdizione amministrativa alle funzioni costituzionali del Csm. Si tratterebbe della istituzione di una Corte a composizione mista, due terzi magistrati delle diverse giurisdizioni e un terzo laici con i titoli per accedere alla Corte costituzionale. Si tratterebbe di un giudice di appello per le decisioni disciplinari di tutte le magistrature e giudice per le impugnazioni nei confronti dei provvedimenti degli organi di governo interno. Questa corte potrebbe giudicare in formazione semplice per il primo grado e in formazione “*Grande Chambre*”, come la Corte Edu, in appello. Sarebbe necessaria l’estensione a tutte le altre magistrature della disciplina propria della magistratura ordinaria e la istituzione di un ufficio ispettivo presso il Consiglio di Stato. Il giudice amministrativo che dismette la vecchia veste concettuale di consigliere del Principe per assumere definitivamente quella di garante dei giusti diritti dei cittadini nei confronti del potere pubblico non può esimersi da una profonda riconsiderazione del proprio statuto professionale. Questa riconsiderazione, se condotta con la necessaria consapevolezza delle difficoltà che devono essere superate da tutte le parti, può innescare una salutare riflessione anche nelle altre giurisdizioni.

## Riflessioni sul tema del pluralismo delle giurisdizioni

di Luigi Rovelli

Partendo dalle riflessioni di Montedoro e Scoditti sul pluralismo delle giurisdizioni, si analizza l'evoluzione storica che ha portato al formarsi di una Costituzione materiale in cui il ruolo della giurisdizione amministrativa si amplia fino alla produzione, su identiche questioni di diritto sostanziale, di “nomofilachie” separate e non comunicanti. Si apre così un problema di bilanciamento fra “specialità” e “uguaglianza di tutti di fronte alla legge”. Dato atto che il problema non è risolvibile con il ricorso *ad superiorem*, si indica la via più feconda in un processo istituzionalizzato di ricomposizione della cultura giuridica complessiva attraverso momenti di stabile confronto.

1. Accolgo volentieri l'invito che mi ha rivolto l'amico Scoditti a dare un contributo alla Rivista a me tanto cara su un tema che tocca la relazione storica e l'evoluzione in corso tra giudice ordinario civile e giudice amministrativo e contabile, ma soprattutto fra Consiglio di Stato e Corte di cassazione entro la struttura pluralistica pur presente nel disegno costituzionale, ma certamente accentuata attraverso le “politiche costituzionali” che determinano la Costituzione materiale. Temi tutti la cui altissima rilevanza è purtroppo inversamente proporzionale all'attenzione che vi ha fin qui dedicato la magistratura ordinaria, almeno nelle sue componenti associative.

Montedoro e Scoditti hanno preparato una “introduzione” alla tematica assai interessante di vasta portata e molto compendiosa<sup>1</sup>. Essa parte dalla necessaria indagine storica che ha portato alla distinzione dei sistemi giurisdizionali, distinzione originariamente avvenuta quale riflesso delle differenti situazioni soggettive di diritto sostanziale. Il modello “pluralistico” sostanzialmente previsto dalla Costituzione è divenuto espressione, pure nel primato del potere legislativo, di un assetto istituzionale fondato sulla “condivisione” tra poteri distinti. Ivi si sostiene poi l'ipotesi che sia l'ordinarietà dei diritti soggettivi,

i quali pre-esistono alla loro tutela (mentre gli interessi legittimi conseguono all'esercizio del “potere”) a fondare “l'ordinarietà” del giudice preposto alla loro tutela. Si ammette che l'espansione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo rispetto alla previsione dei Costituenti, quando dettarono l'art. 103, ha corrisposto a un mutamento di «Costituzione materiale», di cui «sono stati protagonisti (...) il legislatore ordinario e il giudice costituzionale»; e si assume anche a tale riguardo che nelle materie astrattamente riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non c'è spazio per la disapplicazione dell'atto – in quanto illegittimo – da parte del giudice ordinario.

Si affronta la questione della nomofilachia di cui Corte di cassazione e Consiglio di Stato sono titolari «nei rispettivi ambiti», e si auspica una convergenza fra le due nomofilachie che deve passare da una «grande e diffusa discussione» estesa a tutti i giudici delle due giurisdizioni, che possa anche sfociare in un nuovo «concordato giurisprudenziale» sulla base del noto *Memorandum* del 15 maggio 2017, ma come sintesi di una stagione di confronto che abbia visto come protagonisti non i soli vertici, ma il «corpo dei magistrati» dei due plessi giurisdizionali. Si allarga,

1. G. Montedoro e E. Scoditti, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in questo fascicolo.

infine, il discorso alla auspicata «nuova centralità del pubblico» che il passaggio pandemico sollecita, per preconizzare una nuova stagione di «amministrativizzazione del diritto».

Ciascuno dei tanti temi oggetto dell'introduzione e delle proposte richiederebbe un'adeguata trattazione compiutamente svolta. Ci si limiterà ad alcune notazioni.

Montedoro e Scoditti sono relatori coltissimi ed equilibrati; colgono pienamente nel segno quando segnalano che la crescente complessità stessa della realtà sociale ed economica porta a esigere organi giurisdizionali differenziati (possibilità riconosciuta dalla Costituzione con riferimento alla giurisdizione del giudice ordinario attraverso il modello delle sezioni specializzate) e specificamente preparati a “conoscere” la realtà materiale di cui trattano; e che la *summa divisio* è naturalmente quella realizzata dalla tradizione storica che ha portato il Costituente alla scelta dualistica e a riconoscere così la “specialità” di Consiglio di Stato e Corte dei conti, esonerati dalla stessa Costituzione dal compito di adeguamento di cui all'art. 6 delle disposizioni transitorie. Si deve convenire senza riserve nell'auspicio che ogni ricerca di superamento del punto critico che si è formato e che potrebbe portare al formarsi, sulle stesse questioni di diritto sostanziale, di due nomofilachie parallele e non comunicanti, debba passare, prima di tutto, attraverso diffusi confronti anche mediante istituzionalizzati scambi culturali fino a poter dar vita *ex re* a un tacito “concordato giurisprudenziale”.

Sorprendono, però, alcune forzature che hanno origine soprattutto dalla non del tutto accurata ricostruzione storica, che porta a cancellare o a mettere tra parentesi l'esigenza, se non di “tornare alla Costituzione”, di tornare a confrontarsi con la Costituzione (se vogliamo anche soltanto quella formale) e alle sue matrici; e a riflettere – soprattutto da parte degli appartenenti alla giurisdizione ordinaria – sulle ragioni che hanno portato gradualmente a un evidente e via via crescente *décalage* del “giudice ordinario” rispetto ai ruoli che i Costituenti intendevano attribuire ai due plessi giurisdizionali. Si potrebbe aprire una riflessione su come mai lo spiraglio offerto dall'art. 103 Costituzione alle “particolari” materie ha avuto, a partire dal d.lgs n. 80/1998, applicazioni normative quasi illimitate; mentre lo spazio aperto dall'art. 113 circa la possibilità per il legislatore ordinario di prevedere l'attribuzione di poteri di annullamento dell'atto amministrativo al giudice ordinario ha trovato effettiva applicazione sostanzialmente soltanto in ordine a sanzioni amministrative e in particolare a quelle conseguenti alla parziale depenalizzazione.

Ne sta derivando una tendenza, espressa peraltro non soltanto da scelte normative ma anche in settori

rimasti entro la giurisdizione ordinaria (pensiamo al diritto marittimo), a scelte degli operatori pratici (mediante il ricorso al giudizio arbitrale) che paiono tutte indirizzate verso la residualità e la stessa marginalità della giurisdizione ordinaria civile. Evidentemente un largo settore della stessa società civile dubita, con riferimento a “rapporti complessi”, della piena affidabilità di tale giurisdizione, soprattutto circa la capacità di dare risposte in tempi compatibili con le esigenze della vita economica. Tendenza questa condizionata non solo da un sistema processuale che, nell'affollamento delle pratiche giudiziarie presso la maggior parte dei tribunali e delle corti, vede nella realtà non raggiungibili (perché mancano le condizioni di praticabilità) i benefici derivanti da “oralità, concentrazione e immediatezza”, ma anche dal soffocamento quantitativo cui si va correlando quasi inevitabilmente uno “scadimento qualitativo” non ancora certamente generalizzato, ma inevitabilmente riscontrabile, sia pure episodicamente, in ciascuno dei gradi della giurisdizione.

**2.** Dovrò correre anche io, come Renato Rordorf, il rischio di avvertire e far avvertire il “retroguosto acidulo” che traspare da discorsi in cui “pezzi di Stato” portano avanti una a volte anche spocchiosa difesa dei propri “territori” di competenza. Tuttavia il rispetto dell'oggettività, soprattutto dell'oggettività storica, porta a qualche rettifica doverosa rispetto ad opinioni – che vanno diffondendosi – secondo cui, nel sistema costituzionale, ciascuna delle giurisdizioni “superiori” svolge le funzioni di nomofilachia unicamente all'interno della propria giurisdizione; e secondo cui la previsione dell'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario e la stessa scelta della Costituzione – *ex art. 111*, ultimo comma – di fare della Corte di cassazione il giudice della giurisdizione conseguono alla scelta, contenuta al comma 7 dell'art. 111, di fare della Cassazione il giudice di legittimità, avendo disegnato la Corte stessa “come giudice del provvedimento giurisdizionale e non del rapporto controverso”. Come vedremo, quest'ultima annotazione costituisce il classico esempio di *hysteron proteron*. È la tecnica del giudizio cassatorio – recepito dal modello francesistico – con il corollario del giudice *casseeur* e titolare del solo compito di *juger les jugements* – che è stato assunto (originariamente in modo esclusivo, dal 2006 con contaminazioni con il modello della cassazione-*revision* di derivazione germanica) proprio all'unico scopo di assicurare la nomofilachia (anche con il parziale sacrificio dello *ius litigatoris* rispetto allo *ius constitutionis*). Ciò è stato quanto storicamente è avvenuto. È vero, peraltro, che l'uso di quella tecnica non è l'unico modo per perseguire e assicurare la custodia del *nomos*. L'esperienza del “giudice di ultimo appello”, propria del

modello delle cd. “Corti supreme” presenti in molti Stati italiani preunitari – in cui esiste un effetto devolutivo e una prudente apertura al giudizio di fatto – non fu affatto preclusiva del formarsi di “capacità precedenziale” dell’organo, pur non chiuso entro l’“esclusiva” riflessione giuridica.

La stessa idoneità attuale del Consiglio di Stato alla stabilità della sua giurisprudenza, dovuta anche alla sua organizzazione processuale col recepimento del modello indicato dall’art. 374 del codice di rito civile come novellato nel 2006, è risultata compatibile con un regime che mantiene il mezzo processuale che consente di “scandagliare” il giudizio di fatto (condizione necessaria a mio parere per avere comprensione dei termini di ogni controversia) e che si è così rivelato ugualmente idoneo a perseguire (forse anche più del bene individuale del *sum cuique tribuere*) il “bene della vita” collettivo, costituito dalla ragionevole stabilità della giurisprudenza.

Nell’esperienza storica la nomofilachia, pur presa in considerazione come “funzione” nello Stato assolutistico regio entro la figura del *Conseil des Parties*, inserito nello stesso *Conseil du Roi*, vede la lontana data di nascita del termine stesso “cassazione” – ecco il demone delle origini – nel decreto del 27 Piovoso 1790, con cui in Francia l’Assemblea generale creò il *Tribunal de cassation* con lo scopo espresso e dichiarato di reprimere episodi di ribellione alla legge da parte dei giudici.

Eppure è bene ricordare che, anche nella Francia dell’*Ancien régime*, l’assolutismo monarchico non era riuscito a imporre quello che oggi chiamiamo il principio di soggezione dei tribunali (i *parlements* locali) alla legge (le *ordonnances* del sovrano).

Il magistrato giansenista Jean Domat, uno dei massimi civilisti nella Francia del XVIII secolo, rilevava: «noi abbiamo in Francia quattro specie di leggi: le ordinanze e le consuetudini, che sono le nostre leggi proprie, e ciò che osserviamo del diritto canonico e del diritto romano». Con la sostituzione al sovrano per regole dinastiche del sovrano democratico, la Rivoluzione identificava tutto il diritto con la legge “posta”. È stato ricordato che il pur ambiguo Mirabeau, segretamente scrivendo a Luigi XVI dopo i primi successi della Rivoluzione, per incoraggiarlo a non contrastarla, osservava: «confrontate il nuovo stato di cose con l’antico regime; da questo confronto nascono il conforto e la speranza. Non vi sembra nulla

essere senza *parlements*, senza corpi separati? Parecchi periodi di governo assoluto non avrebbero fatto per l’autorità regia quanto questo solo anno di rivoluzione». Osserva Zagrebelsky: «la storia prese un’altra direzione a favore non del re ma del popolo. Ma, quanto alla legge, l’intuizione di Mirabeau fu esatta: la rivoluzione non aveva rotto con l’assolutismo, ma l’aveva portato a compimento»<sup>2</sup>.

Il neo-istituto *Tribunal de cassation* venne inserito entro la stessa assemblea legislativa con la funzione di proclamare, su ricorso della parte o del procuratore della Repubblica, la volontà della legge nel caso controverso. Non può sfuggire che la comunanza di funzioni fra la prerogativa regia, che veniva attuata attraverso il *Conseil des parties*, inserito entro il *Conseil du Roi*, e la funzione del *Tribunal de cassation*, collocato presso l’organo legislativo, pur nella proclamata divisione dei poteri, era quella di assicurare la “soggezione” piena e controllabile della giurisdizione al volere del titolare della sovranità. Anche per questo Alexis de Tocqueville, testimone dell’esperienza americana posta a confronto con quella francese, individuò il limite del legislatore rivoluzionario con l’espressione, mutuata dal Vangelo secondo Marco, che definisce quelle istituzioni come «vino nuovo in otri vecchi».

Certo, a fondamento vi era l’illusione proto-illuministica della capacità della legge di regolare ogni realtà senza mediazione di alcuno, senza bisogno di interpretazione, con i noti corollari del giudice *bouche de la loi* e della giurisdizione come potere nullo; illusione solo mascherata dall’effimera previsione del *référé législatif* che si esprimeva con un *décret déclaratoire de la loi*.

Ma le utopie si rivelarono presto come tali alla prova dei fatti e, con un senatoconsulto del 1803, il *Tribunal*, ribattezzato *Cour de cassation*, muta natura, fuoriesce dal *Corps législatif* e, come felicemente espresso da Claudio Consolo, tende a divenire da cane da guardia contro i giudici, il loro organo di vertice e di guida: la sede ove l’interpretazione può meglio formarsi e non già essere negata o combattuta.

Restano certamente alcuni profili che collegano ancora la nomofilachia al primato illuministico della legge e all’eredità del *Tribunal de cassation*. Ma se pure, in un certo senso, come ricordato magistralmente da Pajno, «legge, nomofilachia e *Tribunal de cassation* costituiscono (...) i tre lati di un unico triangolo»<sup>3</sup>, è il ruolo della legge a essere profondamente

2. G. Zagrebelsky, *Antigone e la legge che smarrisce*, *La Repubblica*, 25 giugno 2003, <https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2003/06/25/antigone-la-legge-che-smarrisce.html>.

3. A. Pajno, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rassegna forense*, n. 3-4/2014, p. 642, [www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/275510/2014-03.04+I-09+CONGRESSO+NOMOFILACHIA+PAJNO.pdf/4cb7638c-7f8f-4131-825b-235f71542dc4?version=1.0](http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/275510/2014-03.04+I-09+CONGRESSO+NOMOFILACHIA+PAJNO.pdf/4cb7638c-7f8f-4131-825b-235f71542dc4?version=1.0).

modificato. Certo, è venuto del tutto meno il mito della legge, che può essere soltanto o applicata o violata, e non ha oggi più spazio una lettura della Corte in chiave di risposta dell'ordinamento ai rischi di ribellione del potere giudiziario al potere legislativo.

L'idealtipo del diritto interamente posto dal sovrano attraverso la legge ha trovato la sua espressione storica nell'opera del "sovrano democratico" seguita al 1789. Essa vede la più eloquente traduzione letteraria in un testo così celebre da essere diventato mitico, come il *Discours préliminaire* al *Code civil* di Portalis. E tuttavia quel testo, inteso a manifestare l'intento dei redattori del *Code civil* di ritrovare l'uniformità possibile nel momento storico vissuto, manifesta la consapevolezza del grande Conseiller d'État che inevitabilmente le fonti della decisione giudiziaria saranno plurime e non sempre derivabili dalla legge. In quel testo viene derisa l'opinione di coloro «qui osent prescrire impéruiesement au législateur la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge». Si aggiunge che «si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie».

Nella formazione della Costituzione la "curvatura" verso la garanzia dello *ius constitutionis*, retaggio del modello francese, fu eloquentemente patrocinata da Calamandrei e, pure non incontrastata, trovò espressione sia negli artt. 101 e 102 Cost., sia soprattutto nel comma 2 (oggi 7 dell'art. 111 Cost.). Il valore – questo davvero supremo – perseguito è quello dell'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, uguaglianza garantita da un organo che ha il compito di assicurare, per quanto possibile, che la stessa disposizione non sia interpretata e applicata in modo difforme da giudici diversi. L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, che si vuole scritto da Piero Calamandrei, dopo aver definito la Cassazione organo supremo di giustizia, definisce le funzioni attribuite alla Corte:

- assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge;
- garantire l'unità del diritto oggettivo nazionale;
- vigilare sul rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni e regolare i conflitti di competenza e di attribuzione.

È stato acutamente individuato da Claudio Conso nel testo dell'art. 65, n. 1, «un singolare, non casuale chiasmo»: quello di assegnare alla Corte non il compito della custodia «della esatta interpretazione e della uniforme osservanza» – espressioni compatibili con il consueto compito giurisdizionale della tutela dei diritti applicando la legge –, ma «uniforme interpretazione... e quasi militarescamente esatta osservanza». L'osservazione vale a sottolineare la accentuata rilevanza della curvatura del disegno della funzione fondamentale della Corte verso la tutela di ciò che chiamiamo lo *ius constitutionis*. Ma appare

possibile invece rilevare con Taruffo che, se l'espressione «esatta osservanza» è chiara eco della teoria formalistica del diritto, quasi a indicare il livello di assoluta certezza del risultato interpretativo correttamente svolto, perché il concetto di esattezza si lega a quello di calcolo, cioè di un'operazione deduttivistica che individua un unico significato esatto ed uno solo, l'altro compito, quello di perseguire «l'uniforme interpretazione», incrina quella premessa e spinge piuttosto verso l'assunzione di scelte ben argomentate e per questo dotate di intrinseca capacità precedente. Il fatto che «l'uniformità» sia stata aggiuntivamente richiesta rispetto al testo del precedente regolamento generale giudiziario ha l'effetto di relativizzare il concetto stesso di esattezza, non potendo ciò che è ontologicamente esatto non comprendere in sé l'uniformità, la costanza del proprio predicato.

È degno di nota ricordare che vi fu un tentativo, espresso con l'emendamento dell'onorevole Targetti, di inserire addirittura l'art. 65 nella Costituzione con un testo in cui si aggiungeva che «la legge sull'ordinamento giudiziario regolerà l'istituto della Corte di Cassazione». L'emendamento fu ritenuto superfluo perché l'istituto della Cassazione era quello ben noto e corrispondente al contenuto dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario nel testo allora e tutt'ora vigente. Alla soppressione seguì peraltro l'approvazione dell'emendamento, che ha aggiunto dopo le parole «è sempre ammesso il ricorso in Cassazione» la precisazione «per violazione di legge» che non era contemplata nel testo approvato dalla Commissione dei 75 e che collega espressamente la Corte alla funzione nomofilattica. Si era in seguito sostenuta la tesi stessa della "costituzionalizzazione" dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario. Ipotesi, questa, seccamente smentita dalla Corte costituzionale con sentenza n. 184 del 1984, per cui «non può riconoscersi ad esso una posizione differenziata da quella di ogni altra norma posta da fonti di pari grado» e cioè quella di legislazione ordinaria. Si può facilmente convenire che si tratta di legge ordinaria, tuttora vigente, ma si aggiunge non tradotta in norme processuali.

Parrebbe dunque potersi affermare che nell'ordinamento esiste una separazione tra funzione di giustizia e funzione di nomofilachia. Separazione che diventa massima e astrae del tutto la funzione di nomofilachia da quella di giustizia in una norma processuale (l'art. 363 cpc, nel testo novellato nel 2006) che abilita la Suprema corte a pronunciare «nell'interesse della legge» e senza alcun effetto sul provvedimento oggetto del ricorso per Cassazione, il principio di diritto «anche quando il ricorso delle parti è dichiarato inammissibile», ove ritenga la questione «di particolare importanza». Qui si astrae totalmente dalla logica del processo di parti, manca



ogni funzione di giustizia, mentre residua e, da sola, giustifica la decisione della Suprema corte, la funzione di nomofilachia. La riforma del 2006, attraverso la rivitalizzazione del ricorso nell'interesse della legge, ha trasformato gli *obiter dicta* «da solitarie e narcisistiche elucubrazioni del redattore delle sentenze in meditate occasioni, persino solenni, in cui la Corte va a manifestare, su questioni non decisive per il processo ma rilevanti per l'interpretazione della legge, il proprio orientamento con ricercata evoluta enunciazione della giurisprudenza della Corte». Davvero, in tal caso, e soltanto in tal caso, il ricorso è mera «astuzia della ragione» che vale a consegnare la Corte alla funzione disegnata da Calamandrei per cui essa «deve curarsi, più che di risolvere secondo giustizia il caso concreto, di suggerire per il futuro l'interpretazione teorica corrispondente in astratto alla volontà del legislatore» ed è chiaro che la esclusività della funzione di «interpretazione teorica» (non dissimile da quella della dottrina, anche se costruita sopra un caso concreto) è tanto più estesa in quanto la norma abilita alla pronuncia del principio di diritto anche su provvedimenti e materie sottratti alla cognizione del giudice di legittimità. Il risultato di assicurare «nell'interesse della legge» all'ordinamento il principio di diritto con una valenza generale in materia ritenuta dalla Cassazione di particolare importanza, pur in assenza di ogni effetto sul processo, è stato ritenuto dalla Corte costituzionale (alla quale, in quel contesto, era stata rimessa una questione di legittimità costituzionale di una norma legislativa) idoneo a soddisfare il requisito di rilevanza necessario per investire della questione il Giudice delle leggi.

Questo ha un significato istituzionale perché sta a dimostrare che l'incidentalità di una questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla Cassazione nel quadro della previsione di cui all'art. 363, va parametrata anche a un «bene della vita», che non è quello conteso fra le parti nella vicenda processuale da cui la questione ha origine; ma a un «bene della vita» di utilità generale costituito dal principio di diritto da affermarsi, con rilevanza nomofilattica, dalla Suprema corte.

Questa norma renderebbe astrattamente possibile alla Corte di cassazione, dopo aver dichiarato inammissibile un ricorso volto a sindacare *errores in iudicando* o *in procedendo* di sentenze del Consiglio di Stato, ravvisando tuttavia di particolare importanza la questione pur inammissibilmente proposta, di risolverla anche in contrasto con la sentenza impugnata per dichiarare il «principio di diritto»; e la Corte potrebbe anche essere tenuta a dover provvedere, se ne facesse richiesta il procuratore generale (ex art. 363, primo e secondo comma).

Considero naturalmente malaugurata questa ipotesi perché la Cassazione, in tal modo, andrebbe a trasformare un contrasto di giurisprudenza in conflitto istituzionale senza neanche poter risolvere questo conflitto. La Suprema corte non avrebbe alcun potere di imporre al Consiglio di Stato la propria interpretazione andando ad annullare decisioni prese in contrasto col principio di diritto affermato ex art. 363.

Concludendo sul punto, mi pare si possa osservare che la «funzione correttiva» quale Giudice dell'ultimo grado di giudizio appartenga ugualmente a ciascuna delle tre cd. giurisdizioni superiori, che ad essa funzione sia inevitabilmente connesso il ruolo di custodia del *nomos*.

Ma ciò non basta per affermare l'equivalenza della Cassazione alle altre due giurisdizioni superiori, pur garantite dall'essenze di cui all'art. VI delle disposizioni transitorie di attuazione della Costituzione. È sufficiente ricordare che l'aver affidato alla Corte di cassazione il compito di regolatore della giurisdizione corrispondeva all'essere, almeno in quel momento, l'organismo posto *in apicibus* nell'*ordo iudiciorum*; ma soprattutto è errato affermare in linea generale che la nomofilachia spetta all'organo di vertice di ciascun plesso giurisdizionale, ciascuno chiamato a dare l'esatta interpretazione della norma di cui si chiede l'applicazione. Non è certamente vero che la Costituzione abbia attribuito alla Cassazione la funzione di nomofilachia con estensione limitata ai campi in cui ha giurisdizione il giudice ordinario. La portata dell'art. 111, n. 7, riferita alla decisione «degli organi giurisdizionali ordinari e speciali», fatta salva naturalmente l'eccezione di cui al comma successivo, è quella di fare della Cassazione il giudice del controllo di legittimità di tutte le sentenze non altrimenti impugnabili emesse dai giudici speciali diversi dai vertici funzionali della giustizia amministrativa e contabile. Con riferimento alla sola giurisdizione civile, rileva per importanza la giurisdizione tributaria. A seguito della revisione avvenuta ex art. 69 l. n. 69/2009 (che ha soppresso il potere del governo di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato) si deve ritenere, ancorché rimanga qualche incertezza, che, stante la natura decisoria del provvedimento adottato, il rimedio straordinario possa venire attratto entro il controllo di legittimità di cui al settimo comma dell'art. 111, anche se permangono legittimi dubbi perché, nella sostanza, si tratta di decisioni del Consiglio di Stato. Plurime decisioni della Corte costituzionale hanno valutato il ricorso per cassazione per violazione di legge nucleo essenziale del «giusto processo regolato dalla legge» e considerato coperto da «presidio costituzionale» in questi casi il diritto al processo in Cassazione (Corte cost., nn. 209/2007, 395 /2000, 210/2013); una più risalente sentenza

della Corte costituzionale, la n. 50 del 25 marzo 1970, sottolineò «la posizione fatta alla Corte Suprema dall'art. 111 della Costituzione per il quale solo essa è giudice ultimo della legittimità».

3. Come è noto, nel dibattito svoltosi all'Assemblea costituente sul tema del mantenimento del sistema dualistico, ereditato dalla tradizione al di là di un disegno consapevolmente perseguito dal legislatore ottocentesco, per sostituirlo al sistema unitario rispondente al mito della giurisdizione unica, vi fu uno scontro tra i sostenitori del regime unitario, modellato dalla legge del 1865 abolitrice del contenzioso amministrativo e i fautori della tesi contraria, patrocinata fra gli altri da Giovanni Leone, da Costantino Mortati e da autorevolissimi esponenti del Consiglio di Stato, in particolare Aldo Bozzi. Ma è significativo che l'argomento vincente contro i fautori della tesi della "unificazione" (primo fra tutti Calamandrei) fu lo stesso argomento che, come vedremo in seguito, era stato portato da Silvio Spaventa nel celebre discorso di Bergamo e che condusse a dar vita alla legge istitutiva della IV sezione: che cioè l'ambito di competenza del giudice amministrativo "nulla toglie" a quella del giudice ordinario e che, per questa ragione, era ingiustificata del tutto l'idea di sopprimere o trasferire al giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie fino ad allora proprie della giurisdizione amministrativa. In tale contesto e date tali premesse, la limitazione contenuta all'ottavo comma dell'art. 111 non era parsa interferire significativamente sulla sostanziale unicità del ruolo nomofilattico in capo alla Corte di cassazione per il carattere limitato – di eccezione rispetto alla regola, secondo l'interpretazione che veniva data al primo comma dell'art. 103 Cost. – dei casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sostanzialmente ristretti alla materia del pubblico impiego (paradossalmente, proprio quella materia trasferita col decreto n. 80/1998 al giudice ordinario). Era infatti vigente e veniva in tal modo riproposto l'art. 48 del testo unico n. 1054 del 1924, a tenore del quale la Corte di cassazione può annullare le sentenze del Consiglio di Stato «soltanto per assoluto difetto di giurisdizione». Il limite che veniva posto alla materie eccezionalmente attribuibili al giudice amministrativo non poteva comportare sottovalutazione del rilievo di una possibile nomofilachia separata e interna al processo amministrativo.

Dall'inizio degli anni novanta, segnato dalla "privatizzazione" e dalla piena apertura alla concorrenza e al mercato, si assiste a un progressivo ampliamento delle materie riservate alla giurisdizione amministrativa esclusiva. Il cambiamento fu epocale e vi corrispose anche in questo caso una duplice lettura della Costituzione da parte degli stess

zionalisti che stupì Fabio Merusi «come un romanzo giallo». Effettivamente di questo tipo è stata l'evoluzione che ha portato all'introduzione di plurimi casi di giurisdizione esclusiva, evoluzione svoltasi sul piano della legislazione ordinaria e che ha così rappresentato un vero e proprio mutamento nella Costituzione materiale, avvertibile anche ponendo a confronto sentenze emesse in un quadro di Costituzione formale immutata, ma in periodi storici diversi fra loro, dalla Corte costituzionale. A mo' di esempio, va richiamata la sopracitata sentenza 25 marzo 1970, n. 50, con cui la Corte costituzionale ebbe a sottolineare «la posizione fatta alla Corte suprema dall'art. 111 della Costituzione per il quale solo essa è giudice ultimo della legittimità». Con la sentenza 11 marzo 1957, n. 41 si descrive il Consiglio di Stato alla luce dell'art. 103 come organo di giurisdizione speciale sopravvissuto all'entrata in vigore della Carta costituzionale anche in vista di una graduale revisione; e con sentenza 15 luglio 1959, n. 48 si ribadisce che Consiglio di Stato e Corte dei conti hanno natura di organi giurisdizionali speciali mantenuti pur dopo l'entrata in vigore della Costituzione perché si era ritenuto di non portare alle estreme conseguenze il principio di unità della giurisdizione affermato dall'art. 102 Cost. Per contro, alcuni decenni dopo, la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 204 del 2004, riconosce al giudice amministrativo «piena dignità di giudice ordinario per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione delle situazioni soggettive non contemplate dal (modo in cui era stato inteso) l'art. 2 della legge del 1865»; Corte cost., n. 140/2007, assegna al giudice amministrativo, quale giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica, «poteri idonei ad assicurare piena tutela e quindi anche la tutela risarcitoria per equivalente o in forma specifica per il danno asseritamente sofferto anche in violazioni di diritti fondamentali in dipendenza dell'esercizio illegittimo del potere pubblico». A sua volta, Corte cost., n. 47/2007, nell'affermare – dandole così solida base giuridica – la *translatio iudicii* (prima ritenuta in via interpretativa da Cass., sez. unite, n. 4109/2007) sancisce l'incompatibilità con il quadro costituzionale del tradizionale principio di "incomunicabilità di giudici appartenenti ad ordini diversi", ma afferma pure con chiarezza quanto emerge dall'ultimo comma dell'art. 111, e cioè che quando sussiste la giurisdizione anche esclusiva del giudice amministrativo, la Cassazione non può vincolare il Consiglio di Stato sotto alcun profilo quanto al contenuto di merito o di rito.

Come ha ben rilevato Alessandro Pajno, l'interpretazione e, in massimo grado, l'interpretazione della Costituzione «è vincolata al *testo* ma deve tener conto del *con-testo* (...); essa è così "al centro di due

flussi di influenze che convergono da opposte direzioni provenienti dal testo e dai destinatari del testo»<sup>4</sup>. Tra la fine degli anni cinquanta e gli anni duemila era davvero cambiato il “contesto”: l’espansione a tutto campo dell’area della giurisdizione esclusiva aveva cambiato la “Costituzione materiale”. Quel Consiglio di Stato che nel 1957 e nel 1959 era un semplice “giudice speciale” mantenuto in vita dalla Costituzione, diviene negli anni 2000 il «giudice naturale dell’esercizio della funzione pubblica» e le «particolari materie» indicate dalla legge come eccezione alla regola dell’esclusione della giurisdizione amministrativa in materia di diritti soggettivi, sono ora largamente rimesse alla discrezionalità del legislatore ordinario.

In via generale, la “Costituzione materiale”, in regime di Costituzione rigida, non può andare a sostituirsi a quella “formale”, derogandola. Essa può ben muoversi all’interno di “politiche costituzionali” tutte egualmente compatibili con il testo della Legge fondamentale. Lo scrutinio di costituzionalità è stato svolto ed è stato superato con la sentenza n. 204 del 2004, che ha segnato però anche il limite oltre il quale l’attribuzione di giurisdizione esclusiva non può derivare dalla legge ordinaria. Lo spazio riconosciuto dal giudice costituzionale è ben delineato: esso deve riguardare solo gli atti o i comportamenti che siano manifestazione di esercizio di potere autoritativo da parte della p.a. Si deve dunque trattare di un atto espressione di “potere” – come tale connotato da elementi di discrezionalità –, ma anche di potere effettivamente esistente in capo alla p.a. A questo punto, si porrebbero problemi interpretativi davvero assai complessi, non privi di spazi di ambiguità, che qui possono essere solo brevemente indicati.

La conclusione più ovvia sarebbe quella autorevolmente sostenuta, secondo cui il criterio di riparto, piuttosto che basarsi sulle differenti figure soggettive del privato, passa attraverso il medesimo criterio che le sezioni unite della Cassazione, fin dal 1949, avevano indicato: quello fra carenza o cattivo esercizio del potere; anche se la giurisprudenza delle sezioni unite, fissando quel criterio, riteneva che esso dovesse costituire proprio il più affidabile mezzo per diagnosticare la ricorrenza o meno del diritto soggettivo (sussistente solo nei casi di inesistenza del potere), considerando la distinzione fra le due figure soggettive come il criterio accolto dalla Costituzione stessa.

A questa stregua, l’inesistenza del “potere” amministrativo o la contestazione della sua esistenza in capo all’autorità che ha emesso l’atto impugnato, pure

quando questo rientri fra le “materie” comprese nella giurisdizione esclusiva, riporterebbe la giurisdizione al giudice ordinario. Sembra però che ciò provi troppo. Bisogna riconoscere che il senso della giurisdizione esclusiva è quello per cui, “in particolari materie” previste dalla legge, benché ricorra in concreto la dipendenza del rapporto di diritto civile dal rapporto amministrativo, la giurisdizione è del giudice amministrativo e non del giudice ordinario. Ciò è tanto vero che è lo stesso cpa a riconoscere che, anche nei casi in cui il “potere” sussiste ma è l’atto amministrativo che prende a bersaglio un diritto soggettivo, il diritto resta tale e non affievolisce determinando la coesistenza di interessi legittimi e di diritti soggettivi. Infatti, l’art. 6 l. n. 205/2000, oggi art.12 cpa, dopo avere nel primo comma devoluto alla giurisdizione esclusiva una vasta categoria di controversie, stabilisce che «le controversie concernenti i diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto». L’uso da parte del legislatore della situazione giuridica soggettiva e non delle diverse forme in cui si articola la giurisdizione nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione vale così a stabilire la piena arbitrabilità di controversie in cui sia parte la p.a. e attribuite dalle regole di riparto alla giurisdizione del giudice amministrativo, quando esse concernono “i diritti soggettivi”. Ciò vale a smentire *in re ipsa* la tesi secondo la quale la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie relative alle vicende conseguenti agli “accordi” di cui all’art. 11 l. n. 141/1990 dimostrerebbe come il soggetto pubblico ivi abbia necessariamente agito nell’esercizio di un potere autoritativo e che quindi, a tale stregua, la posizione soggettiva del privato sia quella di interesse legittimo. Se l’attribuzione di una controversia alla giurisdizione esclusiva comportasse che in quel rapporto, in capo al soggetto privato, non possono configurarsi situazioni soggettive qualificabili come “diritti soggettivi”, si negherebbe perciò stesso la distinzione tra tale forma di giurisdizione e la giurisdizione generale di legittimità; ma soprattutto si escluderebbe la previsione della conferibilità ad arbitri delle controversie sui diritti soggettivi riferita proprio ai “diritti” ricompresi nella giurisdizione esclusiva, arbitrabilità affermata invece dal testo normativo. Se ne deve dedurre che è vero che, solo se la controversia non riguarda l’esistenza del potere dell’amministrazione – nell’attribuzione e nel contenuto – ma solo il *quomodo* con cui il potere è stato

4. Cfr. A. Pajno, *Giustizia amministrativa e Costituzione: dal giudice speciale al giudice ordinario del potere pubblico*, paper, 2 marzo 2020, [www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/pajno-giustizia-amministrativa-e-costituzione-dal-giudice-speciale-al-giudice-ordinario-del-potere-pubblico](http://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/pajno-giustizia-amministrativa-e-costituzione-dal-giudice-speciale-al-giudice-ordinario-del-potere-pubblico).

esercitato, è costituzionalmente legittimo, in quella materia, l'esercizio della giurisdizione esclusiva. Ma ciò non dovrebbe riportare il criterio di riparto alle situazioni soggettive del privato, anche se l'ambiguità sussiste.

Certamente l'idea che, a differenza dei diritti soggettivi che preesistono alla loro tutela, gli interessi legittimi conseguono all'esercizio di un potere che l'amministrazione abbia e non vi preesistono, non è nuova e coglie l'esigenza di ricercare la collocazione degli interessi legittimi dentro il "sistema" del diritto.

E anche qui non può mancare una pur essenziale sintesi del processo storico avvenuto, processo che ha storicamente portato a fondare sia gli spazi per la giurisdizione amministrativa sia la regola di riparto sulla base delle situazioni giuridiche soggettive della parte privata. Ma storicamente, dal punto di vista normativo, dopo la legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865 non fu stabilito alcun criterio di riparto fra giurisdizioni. Il solo criterio introdotto era quello che stabiliva la materia per l'attribuzione di controversie al giudice ordinario: l'esistenza di «diritti civili o politici». Molte, troppe controversie restavano fuori e non spettavano ad alcun giudice. Non tutte, ma una parte di esse meritava di trovare un'affidabile sede di composizione delle controversie. Come dichiarò Silvio Spaventa (anche nella sua veste di prestigioso uomo politico della "destra storica") nel discorso di Bergamo del 1980, prima dei lavori parlamentari che condussero alla legge istitutiva della IV sezione, l'intento del legislatore era quello di «non ritogliere nulla all'autorità giudiziaria ordinaria delle attribuzioni che le abbiamo conferito con la legge la quale abolì i nostri Tribunali amministrativi». Il disegno – riassunto nella nota formula di "giustizia nell'amministrazione" – era quello di definire per la quarta sezione un ambito di competenza decisoria che "nulla togliesse" al giudice – allora il solo il giudice ordinario – e che dunque avesse competenza a conoscere e decidere degli "affari" in cui non vi fosse questione di diritti civili e politici, di cui all'art. 3 della legge del 1865.

Si doveva dunque andare alla ricerca (invenire appunto) della situazione soggettiva, diversa dal diritto soggettivo, ma che potesse trovare una differente forma di protezione nell'ordinamento, alla cui titolarità si potesse legare la legittimazione all'esercizio dell'azione di annullamento dell'atto amministrativo di essa lesivo. E ciò poté avvenire proprio attraverso la creazione *ex novo* della situazione soggettiva che veniva protetta in quanto dava legittimazione all'esercizio dell'azione di annullamento dell'atto amministrativo ritenuto di essa lesivo. Inoltre l'elaborazione – per l'epoca arditissima (oggi legittimata dall'art. 97 della Costituzione) – di "potere funzionale" aprì

la via al sindacato per eccesso di potere e all'elaborazione delle varie figure sintomatiche dello sviamento dell'atto dalla sua causa tipica. L'iniziale collateralità dell'organo rispetto alla pubblica amministrazione è stata necessaria e storicamente strumentale per superare la diffidenza dell'amministrazione verso la funzione stessa del "Giudice" in quanto tale. È del 1931 un saggio di Vittorio Scialoja – *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale* – in cui, pure dandosi atto che il riconoscimento legislativo si ebbe soltanto nel 1907, si sottolinea come l'approdo giurisdizionale avvenne «per forza propria dell'organo», per la sua capacità di forgiare concetti destinati poi a diventare categorie paradigmatiche. Si può estendere all'esperienza del Consiglio di Stato italiano quella valutazione che Jean Rivero esprime con riferimento al *Conseil d'État* francese, e cioè che esso acquistò la «*plénitude juridictionnelle*» mediante la propria raffinata elaborazione concettuale, capace di imporsi alla stessa "scienza giuridica", secondo la nota espressione per cui "*la doctrine s'est mise à l'école du juge*".

Palazzo Spada non fu da meno del Palais Royal, anche se ha seguito un proprio originale percorso.

4. Va riconosciuto che l'interesse legittimo non può oggi essere identificato in un diritto soggettivo "depotenziato"; né essere riconosciuto soltanto quale interesse occasionalmente protetto; o come esistente, *in rerum natura*, in uno spazio intermedio tra il diritto soggettivo – quale interesse dotato dall'ordinamento giuridico della propria armatura di protezione – e l'interesse semplice (il gheriglio privo di guscio secondo la metafora di Thon). Certo una risalente e autorevole corrente dottrinale sia di processualisti, sia di amministrativisti, lo riconosce solo come «mero fatto di legittimazione al processo» (Giannini); ovvero come puro potere di azione (Chiovenda). E, come ha rilevato Scoca, la teoria processualistica equivale a negazione dell'interesse legittimo come situazione soggettiva. Neppure forse è del tutto esatto affermare che la civilistica, all'epoca, fosse totalmente priva delle risorse scientifiche idonee a inquadrare siffatta figura. La nozione di interesse legittimo è per sua natura nozione di carattere generale; essa non può assumere rilievo e venire ad esistenza se non di fronte a un "potere" – sia esso pubblico o potere privato – e a un atto di suo esercizio. Al diritto civile era ben nota l'esistenza, accanto alla coppia diritto-obbligo, della coppia potere-soggezione. Ebbene, in via di prima approssimazione e con particolare riferimento agli interessi legittimi che oggi chiamiamo di tipo oppositivo (ma in realtà anche per quelli di tipo pretensivo, in cui l'interesse strumentale, separato da quello finale, esaurisce la tutela con l'annullamento dell'atto), può dirsi che



la genialità (il «grande, geniale inganno» secondo l'epigrammatica valutazione di Berti) dei padri fondatori delle categorie del diritto amministrativo è stata quella di cogliere una situazione che la volgata civilistica definiva come situazione soggettiva "passiva" – immagine speculare del potere amministrativo – per individuarne caratteri in cui essa si pone come situazione "attiva" per il soggetto interessato al corretto esercizio di quel potere. Nella giurisdizione amministrativa l'intervento del giudice presuppone la previa mediazione dell'atto amministrativo, in cui è presente una valutazione dell'interesse generale. Ma ciò non vale a dare fondamento all'osservazione per cui l'interesse legittimo è una situazione soggettiva che non preesiste all'esercizio di un potere (osservazione in parte ripresa da Cannada-Bartoli, per cui non si riesce a spiegare la giuridicità della lesione di un interesse che viene tutelato solo dopo il suo sacrificio). Vale l'obiezione di Scoca per cui, se l'atto sfavorevole e illegittimo lede l'interesse legittimo, questa è una situazione soggettiva che è violata dal provvedimento e non nasce da esso. Certo, tuttavia, questa notazione non cancella la problematica se, nel processo amministrativo, valga il principio di atipicità dell'azione e del carattere strumentale del processo rispetto al diritto sostanziale (principio frutto di una fondamentale elaborazione concettuale sulla linea di Klein, Chiovenda, Andrioli e altri eminenti processualisti e che l'art. 24, primo comma della Costituzione ha recepito); o se la posizione sopra scrutinata rappresenti un antistorico ritorno alla situazione presente nel diritto romano classico (e anche presso i Maestri orientali), in cui la tutela giurisdizionale era affidata a un sistema di "azioni tipiche". La posizione soggettiva del "diritto" non era un *prius*, ma un *posterius* rispetto alla creazione del rimedio; la *cognitio extra ordinem* garantiva la creazione giudiziale di azioni adeguate alle esigenze di tutela: con un po' di approssimazione si può dire, in tal caso, che davvero il diritto sostanziale consegue alla creazione del rimedio in sede processuale. D'altra parte, con molto ritardo, la civilistica – è del 1967 il volume di Lina Bigliazzi-Geri dedicato alla figura dell'interesse legittimo nel diritto privato – ha recepito tale figura. Ci si può anche interrogare se siano state reperite altrettanto efficaci forme di controllo sugli atti di esercizio del "potere privato". Una più radicale visione contrastava in linea di principio la sindacabilità stessa ad opera del giudice dei poteri privati. Si può oggi convenire che si tratta di una linea di pensiero "regressiva" anche alla luce del principio costituzionale di solidarietà sociale e dei limiti che l'art. 41 pone alla libertà di iniziativa economica. La via della contaminazione del concetto, riportata nel diritto privato, passa proprio attraverso la problematica cd. dell'abuso del diritto, come limite

alla portata del brocardo, per cui "*qui suo iure utitur neminem laedit*" (problematica riproposta da Francesco Galgano, che si interroga argutamente se può valere la massima con la protasi "*qui suo iure abutitur*"). La rilevanza del concetto di abuso del diritto non è quindi limitata all'ipotesi normativamente descritta del divieto di atti emulativi. Il suo fondamento è per lo più ravvisato con qualche incertezza, ma non necessariamente in via alternativa o mediante la riconduzione dell'abuso allo schema del vizio causale, per la discrepanza tra la causa tipica e l'intento empirico; ovvero nella violazione del canone di buona fede che permea l'intero arco del rapporto obbligatorio.

Le situazioni giuridiche non hanno o non hanno necessariamente un fondamento ontologico ma o derivano dal diritto positivo, da cui vengono estratte, o, quando hanno origine da una creazione intellettuale del ceto dei giuristi, assolvono una funzione storicamente determinata e restano ad essa legate. Ma anche esaurita la loro funzione storica, può restare l'utilità del concetto in quanto tale.

L'uso della "categoria" da parte del Costituente non entifica la figura, né la confina necessariamente entro l'area del diritto pubblico. Esso è valso a semplificare il messaggio normativo scontando quello che si presentava come l'espressione di un vocabolario condiviso e utilizzato a un fine specifico, storicamente realizzato, e da quel momento garantito costituzionalmente: la certezza della sua tutela giurisdizionale. Ma ciò non esclude che l'analisi teorica porti – come ha ben spiegato Lipari, con riferimento a consolidate categorie civilistiche – a una messa a punto delle categorie alle quali quel lessico si è riferito. Come è stato detto da Andrea Federico, la dicotomia, lungi dal fondarsi su una ontologica distinzione tra situazioni soggettive, ha costituito lo strumento argomentativo per giustificare la sottrazione al giudice ordinario della valutazione sull'esercizio del potere dell'amministrazione. Da un lato la nostra Costituzione, agli artt. 24, 103 e 113, assicura la tutela giurisdizionale all'interesse legittimo come al diritto soggettivo; dall'altro, però, l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo garantisce il diritto di accesso alla giurisdizione, fuori dalla materia penale, soltanto nelle «controversie relative a diritti e ad obbligazioni di carattere civile»; e in questa formulazione diritti e interessi legittimi, pur distinti sul piano concettuale, devono poter essere fra loro equiparati.

Sembra potersi concludere, condividendo quantomeno il dubbio sulla perdurante utilità (al di fuori della rilevanza residuale in funzione dell'arbitrabilità di controversie rimesse alla giurisdizione esclusiva che vertano su diritti soggettivi) della distinzione ai fini del riparto tra giurisdizioni, dubbio così espresso da Giovanni Verde: «l'evoluzione successiva all'en-



trata in vigore della Costituzione e la necessità di rendere il nostro ordinamento omogeneo rispetto a quello degli Stati dell'Unione europea», che non hanno contezza di tale figura, «hanno lentamente condotto all'esaurimento della funzione storica assolta dall'interesse legittimo, che era legata alla possibilità di provocare l'annullamento giudiziale dell'atto illegittimo; e non ad altro»<sup>5</sup>. Resta soltanto il “concetto giuridico” di interesse legittimo, il *nudum nomen* nella sua essenza logica; ma generalizzabile, quando ne ricorra l'utilità, anche fuori dal diritto pubblico in cui è sorto e in cui pare avere assolto definitivamente la propria funzione.

5. I modelli di giurisdizione che oggi coesistono e che resistono vittoriosamente alle spinte, che pure sono emerse, verso l'unità della giurisdizione e ottengono spazi crescenti per la stessa giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (nonostante l'esigenza di fondo che il giudice deve assolvere non sia più quella, dalle pur nobilissime ascendenze spaventiane, di dare garanzie all'amministrazione rispetto al “potere giudiziario”, ma quella di assicurare alle situazioni giuridiche dei *cives* una piena tutela giurisdizionale anche nei confronti della p.a.) sono sostanzialmente due e rispondono a esigenze ben differenziate. Come ci ha spiegato Montedoro, da un lato sta il modello cd. separatista – nel quale lo statuto di indipendenza è riconosciuto e regolato nei suoi tratti essenziali a livello di norme dettate dalla Costituzione per i giudici ordinari. Il suo fondamento risiede forse nella convinzione che la “soggezione del giudice alla legge” e l'esclusività di tale soggezione valga ad assicurare il tramite di legittimazione democratica intercorrente fra il giudice e la legge che costituisce la massima espressione della sovranità. Di qui l'impianto calamandreiano del titolo IV dedicato a «La magistratura». La caratteristica di questo impianto si manifesta soprattutto con l'art. 102 («La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario») e in quello che allora era il secondo comma dell'art. 111 e oggi è il settimo più volte sopra ricordato volto a individuare nella Corte di cassazione l'organo chiamato ad assicurare il bene fondamentale dell'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge. Dall'altro, sta il modello cd. “osmotico” proprio del giudice amministrativo. Osmotico perché in stretto rapporto di osmosi – in virtù sia dell'origine storica sia delle funzioni di generale «organo di consulenza giuridico-amministrativo» che l'art. 100 della Costituzione attribuisce al

Consiglio di Stato – con la realtà fenomenologica su cui il giudice amministrativo è chiamato a giudicare. Si può convenire che un avvicinamento è in atto, che il giudice civile, non solo per la rivolta “*des faits contre le code*”, ma per la crescente valenza delle clausole generali (che secondo Irti «irridono la logica della fattispecie») e la prevalenza, a livello di gerarchia delle fonti, dei “principi” traibili dalla Costituzione e da testi sovranazionali (principi che, secondo la lucida valutazione di Irti, sono «pure essenze assiologiche che si slegano da vincoli ricognitivi e sillogistici»<sup>6</sup>, ma che costituiscono “leggi della ragione”, condizione di validità di quelle “leggi della volontà” espresse con le leggi ordinarie) ha cessato da tempo di essere quello che Paolo Grossi chiama l'evirato esegeta consegnato dal giacobinismo giuridico.

Così come i giudici amministrativi, con l'ampliarsi relevantissimo degli spazi di giurisdizione esclusiva, sono stati ammessi, a loro volta, a confrontarsi con il rigore “matematizzante” del codice civile, ma anche a far uso delle ricchissime risorse scientifiche consegnateci dalla tradizione dottrinale civilistica. Ciò che ha consentito agli uni e agli altri, all'interno di procedimenti esegetici e sistematici “definiti” e in qualche modo “controllabili” di produrre un costante adeguamento di gran parte della giurisprudenza civile e amministrativa a situazioni nuove e in continua evoluzione, all'insegna, negli esiti interpretativi più riusciti, del suggerimento che negli anni quaranta impartiva Guido Calogero, secondo cui sia l'intelligenza a creare la logica non viceversa; anche se il controllo di logicità e di coerenza con i testi normativi complessivamente considerati all'insegna del brocardo *nisi tota lege perspecta* rimane un momento irrinunciabile per esorcizzare quello che Aurelio Gentili indica come il pericolo di libertinismo interpretativo.

Si può anche ben convenire che, ai fini della prefigurazione delle soluzioni per il prossimo futuro, l'alternativa non vada più ricercata all'interno del pur alto dibattito tenutosi all'Assemblea costituente fra i sostenitori dell'unità della giurisdizione (in testa Calamandrei) e i fautori del pluralismo giurisdizionale (fra cui, tra i più eminenti, Costantino Mortati), ma fra modelli in grado di garantire tutele efficienti e non disfunzionali all'esplicarsi della funzione nomofilattica come la garanzia di uguaglianza di tutti di fronte alla legge. Il quesito è: fino a che punto può la specialità prevalere sul principio di eguaglianza?

Con queste precisazioni esistevano e rimangono forti le ragioni per l'esistenza di un giudice speciale

5. G. Verde, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2013, p. 367.

6. N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 10.

per il sindacato sull'esercizio del potere amministrativo. La ragione che ben giustifica il permanere del pluralismo delle giurisdizioni, con riferimento al giudice speciale amministrativo, concerne la salvaguardia – che va riconosciuta – dell'autonomia della pubblica amministrazione e del potere esecutivo, pur entro un quadro di legalità e di tutela delle posizioni soggettive implicate da atti della p.a. E il giudice amministrativo, ben radicato nella storia delle istituzioni, organizzato secondo un modello “osmotico”, trova proprio oggi, tramontata del tutto l'idea della giurisdizione di privilegio e del mero collateralismo, nel suo rapporto di “osmosi”, anche al più alto livello, con le istituzioni rappresentative, e nella diretta conoscenza dei meccanismi di esercizio del potere e dunque in una alta specializzazione tecnica, la giustificazione della sua ragion d'essere come “giudice speciale” ma direttamente riconosciuto come tale dal testo costituzionale.

Tutto ciò, ovviamente, nell'auspicio che sia comune alle due giurisdizioni l'interpretazione *in bonam partem* dell'ambiguo aforisma di Biagio Pascal, per cui «la giustizia deve essere congiunta al potere così che ciò che è giusto possa anche aver potere e ciò che ha potere possa anche essere giusto».

I lavori che si sono svolti sotto l'egida di “Italiadecide”, e ai quali ho personalmente partecipato, hanno visto confrontarsi su queste tematiche magistrati appartenenti alle diverse giurisdizioni. Ed è apparsa comune al sentire di ciascuno dei tre plessi giurisdizionali la difficile tollerabilità che, alla diversità di giurisdizione, possano corrispondere stabili giurisprudenze diverse fra loro quando siano in questione norme di diritto sostanziale identiche. È verificabile come il problema, *de iure condito*, oggi non trovi soluzione nel ricorso *ad superiorem*, avendo già la Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004 chiuso ogni spazio all'opzione interpretativa che vede possi-

bile il ricorso straordinario per cassazione in forza del settimo comma dell'art. 111, affermando che: «è sufficiente osservare che è la stessa Carta costituzionale a prevedere che siano sottratte al vaglio di legittimità della Cassazione le pronunce che investono i diritti soggettivi nei confronti dei quali, ma nel rispetto della particolarità della materia il legislatore ordinario prevede la giurisdizione esclusiva». Dunque la via più feconda (forse la sola) passa attraverso un processo di ricomposizione della cultura giuridica complessiva mediante l'organizzazione anche informale di momenti stabili di confronto. Occorre quindi stabilizzare e, se possibile, aumentare i già presenti raccordi organizzativi e dialogici solo troppo parzialmente sperimentati. Quanto alla possibilità che, attraverso riforme legislative – che a mio parere sarebbe “avventuroso” se avvenissero a livello di legislazione ordinaria – volte a regolare forme di partecipazione alle sezioni unite della Cassazione di magistrati provenienti dalle altre due giurisdizioni su temi comuni, reputo che può essere davvero scelta opportuna quella di implementare la valenza coerenziatrice del principale organo di nomofilachia col contributo di saperi propri dei membri di ciascuna giurisdizione; e sarebbe altresì opportuno, una volta abbandonate da ogni parte vocazioni lideristiche, proporsi forme di parziale eterointegrazione reciproca e regolata dalla legge per la decisione su questioni di alto e comune interesse nomofilattico. Non solo il confronto e la reciproca assimilazione dei saperi sarebbero in sé cosa preziosa; ma quel tanto di “competitività” che pur appare esistere fra i componenti dei tre plessi (ma le occasioni di pronunciare su questioni comuni sono molto più rare con riferimento al rapporto tra giudice ordinario e giudice contabile) verrebbe in tal modo indirizzata al fine più proficuo: quello di massimizzare l'apporto culturale di ciascuna componente.

## Il ragno e la tela: note a margine di uno scritto di Scoditti e Montedoro sulla pluralità delle giurisdizioni

di Renato Rordorf

Prendendo spunto da un recente scritto di Enrico Scoditti e Giancarlo Montedoro sulla pluralità delle giurisdizioni, immaginate come una tela senza ragno al centro, si mettono in luce le ragioni che, in un modello ideale, militerebbero invece a favore dell'unità delle giurisdizioni. Non sembrando tuttavia probabile un tale mutamento dell'assetto costituzionale, almeno nel breve periodo, si ragiona del modo in cui si potrebbe comunque favorire il consolidarsi di una comune cultura della giurisdizione; si esamina, in particolare, la proposta di consentire, in determinate circostanze, la partecipazione di magistrati amministrativi al collegio delle sezioni unite della Corte di cassazione per evitare il formarsi di nomofilachie parallele e cercare, in un certo senso, di rimettere il ragno al centro della tela, nell'auspicio che frattanto non si accenda una novella "guerra delle corti".

**1.** Il recente scritto di Enrico Scoditti e Giancarlo Montedoro, apparso l'11 dicembre 2020 su *Questione giustizia online* col titolo «*Il giudice amministrativo come risorsa*», e ripubblicato in questo fascicolo, suscita non poche riflessioni e meriterebbe certo un'analisi ben più approfondita di quella che qui mi accingo a compiere. Mi limiterò, tuttavia, solo ad alcune brevi osservazioni.

L'articolo citato, dopo un *excursus* storico sulla nascita e sul successivo sviluppo della giurisdizione amministrativa nell'ordinamento italiano postunitario, davvero pregevole per chiarezza e sinteticità, si schiera senz'altro in favore del pluralismo delle giurisdizioni scorgendovi il portato del costituzionalismo moderno in un più generale contesto orientato a una visione policentrica del potere, «*raffigurabile come una tela senza ragno al centro*». Ciò non impedisce agli Autori di riconoscere che l'espandersi delle figure di giurisdizione esclusiva, col conseguente sempre più frequente intervento del giudice amministrativo in un campo, quello dei diritti soggettivi, originariamente riservato al giudice ordinario, costituisca un nodo problematico il cui scioglimento potrebbe richiedere «*nuove ermeneutiche costituzionali*». Quanto poi

alla questione della nomofilachia, Scoditti e Montedoro prospettano la necessità di una «*osmosi bidirezionale*» tra la funzione della Corte di cassazione e quella del Consiglio di Stato, tale per cui «*non deve essere solo il vertice della giustizia amministrativa ad adeguarsi alla giurisprudenza ordinaria sui diritti soggettivi, ma anche la Corte di Piazza Cavour deve essere recettiva della giurisprudenza amministrativa sul potere e il suo esercizio*». E auspicano un novello «*“concordato giurisprudenziale”*» (elaborato però non dai vertici, bensì dalla base delle rispettive magistrature), che dovrebbe condurre, tra le altre cose, a una partecipazione minoritaria di consiglieri di Stato alle sezioni unite della Corte di cassazione quando si discuta di riparto di giurisdizione, oltre che nei limitati casi in cui si ritenga ammissibile il ricorso straordinario per cassazione avverso le sentenze del giudice amministrativo. Tutto ciò non senza interventi che valgano a rafforzare i requisiti d'indipendenza e autonomia del giudice amministrativo, sostanzialmente accostando maggiormente le relative regole disciplinari e di autogoverno a quelle previste per il giudice ordinario e favorendo una comune cultura della giurisdizione per tutte le magistrature.

2. Si tratta, con ogni evidenza, di proposte importanti già per il solo fatto di esprimere un punto di vista comune a due autorevoli esponenti di giurisdizioni diverse, ordinaria e amministrativa, e per l'intento che le muove: trovare soluzioni soddisfacenti in un contesto tuttora caratterizzato da fin troppe incertezze e da contrasti che certo non aiutano a rendere un buon servizio agli utenti della giustizia. Proposte alle quali, però, mi pare si possa guardare in due prospettive diverse: l'una di tipo, per così dire, ideale, e l'altra pragmatica.

Confesso subito che continua a non convincermi del tutto l'idea secondo la quale la pluralità delle giurisdizioni, quale che ne sia l'origine storica, costituirebbe oggi una risorsa, perché capace di assicurare un più alto livello di tutela dei diritti e degli interessi che l'ordinamento giudica meritevoli di protezione. Può darsi che la mia sia una posizione "passatista" (come quella che il saggio in commento sembra voler rimproverare alla scuola fiorentina). È certo suggestivo il richiamo alla concezione pluralistica del potere, cui si ispira la nostra Costituzione, e capisco bene che, in termini generali, la si possa preferire all'opposta impostazione che sottintende un potere accentrato e forse, per ciò stesso, in qualche misura più autoritario, meno controllabile e, in definitiva, meno democratico. Ma occorre tener conto che qui stiamo parlando di un potere diffuso, quale è quello giudiziario, che per sua stessa intrinseca caratteristica si presenta dunque come pluralistico. Non mi pare vi sia, in questo caso, il rischio di un eccessivo accentramento di tipo autoritario ma semmai, al contrario, il problema di una scarsa coerenza degli orientamenti giurisprudenziali, che riduce la prevedibilità delle decisioni, mina la certezza del diritto, incoraggia di conseguenza la litigiosità ed ha perciò anche come ultimo (ma non secondario) effetto quello di prolungare la durata dei processi. In questo quadro, complicato dal pluralismo delle fonti, dalla necessità del continuo confronto con organi giurisdizionali sovranazionali e dall'oggettiva difficoltà della legislazione di adeguarsi tempestivamente alla rapida evoluzione tecnologica e dei costumi, con l'inevitabile conseguente ampliamento dei campi nei quali il giudice è chiamato a intervenire, mi sembra vieppiù importante, da un lato, evitare che la pluralità dei plessi giurisdizionali crei maggiore incertezza anche quanto all'individuazione del giudice al quale il cittadino possa di volta in volta rivolgersi per la tutela dei propri diritti e legittimi interessi, e dall'altro lato sforzarsi di assicurare alla giurisprudenza il massimo possibile di coerenza sistematica per bilanciare la crescente caoticità dei dati normativi.

L'abnorme ampliamento dei casi di giurisdizione esclusiva e, quindi, dell'attribuzione al giudice amministrativo anche della giurisdizione sui diritti, non è casuale e sarebbe riduttivo (oltre che ingene-

roso) volerlo ascrivere all'intento del legislatore di assecondare il desiderio degli stessi giudici amministrativi di estendere la propria sfera d'influenza. V'è, al fondo, la constatazione di un progressivo ma radicale mutamento del modo di operare della pubblica amministrazione, sempre più di frequente orientata all'uso di strumenti privatistici, pur quando si tratti di perseguire finalità tipicamente pubblicistiche, in una logica che tende naturalmente man mano ad allontanarsi dalla tradizionale concezione della stessa pubblica amministrazione come autorità esercitante un potere sovraordinato; mentre, dall'altro versante, il diritto dei privati sempre meno risponde a un modello astratto di pariteticità dei soggetti e tende a regolare situazioni e tipologie di interessi quanto mai variegati adeguando ad esse i propri strumenti.

Mi si perdonerà la brevità di questi accenni, che ovviamente richiederebbero ben altro approfondimento, ma vi indulgo qui unicamente per sottolineare quanto la stessa linea di demarcazione tra diritto pubblico e diritto privato, che sottostà alla ripartizione dei compiti giurisdizionali tra giudice ordinario e giudice amministrativo e che peraltro è da sempre mobile, nell'ultimo mezzo secolo o giù di lì sia andata molto appannandosi. Il che ha determinato, inevitabilmente, sia una minore facilità di distinguere la nozione di diritto soggettivo da quella di interesse legittimo, sia il più frequente e meno facilmente districabile intreccio nella realtà tra l'una e l'altra di tali situazioni, con due negative conseguenze. La prima sul terreno giurisprudenziale, ove si sono moltiplicate le incertezze in ordine al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo (oltre che tra giudice ordinario e giudice contabile) moltiplicando i ricorsi per motivi di giurisdizione e i regolamenti di giurisdizione, che ad oggi costituiscono all'incirca i due terzi del carico di lavoro delle sezioni unite della Corte di cassazione, a testimonianza di quanta attività ed energia processuale e di quanti costi sovente occorrono, prima ancora che per dirimere torti e ragioni dei litiganti, già solo per stabilire quale sia il giudice cui tocca farlo. La seconda conseguenza negativa si manifesta sul piano della legislazione ed è costituita appunto dal proliferare delle ipotesi di giurisdizione esclusiva cui già s'è fatto cenno: che dipende a propria volta dalla crescente difficoltà di separare nettamente i diritti dagli interessi legittimi all'interno di situazioni giuridiche complesse, onde il legislatore si sforza il più possibile di eludere simili nodi problematici affidando senz'altro l'intera tutela al giudice amministrativo, anche per evitare dispendiose e inopportune frammentazioni dei giudizi. Non senza, però, ulteriori inconvenienti: giacché è quanto meno dubbio che una simile, così massiccia, attribuzione al giudice amministrativo del compito di decidere sui diritti sia conforme al dettato

costituzionale, che concepisce la giurisdizione esclusiva in termini di eccezionalità (e infatti, com'è noto, la Corte costituzionale è dovuta intervenire al riguardo); e la stessa definizione dei casi nei quali sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e dei relativi limiti quando non sia evidente una qualche forma di esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione ha generato e genera non poche incertezze, contribuendo significativamente a quel proliferare di questioni di giurisdizione cui già prima s'è fatto cenno (e altre se ne annunciano: si pensi al tema della cd. occupazione usurpativa, che lo stesso scritto di Scoditti e Montedoro segnala come nuovo terreno di contrasto tra la giurisprudenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e delle sezioni unite della Corte di cassazione).

Ma non è solo questione di difficoltà nell'operare il riparto di giurisdizione.

Sono convinto anche io che, nell'attuale ordinamento, la funzione nomofilattica sia svolta dal giudice amministrativo non meno che da quello ordinario, e che, quindi, a livello di vertice, essa competa pure al Consiglio di Stato (e alla Corte dei conti, per quanto di sua spettanza). Ma il punto è proprio questo. Si è già visto come ormai l'appannamento della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e tra diritti soggettivi e interessi legittimi, accompagnato dall'espandersi dei casi di giurisdizione esclusiva previsti dal legislatore, faccia sì che i giudici ordinari e quelli amministrativi siano chiamati ad occuparsi dello stesso tipo di questioni (basti pensare ai temi del risarcimento del danno o della violazione delle disposizioni *antitrust*, ma non solo a quelli). Se allora si ritiene necessario assegnare a un organo giurisdizionale di vertice il compito di uniformare la giurisprudenza – sia pure solo tendenzialmente e con il corollario di una serie di disposizioni processuali tese a evitare l'ingessamento della giurisprudenza e a consentirne la necessaria evoluzione – e di fornire una guida all'operare dei giudici di merito, è davvero razionale costruire due o più sistemi paralleli in cima ai quali porre vertici distinti, che per ciò stesso potrebbero fornire indicazioni giurisprudenziali difformi, quando si tratta di enucleare e applicare i medesimi principi giuridici? La nomofilachia – se ci si crede – ha la funzione di ovviare ai maggiori inconvenienti che il già ricordato carattere diffuso del potere giurisdizionale può determinare quanto a certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni. Perciò una nomofilachia duale (o comunque plurale) già sul piano logico mi sembra una contraddizione in termini: perché può dar vita, sulle medesime questioni, a orientamenti contrastanti senza che vi sia un organo in grado di riportarli a sintesi. E invece, per le ragioni che ho già prima provato a sintetizzare, credo che oggi ci sia ancor più bisogno di

assicurare il maggior grado possibile di coerenza agli interventi giurisprudenziali.

Una «*tela senza ragno al centro*», per riprendere l'efficace immagine di Scoditti e Montedoro, rischia di rompersi, o di deformarsi al punto da lasciare del tutto disorientati coloro che vi incappino, finendo per somigliare piuttosto a un labirinto. Preferirei poter rimettere il ragno al centro della tela: il che, ovviamente, non significa negare o disperdere la preziosa eredità della giurisprudenza amministrativa, né tanto meno disconoscere la necessità di una giurisdizione specializzata in questa materia, come in molte altre ne esistono, ma consentire che i diversi apporti giurisprudenziali confluiscono in un unico alveo e facciano capo a un unico organo di vertice della nomofilachia al quale partecipino magistrati di diversa specializzazione.

Aggiungo che non me la sentirei, francamente, di fare oggi previsioni su un eventuale diverso assetto del modo di essere e di operare dei pubblici poteri, quando l'attuale pandemia sarà passata, né quindi sui riflessi che ne potrebbero derivare quanto al tipo di controllo giurisdizionale occorrente per garantire la legalità di una pubblica amministrazione che si immagina possa riconquistare il centro della scena. Sarei però sorpreso se d'improvviso cessasse l'abituale tendenza di pezzi delle nostre istituzioni (ma forse non è un problema solo italiano) a rivaleggiare tra loro, ciascuna gelosa delle proprie competenze ma desiderosa di appropriarsi in parte di quelle dell'altra. È un fenomeno che vediamo accadere nei rapporti tra governo centrale, regioni e altri enti locali; un fenomeno che alimenta la concorrenza tra polizia di Stato e carabinieri; che si è puntualmente riprodotto da quando sono entrate in scena nel nostro ordinamento le autorità amministrative indipendenti (le quali tutte ambiscono a svolgere funzioni quasi giurisdizionali ma, come nel caso di Consob e Banca d'Italia, contendono anche tra loro per definire le rispettive sfere di competenza); ed è quel che rischia di riprodursi, *mutatis mutandis*, anche a proposito del riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e speciali. Con ben poca soddisfazione, temo, per gli utenti dei servizi interessati. Anche di questo mi pare varrebbe la pena di tener conto quando si discute di pluralismo o di unità delle giurisdizioni.

**3.** Ho cercato di spiegare per quali ragioni un modello di giurisdizione unitario mi pare preferibile al pluralismo delle giurisdizioni. Ma si tratta di un auspicio da collocare in una prospettiva di lungo periodo, giacché la sua realizzazione richiederebbe una modifica costituzionale che, nell'immediato, considero quanto meno assai improbabile per le forti opposizioni che incontrerebbe.

E allora, ponendosi pragmaticamente in un'ottica nella quale, nonostante tutto, si voglia continuare a



dare per scontato l'attuale assetto plurale delle giurisdizioni, trovo assai opportuno elaborare delle strategie (che, dal mio punto di vista, definirei di riduzione del danno) volte a meglio definire i rispettivi compiti e a favorire una più armonica coesistenza delle diverse giurisdizioni.

Sotto questo aspetto lo scritto di Scoditti e Montedoro offre spunti di grande interesse, in almeno una parte dei quali mi sembra di avvertire l'eco di alcune proposte a suo tempo avanzate nel *Memorandum* sottoscritto il 15 maggio del 2017 dai vertici delle Corti superiori alla presenza del Capo dello Stato, che molte polemiche peraltro suscitò sia nel mondo accademico sia in quello giudiziario (soprattutto, a quel che mi consta, tra i magistrati della Corte di cassazione). Mi riferisco, in particolare, alle indicazioni concernenti il rafforzamento degli strumenti volti a favorire una cultura della giurisdizione comune per i magistrati operanti nei diversi plessi ed a quelle riguardanti l'ordinamento e il regime disciplinare della magistratura amministrativa (ma il discorso potrebbe estendersi anche alla magistratura contabile); regime che assai ragionevolmente potrebbe esser reso più simile a quello della magistratura ordinaria. Tutto quanto serve a favorire il dialogo tra magistrati ordinari ed amministrativi e a renderne più omogeneo lo *status* giuridico e la condizione d'indipendenza da altri poteri è utile, perché può costituire un efficace antidoto al diffuso e pernicioso virus della contrapposizione tra corporazioni e pezzi dello Stato cui prima ho fatto cenno.

Ma vorrei soprattutto soffermarmi sulla proposta di inserire, in alcuni casi, una quota di magistrati amministrativi (con esclusione di quelli di nomina governativa) nel collegio delle sezioni unite della Corte di cassazione. Non ci trovo nulla di scandaloso, e anzi mi sembra che questo potrebbe costituire una tappa ulteriore del reciproco avvicinamento dei diversi plessi giurisdizionali, idonea almeno in parte a controbilanciarne la tradizionale separatezza. Ho qualche perplessità, però, sul fatto che tale obiettivo sia conseguibile con legge ordinaria. Non sono sicuro che un travaso di magistrati da una giurisdizione all'altra si concili con la netta distinzione tra giudici ordinari e giudici speciali, così come è tracciata nell'attuale impianto costituzionale, né con l'espressa limitazione ai soli giudici ordinari delle norme sull'ordinamento giudiziario (art. 102, comma 1, Cost.) e con la previsione del terzo comma dell'art. 106 Cost., che consente l'immissione nella Corte di cassazione di professori universitari e avvocati con meriti insigni, ma lo fa in via chiaramente eccezionale, per ciò stesso inducendo a pensare che è esclusa ogni altra tipologia di innesto.

Il punto più delicato è però un altro e riguarda il tipo di questioni per le quali si richiederebbe l'integrazione del collegio delle sezioni unite della Cassa-

zione con magistrati provenienti dal Consiglio di Stato. Scoditti e Montedoro suggeriscono che dovrebbe trattarsi delle questioni di riparto di giurisdizione e di quelle in cui si ritenga ammissibile il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato. A me parrebbe che, per realizzare quella «osmosi di nomofilachie» auspicata dagli stessi Scoditti e Montedoro, e della quale v'è particolarmente bisogno per le ragioni che ho prima cercato di chiarire, una composizione delle sezioni unite della Corte di cassazione allargata alla partecipazione di giudici provenienti da plessi giurisdizionali diversi risulterebbe utile soprattutto nella trattazione delle principali questioni nelle quali la già accennata sovrapposizione di competenze giurisdizionali fa emergere la necessità di attenersi a principi di diritto omogenei. Penso ai diritti fondamentali, che non possono ormai più considerarsi estranei alla giurisdizione amministrativa ma che mal tollerano un trattamento differenziato a seconda che a occuparsene siano giudici ordinari o giudici speciali; ma penso anche ad altre questioni, quali quelle che, ad esempio, si possono porre in tema di valutazione di comportamento delle parti nella fase delle trattative precedenti l'instaurazione di rapporti contrattuali, di responsabilità civile e così via. Almeno con riguardo a tali questioni, che potrebbero di volta in volta essere concordemente individuate dai presidenti della Cassazione e del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti, quando entri in gioco la sua giurisdizione), verrebbero così a realizzarsi orientamenti giurisprudenziali comuni dai quali i singoli collegi giudicanti dei diversi plessi giurisdizionali non dovrebbero potersi discostare se non prima di aver motivatamente sollecitato un eventuale mutamento di indirizzo, come già oggi avviene nei rapporti tra singole sezioni e sezioni unite della Corte di cassazione o adunanza plenaria del Consiglio di Stato o sezioni riunite della Corte dei conti. Questo consentirebbe di realizzare, almeno tendenzialmente, quel tanto di unità funzionale che il pluralismo istituzionale delle giurisdizioni consente.

Non so quanto giovi inasprire i contrasti e chiamare la Corte di giustizia europea a fare da arbitro della partita, come recentemente è avvenuto, col rischio di alimentare l'ennesima «guerra delle corti» (mi riferisco, ovviamente, alla ben nota ordinanza n. 19598 del 2020 con cui le sezioni unite della Cassazione si sono rivolte ai giudici di Lussemburgo chiedendo loro sostanzialmente di definire in modo diverso da come fatto dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 6 del 2018, i confini entro i quali è consentito ricorrere per cassazione avverso i provvedimenti del Consiglio di Stato).

Sforziamoci, piuttosto, di dar vita a una novella Aracne, che provi ancora una volta a tessere una tela ordinata e a riparare quella fatta a pezzi dalla furia di Atena.

# Pluralismo giurisdizionale e situazioni soggettive sostanziali

di Margherita Ramajoli

Nel problematico articolarsi del pluralismo giurisdizionale, di fronte alla natura e alla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive da tutelare, assistiamo alla perdita della correlazione tra il bisogno di tutela sostanziale e gli strumenti di garanzia giurisdizionale. L'equilibrio del sistema dualistico è messo in crisi, da un lato, dal superamento del carattere eccezionale della giurisdizione esclusiva; dall'altro, dalla progressiva estensione operata dalla Cassazione dei confini del difetto di giurisdizione. Per offrire risposte certe, coerenti e prevedibili a tutti coloro che domandano giustizia e, al tempo stesso, per non perdere la ricchezza insita nel pluralismo giurisdizionale occorre che i criteri per selezionare e discriminare gli interessi meritevoli di tutela siano il più possibile condivisi tra le diverse giurisdizioni.

**1. Pluralismo istituzionale, pluralismo normativo e pluralismo giurisdizionale / 2. Il giudice amministrativo e gli equilibri incerti nel riparto della giurisdizione / 3. Il giudice amministrativo e gli equilibri incerti nei confini della giurisdizione / 4. Pluralismo istituzionale, pluralismo normativo e pluralismo giurisdizionale e situazioni giuridiche soggettive nei confronti dell'amministrazione**

## 1. Pluralismo istituzionale, pluralismo normativo e pluralismo giurisdizionale

Lo scritto di Montedoro e Scoditti<sup>1</sup> sollecita una riflessione su alcune questioni nevralgiche della giustizia amministrativa. Questioni tecniche, ma al tempo stesso dotate di valenza costituzionale, come precisano gli Autori. Questioni da affrontare in una prospettiva non nichilisticamente post-moderna, bensì ri-fondativa del moderno, sempre seguendo la traiettoria suggerita dagli Autori.

L'attuale contesto giuridico è contrassegnato dal pluralismo giurisdizionale. Posto che la funzione

giurisdizionale è unica ma gli ordini giurisdizionali possono essere multipli, il pluralismo rappresenta sempre una ricchezza in quanto consente di fornire adeguate e varieguate risposte di giustizia<sup>2</sup>.

Tuttavia, non possono essere trascurate le problematiche generate da un assetto pluralistico delle giurisdizioni. La pluralità dei plessi giurisdizionali funziona quando a ciascuna giurisdizione è riservato uno specifico e preciso ambito di intervento, sia pure accompagnato da fisiologiche, ma marginali, aree di sovrapposizione. Il pluralismo diviene invece problematico quando le diverse giurisdizioni operano su uno stesso potenziale terreno, costellato da

1. G. Montedoro ed E. Scoditti, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in questo fascicolo.

2. A. Pajno, *Un Memorandum "virtuoso"*, in *Italiadecide* (a cura di), *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni. Corte Suprema di cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 37 ss., part. p. 40.

zone grigie. Una potenziale concorrenza di ambiti contrappone corti nazionali e corti sovranazionali, ma anche corti nazionali tra loro, se e quando esse esercitano la loro giurisdizione tra gli stessi soggetti e nello stesso spazio<sup>3</sup>.

Siffatto contesto produce frizioni, con conseguenti rischi di nomofilachie «parallele e non comunicanti, dissonanti l'una rispetto all'altra»<sup>4</sup> su questioni analoghe o addirittura simili. A cascata, ciò genera incertezza in ordine alla natura e alla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive da tutelare.

Invero, qualsiasi tipologia di pluralismo, non solo quella concernente le tutele giurisdizionali, presenta criticità intrinseche. La madre di tutti gli attuali pluralismi, e cioè l'incessante e controverso pluralismo delle fonti del diritto, lo sta a dimostrare. L'esplosione di fonti, anche nazionali, dalla natura e forza giuridica dubbie (come, ad esempio, gli atti di *soft law* delle autorità di regolazione), la necessità di continui adattamenti agli stimoli e alle indicazioni sovranazionali, il ricorrere sempre più a quelle norme senza fattispecie che sono le clausole generali, sono tutti fenomeni che recano in dote un portato di ricchezza e vivacità, ma al tempo stesso d'incertezza e incoerenza.

Tra l'altro, non è neppure possibile considerare isolatamente pluralismo dei centri di sovranità, pluralismo delle fonti del diritto e pluralismo delle giurisdizioni. I rapporti tra l'ordinamento nazionale, l'ordinamento dell'Unione europea e l'ordinamento della Cedu vanno letti, oltre che nell'ottica tradizionale delle fonti del diritto, soprattutto nella loro dimensione dinamica o giurisdizionale, per la quale rilevano le sentenze delle varie corti più che il rango delle disposizioni normative. Infatti, attualmente gli ordinamenti giuridici non offrono sistemi ordinati di norme, ma si ergono a entità complesse e stratificate, in cui assume importanza centrale il diritto in quanto applicato<sup>5</sup>.

Conseguentemente pluralismo istituzionale, pluralismo normativo e pluralismo giurisdizionale procedono di pari passo, con una giurisprudenza che «attinge continuamente a varie fonti (legislazioni, principi e trattati internazionali, precedenti giudiziali,

convenzioni, ma anche spunti dottrinali di vario tipo)», espressione di «diverse razionalità giuridiche», che possono collidere l'una con l'altra<sup>6</sup>.

Di qui un problema di coerenza dell'intero sistema e di raccordo tra le sue diverse componenti, che reclama un'opera di razionalizzazione, pena la sua disfunzionalità a danno dei cittadini. Il pluralismo giurisdizionale rischia di far perdere di vista la correlazione, che ogni sistema processuale dovrebbe sempre assicurare, tra il bisogno di tutela sostanziale e gli strumenti di garanzia giurisdizionale, o, se si preferisce, rischia di far perdere di vista la centralità del diritto a un ricorso effettivo, garantito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma, ancor prima e in maniera limpida ed esemplare, dall'art. 24 della Costituzione.

L'attuale epoca si contraddistingue per nuovi, complessi tipi di pluralismo giurisdizionale che rivestono dimensioni sovranazionali. Tuttavia, l'aspirazione a un intero ordinamento giuridico il più possibile sistemico, unitario, certo e prevedibile passa anzitutto attraverso la considerazione dei caratteri della prima tipologia di pluralismo giurisdizionale da noi conosciuta, quella che spezza in due il nostro modello di giustizia amministrativa devolvendo le controversie tra cittadino e pubblica amministrazione vuoi al giudice amministrativo vuoi al giudice ordinario.

## 2. Il giudice amministrativo e gli equilibri incerti nel riparto della giurisdizione

Storicamente, a una previa giurisdizione ordinaria a carattere generale (1865) è stata affiancata una giurisdizione amministrativa parimenti generale (1889)<sup>7</sup>. Sia pure a seguito di un vivace dibattito in seno all'Assemblea costituente<sup>8</sup>, il quadro pluralista è stato confermato dalla Costituzione, la quale ha suggerito il dualismo delle giurisdizioni e il relativo criterio di riparto: il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, «in particolari materie

3. F. Patroni Griffi, *Corti nazionali e Corti europee: un problema di confini?*, in *Federalismi*, n. 3/2021, pp. 30 ss., part. p. 33, <https://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44830>.

4. R. Rordorf, *Le giurisdizioni superiori*, in *Italiadecide* (a cura di), *La nomofilachia*, op. cit., p. 108.

5. S. Cassese, *I tribunali di Babele*, Donzelli, Roma, 2009; M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010.

6. M.R. Ferrarese, *Nomofilachia e complessità del contesto giuridico odierno*, in *Italiadecide* (a cura di), *La nomofilachia*, op. cit., pp. 182, 185-186.

7. S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2013, pp. 47 ss.

8. Da ultimo, G. Tropea, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2018, pp. 889 ss.

indicate dalla legge», anche dei diritti soggettivi (art. 103, comma 1)<sup>9</sup>.

La Costituzione, nel ribadire il pregresso sistema dualista, infonde però in esso uno spirito nuovo, superando qualsiasi dubbio in ordine alla sub-valenza degli interessi legittimi e dei giudici che ne conoscono. Diritto soggettivo e interesse legittimo sono pari ordinati nella mente del Costituente (art. 24, comma 1), la giurisdizione è equamente divisa tra giudici amministrativi e giudici ordinari e all'interno dei due ordini di giudici nessuno ha prevalenza o tendenziale capacità generale, né posizione marginale o funzioni sostanzialmente eccezionali<sup>10</sup>.

Quanto al rapporto con il principio di separazione dei poteri dello Stato, il dualismo giurisdizionale, da un lato, è stato reputato in contrasto con la versione tradizionale del principio, perché una parte della giurisdizione sfugge ai tribunali ordinari; dall'altro lato, è stato però ritenuto rispondente a una concezione nuova di separazione dei poteri, in base alla quale le autorità giurisdizionali devono essere specializzate e indipendenti, anche al fine di potersi limitare a vicenda<sup>11</sup>.

Del resto, già un secolo fa Cammeo metteva in guardia dalle "aberrazioni" del principio di divisione dei poteri, da non intendere con un ossequio "fetichistico": se infatti, procedendo per deduzione dalle premesse della teoria della divisione dei poteri, «è più corretto concludere per l'unità della giurisdizione, che per la specialità dei tribunali amministrativi», nondimeno, «allo spirito, fondamentalmente esatto, di quella teoria risponde sufficientemente una giurisdizione speciale, in modo netto distinta dall'amministrazione attiva e dotata di tale indipendenza, che le permetta esercitare un controllo efficace, sia o no poi questa giurisdizione coincidente con quella ordinaria»<sup>12</sup>.

Ma le questioni sollevate dal dualismo degli ordini giurisdizionali non sono poche. Qui ci si limita ad accennare ad alcune, rilevanti nell'ottica della garanzia di una protezione giurisdizionale adeguata e certa.

La prima criticità deriva dal criterio di riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giu-

dice ordinario. In tutti i sistemi si pone la questione dell'individuazione di un criterio di riparto della giurisdizione per le controversie che contrappongono il cittadino alla pubblica amministrazione. Infatti, anche nei modelli monistici, le liti amministrative non sono tutte concentrate presso un solo giudice, ordinario o speciale che sia. Dal momento che nei modelli monistici il giudice che costituisce il maggior polo di attrazione per le liti pubblicistiche convive comunque con altri giudici, pure tali modelli devono fare i conti con il pluralismo giurisdizionale<sup>13</sup>.

Gli studi di diritto comparato insegnano disincanto e sdrammatizzazione, nel senso che qualsiasi criterio di ripartizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario presenta alcune spinosità<sup>14</sup>. Nondimeno, il nostro specifico meccanismo di riparto basato sulla situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio risulta più problematico di ogni altro. Alla prova dei fatti, esso si è dimostrato di così difficile funzionamento da mettere a repentaglio l'efficienza complessiva del sistema, con un cittadino che fatica a individuare con immediatezza a quale giudice rivolgere la sua richiesta di giustizia.

La qualificazione di una situazione giuridica soggettiva come interesse legittimo oppure come diritto soggettivo è operata non dal legislatore, bensì dalla giurisprudenza. O, meglio, gli interessi legittimi e i diritti soggettivi nei confronti dell'amministrazione, pur affondando le loro radici nel diritto sostanziale, prendono forma precisa nel processo. Nel riconoscere una situazione giuridica soggettiva il giudice utilizza le disposizioni normative reputate rilevanti e da lui interpretate, ma, al tempo stesso, ricorre a schemi teorici di carattere generale<sup>15</sup>. Del resto, manca una tipizzazione legislativa delle situazioni soggettive spettanti ai singoli nei confronti dell'amministrazione e conseguentemente la loro identificazione avviene necessariamente caso per caso, «senza l'ausilio di quelle definizioni e di quelle clausole generali che conferiscono alle situazioni soggettive di diritto civile la loro caratteristica evidenza *a priori*»<sup>16</sup>.

9. M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2010, pp. 143 ss.

10. V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 3 ss.; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2002 (VI ed.), pp. 33 ss.

11. M. Troper, *Le nuove separazioni dei poteri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, pp. 9, 23.

12. F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, Vallardi, Milano, 1911, pp. 58-60, 322.

13. S. Cassese, *Monismo e dualismo giudiziario. Storia e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2017, pp. 583 ss.

14. G. Napolitano, *Introduzione al diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 299 ss.

15. B. Tonoletti, *Commento all'art. 7 c.p.a. - Sezione II*, in G. Falcon - F. Cortese - B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Cedam, Padova, 2021, p. 5.

16. B. Tonoletti, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Quaderni del Seminario di studi e ricerche parlamentari S. Tosi*, n. 20/2010, p. 122, ([www.digies.unirc.it/documentazione/materiale\\_didattico/1465\\_2013\\_352\\_19221.pdf](http://www.digies.unirc.it/documentazione/materiale_didattico/1465_2013_352_19221.pdf), p. 2).

Il più importante schema concettuale utilizzato dal giudice è quello secondo cui la giurisdizione del giudice amministrativo richiede la sussistenza del potere amministrativo. Ciò è stato affermato dapprima dalle sezioni unite della Cassazione, che a partire dal 1949 hanno introdotto il criterio della carenza o del cattivo uso del potere per ripartire la giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo<sup>17</sup>, è stato ribadito successivamente dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 204 del 2004 e 191 del 2006<sup>18</sup> e ora sancito anche normativamente dall'art. 7 del codice di rito, che pertanto dal punto di vista lessicale si discosta sotto questo profilo dal dettato costituzionale incarnato dall'art. 103<sup>19</sup>. Icasticamente il Consiglio di Stato è solito affermare che la «condizione primaria richiesta» per la sussistenza della giurisdizione amministrativa è che «l'oggetto della controversia abbia un collegamento, sia pure indiretto o mediato, con l'esercizio del potere»<sup>20</sup>.

Solo che l'individuazione delle condizioni di esistenza del potere amministrativo è un'operazione interpretativa che presenta elevati margini di opinabilità<sup>21</sup> e genera incertezze giurisprudenziali, anche all'insegna dell'imprevedibilità<sup>22</sup>.

Inoltre, si richiede la sussistenza del potere amministrativo sempre e in ogni caso, anche quando il giudice esercita la giurisdizione speciale esclusiva. Evenienza quest'ultima che traghetta direttamente verso la seconda criticità del pluralismo giurisdizionale declinato in termini di dualismo.

Questa criticità non è di tipo strutturale come la prima, bensì emerge a seguito di un fenomeno con-

tingente, e cioè del progressivo ampliamento della giurisdizione esclusiva. Dagli anni novanta del secolo scorso fino ai giorni nostri, il legislatore ha rimesso in discussione l'impianto costituzionale che configura il giudice ordinario come il giudice naturale dei diritti soggettivi vantati nei confronti della pubblica amministrazione.

Vero è che la Corte costituzionale ha cercato di porre un argine al potere discrezionale del legislatore nel ripartire concretamente le funzioni giurisdizionali tra giudice amministrativo e giudice ordinario, precisando che l'art. 103 Cost. non ha conferito al legislatore ordinario «una assoluta ed incondizionata discrezionalità» nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, essendo sempre necessario «considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte»<sup>23</sup>.

Nondimeno, il monito autorevole non ha evitato un'anomala esplosione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, plasticamente resa evidente dal lunghissimo elenco delle relative materie contenuto all'art. 133 cpa (dalla lettera *a* alla lettera *z-sexies*)<sup>24</sup>.

Nell'ottica del pluralismo giurisdizionale, l'espansione della giurisdizione esclusiva da parte del legislatore ha prodotto il superamento del carattere eccezionale della giurisdizione esclusiva, la rottura dell'equilibrio dualistico e la conseguente prevalenza del giudice amministrativo anche nella cognizione di diritti che fronteggiano l'agire della pubblica amministrazione. Tra l'altro, la giurisdizione esclusiva è arrivata a riguardare controversie concernenti anche

17. Cass., sez. unite, 4 luglio 1949, n. 1657, in *Foro it.*, 1949, I, 926 e anche in *Giur. it.*, 1950, I, 170, e *ivi*, 518, con nota di C. Vitta, *Competenza giudiziaria su diniego di potere discrezionale in atti amministrativi*.

18. Corte cost., 6 luglio 2004, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 214 ss., con nota di L. Mazzaroli, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte Costituzionale ne ridisegna l'ambito*; Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191, *ivi*, 2006, 1005, con note di S. Malinconico, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria. In particolare il caso dell'occupazione illegittima*, e di M. Allena, *La questione della pregiudizialità amministrativa: riparto di giurisdizione o nomofilachia*.

19. Recita infatti l'art. 7, comma 1, cpa, che «sono devolute alla giurisdizione amministrativa le *controversie*, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, *concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo*, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni» (corsivo aggiunto).

20. Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2017, n. 382.

21. B. Tonoletti, *Commento*, *op. cit.*

22. Quale esempio di questa imprevedibilità si pensi al fatto che, mentre il giudice amministrativo ha negato la propria giurisdizione nel caso di impugnazione di alcuni provvedimenti di graduazione degli sfratti da parte di un'associazione di categoria, ritenendo che tali atti incidano sul diritto del proprietario locatore e abbiano carattere meramente strumentale rispetto al processo esecutivo (Cons. Stato, sez. III, 27 marzo 2015, n. 1629), le sezioni unite hanno reputato sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, inquadrando gli atti in questione tra quelli «volti al fine pubblico di prevenzione e controllo del territorio (...) espressione di attività pubblicistica provvedimento» (Cass., sez. unite, 17 luglio 2017, n. 17620).

23. Corte cost., n. 204/2004, *cit.*

24. Se si vuole, M. Ramajoli, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. Sassani e R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 141 ss.



soli diritti soggettivi, talvolta addirittura soli diritti soggettivi costituzionalmente tutelati, come avviene nel caso del contenzioso elettorale<sup>25</sup>.

Di qui l'ambivalenza, per un verso, di richiedere che le controversie relative a diritti partecipino della medesima natura di quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità e sottendano l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo; per l'altro, di prevedere contestualmente che la cognizione del giudice amministrativo possa estendersi su liti relative unicamente a diritti soggettivi.

Così l'attuale assetto della giurisdizione esclusiva amplifica ulteriormente le incertezze nel riparto della giurisdizione<sup>26</sup>. Effetto paradossale per una giurisdizione, come quella esclusiva, che nasce proprio con l'intento semplificatore di risolvere alla radice questioni di giurisdizione, concentrando eccezionalmente davanti a un solo giudice la tutela giurisdizionale di diritti soggettivi e interessi legittimi quando le due situazioni giuridiche si presentino tra loro intrecciate<sup>27</sup>.

La sottrazione di una buona parte dei diritti soggettivi al sindacato del giudice ordinario, con conseguente perdita della garanzia offerta dal giudizio in Cassazione, ha suscitato una duplice reazione: a livello dottrinale, una parte della dottrina, specie processual-civiltistica, ha ritenuto che, in considerazione del fatto che il giudice amministrativo sia oggi «un giudice che si occupa abbondantemente di diritti», «la specialità della giurisdizione amministrativa (...) non abbia più ragion d'essere e sarebbe più opportuno devolvere le controversie su cui essa oggi si pronuncia, a sezioni specializzate del giudice ordinario, cioè del giudice che per definizione è il giudice generale dei diritti»<sup>28</sup>; a livello giurisprudenziale, la Cassazione ha tentato di recuperare maggiori margini di intervento, secondo un meccanismo che impatta direttamente

sull'impianto pluralistico delle giurisdizioni, sia a livello nazionale, sia a livello sovranazionale<sup>29</sup>.

### 3. Il giudice amministrativo e gli equilibri incerti nei confini della giurisdizione

Nel pluralismo giurisdizionale declinato come dualismo è la Cassazione, e quindi il giudice ordinario, ad essere l'arbitro dei confini della giurisdizione stessa. Soluzione niente affatto scontata, se si pensa che in un sistema di giustizia amministrativa sotto molti aspetti simile all'italiano, e cioè in quello francese, non è ammesso alcun ricorso, neppure da parte della Corte di cassazione, contro le decisioni del *Conseil d'État*<sup>30</sup>.

La nostra Costituzione disegna e, al tempo stesso, circoscrive le funzioni delle sezioni unite della Cassazione (ma pure in questo caso, come nella già ricordata conferma del previgente sistema dualista, a seguito di un vivace dibattito in Assemblea costituente<sup>31</sup>): le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti sono impugnabili in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione (art. 111, comma 8, ora ribadito dall'art. 110 del codice del processo amministrativo e dall'art. 207 del codice del processo contabile), mentre, in via generale, tutte le sentenze pronunciate da qualsiasi giudice ordinario o speciale sono sottoposte al sindacato della Cassazione anche per violazione di legge (art. 111, comma 7)<sup>32</sup>.

Ciò significa che la Cassazione, da un lato, è titolare del potere di assicurare il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; dall'altro, non vanta il potere di sovrapporsi al giudice amministrativo nell'interpretare le leggi applicate da quest'ultimo e, quindi, non assolve nei confronti di tale giudice la funzione di nomofilachia volta allo «scopo di mantenere nell'attività dei magistrati giurisdicenti la osservanza della

25. F.G. Scoca, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2015, pp. 847 ss.

26. G. Greco, *Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia a quella per connessione?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2006, pp. 884 ss., 896.; A. Moliterni, *Il giudice dei servizi pubblici e l'«araba fenice» del criterio dell'interesse pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2014, pp. 148 ss.

27. V. Domenichelli, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1988, pp. 4 ss.

28. A. Proto Pisani, *La giustizia amministrativa fra storia ed evoluzione anche recente. Dal giudice speciale alle sezioni specializzate?*, in C. Cudia (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 141 ss., 157.

29. E. Scoditti, *Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi: una questione aperta*, in *Foro it.*, n. 6/2014, cc. 157 ss.; A. Proto Pisani, *Sono davvero da approvare senza riserve le recenti trasformazioni della giustizia amministrativa?*, *ivi*, n. 6/2017, cc. 250 ss.

30. A. Travi, *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite*, in *Foro it.*, n. 11/2020, cc. 3415 ss.

31. G. Tesauro, *La Corte costituzionale e l'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *Federalismi*, n. 34/2020, pp. 237 ss., [www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44586](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44586).

32. R. Villata, *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3/2015, pp. 632 ss.

legge»<sup>33</sup>. Nel nostro sistema pluralistico non esiste in capo ad alcun giudice un monopolio della funzione nomofilattica<sup>34</sup>, e per la giurisdizione amministrativa organo nomofilattico è l'adunanza plenaria, come risulta chiaramente dall'art. 99 cpa<sup>35</sup>.

Quindi, alla luce del dato costituzionale, l'ambito delle questioni di giurisdizione non comprende al suo interno le questioni relative a violazioni di legge dipendenti da erronea o falsa applicazione di norme giuridiche. In altri termini, la Cassazione conosce solo di questioni attinenti all'esistenza della funzione giurisdizionale e non di quelle relative al suo esercizio.

Ma il diritto vivente ha movimentato il panorama, similmente a quanto si è già visto accadere con riferimento ai criteri di riparto della giurisdizione. Infatti, la Cassazione ha progressivamente esteso il difetto di giurisdizione al di là dei suoi confini propri.

Il primo germe di quest'orientamento si ritrova in una decisione degli inizi del secolo emanata dalle sezioni unite della Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione prima dell'avvento del codice. In essa si è sostenuto che il rifiuto da parte del giudice amministrativo di esaminare una domanda di risarcimento del danno causato da un provvedimento illegittimo in mancanza della previa impugnativa del provvedimento lesivo costituisce un rifiuto di esercizio della giurisdizione, impedendo il pieno accesso alla relativa tutela<sup>36</sup>.

A ben vedere, la questione della pregiudizialità amministrativa, potenzialmente criticabile quanto a conclusioni accolte all'epoca dal Consiglio di Stato e in effetti superate dall'attuale assetto codicistico (art. 30), non riguarda un problema di riparto, ma attiene all'individuazione dei presupposti della tutela e

quindi a una violazione di legge sotto il profilo degli *errores in procedendo*. Nonostante ciò, essa viene trasformata dalla Cassazione in una questione di giurisdizione, come se «alla forzatura di un giudice» si possa porre rimedio «con la forzatura di un altro giudice»<sup>37</sup>.

In un primo momento, l'orientamento della Cassazione si basa sull'esigenza di riconoscere una propria funzione di nomofilachia nel caso d'interpretazione di norme relative a diritti soggettivi, a tutela dei principi di uguaglianza e di certezza del diritto, e include all'interno delle norme sulla giurisdizione non solo quelle che individuano i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quelle che «danno un contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca»<sup>38</sup>. La presa di posizioni costituisce una reazione all'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ben oltre i confini eccezionali tracciati dalla Costituzione, con conseguente perdita della garanzia derivante dal giudizio di cassazione per i diritti soggettivi sottratti alla cognizione del giudice ordinario, ed è una sorta di rimedio al rischio, tutt'altro che potenziale, che, in assenza di una funzione nomofilattica della Cassazione, gli orientamenti del giudice amministrativo nell'interpretare norme di diritto privato siano divergenti rispetto a quelli del giudice ordinario<sup>39</sup>.

Successivamente, però, l'orientamento favorevole a un'interpretazione estesa dell'art. 111, comma 8, Cost. (orientamento comunque non monoliticamente accolto<sup>40</sup>), si emancipa dall'impianto originario facente leva sulla tutela dei diritti soggettivi. Via via, l'espansione del sindacato delle sezioni unite

33. P. Calamandrei, *La Cassazione civile*, Fratelli Bocca, Milano-Torino-Roma, 1920, ora anche in M. Cappelletti (a cura di), *Opere giuridiche*, vol. VI, Morano, Napoli, 1976, p. 65.

34. M. Luciani, *Memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione (mancata) sulla certezza del diritto – Parte V*, in *Foro it.*, n. 2/2018, cc. 100 ss., part. c. 101.

35. S. Spuntarelli, *Tecniche di interpretazione dell'Adunanza Plenaria e valore del precedente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

36. «Il rifiuto della tutela risarcitoria autonoma (...) si rivelerà sindacabile attraverso il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione. Il giudice amministrativo avrà infatti rifiutato di esercitare una giurisdizione che gli appartiene»; così Cass., sez. unite, 13 giugno 2006, n. 13659, in *Foro it.*, 2007, 3181 ss., con note di R. De Nictolis, *In difesa della "pregiudizialità"*, e di A. Lamorgese, *Esercizio del potere e risarcimento del danno: le sezioni unite "creano" una nuova giurisdizione esclusiva*.

37. A. Travi, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione "funzionale" delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2018, pp. 1111 ss.; in senso analogo G. Verde, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, *ivi*, n. 2/2013, pp. 367 ss.

38. Così, ancora, Cass., sez. unite, 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 460 ss., con nota di G. Greco, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, e in *Foro it.*, 2009, I, 2721, con nota di I. Pagni, *La responsabilità della pubblica amministrazione e l'assetto dei rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l'intervento delle sezioni unite della Cassazione*.

39. Su questo rischio da ultimo si veda Cons. giust. amm. Reg. sic., 15 dicembre 2020, n. 1136, che ha rimesso all'adunanza plenaria la questione relativa a «se il paradigma normativo cui ancorare la responsabilità dell'Amministrazione da provvedimento (ovvero da inerzia e/o ritardo) sia costituito dalla responsabilità contrattuale piuttosto che da quella aquiliana».

40. Cass., sez. unite, 14 gennaio 2015, n. 476; 29 dicembre 2017, n. 31226.

s'innesta su una diversa dinamica, relativa alla dimensione sovranazionale del pluralismo giurisdizionale: il sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato viene a includere le scelte ermeneutiche del giudice amministrativo che si traducono in un'interpretazione delle norme europee in contrasto con quelle fornite dalla Corte di giustizia, tali da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo<sup>41</sup>.

Viene così abbracciata una nozione funzionale di giurisdizione dal perimetro potenzialmente enorme, comprensivo di tutti i casi di reputato stravolgimento radicale delle norme processuali<sup>42</sup>.

Tuttavia, un'accezione così ampia del sindacato in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, che delinea quasi un terzo grado di giudizio amministrativo, risulta in contrasto con l'impianto pluralistico dato dalla Costituzione alla giurisdizione e stravolge radicalmente l'equilibrio del sistema dualistico<sup>43</sup>.

Tant'è che la Consulta è intervenuta a precisare come il ricorso in Cassazione per i "soli" motivi inerenti alla giurisdizione non comprenda anche il sindacato su *errores in procedendo* o *in iudicando*, in quanto «non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale»: unico motivo per proporre ricorso in Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato è il difetto di giurisdizione e non lo sono invece altre ipotesi eccentriche, come «lo stravolgimento, a volte definito radicale, delle norme di riferimento»<sup>44</sup>.

Ma, dopo un'apparente raggiunta armonia tra i diversi plessi giurisdizionali<sup>45</sup>, le sezioni unite, con

una nota e assai commentata ordinanza, hanno coinvolto nella diatriba anche la Corte di giustizia. Ad essa è stato chiesto di pronunciarsi in via pregiudiziale, tra l'altro, sulla compatibilità con il diritto dell'Unione europea della mancata utilizzabilità del ricorso in Cassazione per sindacare sentenze del Consiglio di Stato che abbiano erroneamente interpretato il diritto europeo, oppure che abbiano omesso di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nel decidere di controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione europea<sup>46</sup>.

In altri termini, la Corte di giustizia è ora chiamata a stabilire se il Consiglio di Stato, nell'applicare una disciplina in senso difforme dalle indicazioni della Corte stessa e nel non rimettere gli atti a quest'ultima, commetta una violazione di legge, non sindacabile dalla Cassazione, oppure uno sconfinamento dai poteri attribuitigli dalla legge, censurabile in quanto motivo inerente alla giurisdizione<sup>47</sup>.

La presa di posizione della Cassazione tocca tutti i punti dell'odierno e complesso pluralismo giurisdizionale: dal livello delle fonti del diritto al giudice chiamato a garantirne il rispetto, dai rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione europea agli equilibri o squilibri tra plessi giurisdizionali interni.

Di qui una serie di domande (retoriche). L'adesione all'Unione europea ha trasformato lo Stato italiano in uno Stato federale<sup>48</sup>? La Corte di giustizia ha il potere di valutare la compatibilità della Costituzione, così come interpretata dalla Consulta, con il

41. Cass., sez. unite, 6 febbraio 2015, n. 2242, in *Foro it.*, 2016, 327. Su questa sentenza, cfr. R. Villata, *Finale di partita?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2015, pp. 826 ss.; Cass., sez. unite, 29 dicembre 2017, n. 31226, in *Foro it.*, 2018, I, 1709, con nota di G. Sigismondi, *Questioni di giurisdizione "in senso dinamico" e nuovi limiti all'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato con ricorso per Cassazione: una via percorribile?*

42. C. Cudia, *Appunti per un dibattito su Cassazione e Pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2015, pp. 127 ss.; favorevoli a questo orientamento si mostrano P. Patrito, *I "motivi inerenti alla giurisdizione" nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, *ESI*, Napoli, 2016; A. Carratta - G. Costantino - G. Ruffini, *Per la salvaguardia delle prerogative costituzionali della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, n. 3/2018, V, cc. 71 ss.

43. R. Villata, *"Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 Cost.)?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2013, pp. 324 ss.; *Id.*, *Sui "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3/2015, pp. 632 ss.

44. Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, in *Giur. cost.*, 2018, 122, con nota di G. Sigismondi, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi.*

45. Cass., sez. unite, 16 maggio 2019, n. 13243.

46. Cass., sez. unite, 18 settembre 2020, n. 19598.

47. G. Costantino - A. Carratta - G. Ruffini, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in questa *Rivista online*, 19 ottobre 2020, [www.questionegiustizia.it/articolo/limiti-esterni-e-giurisdizione-il-contrasto-fra-sezioni-unite-e-corte-costituzionale-arriva-alla-corte-ue-note-a-prima-lettura-di-cass-ss-uu-18-settembre-2020-n-19598](http://www.questionegiustizia.it/articolo/limiti-esterni-e-giurisdizione-il-contrasto-fra-sezioni-unite-e-corte-costituzionale-arriva-alla-corte-ue-note-a-prima-lettura-di-cass-ss-uu-18-settembre-2020-n-19598).

48. P. Biavati, *Il rilievo della questione pregiudiziale europea fra processo e giurisdizione (nota a Cass., S.U., 30 ottobre 2020, n. 24107)*, in *Giustizia insieme*, 14 gennaio 2021, [www.giustiziainsieme.it/it/news/123-main/diritto-ue/1486-il-rilievo-della-questione-pregiudiziale-europea-fra-processo-e-giurisdizione-nota-a-cass-ss-uu-ord-13-30-ottobre-2020-n-24107](http://www.giustiziainsieme.it/it/news/123-main/diritto-ue/1486-il-rilievo-della-questione-pregiudiziale-europea-fra-processo-e-giurisdizione-nota-a-cass-ss-uu-ord-13-30-ottobre-2020-n-24107).

diritto europeo<sup>49</sup>? La Corte di giustizia ha istituzionalmente un ruolo di arbitro tra la Corte costituzionale e la Cassazione fornendo l'interpretazione vincolante delle disposizioni costituzionali<sup>50</sup>? Spetta alla Cassazione modificare la portata delle norme sulla giurisdizione<sup>51</sup>? La Cassazione è giudice di ultima istanza del diritto Ue in luogo del Consiglio di Stato nell'ambito di giurisdizione riservato a quest'ultimo<sup>52</sup>? Ogni questione di rito è trasformabile in questione di giurisdizione<sup>53</sup>? L'individuazione degli strumenti processuali per assicurare la tutela dei diritti riconosciuti dall'Ue è sottratta agli Stati membri, nonostante il principio della loro autonomia procedurale<sup>54</sup>? Il singolo giudice è privo del potere di valutare in autonomia se ricorra o meno un'ipotesi di dubbio interpretativo sulla portata delle norme del diritto dell'Unione europea, diversamente da quanto si ritiene per la rimessione alla Consulta delle questioni di legittimità costituzionale<sup>55</sup>?

La risposta a tutte queste domande è necessariamente negativa ed evidenzia l'utilizzo indebito e strumentale di istituti processuali ad altri fini concepiti: da un lato, la nozione di questione di giurisdizione viene dilatata al punto da essere «grimaldello atto a scardinare il sistema dualistico» a Costituzione invariata<sup>56</sup>; dall'altro, la tecnica del rinvio alle Corti europee diviene una «valvola di sfogo» per rimettere in discussione orientamenti non condivisi delle giurisdizioni superiori<sup>57</sup>.

Non va però dimenticato che sullo sfondo si gioca un'altra partita, relativa all'individuazione della natura delle situazioni giuridiche soggettive vantate dal privato di fronte all'amministrazione<sup>58</sup>. Infatti, il

*casus belli* attiene alle condizioni di ammissibilità del ricorso in materia di contratti pubblici, essendo controverso se sia meritevole d'accesso alla tutela giurisdizionale l'interesse strumentale al corretto esercizio del potere nello svolgimento di una procedura d'appalto. Così, alla Corte di giustizia è stato anche rivolto il quesito pregiudiziale volto a stabilire se un'impresa esclusa, a suo dire illegittimamente, dalla procedura d'aggiudicazione di un appalto pubblico, in ragione della valutazione non positiva della sua offerta tecnica, abbia titolo a contestare la gara sotto ogni profilo, sul presupposto che sia sufficiente la mera eventualità del rinnovo della gara stessa a radicare l'interesse a censurare l'aggiudicazione.

Qualche breve riflessione conclusiva su questo profilo s'impone.

#### 4. Pluralismo istituzionale, pluralismo normativo e pluralismo giurisdizionale e situazioni giuridiche soggettive nei confronti dell'amministrazione

Come in un cerchio perfetto, il sistema pluralistico si chiude nel punto dove era partito, relativo alle situazioni giuridiche soggettive e alla loro problematica individuazione. In concreto, l'interesse legittimo è riconosciuto caso per caso dalla giurisprudenza attraverso la concessione dell'azione in ragione, non solo di una non sempre agevole qualificazione e/o differenziazione normativa, ma anche di schemi logici che influiscono *ex ante*<sup>59</sup>.

49. B. Caravita, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo?*, in *Federalismi, paper* (postilla), 4 novembre 2020, pp. 20-21, ([https://iris.uniroma1.it/retrieve/handle/11573/1452282/1587845/Barbareschi-Caruso-Caravita\\_nota-ordinanza-n.19598\\_2020.pdf](https://iris.uniroma1.it/retrieve/handle/11573/1452282/1587845/Barbareschi-Caruso-Caravita_nota-ordinanza-n.19598_2020.pdf)).

50. M. Clarich, *I motivi inerenti alla giurisdizione nel "dialogo" tra le Corti supreme: nota all'ordinanza delle S.U. delle Corti di Cassazione 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Corriere giuridico*, n. 2/2021, pp. 172 ss.

51. G. Tropea, *Il Golem europeo e i "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020, [www.giustiziasieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1315-il-golem-europeo-e-i-motivi-inerenti-alla-giurisdizione-nota-a-cass-sez-un-ord-18-settembre-2020-n-19598](http://www.giustiziasieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1315-il-golem-europeo-e-i-motivi-inerenti-alla-giurisdizione-nota-a-cass-sez-un-ord-18-settembre-2020-n-19598).

52. M. Mazzamuto, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/2020, pp. 675 ss.

53. M. Santise, *L'eccesso di potere giurisdizionale delle sezioni unite*, in questa *Rivista online*, 14 gennaio 2021, [www.questionegiustizia.it/articolo/l-eccesso-di-potere-giurisdizionale-delle-sezioni-unite](http://www.questionegiustizia.it/articolo/l-eccesso-di-potere-giurisdizionale-delle-sezioni-unite).

54. Cass., sez. unite, 15 novembre 2018, n. 29391; 17 dicembre 2018, n. 32622.

55. M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2020, [www.giustiziasieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1422-guida-alla-lettura-dell-ordinanza-delle-sezioni-unite-della-corte-di-cassazione-n-19598-del-2020](http://www.giustiziasieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1422-guida-alla-lettura-dell-ordinanza-delle-sezioni-unite-della-corte-di-cassazione-n-19598-del-2020).

56. R. Villata, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai "Cavalieri dell'apocalisse"?*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2017, pp. 106 ss.

57. A. Travi, *I motivi*, op. cit.; S. Spuntarelli, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2018, pp. 985 ss.

58. F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia insieme*, 11 novembre 2020.

59. B. Tonoletti, *Le situazioni soggettive*, op. cit., p. 125.



Il territorio degli interessi legittimi confina, da una parte, con il territorio degli interessi di fatto e, dall'altra, con quello degli interessi protetti come diritti soggettivi. Si tratta di un territorio «destinato ad ampliarsi e a restringersi continuamente a seconda che interessi di fatto acquistino protezione, interessi protetti la perdano, interessi protetti come interessi legittimi vengano protetti come diritti soggettivi e viceversa»<sup>60</sup>.

A questa continua linea di trapasso tra situazioni giuridiche sostanziali si affianca un'altra continua linea di trapasso, tra sostanza e processo. Secondo la teoria generale del processo, l'azione è il diritto a una pronuncia sul merito, autonomo rispetto situazione giuridica sostanziale che si fa valere con essa, pur essendo strumentale rispetto a quest'ultima<sup>61</sup>. Per lungo tempo si è dibattuto se l'azione fosse da concepire anche come diritto a un provvedimento favorevole, tesi sostenuta da coloro che configuravano l'azione in senso concreto, affermando che non avrebbe avuto senso chiedere la tutela di una situazione giuridica soggettiva inesistente e, quindi, non avrebbe avuto senso astrarre l'azione dall'esistenza della situazione sostanziale che ne costituisce la materia e la ragione d'essere<sup>62</sup>. Ma a questa tesi è stato ribattuto che l'esistenza dell'azione prescinde dall'esistenza dell'interesse sostanziale, visto che di tale esistenza si può avere certezza solo alla fine del processo. Di conseguenza, l'azione è diritto a un provvedimento sul merito, che si presenta favorevole solo nell'aspirazione di chi propone l'azione stessa<sup>63</sup>. Più precisamente, l'azione è un diritto processuale parzialmente astratto, in quanto agganciata al diritto sostanziale: l'esistenza dell'azione è condizionata dal fatto che la situazione sostanziale sia affermata nella domanda e affermata come esistente, come necessitante di tutela e come spettante a colui che propone la domanda<sup>64</sup>.

Mentre il dibattito su caratteri e natura dell'azione è stato fervido nel processo civile, non altrettanto può dirsi con riferimento al processo amministrativo. Quest'ultimo sconta la già sottolineata difficoltà concreta di inquadramento della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, aggravata dalla cir-

costanza che l'interesse legittimo ha tardato ad affermarsi come situazione di natura sostanziale, protetta in via diretta e specifica. Così la teoria dell'azione ha avuto una storia particolare nel giudizio amministrativo, perché in esso dapprima fu configurato un rimedio esperibile contro i provvedimenti amministrativi illegittimi e solo successivamente venne costruita una situazione giuridica soggettiva ad esso correlata, con un meccanismo d'inversione logica<sup>65</sup>.

Attualmente, anche se la tutela piena ed effettiva della situazione giuridica soggettiva è divenuto il fulcro sistematico dell'intera disciplina, grazie anche al cpa (artt. 1 ss.), nondimeno l'ipoteca della nozione dell'azione in senso concreto condiziona ancora il processo amministrativo, a differenza di quanto si è notato accadere nel processo civile. Si tende a riconoscere legittimazione nel giudizio amministrativo non a colui che afferma di essere titolare di una situazione giuridica soggettiva, bensì a colui che è effettivamente titolare di tale situazione, rischiando di confondere il piano sostanziale con il piano processuale e le questioni di merito con le questioni di rito<sup>66</sup>.

Dal momento che la situazione giuridica fatta valere nei riguardi dell'amministrazione «ha una consistenza indeterminata, non appartenendo a catalogazioni legislative specifiche (...) la conseguenza è che processo amministrativo e diritto sostanziale risultano solo relativamente autonomi tra loro», con la sede processuale che svolge una funzione di autentica individuazione degli interessi sostanziali meritevoli di tutela<sup>67</sup>.

Quindi, non solo sono poco chiari i confini tra l'interesse legittimo e il diritto soggettivo o l'interesse di fatto, ma anche tra l'interesse legittimo e la legittimazione a ricorrere.

In questo contesto si inserisce la questione concreta relativa al se la domanda di partecipazione alla gara sia sufficiente a fondare la legittimazione processuale e se l'utilità strumentale connessa alla rinnovazione della gara sia altrettanto sufficiente a fondare l'interesse al ricorso. In altri termini, non è chiaro se sia riconosciuta la titolarità di un interesse legittimo

60. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 131.

61. R. Orestano, voce *Azione in generale (storia del problema)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 785 ss.

62. G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Jovene, Napoli, 1935, pp. 20 ss.; P. Calamadre, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1941, pp. 130-131.

63. A. Rocco, *La sentenza civile. Studi*, Fratelli Bocca, Torino, 1906, pp. 31 ss.; E.T. Liebman, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, vol. II, 1950, pp. 47 ss.

64. C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2011 (XXI ed.), pp. 64 ss.

65. M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 65.

66. M. Clarich, op. ult. cit., pp. 161 ss.; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2021 (XIV ed.), pp. 200 ss.

67. Cass., sez. unite, 2 agosto 2019, n. 20820.



unicamente nel caso in cui il bene della vita risulterà spettante al relativo titolare, configurando così l'interesse legittimo come pretesa all'emissione o non emissione di un determinato provvedimento (azione in senso concreto), oppure sia dato allargare il perimetro dell'interesse del cittadino all'esercizio legittimo del potere amministrativo.

Non è questa la sede per operare i tanti *distinguo* che la questione richiederebbe<sup>68</sup>. Invece preme qui evidenziare come l'approdo attuale di una vivace e travagliata giurisprudenza amministrativa sul punto sia la tendenza ad appiattare l'interesse legittimo sul diritto soggettivo, legandolo sempre e in ogni caso alla garanzia di un'utilità finale<sup>69</sup>, mentre di diverso avviso sono la Corte di giustizia<sup>70</sup> e la Cassazione<sup>71</sup>, che reputano meritevoli di tutela anche gli interessi cd. strumentali, dando rilevanza alla possibilità, anche remota, che la riedizione del potere produca un vantaggio per il ricorrente e mostrando, così, che l'interesse legittimo non consista necessariamente nella protezione di un interesse finale<sup>72</sup>.

Emerge qui con nettezza come la pluralità degli ordinamenti giuridici, nazionali e sovranazionali, e la pluralità delle giurisdizioni, ordinaria e amministrativa,

comportino un carico d'incertezza su un punto fondamentale del sistema, e cioè sul modo di intendere le situazioni legittimanti la tutela giurisdizionale.

Forse allora è proprio la storia delle situazioni giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione che attende di essere (ri)scritta.

Dal momento che le diverse nomofilachie esprimono razionalità giuridiche differenti, con una propria *ratio* e propri schemi concettuali, per non perdere la ricchezza insita nel pluralismo giurisdizionale ed evitare una sorta di «compartimentalizzazione del sistema, che non milita a favore di un indirizzo unitario»<sup>73</sup> è oltremodo opportuna l'aspirazione a «un'osmosi di nomofilachie di carattere bidirezionale»<sup>74</sup>.

Alcune delle misure di coordinamento suggerite dal *Memorandum* sulle tre giurisdizioni superiori (Cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei conti)<sup>75</sup>, come pure strutturali dialoghi verticali dei giudici nazionali con le Corti europee e, in particolare, con la Corte di giustizia<sup>76</sup>, potrebbero costituire la base per una funzione selettiva e discriminatrice degli interessi meritevoli di tutela che sia il più possibile condivisa. Ciò al fine di offrire risposte certe, coerenti e prevedibili a tutti coloro che domandano giustizia.

68. In merito alle quali si rinvia ad A. Travi, *Lezioni*, op. cit., pp. 314 ss.

69. F. Francario, op. cit., p. 16.

70. A far data da Cgue, X sez., *Fastweb*, C-100/12, 4 luglio 2013, per giungere a Cgue, X sez., *Lombardi Srl c. Comune di Auletta*, C-333/18, 5 settembre 2019.

71. Ben espressa dall'ordinanza delle sezioni unite n. 19598/2020, cit.

72. Ricostruita da ultimo da D. Capotorto, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso amministrativo in materia di appalti: "l'interesse meramente potenziale" nuovo paradigma dell'ordinamento processuale?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2020, pp. 665 ss.

73. M.R. Ferrarese, *Nomofilachia*, op. cit., p. 186.

74. G. Montedoro ed E. Scoditti, *Il giudice amministrativo*, op. cit.

75. *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2018, V, cc. 57 ss.

76. F. Patroni Griffi, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo (From judge-made law to judge-made Europe)*, in *Federalismi* (editoriale), 31 luglio 2019 ([www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/09/Il-ruolo-delle-Corti-nella-costruzione-dell%E2%80%99ordinamento-europeo-From-judge-made-law-to-judge-made-Europe.pdf](http://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/09/Il-ruolo-delle-Corti-nella-costruzione-dell%E2%80%99ordinamento-europeo-From-judge-made-law-to-judge-made-Europe.pdf)).

## Qualche riflessione su pluralità delle giurisdizioni e nomofilachia

di Antonello Cosentino

L'ipotesi di integrare con la partecipazione di consiglieri di Stato i collegi delle sezioni unite civili della Corte di cassazione non può ritenersi praticabile a Costituzione invariata, ostandovi la previsione della ricorribilità "in Cassazione" delle sentenze del Consiglio di Stato, per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, di cui all'ultimo comma dell'articolo 111 Cost. Detta ipotesi non sarebbe nemmeno funzionale a perseguire l'obiettivo della formazione di una nomofilachia condivisa tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato, potendo tale obiettivo essere raggiunto solo attraverso un percorso culturale comune dei magistrati di tali uffici.

**1. Premessa / 2. Sull'integrazione dei collegi delle sezioni unite della Cassazione / 3. I profili di legittimità costituzionale / 4. La discutibile utilità dell'operazione / 4.1. La decisione sulle questioni di giurisdizione / 4.2. La decisione sulle questioni di comune rilevanza nomofilattica**

### 1. Premessa

Un denso articolo pubblicato in questa rivista da Enrico Scoditti e Giancarlo Montedoro<sup>1</sup> ha di recente rilanciato il dibattito – peraltro mai sopito – sul tema della struttura pluralistica del sistema giurisdizionale italiano.

I temi toccati in tale articolo sono molti e molte sono le indicazioni offerte al lettore, la più parte delle quali largamente condivisibili, a partire da quella – che mi pare racchiuda *in nuce* il messaggio fonda-

mentale dell'intervento – che richiama la «necessità che le magistrature parlino un linguaggio comune», conseguentemente proponendo una opportuna sollecitazione all'attivazione di «scambi culturali, convegni comuni, occasione di formazione comune».

Ma pienamente condivisibili, a mio avviso, sono anche le considerazioni relative agli effetti sistemici, in termini di "Costituzione materiale", dell'espansione dell'area della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>2</sup>; quelle concernenti il progressivo allargamento dei margini del sindacato giurisdizionale

1. *Il giudice amministrativo come risorsa*, in questo fascicolo ( e già in questa Rivista *online*, 11 dicembre 2020, [www.questionegiustizia.it/articolo/il-giudice-amministrativo-come-risorsa](http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-giudice-amministrativo-come-risorsa)).

2. Sulla modifica apportata dalla l. n. 205/2000 all'art. 7 l. n. 1034/1971, mi sembrano particolarmente penetranti le considerazioni di Filippo Satta: «il giudice amministrativo cessava di essere giudice della sola legittimità degli atti, per esserlo anche delle loro conseguenze. Cadeva la contrapposizione tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa, per sostanziale incorporazione della prima nella seconda, nelle controversie in cui parte è una pubblica amministrazione. Cadeva insomma il fondamento storico della giustizia amministrativa, secondo cui la tutela giurisdizionale variava in funzione del grado di intensità che la legge sembrava dare agli interessi dedotti in giudizio. Tutti potevano avere la stessa tutela sostanziale (annullamento e risarcimento); problemi formali di giurisdizione potevano ancora darsi solo per le questioni relative a diritti, non ricadenti nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva. Sì, la giustizia amministrativa classica era finita» (F. Satta, voce *Giustizia amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto – Aggiornamento*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2002, § 9).

sull'esercizio del potere amministrativo<sup>3</sup>; gli acuti rilievi dedicati ai temi dell'indipendenza e del sistema disciplinare della magistratura amministrativa.

Su un punto dell'articolo di Scoditti e Montedoro, tuttavia, mi pare necessario manifestare un dissenso: là dove si fa riferimento a «una partecipazione minoritaria di consiglieri di Stato alle sezioni unite».

Dico subito che non intendo discutere la premessa teorica che fa da sfondo all'argomentazione sviluppata dai due Autori, secondo la quale il tema della contrapposizione tra modello monista e modello pluralista della giurisdizione sarebbe ormai superato. Se infatti tale premessa mi sembra obiettivamente discutibile<sup>4</sup>, mi pare tuttavia di dover convenire con chi segnala la difficile praticabilità, «per ragioni di ordine storico e di realismo politico», della prospettiva di un ritorno alla unità non soltanto funzionale, ma anche organica, della giurisdizione<sup>5</sup>.

Pertanto, anche le brevi considerazioni che seguono assumeranno, quale orizzonte teorico, l'assunto di Costantino Mortati della «unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé»<sup>6</sup>.

## 2. Sull'integrazione dei collegi delle sezioni unite della Cassazione

L'idea di integrare la composizione dei collegi delle sezioni unite della Corte di cassazione con la presenza di consiglieri di Stato – quando le sezioni unite siano chiamate a decidere controversie che presentino profili di rilievo nomofilattico comuni a entrambi i plessi giurisdizionali o debbano pronunciarsi su ricorsi per motivi di giurisdizione – non è nuova.

Tale idea si rinviene già nella proposta avanzata in un documento denominato «*Memorandum sulle giurisdizioni*», presentato al Presidente della Repubblica il 15 maggio 2017, redatto con il supporto di Italiadeci-

de, associazione «per la qualità delle politiche pubbliche» e sottoscritto dagli allora presidenti della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, oltre che dagli allora procuratori generali presso la Corte di cassazione e la Corte dei conti. Secondo i sottoscrittori del *Memorandum*, l'«integrazione degli organi collegiali di vertice» delle tre giurisdizioni, per la decisione delle questioni di rilievo nomofilattico comune ai vari plessi giurisdizionali, ivi comprese le questioni di giurisdizione, rappresentava la risposta, o, almeno, una delle possibili risposte all'esigenza di rafforzare l'esercizio della funzione nomofilattica.

La stessa idea è poi stata ripresa, pur se con modifiche rilevanti, in una proposta di legge presentata alla Camera dei deputati il 22 maggio 2018 (n. 649, prima firmataria On. Bartolozzi, di Forza Italia) di delega al Governo per l'istituzione, presso la Corte di cassazione, del «Tribunale superiore dei conflitti». In tale proposta si prevede di attribuire «la cognizione dei conflitti di giurisdizione e del regolamento preventivo di giurisdizione» a un collegio incardinato presso la Corte di cassazione e composto da dodici membri, di cui sei magistrati della Corte di cassazione, tre del Consiglio di Stato e tre della Corte dei conti, scelti dagli organi di autogoverno delle rispettive magistrature. Secondo la relazione di accompagnamento la creazione del nuovo organo giurisdizionale avrebbe «l'obiettivo di trovare il punto di equilibrio fra le esigenze di celebrazione di un giudizio conforme a giustizia e quelle, altrettanto rilevanti, di un processo celere e spedito»; in detta relazione si afferma che la sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 avrebbe lasciato «impregiudicata l'esigenza di individuare un «arbitro imparziale» della giurisdizione composto da giudici provenienti dalle diverse giurisdizioni, nel solco della risalente esperienza francese del *Tribunal des conflits*».

Nell'articolo di Scoditti e Montedoro sembra emergere una presa di distanza, quanto meno sul piano metodologico, dai due precedenti sopra richiamati. Vi si ipotizza, tuttavia, nel par. 4, di prevedere per

3. Emblematica di tale allargamento, e verosimilmente foriera di ulteriori sviluppi verso l'ampliamento della tutela giurisdizionale dei cittadini, è l'affermazione che si legge in Cons. Stato, 19 luglio 2019, n. 4990, § 1.6: «la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile). Al sindacato (non sostitutivo) di «attendibilità» va dunque sostituito un sindacato pieno di «maggiore attendibilità»».

4. Che il programma ideologico «Un soggetto, un diritto, un giudice» – posto a suggello dell'*In limine* di A. Orsi Battaglini al numero 1 della rivista *Diritto pubblico*, gennaio-aprile 1995 – debba ritenersi superato sembrerebbe smentito da chi, pochi mesi fa, commentando l'ordinanza delle sezioni unite della Corte di cassazione 18 settembre 2020, n. 19598, ha scritto: «Gli argomenti di Calamandrei, disattesi dall'assemblea costituente, non hanno perso nulla del loro valore; anzi con gli anni, con l'estensione della giurisdizione esclusiva, con la revisione dei confini fra diritto amministrativo e diritto privato, con lo spazio maggiore riconosciuto oggi ai moduli consensuali nell'amministrazione, hanno acquisito un'attualità ancora più intensa. Il superamento del modello delle due giurisdizioni separate, a mio parere, si impone»; così A. Travi, *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2020, I, c. 3419.

5. R. Rordorf, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 127.

6. Così C. Mortati nei lavori dell'Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947, riportato in Corte cost., n. 204/2004, § 2.2.

legge la partecipazione di magistrati del Consiglio di Stato – «quali figure di esperti che fornirebbero un apporto di cultura specializzata in diritto amministrativo» – ai collegi delle sezioni unite della Corte di cassazione che debbano pronunciarsi su «questioni di riparto di giurisdizione (e nel caso di ricorso straordinario avverso le sentenze del Consiglio di Stato, ove una siffatta ipotesi, nei limiti sopra indicati, venga presa in considerazione)».

Proprio per rispondere alla sollecitazione degli Autori all'apertura di un dibattito pubblico, tuttavia, mi sembra necessario ribadire in questa sede le ragioni – già enunciate con riferimento al *Memorandum* sulle giurisdizioni e alla proposta legislativa di istituzione del "Tribunale superiore dei conflitti"<sup>7</sup> – che ostano, a mio avviso, a tale prospettiva.

### 3. I profili di legittimità costituzionale

In primo luogo, mi pare dirimente il rilievo che l'articolo 111 Cost., nel prevedere il «ricorso in Cassazione», per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, presuppone necessariamente la reciproca alterità tra tali consessi. Se la Costituzione prevede che le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti si impugnino in Cassazione, infatti, il giudice dell'impugnazione è necessariamente la Cassazione; non può essere un giudice a composizione mista, di cui fanno parte, insieme a consiglieri della Corte di cassazione, anche consiglieri del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. Né mi sembra che tale ostacolo possa essere superato distinguendo tra l'individuazione normativa di un giudice e la individuazione normativa della relativa composizione, ossia ritenendo che il giudice dell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, per i soli mo-

tivi inerenti alla giurisdizione, resterebbe pur sempre la Cassazione, sia pure in composizione allargata. È vero, infatti, che la composizione dei collegi della Cassazione non è direttamente disciplinata in Costituzione; ma, quali che siano le regole che il legislatore voglia dettare per disciplinare la composizione di un collegio della Cassazione, tali regole non possono comunque prescindere dalla necessità che i collegi della Cassazione vengano composti da consiglieri di cassazione, ancorché nominati per meriti insigni ai sensi dell'articolo 106 Cost., o, comunque, da magistrati organicamente incardinati nella Corte di cassazione, sia pure onorari (come i magistrati ausiliari di cui all'art. 1, comma 962, l. 27 dicembre 2017, n. 205), o titolari di funzioni di merito (come i magistrati del Massimario temporaneamente applicati ai collegi giudicanti ai sensi dell'art. 1 dl 31 agosto 2016, n. 168, convertito in legge con l. 25 ottobre 2016, n. 197).

Mi sembra infatti indubitabile che il Costituente, quando ha menzionato la Cassazione, non poteva riferirsi ad altro se non all'ufficio previsto dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, ossia un ufficio costituito da magistrati ordinari; magistrati, cioè, che, per usare le parole del primo comma dell'art. 102 Cost., sono «istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario» e, pertanto, sono soggetti al governo autonomo della magistratura affidato dalla Costituzione al Consiglio superiore della magistratura<sup>8</sup>.

### 4. La discutibile utilità dell'operazione

Anche a prescindere dal segnalato problema di legittimità costituzionale (una legge di revisione costituzionale è pur sempre possibile, almeno sul piano teorico), vorrei però andare al fondo della questione e cercare una risposta al seguente interrogativo: quale sarebbe l'utilità di allargare ai consiglieri di Stato la

7. Sia consentito rinviare, volendo, ad A. Cosentino, *Brevi considerazioni a proposito del Memorandum sulle giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 117; e a *Id.*, *Note critiche sull'ipotesi "Tribunale superiore dei conflitti"*, in *Giustizia insieme*, 27 febbraio 2019.

8. Vds., al riguardo, Corte cost., 14 gennaio 1986, n. 4, § 6, là dove si chiarisce come il rapporto di soggezione al Consiglio superiore della magistratura degli organi giudiziari e dei magistrati che li compongono «assume il valore di sicuro indice di riconoscimento della giurisdizione ordinaria. Esso consente, insomma, di affermare che appartengono alla giurisdizione ordinaria gli organi giurisdicenti riconducibili al Consiglio superiore della magistratura».

Illuminanti, sul punto, sono i rilievi di A. Travi, *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione. Osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 109: «La giurisdizione ordinaria, di cui è componente primaria la Corte di cassazione, è qualificata dall'assoggettamento dei magistrati che la compongono alla legge sull'ordinamento giudiziario (art. 102, 1° comma, Cost.); condizioni diverse di status valgono invece, secondo i rispettivi ordinamenti, per i giudici delle giurisdizioni speciali (cfr. art. 108, 2° comma, Cost.). Anche la partecipazione al collegio giudicante in Cassazione è esercizio della "funzione giurisdizionale" nell'ambito della giurisdizione ordinaria, rispetto alla quale, come è testimoniato appunto dall'art. 102, 1° comma, Cost., condizione essenziale è l'assoggettamento a uno specifico stato giuridico. La Costituzione ammette che alla funzione giurisdizionale, esercitata dagli organi di giurisdizione ordinaria, possano partecipare "cittadini idonei estranei alla magistratura" (art. 102, 2° comma, Cost.), ma in una logica (quella della partecipazione dei cittadini alla funzione giudiziaria) che è ben diversa da quella del Memorandum. Prevede infine che all'ufficio di consigliere di Cassazione, "per meriti insigni", possano essere chiamati professori universitari e avvocati con particolari requisiti (art. 106, 3° comma, Cost.): in questo modo essi diventano però a tutti gli effetti magistrati ordinari. L'inserimento di giudici speciali nei collegi della Cassazione esorbita, pertanto, dal quadro costituzionale che, da parte sua, risulta puntuale, anche per quanto attiene all'esercizio della funzione».

composizione dei collegi delle sezioni unite civili della Corte di cassazione, trasformando le stesse in un organo a composizione mista, palesemente distonico, tra l'altro, rispetto al modello – del quale proprio nell'articolo di Scoditti e Montedoro si sottolinea la ricchezza – della pluralità (non funzionale, ma) organica delle giurisdizioni?

Sulla questione dell'inserimento di consiglieri di Stato nelle sezioni unite civili della Cassazione mi sembra che debbano svolgersi considerazioni diverse, a seconda che tale inserimento venga concepito in funzione della decisione delle questioni di giurisdizione o in funzione della decisione di questioni che presentino rilevanza nomofilattica tanto per il giudice ordinario quanto per il giudice amministrativo.

#### 4.1. La decisione sulle questioni di giurisdizione

Con riferimento alle questioni di giurisdizione, l'idea di affidare la relativa soluzione a un giudice a composizione mista si colloca nella prospettiva di una concezione "arbitrale" del ruolo di tale giudice, al quale sarebbe affidata la funzione di ripartire il contenzioso tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo sulla base di criteri emergenti dalla mediazione tra gli orientamenti maturati in ciascuno dei due plessi giurisdizionali; si tratta di una prospettiva che, a mio avviso, non può essere seguita.

La Corte di cassazione e il Consiglio di Stato non sono parti in contesa, né può condividersi, al di là di una suggestione meramente sociologica, una lettura della dialettica tra la giurisprudenza della Cassazione e quella del Consiglio di Stato in termini di «lotta tra le giurisdizioni»<sup>9</sup>. I magistrati ordinari e i magistrati amministrativi non devono esercitare la giurisdizione per tutelare le rispettive prerogative, ma per amministrare la giustizia nell'ambito delle attribuzioni loro conferite dalla legge, cooperando alla realizzazione del «programma di completezza e di adeguatezza della tutela inscritto nell'articolo 24 della Costituzione»<sup>10</sup>.

D'altra parte, l'articolo 101 della Costituzione impone ai giudici di non assoggettarsi ad altro vincolo che non sia quello della legge; il che mi pare incompatibile con l'ipotesi che dei consiglieri di cassazione e dei consiglieri di Stato riuniti in un collegio giudicante possano sentirsi investiti di una qualche funzio-

ne di rappresentanza, anche soltanto culturale, delle rispettive Corti di provenienza.

La decisione sulle questioni di giurisdizione, in definitiva, non deve essere presa da un arbitro ma da un giudice; e questo giudice non può che essere la Corte di cassazione perché – riprendendo un insegnamento che l'evoluzione dell'ordinamento nell'ultimo mezzo secolo ha reso meno perspicuo, ma non meno convincente – «non tanto la giurisdizione ordinaria è tale perché è ad essa attribuito il giudizio sulla giurisdizione ma tale giudizio è stato riservato alla suddetta giurisdizione in quanto ordinaria, ossia competente su diritti soggettivi. Il giudizio sui limiti della giurisdizione ordinaria rispetto a quella amministrativa è giudizio sui limiti dei diritti soggettivi, e dunque la sua attribuzione alla stessa giurisdizione ordinaria corrisponde al sistema. Nel giudizio sulla giurisdizione il giudice ordinario decide nei limiti della propria competenza»<sup>11</sup>.

#### 4.2. La decisione sulle questioni di comune rilevanza nomofilattica

Per quanto poi riguarda la prospettiva della formazione di una nomofilachia comune ai due plessi giurisdizionali, dico subito che l'obbiettivo è indubbiamente auspicabile, giacché è innegabile che l'ampiezza assunta negli ultimi due decenni dall'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo impone a quest'ultimo di pronunciarsi molto spesso su diritti e, quindi, su questioni che formano oggetto di elaborazione della giurisprudenza civile.

Ma l'ipotesi che la partecipazione di un ristretto numero di consiglieri di Stato nei collegi delle sezioni unite della Cassazione possa davvero contribuire alla formazione di una nomofilachia comune ai giudici civili e ai giudici amministrativi mi sembra, tuttavia, illusoria. Il mezzo, in sostanza, non mi pare adeguato al fine.

La capacità di una sentenza della Corte di cassazione di orientare la giurisprudenza discende – a prescindere, ovviamente, dalla sua intrinseca persuasività, che peraltro non dipende dalla composizione del collegio che l'ha emessa – dal ruolo di giudice di ultima istanza che la Cassazione ricopre nei confronti dei giudici ordinari.

Il nucleo duro della nomofilachia – il dispositivo che, in ultima analisi, consente di assicurare "l'esatta

9. Cfr. B. Sordi, *Interesse legittimo*, in *Enc. dir. – Annali*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008.

10. Così A. Corpaci, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2013, p. 346.

11. Così E. Cannada Bartoli, voce *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, § 11.



osservanza e l'uniforme interpretazione della legge" – è cioè il potere di annullare le sentenze che si discostano dall'interpretazione della legge affermata dalla Cassazione, vincolando il giudice di rinvio al principio di diritto enunciato.

La preclusione posta dall'articolo 111 Cost. alla ricorribilità per cassazione, per violazione di legge, delle sentenze del Consiglio di Stato<sup>12</sup> esclude in radice l'effettiva possibilità di attribuire alla Corte di cassazione, quale che sia la composizione dei suoi collegi, un ruolo nomofilattico nei confronti del giudice amministrativo; ruolo che, per contro, va riconosciuto al Consiglio di Stato, ancorché il giudizio davanti a tale consesso sia strutturato come giudizio di appello e non come giudizio cassatorio, perché esso è il giudice di ultima istanza della giurisdizione amministrativa e perché i principi di diritto enunciati dalla sua adunanza plenaria sono vincolanti per le sue stesse sezioni (art. 99, terzo comma, cpa)<sup>13</sup>.

A Costituzione invariata, in definitiva, mi pare inevitabile riconoscere che le nomofilachie sono due, quella della Cassazione per la giurisdizione ordinaria e quella del Consiglio di Stato per la giurisdizione amministrativa (a tacere di quella della Corte dei conti per la giurisdizione contabile).

Che l'imponente allargamento dell'area della giurisdizione del giudice amministrativo su diritti, conseguito alla ridefinizione dell'ambito della giurisdizione esclusiva di tale giudice (*cf.* la precedente nota 2), possa determinare sovrapposizioni e tensioni tra la nomofilachia della Cassazione e quella del Consiglio di Stato è un fatto. Che tali sovrapposizioni e tensioni siano pregiudizievoli per la buona amministrazione della giustizia e la tutela celere e soddisfacente dei diritti dei cittadini è un altro fatto.

Ciò posto, le strade astrattamente percorribili per eliminare le suddette sovrapposizioni e tensioni tra la nomofilachia della Cassazione e quella del Consiglio di Stato sono, a mio giudizio, soltanto tre:

a) la prima, che può essere imboccata dal legislatore costituzionale, consiste nel rendere ricorribili

per cassazione, per violazione di legge, le sentenze del Consiglio di Stato che si pronuncino su diritti;

b) la seconda, che può essere imboccata dal legislatore ordinario, consiste nel compiere a ritroso il percorso degli ultimi due decenni, riportando l'area della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle esigue dimensioni qualitative e quantitative che essa aveva quando fu elaborata la Costituzione; se si seguisse questa strada, l'esigenza di concentrazione ed effettività della tutela nelle fattispecie connotate da intima connessione di diritti soggettivi e interessi legittimi potrebbe essere soddisfatta attribuendo al giudice ordinario, soggetto al controllo di legittimità della Cassazione, il potere di annullamento degli atti amministrativi (art. 113, ultimo comma Cost.)<sup>14</sup>;

c) la terza, che può essere imboccata dai magistrati ordinari e amministrativi, è quella di aprire e coltivare spazi di riflessione, confronto ed elaborazione comuni tra consiglieri della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato, potenziando le interrelazioni che possono progressivamente attenuare la separazione dei plessi giurisdizionali e costruire una cultura e una sensibilità condivise.

Le prime due strade sono palesemente impraticabili, per ragioni che mi paiono troppo ovvie per dover essere esposte.

Resta la terza. È una strada lunga e faticosa, con molte curve, molti ritorni indietro, molte salite. Ma non è impraticabile e, se percorsa con decisione, può portarci lontano.

Provo a spiegarmi.

L'idea di intervenire sulla composizione dei collegi delle sezioni unite della Cassazione mi pare condizionata da una visione verticistica della nomofilachia; come se la camera di consiglio delle sezioni unite fosse la "stanza dei bottoni", secondo l'indimenticabile formula di Pietro Nenni, dove si custodisce il Sacro Graal della nomofilachia.

A me pare che la società di oggi sia troppo complessa – e i poteri giurisdizionali di oggi troppo diffusi e policentrici – per poter concepire la nomofilachia

12. Una lettura estensiva dell'ultimo comma dell'articolo 111 Cost. – volta a ricomprendere nei "motivi inerenti alla giurisdizione" anche «il controllo sull'osservanza dei principi regolatori del giusto processo, a nulla rilevando che i vizi derivanti dalla violazione di tali *essentia iurisdictionis* siano sussumibili anche nella categoria degli *errores in procedendo* ovvero degli *errores in iudicando de iure procedendi*» – è stata recentemente proposta in G. Costantino - A. Carratta - G. Ruffini, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in questa *Rivista online*, 19 ottobre 2020, [www.questionegiustizia.it/articolo/limiti-esterni-e-giurisdizione-il-contrasto-fra-sezioni-unite-e-corte-costituzionale-arriva-alla-corte-ue-note-a-prima-lettura-di-cass-ss-uu-18-settembre-2020-n-19598](http://www.questionegiustizia.it/articolo/limiti-esterni-e-giurisdizione-il-contrasto-fra-sezioni-unite-e-corte-costituzionale-arriva-alla-corte-ue-note-a-prima-lettura-di-cass-ss-uu-18-settembre-2020-n-19598).

13. In questo senso, vds. A. Pajno, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rassegna forense*, n. 3-4/2014, pp. 641 ss. ([www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/275510/2014-03.04+I-09+CONGRESSO+NOMOFILACHIA+PAJNO.pdf/4cb7638c-7f8f-4131-825b-235f71542dc4?version=1.0](http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/275510/2014-03.04+I-09+CONGRESSO+NOMOFILACHIA+PAJNO.pdf/4cb7638c-7f8f-4131-825b-235f71542dc4?version=1.0)).

14. È la proposta più volte avanzata da Andrea Proto Pisani; nella sua formulazione più completa, la si può leggere in *Id.*, *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2015, V, cc. 184 ss.

come era concepita quando venne scritto l'articolo 65 dell'ordinamento giudiziario, come "ordine" di conformità che discende dal vertice<sup>15</sup>.

L'esperienza degli Osservatori sulla giustizia civile, sorti in tutta Italia, nell'ultimo ventennio, per iniziativa spontanea di magistrati, avvocati e funzionari amministrativi degli uffici giudiziari, dimostra con chiarezza che la ricerca di prassi – non solo organizzative, ma anche interpretative – condivise tra giudici e avvocati costituisce una fortissima leva di miglioramento dell'amministrazione della giustizia, con particolare riguardo al profilo della prevedibilità delle decisioni, essenziale per la sua stretta connessione con il valore costituzionale dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. Alla luce di quella esperienza, è evidente che oggi la nomofilachia non può essere intesa che come sintesi ed espressione di cultura e valori condivisi, come processo che coinvolge circolarmente la dottrina, l'avvocatura, i giudici di merito, i giudici speciali, le corti sovranazionali<sup>16</sup>.

Su questo terreno, del resto, la Corte di cassazione è già fortemente impegnata, come testimonia il gran numero di "protocolli" di intesa e collaborazione firmati dai primi presidenti che si sono succeduti negli ultimi anni con il Consiglio nazionale forense, con l'Avvocatura generale dello Stato, con la Procura generale della Repubblica presso la Corte di cassazione, con la Corte europea dei diritti dell'uomo, con la Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>17</sup>.

Questo, allora, mi sembra il piano sui cui poter utilmente sviluppare un dialogo serrato e costruttivo tra la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato per la graduale formazione di un *corpus* di principi giurisprudenziali condivisi.

Non penso soltanto alla generica condivisione di idee e di sensibilità che può derivare dalla comune partecipazione di magistrati dei due consessi ad attività scientifiche e convegnistiche comuni.

Penso a iniziative concrete, di competenza dei presidenti dei due uffici, direttamente connesse al concreto esercizio della funzione giurisdizionale: ad esempio, l'adozione di un protocollo d'intesa volto a sviluppare la prassi di far precedere la discussione di cause di rilievo nomofilattico comune davanti alle sezioni unite o davanti all'adunanza plenaria da seminari aperti alla partecipazione di consiglieri del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione<sup>18</sup>; o, per fare un altro esempio, l'istituzionalizzazione di una collaborazione continuativa tra l'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di cassazione e l'Ufficio studi massimario e formazione del Consiglio di Stato, ai fini delle redazioni di relazioni tematiche a doppia firma su temi generali di interesse comune a entrambi i plessi giurisdizionali o anche su questioni specifiche rimesse alla decisione delle sezioni unite civili o dell'adunanza plenaria.

In conclusione, per raggiungere l'obiettivo – certamente, ribadisco, auspicabile – di una nomofilachia tendenzialmente condivisa tra giudici ordinari e giudici amministrativi, la strada della etero-integrazione dei collegi delle sezioni unite della Cassazione mi pare una scorciatoia che rischia di portarci fuori pista; la strada – l'unica strada, a mio avviso, concretamente praticabile in un orizzonte visibile – è quella del dialogo paziente, operoso, leale tra i consiglieri delle Corti di cassazione e del Consiglio di Stato sui temi concreti, sulle singole questioni, per la lenta, ma solida, costruzione di una cultura e di una sensibilità comuni.

15. Giovanni Canzio ci avverte che «dobbiamo guardarci da una nomofilachia "verticale", riservata alla Corte di cassazione e declinata in senso gerarchico. La nomofilachia moderna non può essere che "orizzontale", "circolare" e "cettuale"»: *Id.*, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2017, p. 25.

16. Roberto Conti parla di «giurisdizione nazionale di ultima istanza costantemente *in progress* proprio perché chiamata, fuori da una dimensione museale, a misurarsi e prim'ancora a dialogare, in un ciclo continuo e mai concluso, con le altre Corti»: *Id.*, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I "volti" della Corte di Cassazione a confronto*, in *Giustizia insieme*, 4 marzo 2021, [www.giustizia-insieme.it/it/diritto-processo-civile/1599-nomofilachia-integrata-e-diritto-sovranazionale-i-volti-delle-corte-di-cassazione-a-confronto-di-roberto-conti](http://www.giustizia-insieme.it/it/diritto-processo-civile/1599-nomofilachia-integrata-e-diritto-sovranazionale-i-volti-delle-corte-di-cassazione-a-confronto-di-roberto-conti).

17. Segnala Renato Rordorf che «il diritto, oggi, non è più fatto solo da disposizioni cogenti di legge e non è più solo espressione della sovrastante volontà dello Stato legislatore (ammesso che mai, davvero, così sia stato), ma sempre più è integrato da strumenti complementari (che li si voglia o meno definire di *soft law*), che nascono dal basso e sono destinati a indirizzare il comportamento degli operatori tutti, compresi i giudici. I protocolli d'intesa, in questo come in molti altri campi, sono ormai sempre più presenti nella "cassetta degli attrezzi" del giurista. Talvolta fanno storcere un po' il naso ai tradizionalisti, ma assai più proficuo è prenderne atto e cercare di utilizzarli al meglio»: *Id.*, *La Corte di cassazione e la Corte Edu*, in questa *Rivista, Speciale* n. 1/2019 – F. Buffa e M.G. Civinini (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, aprile 2019.

18. Sul modello dei "dialoghi" organizzati in collaborazione tra la formazione decentrata presso la Cassazione della Scuola superiore della magistratura e la cattedra di Procedura civile dell'Università "Roma Tre" su temi di attualità processuale, con particolare riguardo alle questioni che abbiano formato oggetto di remissione alle sezioni unite.

## Pluralità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele

di Antonio Scarpa

È davvero superato il dibattito giuridico sulla questione del sistema dualistico della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione?

Nel saggio *Il giudice amministrativo come risorsa*, di E. Scoditti e G. Montedoro, pubblicato in questo fascicolo, si pone il dubbio che sia ormai superato il dibattito fra i fautori dell'unità della giurisdizione e i sostenitori della ricchezza di un modello non monista, che avrebbe le sue ragioni nello Stato sociale pluriclasse. Sarebbero ormai chiare le ragioni della presenza del giudice amministrativo, posto a tutela, nel medesimo tempo, dell'autonomia e della legalità dell'amministrazione, sicché la stessa distinzione dei sistemi di tutela giurisdizionali, quale specchio della duplicità diritti/interessi, appare conforme al costituzionalismo contemporaneo.

È questo il contesto storico e ordinamentale che ha fatto da sfondo alle evoluzioni applicative del sindacato della Corte di cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., ampliato fino al punto da implicare la tutela effettiva dei diritti e degli interessi, quindi contratto nel senso di tener sempre fuori da esso ogni doglianza attinente agli *errores in iudicando* o *in procedendo*, poi di nuovo, per il momento dubitativamente, riespanso per farvi rientrare il controllo sulle decisioni del Consiglio di Stato che violino il diritto dell'Unione europea.

Io non direi, tuttavia, che il dibattito giuridico italiano sulla questione del sistema dualistico della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione possa dirsi superato. È, anzi, un dibattito di perenne attualità nel nostro ambiente giuridico, da quando quel sistema fu creato con la istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato nel 1889 e, poi, rinforzato con la Costituzione del 1948. La nota alterna-

tiva ad esso auspica di attribuire a una giurisdizione strutturalmente (e non soltanto funzionalmente) unica la tutela nei confronti della p.a.: è quanto si provò a sostenere già in sede di Assemblea costituente da Piero Calamandrei, quanto si consiglia tuttora da studiosi del diritto amministrativo e del diritto processuale civile e quanto emerge dai continui, più o meno recenti, progetti di riforma che modificherebbero gli artt. 24, 103, 111 e 113 della Carta costituzionale.

Altrimenti si invoca di attribuire, con legge ordinaria, non più alle sezioni unite della Corte di cassazione, ma a un organo misto, oppure a un'apposita sezione della Suprema corte integrata con rappresentanti del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, il compito di decidere sui ricorsi per motivi di giurisdizione.

Può convenirsi sulla necessità di un approccio al tema che si riveli libero da preconcetti di natura culturale e ideologica, apparendo anacronistico l'argomento dell'insufficiente protezione del cittadino nei rapporti con la p.a. addebitabile al vigente riparto giudiziale. Alle impostazioni, arroccate su giudizi politici o di valore, si sono storicamente contrapposti coloro che contestano l'insufficienza del mito della unicità della giurisdizione ai fini della garanzia delle libertà, come del mantenimento della sicurezza giuridica, nonché la sua incapacità di preservare il giusto spazio alla "ragione di Stato".

Va, tuttavia, ritenuto un fatto che, ad assetto costituzionale invariato, il mantenimento di un dualismo delle tutele costituisce un limite invalicabile per il legislatore ordinario, nel senso che l'obiettivo della assoluta unità strutturale della giurisdizione

colliderebbe quanto meno con l'art. 113 Cost. È questo quanto si legge, in sostanza, nella sentenza n. 204 del 6 luglio 2004 della Corte costituzionale, circa l'essenzialità del confine fra diritti soggettivi e interessi legittimi e il radicamento delle distinte giurisdizioni, e quanto certamente non è smentito dalla successiva Corte cost., 20 novembre 2008, n. 377, ove pur si negava l'esistenza di «una soluzione costituzionalmente obbligata, spettando alla legge la scelta in ordine all'eventuale concentrazione della tutela e all'individuazione del giudice competente».

L'art. 103, primo comma, Cost. fonda, dunque, tuttora il criterio di riparto fra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa sulla diversità strutturale fra due differenti tipi di posizioni soggettive. Intesa peraltro la giurisdizione, in senso lato, quale luogo di tutela delle situazioni soggettive azionate, la distinzione costituzionale tra diritti soggettivi e interessi legittimi vale non a discriminare contrapposti comparti giudiziari, quanto a salvaguardare le indispensabili diversità tipologiche dei processi che vi appartengono. D'altro canto, è difficile contestare la considerazione di fondo secondo cui si è assistito negli ultimi decenni a un sostanziale svuotamento dell'art. 103 Cost. (svuotamento passato indenne al vaglio di costituzionalità in Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204; 11 maggio 2006, n. 191; 12 marzo 2007, n. 77), di tal che il riparto tra il giudice civile e il giudice amministrativo non è ormai più fondato sulla natura della situazione giuridica dedotta, quanto sulla natura pubblica o privata della controversia, rimanendo il giudice amministrativo competente ogni qual volta venga convenuta in giudizio un'amministrazione che ha agito in quanto tale.

La stessa originaria impostazione alla base del rapporto tra il giudice civile e quello amministrativo è stata stravolta: quest'ultimo, come già si è ricordato, non si occupa più solo di interessi legittimi, e la tutela che può concedere non è esclusivamente demolitoria, potendo accordare altresì la tutela consequenziale.

C'è da chiedersi, piuttosto, quale ruolo abbia svolto e quale ruolo debba svolgere la Corte di cassazione in tale sistema.

Ora, i limiti posti al ricorso per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti dall'art. 111, comma 8, Cost. impediscono certamente di prospettare un'unità organizzativa strutturale tra i vari ordini di giudici. La Costituzione delinea la Corte di cassazione come organo regolatore dei conflitti tra giudici di diverso ordine, ma sul presupposto inalienabile dell'autonomia delle varie giurisdizioni e della rigidità delle rispettive sfere di attribuzioni; spetta ad essa, in sostanza, il compito di verificare se il giudice amministrativo o quello contabile abbiano rispettato i confini delle proprie giurisdizioni,

ovvero se addirittura si tratti, a mente dell'art. 37 cpc, di ipotesi in cui l'attore sia sfornito di azione nei confronti della pubblica amministrazione.

In realtà, per certi versi, un'unità strutturale della giurisdizione è stata realizzata in via pretoria da oltre un decennio mediante il richiamo ai principi della ragionevole durata del processo e della effettività del tutela giurisdizionale, che si traggono dal vigente testo dell'art. 111 Cost.

Di tale unificazione strutturale costituisce innanzitutto espressione l'interpretazione che ha ravvisato nella soluzione data al tema della giurisdizione un autonomo capo di sentenza ai sensi dell'art. 329, comma 2, cpc, idoneo a divenire definitivo in caso di acquiescenza. Ciò in nome sia di un affermato affievolimento della centralità della giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, sia, appunto, del principio costituzionale della ragionevole durata del processo. È la stessa impostazione poi seguita dall'art. 9 del codice del processo amministrativo. Ed è la stessa logica che è alla base dell'orientamento giurisprudenziale, ormai consolidatosi, che nega a colui che abbia incardinato la causa dinanzi a un giudice e sia rimasto soccombente nel merito, la legittimazione a proporre appello per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto. Sono tutte soluzioni ermeneutiche che nei fatti, riducendo il rilievo del difetto di giurisdizione, aumentano le probabilità che il giudice originariamente privo di essa in base alle regole che staticamente disciplinano la suddivisione tra i comparti, acquisisca dinamicamente il potere decisorio nel corso del processo. Diviene, così, del tutto frequente, per l'insorgere delle preclusioni endoprocessuali sulla questione di giurisdizione, che materie riservate a un comparto vengano in concreto decise entro un altro comparto, con le immaginabili complicazioni che si pongono allorché la giurisdizione sopravviene innanzi a un giudice cui non compete il potere di accordare la tutela richiesta.

Così come depone per un sistema di giurisdizione unica l'interpretazione che delinea evolutivamente i limiti esterni del sindacato consentito alle sezioni unite sulle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti in base al canone della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo. Sicché sarebbero motivi inerenti alla giurisdizione non soltanto quelli che verificano i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quelli che attengono al contenuto di quel potere, onde verificare se il giudice speciale abbia erogato concretamente la tutela a lui devoluta.

Sempre nel senso della sostanziale unitarietà della giurisdizione cospira l'introduzione della *translatio iudicij* tra i diversi comparti giurisdizionali, da cui si fa

derivare tra l'altro la salvezza degli effetti sostanziali già riconducibili alla prima iniziativa processuale.

Quando, allora, la Corte costituzionale, in nome del mantenimento dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni, aveva appena riaffermato sonoramente la propria contrarietà a ogni interpretazione, per così dire, dinamica della espressione «motivi inerenti alla giurisdizione», tale da determinare una tendenziale assimilazione del comma 8 dell'art. 111 Cost., riferito unicamente al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti, al ricorso in Cassazione per violazione di legge, di cui al precedente comma 7, è già riemersa la problematica della rilevanza delle ipotesi di scostamento dalla giurisprudenza della Corte di giustizia ai fini dell'accesso alla tutela giurisdizionale, ove intenda negarsi che il ricorso ex art. 111, ottavo comma, Cost. possa

servire a prevenire la formazione di un giudicato incompatibile con il diritto dell'Unione.

Rimane allo stato nelle retroguardie, quasi timoroso di riaffacciarsi sulla scena, un altro interrogativo, ideologicamente simmetrico ma, ad avviso di tanti, ancor più allarmante: di fronte a un riparto di giurisdizione che ha devoluto al giudice amministrativo un'ampissima cognizione anche in materia di rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione incidenti su sfere dell'autonomia privata, di tal che giudici amministrativi e ordinari conoscono in sostanza di identiche questioni di diritto, quanto è compatibile con l'art. 3 Cost., in relazione all'art. 65 ordinamento giudiziario, l'esclusione della generale ricorribilità in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato per violazione di legge?



# Ricostituzione della fiducia e dialogo fra le giurisdizioni

di *Alessandro Pajno*

Al fine di consentire il “nuovo inizio” di cui il Paese ha bisogno, va ripristinata quella fiducia da tempo entrata in crisi, e in particolare la fiducia nell’amministrazione della giustizia. Il rapporto fra le giurisdizioni va costruito non come rivendicazione di spazi, ma quale contributo a un’impresa comune, l’esercizio dell’unica funzione giurisdizionale. In questo quadro, un’importanza decisiva va attribuita all’intervento della Corte di cassazione. Il pluralismo delle giurisdizioni va letto come declinazione del pluralismo costituzionale.

**1. La fiducia e la sua crisi / 2. Emergenza e ricostituzione della fiducia: i problemi aperti / 3. Crisi della fiducia e crisi della giustizia. I rapporti fra giurisdizione ordinaria e amministrativa / 4. L’ordinanza n. 19598/2020 delle sezioni unite della Cassazione e la testimonianza del disagio / 5. Il giudice amministrativo come risorsa / 6. L’Europa e il “cambio di paradigma”. Il programma costituzionale sulla giustizia amministrativa / 7. L’art. 24 Cost. come chiave di lettura del sistema di tutela giurisdizionale / 8. L’art. 111, ultimo comma, Cost. e il valore della funzione regolatrice della giurisdizione / 9. Il pluralismo: cuore della democrazia. Il pluralismo delle giurisdizioni come declinazione del pluralismo costituzionale / 10. Sistema plurale e rilevanza della Corte di cassazione / 11. Il nuovo scenario del controllo dei poteri, pubblici e privati. Ruolo del formante giurisprudenziale e di una cultura comune della giurisdizione**

## 1. La fiducia e la sua crisi

“Fiducia” è una parola antica, ma capace di evocare radici profonde. Fiducia indica, innanzi tutto, una *relazione*, un *affidamento* nei confronti di qualcuno (in Dio, nel prossimo), in un sistema di valori, nelle istituzioni. Lingue come il francese e lo spagnolo evocano il connotato sociale della fiducia attraverso il prefisso “con” (*confiance*, *confianza*) e la lingua inglese pone in luce un’altra importante relazione, quella con la verità, grazie alla parola *trust*, che deriva da *true*, vero. Non può esserci fiducia senza verità<sup>1</sup>.

La fiducia investe anche il rapporto con il *tempo*: essa suppone una relazione con un passato su cui si fa affidamento, e nello stesso tempo un rapporto con il futuro. In esso, la fiducia si proietta e diviene *speranza*.

La fiducia riguarda pertanto le relazioni personali e sociali, l’economia (non c’è mercato senza fiducia), le istituzioni, che hanno il compito di promuoverla (non a caso la *fiducia* è divenuta un istituto della democrazia parlamentare e ha un ruolo fondamentale nelle scienze giuridiche). Il codice civile richiama più volte il principio di buona fede; quello del legittimo

1. A. Pajno, *Progettare il futuro*, in *Nuova antologia*, n. 2294/2020 (aprile-giugno), pp. 27 ss.

affidamento è richiamato dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Lussemburgo, mentre nel rapporto fra soggetti istituzionali esso assume il volto della leale cooperazione.

Della fiducia si registra da tempo una grave crisi. Molte sono le cause del fenomeno e non è questo il luogo per approfondirle: tuttavia, un ruolo significativo è stato svolto dal modo in cui è stato percepito il mutamento di direzione del fenomeno della globalizzazione. Questa, considerata capace di generare fiducia perché volta a garantire insieme crescita sociale e libertà individuale, è divenuta nella percezione del cittadino un processo che provoca incertezza nei confronti del futuro e ansia per il proprio destino personale. A fronte della prospettiva della globalizzazione si è cercato rifugio nel *confine*, ritenuto strumento capace di costruire un riparo in un mondo ormai senza certezze; da qui la fortuna dei nazionalismi e dei sovranismi.

Con il passare del tempo, la crisi della fiducia è divenuta crisi della politica intesa come crisi della decisione pubblica<sup>2</sup>. Quella della fiducia è divenuta crisi della legge, sempre più incerta e sempre meno capace di regolare e, in via di stretta consequenzialità, crisi dell'amministrazione, deputata a scegliere nel concreto le modalità della realizzazione dell'interesse pubblico e della giurisdizione, che all'attuazione concreta della volontà di legge è istituzionalmente chiamata.

La crisi della fiducia è così, in qualche modo, giunta alla radice dello stesso tessuto costituzionale e istituzionale.

## 2. Emergenza e ricostituzione della fiducia: i problemi aperti

È su uno scenario del genere che è calata la pandemia da *coronavirus* e, con essa, le misure sociali, giuridiche ed economiche che l'hanno accompagnata e che ancora permangono.

Con la pandemia è piombata sul Paese l'emergenza, con tutte le sue ambiguità, ma anche con le sue possibilità. Essa, infatti non è soltanto la stagione che sospende il tempo presente, ma sopraggiunge carica dei problemi irrisolti del passato, e si proietta sul futuro, interrogandosi sulle condizioni necessarie per consentire un "nuovo inizio" del Paese<sup>3</sup>. Si ripropone, in tal modo, la situazione che ha condotto a quella crisi della fiducia che è stata indicata sopra. È questa fiducia che va in qualche modo ripristinata per consen-

tire, con le nuove misure progettate per l'uscita dalla crisi, quel "nuovo inizio" di cui il Paese ha bisogno.

Progettare il futuro significa, allora, tentare di ricostruire quella fiducia che costituisce l'anticorpo necessario per il nuovo inizio del Paese, perché questo non potrà aver luogo se non si fornisce soluzione a quei problemi che da tempo lo affliggono. Si tratta, allora, di identificare con chiarezza quelle questioni, non soltanto istituzionali ma anche culturali, indispensabili per un assetto più stabile e armonioso della vita del Paese dopo la pandemia. Non si tratta solo di far presto, ma di fare bene.

## 3. Crisi della fiducia e crisi della giustizia. I rapporti fra giurisdizione ordinaria e amministrativa

Fra le questioni che hanno contribuito alla crisi della fiducia vi è anche quella della giustizia, che è anche crisi di fiducia nei riguardi di chi è chiamato ad amministrarla.

Fatti su cui le cronache si sono a lungo soffermate hanno contribuito a incrementare ulteriormente la sfiducia dei cittadini nei confronti della giustizia; e il discredito che ne deriva coinvolge, in realtà, non questa o quella questione, non questa o quella giurisdizione, ma tutti gli ordini di giurisdizione, ritenuti, alla fine, come corpi impenetrabili all'innovazione, fondamentalmente autoreferenziali, preoccupati più di esercitare un potere che di rendere un servizio.

La crisi di fiducia transita, così, dai soggetti chiamati a esercitarli alla funzione; questa viene vista ora come gravata da formalismi e contraddizioni, ora come inidonea ad assicurare una soddisfazione effettiva della domanda di giustizia, ora come indifferente a quanto accade attorno a lei e alle ragioni dello sviluppo, decisive per la ripresa del Paese.

La giurisdizione viene percepita, come è stato detto, come intrinsecamente a-economica, espressione solo di sovranità e di diritti, dunque senza costo e senza tempo<sup>4</sup>.

Molti sono i problemi legati all'amministrazione della giustizia: tra di essi, uno capace di generare difficoltà e incertezza, e quindi di incrementare la sfiducia, è quello legato ai non sempre facili rapporti fra giurisdizione ordinaria e amministrativa, fra Corte di cassazione e Consiglio di Stato con riferimento alla delimitazione dei rispettivi ambiti di intervento.

2. A. Pajno, *op. ult. cit.*, pp. 29 ss.

3. *Ivi*, p. 30.

4. S. Rossi, *Controttempo. L'Italia nella crisi mondiale*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. IX. Vds. anche A. Pajno, *Processo amministrativo e processo economico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2020, pp. 208 ss.

Il mondo della giustizia conosce, forse, problemi più gravi; tuttavia la difficoltà del rapporto tra giurisdizione ordinaria e giustizia amministrativa, la fatica nello stabilire i reciproci confini, si risolvono obiettivamente in un aumento dell'incertezza per i cittadini, in un conseguente incremento della sfiducia e un ulteriore incremento dei tempi della giustizia, che vedono, in quasi tutti i casi riguardanti opere pubbliche di rilievo o questioni rilevanti per l'economia, un giudizio che si conclude con il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione avverso la sentenza del Consiglio di Stato (spesso, comunque, dichiarato inammissibile dalla Corte regolatrice).

#### 4. L'ordinanza n. 19598/2020 delle sezioni unite della Cassazione e la testimonianza del disagio

Queste difficoltà nel rapporto tra giurisdizione ordinaria e giustizia amministrativa hanno trovato, adesso, un ulteriore significativo riconoscimento nella nota ordinanza n. 19598/2020 delle sezioni unite della Corte di cassazione, che ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo sull'ampiezza del proprio sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato con riferimento all'ipotesi di violazione del diritto europeo.

In tal modo la Corte avrebbe, in qualche modo, come è stato osservato, sottoposto alla Corte di Lussemburgo il modello italiano di giustizia amministrativa<sup>5</sup>, e anzi, ciò sarebbe avvenuto osando «l'inaudito, cioè sostanzialmente impugnando una sentenza della Corte costituzionale»<sup>6</sup>, sicché la «guerra tra le Corti» sarebbe «ormai dichiarata in modi che ben si possono definire spettacolari»<sup>7</sup>.

Non è questo il luogo per esaminare l'ordinanza della Corte regolatrice e per contribuire al dibattito (e alle polemiche) che l'hanno accompagnato. Quel che qui si vuol mettere in luce è soltanto il fatto che esso costituisce oggettivamente una significativa e incontrovertibile testimonianza del disagio che serpeggia fra le corti nazionali, delle difficoltà in cui operano i loro componenti e dell'aumento dell'incertezza che, inevitabilmente, si riflette sull'ordinamento proprio a seguito di pronunce di corti supreme – Corte di cassazione, Consiglio di Stato, Corte costituzionale – che nella diminuzione dell'incertezza e nella ricostruzione della fiducia dovrebbero trovare la propria missione.

L'ordinanza delle sezioni unite contribuisce a squarciare il velo dell'ipocrisia e ci mette di fronte a un problema oggettivo: alla presenza, cioè, di corti che sembrano, talvolta, concepire la propria funzione come rivendicazione e appropriazione di potere piuttosto che come contributo a un lavoro e a una impresa comune, a un modo divisivo e non unitivo di esercitare, nella diversità degli ordini, l'unica funzione giurisdizionale.

Questa, per dir così, attitudine divisiva sembra proiettarsi anche oltre i confini: colpisce, il fatto che i numerosi commentatori dell'ordinanza sopra ricordata si siano a loro volta, in qualche modo, suddivisi in schieramenti contrapposti volti a sostenere (spesso con argomenti non banali) le ragioni delle diverse parti in causa: testimonianza, questa, del fatto che una cultura divisiva genera a sua volta divisioni e, di conseguenza, incertezza. Si evidenzia, così, un problema antico che è forse dovuto a qualche incertezza nell'assetto normativo, ma che è anche un problema culturale: un problema che va, in qualche modo, risolto, se si vuol contribuire alla diminuzione dell'incertezza e alla ri-costituzione della fiducia.

E infatti, se la fiducia implica, come si è visto, una relazione e un rapporto con la verità, occorre che i diversi protagonisti – giudici, avvocati, studiosi – comunichino fra di loro e si parlino guardando alla verità dei fatti.

#### 5. Il giudice amministrativo come risorsa

Considerato da questo punto di vista, l'intervento di Giancarlo Montedoro ed Enrico Scoditti<sup>8</sup> costituisce un documento importante per comunicare, discutere, costruire un dialogo nel segno della fiducia e trovare soluzioni capaci di superare le difficoltà.

Colpisce, innanzi tutto, il titolo del contributo («*Il giudice amministrativo come risorsa*»): esso segnala che non tutti, probabilmente, hanno considerato positivamente la crescita, negli anni, del sistema di giustizia amministrativa, ma evidenzia con forza nello stesso tempo, che questo sistema costituisce una ricchezza, perché ha incrementato in modo significativo la possibilità di tutela del cittadino, in senso quantitativo e anche qualitativo.

5. A. Travi, *I motivi inerenti alla giurisdizione ed il diritto dell'Unione in una recente ordinanza delle sezioni unite* (nota a Cass. civ., sez. unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598), in *Foro it.*, 2020, I, cc. 3415 ss.

6. R. Bin, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi (paper)*, 18 novembre 2020, p. 10, [www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44450](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44450).

7. *Ibid.*

8. G. Montedoro ed E. Scoditti, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in questo fascicolo.

Il documento è tuttavia rilevante anche perché suggerisce un possibile percorso per pervenire a una visione condivisa sulla giustizia amministrativa, che va dalla considerazione della sua origine storica al rapporto tra pluralismo delle giurisdizioni e costituzionalismo e democrazia, alle questioni che attengono alla dialettica tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa (la giurisdizione esclusiva, il riparto), ai problemi legati all'ordinamento della magistratura amministrativa, al sindacato sul potere, alla necessità di pervenire a una cultura comune della giurisdizione, utile per affrontare le sfide poste a un Paese stremato dalla pandemia.

Molte delle osservazioni formulate nell'intervento di Montedoro e Scoditti sono condivisibili e non possono certo essere affrontate in questa sede tutte le questioni tecniche che in esso sono indicate; quel che può essere fatto è ricordare, in primo luogo, che queste stesse questioni vanno esaminate con un approccio costruttivo e non rivendicativo, poiché non si tratta di definire ciò che è dominio riservato dell'uno o dell'altro ordine di giurisdizione, ma di procedere con la logica di chi costruisce la casa comune della giustizia, indispensabile per la qualità della democrazia.

È forse in questo senso che Montedoro e Scoditti invitano a ripensare i problemi di valenza tecnica nel quadro culturale e pluralista di una democrazia liberale.

In secondo luogo, può essere utile richiamare alcune riflessioni che costituiscono, almeno nella prospettiva di chi scrive, alcuni momenti significativi attorno a cui è possibile costruire il percorso idoneo a restituire un maggior grado di certezza, a Costituzione invariata, alle relazioni tra giustizia ordinaria e giustizia amministrativa, nell'interesse del cittadino.

## 6. L'Europa e il "cambio di paradigma". Il programma costituzionale sulla giustizia amministrativa

Se è sempre dalla considerazione della realtà che bisogna partire, occorre prendere atto che, nel corso degli anni, la giustizia amministrativa ha conosciuto un incremento assai significativo non soltanto dei suoi ambiti, ma anche con riferimento alla qualità e

quantità di poteri riconosciuti al giudice amministrativo. Si tratta di un fenomeno non soltanto italiano, se si considerano le parole di uno studioso come E. García de Enterría, che parla di un autentico *cambio di paradigma* nei sistemi di giustizia amministrativa in Europa; cambio di paradigma da cui deriva un ruolo nuovo del giudice amministrativo, chiamato ormai a «tutelare lo spazio di libertà che il cittadino contemporaneo ha conquistato in modo definitivo e sulle cui fondamenta, soltanto, può edificare e proteggere la sua vita personale»<sup>9</sup>.

La crescita del sistema di giustizia amministrativa costituisce, pertanto, un tratto distintivo delle democrazie europee e non è dovuta, per quanto riguarda il nostro Paese, alla singolarità delle scelte del legislatore, ovvero all'astuzia di alcuni gruppi di pressione, ma all'attuazione del "programma" costituzionale sulla giustizia amministrativa. Occorre, infatti tener presente che la Costituzione, se da una parte ha assunto il sistema formatosi dopo la legge abolitiva del contenzioso amministrativo, registra, dall'altra, disposizioni contenenti forti elementi di innovazione (artt. 24, 113, terzo comma, e 125 Cost.) che, nel loro insieme, delineano un vero e proprio "programma costituzionale" da attuare attraverso la legislazione ordinaria<sup>10</sup>. Questo programma è stato realizzato attraverso interventi del legislatore, sentenze della Corte costituzionale e con l'apporto decisivo della giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato, e ha trovato un assetto compiuto nel codice del processo amministrativo approvato con d.lgs 2 luglio 2010, n. 104.

L'immagine complessiva che ne risulta è molto diversa da quella iniziale, ed è la stessa giurisprudenza costituzionale a rendere palese questo processo. Le prime sentenze della Consulta descrivono, infatti, il Consiglio di Stato come un organo di giurisdizione speciale sopravvissuto all'entrata in vigore della Carta costituzionale, anche in vista di una graduale revisione<sup>11</sup>, e conservato perché si era stabilito di non portare alle estreme conseguenze il principio di unità della giurisdizione<sup>12</sup>; la giurisprudenza degli anni duemila (anteriore al codice) riconosce al Consiglio di Stato e ai tribunali amministrativi «piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate (dal modo in cui era stato inteso)

9. E. García de Enterría, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 77-78.

10. V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione amministrativa e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004, V, pp. 3033 ss.; A. Pajno, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, in G. Canzio - P. Grossi - A. Pajno, *Corte costituzionale, Corte di cassazione, Consiglio di Stato. Tre giurisdizioni apicali*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 88 ss.

11. Corte cost., 11 marzo 1957, n. 41.

12. Corte cost., 15 luglio 1959, n. 48.

l'art. 2 della legge del 1865»<sup>13</sup> e assegna al giudice amministrativo, quale giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica, «poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali, in dipendenza dell'illegittimo esercizio della funzione pubblica»<sup>14</sup>.

Le decisioni della Consulta degli anni duemila registrano, così, l'attuazione del “programma costituzionale” sulla giustizia amministrativa; di questo programma costituisce realizzazione anche l'incremento della giurisdizione esclusiva.

Della giurisdizione esclusiva la Consulta ha, correttamente, ricordato il fondamento e i limiti con la sentenza n. 204/2004; occorrerebbe, peraltro, chiedersi perché il ricorso alla giurisdizione esclusiva da parte del legislatore ordinario sia stato e, almeno in parte, continui a essere pregnante. La risposta è semplice: si tratta di un modo di operare, autorizzato dall'art. 103 Cost., che realizza in maniera efficace la concentrazione delle tutele in un'unica sede giudiziaria, e quindi le esigenze del principio di effettività di cui all'art. 24 Cost. Quello che è definito, nel contributo di Montedoro e Scoditti, un mutamento della Costituzione materiale costituisce anche un modo di realizzare le esigenze di effettività della tutela. È, probabilmente, con questa ottica che dovrebbero essere considerate le diverse questioni che si pongono a proposito della giurisdizione esclusiva, dal momento che allontanarsi da tale ottica potrebbe risolversi, in qualche modo, in una compromissione di quelle esigenze di effettività che la Costituzione invita concretamente a realizzare.

## 7. L'art. 24 Cost. come chiave di lettura del sistema di tutela giurisdizionale

Le osservazioni che precedono contribuiscono a richiamare l'attenzione sull'art. 24 Cost., vera norma fondativa del sistema di tutela giurisdizionale, non a caso inserita nella prima parte della Costituzione.

Sull'art. 24 Cost. molto si è scritto, e non è certo il caso di ripetere cose già dette molto bene da altri. Quel che, invece, pare utile osservare è che il senso profondo di tale disposizione non sta soltanto nel dare copertura costituzionale alla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi e nella scelta conseguente di costituzionalizzare la struttura dualista della tutela giurisdizionale nei confronti dell'ammini-

strazione, quanto, piuttosto, nel sottolineare con forza che, a fronte della lesione di qualunque situazione soggettiva, l'unica risposta non può che essere quella dell'accesso alla tutela giurisdizionale attraverso l'esercizio del diritto di azione.

Riguardata in questa prospettiva, la disposizione di cui all'art. 24 Cost. ha, innanzi tutto, un connotato sostanziale, richiamando l'attenzione su tutte le situazioni soggettive che l'ordinamento riconosce meritevoli di tutela, per evidenziare poi il connotato processuale, e cioè che a fronte della lesione di esse non può che esservi l'accesso alla tutela giurisdizionale.

In questa prospettiva – nella prospettiva cioè di una norma di principio e di una disposizione sul complessivo sistema di tutela giurisdizionale – ciò che colpisce è il fatto che alla enunciazione delle diverse situazioni soggettive non sia correlata una indicazione dei diversi ordini di giudici chiamati a tutelarli (lo farà successivamente, ma in una diversa ottica, l'art. 113, primo comma, Cost.), ma semplicemente l'affermazione del diritto di agire in giudizio.

Val quanto dire che ogni forma di protezione giurisdizionale azionabile da parte di chi è leso nella propria situazione soggettiva costituisce un valore, e che non vi è distinzione né limitazione a questo valore in relazione a qualunque potere, privato o pubblico, e a qualunque tipo di organizzazione del giudice e del giudizio.

In questo senso, l'art. 24 Cost. è una norma, oltre che sul diritto di azione, sull'unità funzionale della giurisdizione e su un complessivo, unitario, sistema di tutela giurisdizionale, mentre le disposizioni contenute negli artt. 103 e 113 Cost. sono norme sull'organizzazione del sistema di tutela e, con riferimento all'esercizio del potere pubblico, sulla divisione dei lavori dei giudici, che non sono monopolisti delle diverse tecniche di tutela giurisdizionale, dal momento che spetta alla legge (art. 103, terzo comma, Cost.) indicare chi ne è titolare.

È, quindi, proprio sull'art. 24 Cost. che deve trovare fondamento una cultura comune della giurisdizione e la consapevolezza dell'esercizio di una identica funzione, pur nella diversità delle forme organizzative: una cultura in cui dovrebbero essere privilegiate le forme riguardanti l'unità della funzione e le conseguenti letture unificanti del sistema di tutela giurisdizionale, piuttosto che le forme riguardanti l'appartenenza all'una o all'altra organizzazione della giurisdizione. La consapevolezza dell'appartenenza a un sistema comune, anche se diversamente organizzato, dovrebbe costituire l'ottica in cui ogni giudice

13. Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204.

14. Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140.



– ordinario, amministrativo, contabile – è chiamato a svolgere la propria funzione e la chiave di lettura delle modalità di effettuazione del riparto, non solo da parte della Cassazione, ma da parte di qualunque giudice: il riparto dovrebbe essere effettuato sempre nell'ottica della garanzia dell'effettività della tutela piuttosto che nella sola prospettiva dell'appartenenza della questione all'uno o all'altro ordine di giudici.

### 8. L'art. 111, ultimo comma, Cost. e il valore della funzione regolatrice della giurisdizione

Le osservazioni sin qui esposte conducono, così, alle questioni legate al pluralismo delle organizzazioni in cui si articola la giurisdizione. Anche qui molte cose sono state scritte. Vale la pena, solo, di ricordare che nella Costituzione è sufficientemente chiara la scelta per l'unità funzionale, non organica della giurisdizione e che la consapevolezza di questa scelta condiziona la modalità di costruzione e la funzione dello stesso riparto di giurisdizione.

È noto che la questione dell'impugnabilità in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti fu oggetto di dibattito in Assemblea costituente, insieme a quella concernente l'unicità o pluralità delle Corti di cassazione. È noto, altresì, che la proposta di Costantino Mortati, volta ad attribuire i conflitti di giurisdizione alla Corte di garanzia costituzionale, sul presupposto che in un sistema fondato sull'unità funzionale e non organica i conflitti di giurisdizione assumevano carattere costituzionale<sup>15</sup>, non trovò accoglimento; venne, invece, approvata la proposta della Commissione che recepiva un emendamento dell'On. Leone<sup>16</sup> e che, pur prevedendo il ricorso per cassazione per violazione di legge avverso le sentenze dei giudici speciali, disponeva che avverso le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso fosse ammesso «per soli motivi inerenti alla giurisdizione».

Nell'illustrare la proposta, nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947, l'On. Rossi (un emendamento dal quale aveva assorbito la proposta Leone) richiamò le ragioni legate all'unità della giurisdizione e alla impugnabilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze dei giudici speciali, ma precisò che, con l'impugnabilità per soli motivi

inerenti alla giurisdizione delle pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, si era in parte «cercato di accogliere il criterio dell'On. Mortati»<sup>17</sup>. In tal modo, era stata introdotta una apposita garanzia «senza che si sia violata la giurisdizione speciale del Consiglio di Stato e della Corte dei conti perché è stabilito che il ricorso è ammesso per soli motivi inerenti alla giurisdizione»<sup>18</sup>.

Il testo dell'art. 102, approvato in sede di Assemblea costituente e divenuto poi l'ultimo comma dell'art. 111 Cost., era dunque il frutto di un compromesso, che accoglieva una parte della proposta Mortati, volta a porre una garanzia concreta alla pluralità delle giurisdizioni nell'unità della funzione: garanzia consistente nella sottrazione al ricorso per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato e alla ricorribilità delle medesime per soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Evidente appare, allora, il senso della previsione contenuta nell'art. 111, ultimo comma, Cost. e il ruolo che la disposizione assume nell'ordinamento e nel suo equilibrio complessivo; nello stesso tempo, si manifesta con chiarezza il compito che la Costituzione ha affidato alle sezioni unite della Cassazione in sede di regolazione della giurisdizione.

Ed infatti, la previsione costituzionale di cui all'art. 111 ultimo comma obbedisce allo scopo di garantire il pluralismo degli ordini di giurisdizione e l'autonomia che per essi la Costituzione ha voluto, sicché uno «schiacciamento» delle ipotesi riconducibili all'art. 111, ottavo comma, su quello previsto dal settimo comma dello stesso articolo, potrebbe risolversi in un'alterazione dell'equilibrio voluto dalla Carta costituzionale e, in ultima analisi, nel rischio di non adeguato funzionamento del sistema di tutela giurisdizionale.

Correlativamente, si palesa l'importanza speciale del ruolo attribuito alla Corte di cassazione come Corte regolatrice della giurisdizione: un ruolo, in un certo senso, quasi costituzionale, se è vero che l'art. 111 Cost., recependo in parte la proposta di Mortati, ne recepì anche lo spirito, che vedeva nel conflitto fra giurisdizioni una questione di rilievo costituzionale. Val quanto dire che la funzione di regolazione della giurisdizione obbedisce allo scopo di garantire il buon funzionamento dell'intero sistema di tutela giurisdizionale, il suo sviluppo e la sua attuazione nel quadro voluto dalla Costituzione e negli equilibri da questa previsti e che la Corte, quando esercita

15. Vds. l'intervento di Costantino Mortati nella seduta dell'Assemblea costituente del 27 novembre 1947.

16. Vds. l'intervento di Giovanni Leone nella seduta pomeridiana dell'Assemblea costituente del 27 novembre 1947.

17. Vds. l'intervento di Paolo Rossi nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947.

18. *Ibid.*

quella funzione, non è tanto un organo di questo o di quell'ordine di giurisdizione, ma dell'ordinamento nel suo complesso. Essa, infatti, diviene in qualche modo garante del buon funzionamento dell'intero sistema giurisdizionale e, di conseguenza, dello stesso pluralismo degli ordini di giurisdizione che la Costituzione ha voluto non solo preservare, ma sviluppare. Nella funzione regolatrice dovrebbe essere assente qualunque logica di rivendicazione o di appartenenza, mentre qualunque organo di giurisdizione – ordinaria, amministrativa, contabile – dovrebbe sentire l'attività di regolazione come volta a dare corpo al buon funzionamento del sistema giurisdizionale. In un certo senso, la Corte regolatrice è anche garante del buon funzionamento di un sistema plurale.

Un compito del genere è certamente complesso, sia perché suppone una visione completa e articolata dell'ordinamento e del suo sviluppo e dei modi di pensare e di operare dei diversi ordini di giurisdizione, sia perché è lo stesso ordinamento a evolversi continuamente, anche per l'influenza dei giudici sovranazionali.

Sotto questo profilo, appare comprensibile il fatto che l'incremento della giurisdizione esclusiva con l'ampliamento delle questioni relative ai diritti assegnate al giudice amministrativo abbia posto delle difficoltà, rese forse ancora più forti del permanere di una cultura che vede nei diritti soggettivi e negli interessi legittimi non due posizioni sostanziali differenti ma meritevoli di tutela, ma domini separati di giurisdizioni diverse. Tuttavia, è proprio su sfide di questo genere che si misura, in qualche modo, la consapevolezza dello svolgimento di una funzione a servizio dell'intero ordinamento e del suo corretto funzionamento. Si tratta di un connotato che dovrebbe caratterizzare l'operato di qualunque giudice, non solo della Corte regolatrice, perché qualunque giudice, quando esamina una questione di giurisdizione, si occupa di un profilo che attiene al buon funzionamento dell'intero sistema di tutela giurisdizionale.

Da questo punto di vista, un contributo non privo di valore può venire dalla consapevolezza che anche la risoluzione della questione di giurisdizione dovrebbe essere effettuata nel quadro unificante dell'art. 24 Cost.

Anche la soluzione della questione della giurisdizione deve, infatti, essere vista nel segno unificante dell'effettività della tutela, come valore primario. Le operazioni volte a distinguere l'appartenenza di una questione all'una o all'altra delle giurisdizioni non sfuggono, infatti, alle esigenze poste dall'art. 24, costituendo esse un filo che percorre tutto l'ordito della tutela giurisdizionale.

Sotto questo profilo, nel concreto della situazione presente, un'importanza decisiva va attribuita all'in-

tervento della Corte regolatrice; il suo operato può, infatti, contribuire in modo significativo a quel recupero della fiducia che costituisce l'antidoto migliore alle situazioni di crisi e di difficoltà.

Non può, peraltro, essere trascurato il fatto che è in qualche modo la stessa Costituzione a "drammatizzare" la questione di giurisdizione, costruendola come questione deducibile con un mezzo di impugnazione.

Il riparto di giurisdizione dovrebbe essere vissuto come un problema attinente alla divisione e all'organizzazione del lavoro dei giudici, da risolvere, ove possibile, prima di qualunque decisione. La Costituzione ne fa invece un mezzo di impugnazione delle sentenze dei giudici ordinari o amministrativi, così facendone la possibile fase finale del processo, destinata per ciò solo a intervenire pesantemente sulla sua durata.

In un sistema fondato sulla pluralità degli ordini dei giudici, quella della giurisdizione dovrebbe essere una questione attinente alla divisione (e all'organizzazione) del lavoro comune dei giudici e non uno strumento per evitare la formazione del giudicato. Occorrerebbe, in altri termini, procedere a una sorta di "dequotazione" della questione di giurisdizione. Un esito del genere non è pienamente possibile a Costituzione invariata; si muove, tuttavia, in questa ottica il cd. giudicato implicito sulla giurisdizione, fatto proprio, sulla scorta delle indicazioni della giurisprudenza della Suprema corte, anche dal codice del processo amministrativo (art. 9 cpa). Si potrebbe, forse, pensare a interventi del legislatore ordinario volti a semplificare la soluzione della questione di giurisdizione, anche in sede di impugnazione; in ogni caso, un contributo non privo di qualità potrebbe venire dalla consapevolezza del valore del ricorso ex art. 111, ultimo comma, Cost. come strumento deputato al buon funzionamento del sistema plurale di tutela giurisdizionale, nel segno dell'effettività.

## **9. Il pluralismo: cuore della democrazia. Il pluralismo delle giurisdizioni come declinazione del pluralismo costituzionale**

Nel documento di Montedoro e Scoditti vi è un passaggio assai rilevante, che collega il pluralismo degli ordini di giudici al costituzionalismo contemporaneo, indicando proprio nel pluralismo la forma organizzativa delle moderne democrazie occidentali.

Si è visto sopra come il principio dell'unità funzionale e non organica sia iscritto sin dall'inizio nelle scelte del legislatore costituzionale; è innegabile, però, che l'attuazione del programma costituzionale sulla giustizia amministrativa, l'interazione con gli ordinamenti sovranazionali, la speciale rilevanza della

giurisprudenza costituzionale nel dare concreto riconoscimento ai valori costituzionali, la presa di coscienza della dimensione plurale dei livelli di governo e dei modelli organizzativi del potere, abbiano reso sempre più evidente la centralità della *dimensione plurale* della democrazia.

Non c'è democrazia reale senza dimensione plurale, accettazione e condivisione delle differenze come ricchezza che viene dalla società e che attende di essere unificata nella complessità dell'ordinamento; non a caso populismo e sovranismo sono indicati come le vere malattie della democrazia, proprio perché si risolvono nella perdita di valore di ciò che, sul piano sociale e istituzionale, è manifestazione del principio di pluralismo (i corpi intermedi, la democrazia rappresentativa, le istituzioni di garanzia) e nella valorizzazione del rapporto diretto tra popolo e *leader*.

La stessa Costituzione del 1948 è fortemente ispirata al principio di pluralismo. Ne sono testimonianze: l'art. 2, con il particolare riconoscimento del valore delle formazioni sociali; l'art. 5, con la valorizzazione del principio di autonomia; la presenza di modelli diversi di amministrazione (quella ministeriale, quella delle amministrazioni indipendenti o neutrali, quella del policentrismo autonomistico). La stessa Repubblica, intesa come ordinamento complessivo ma unitario del Paese, appare alla fine, nell'art. 114, primo comma, Cost., nel testo introdotto dalla l. cost. n. 3/2001, come un sistema plurale.

È in questo contesto che si inserisce e cresce il pluralismo delle giurisdizioni: un pluralismo capace di raccogliere le diverse domande di protezione che vengono da una società complessa e anch'essa plurale e capace di inseguire il potere nelle sue manifestazioni molteplici, per assicurare al cittadino le garanzie necessarie.

Un sistema giurisdizionale plurale raccoglie più efficacemente le domande della società e più facilmente controlla le diverse manifestazioni del potere; non può, d'altra parte, essere considerato un caso il fatto che la maggior parte dei Paesi dell'Europa continentale sia dotata di sistemi che vedono il pluralismo degli ordini di giudici, anche se, come affermano Montedoro e Scoditti, con criteri diversi di riparto per quanto riguarda il rapporto tra giudici ordinari e amministrativi. Ciò, peraltro, non mette in discussione il valore del pluralismo nel sistema di tutela giurisdizionale; può, semmai, interrogarci sulla perdurante validità dei criteri di riparto propri dell'esperienza italiana.

È nel contesto sopra descritto che può essere affermato pienamente il ruolo della Corte regolatrice

come garante del buon funzionamento del sistema di tutela giurisdizionale, nel segno dell'effettività.

## 10. Sistema plurale e rilevanza della Corte di cassazione

Il pluralismo degli ordini di giurisdizione non si risolve in una perdita di rilevanza del ruolo della Corte di cassazione, che rimane decisivo anche in un sistema plurale, e non solo per l'importante compito che ad essa attribuisce l'art. 111, ultimo comma, Cost.

La Corte di cassazione vive in questo sistema plurale e in esso opera. Se è vero, infatti, come affermano Scoditti e Montedoro, che Cassazione e Consiglio di Stato esercitano, nei rispettivi ambiti, funzioni di nomofilachia, non può essere senza rilievo il fatto che il legislatore, nel disciplinare i compiti di nomofilachia attribuiti al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti, abbia ritenuto di utilizzare, nel codice del processo amministrativo (art. 99 cpa) e nel codice di giustizia contabile (art. 114 cgc) disposizioni simili a quelle contenute nell'art. 374 cpc con riferimento alla Cassazione.

Il modello organizzativo della nomofilachia della Cassazione si diffonde nel sistema plurale passando alle altre giurisdizioni, che trovano la conferma del ruolo di vertice nei propri ordinamenti sezionali proprio grazie all'utilizzazione di tale modello.

La stessa Suprema corte ha, d'altra parte, offerto un contributo importante alla costruzione di questo sistema plurale, grazie, ad esempio, alla notissima sentenza sulla risarcibilità dell'interesse legittimo<sup>19</sup> e a quella che ha affermato, ancor prima della Corte costituzionale (ma con una motivazione da questa non condivisa), la possibilità della *translatio iudicii*<sup>20</sup> e, con essa, dell'esistenza di un reticolo processuale comune.

## 11. Il nuovo scenario del controllo dei poteri, pubblici e privati. Ruolo del formante giurisprudenziale e di una cultura comune della giurisdizione

Il documento di Montedoro e Scoditti descrive con dovizia di particolari il nuovo scenario del sindacato sul potere amministrativo, nel quadro che la pandemia ha aperto e ci mette dinanzi per gli anni a venire. Si tratta di un quadro nel quale l'attenzione alla dimensione sociale e a quella ecologica, la necessità del rilancio dell'economia assegnano un nuovo

19. Cass., sez. unite, 22 luglio 1999, n. 500.

20. Cass., sez. unite, 22 febbraio 2007, n. 4109.

spazio al potere pubblico e al suo esercizio, proprio nel momento in cui i poteri privati, a loro volta, pervadono e condizionano le nostre vite. Basta, per rendersi conto di ciò, por mente alla questione dei vaccini, e al ruolo crescente dei grandi *players* dell'intelligenza artificiale, che si manifesta sempre di più come un autentico *potere* e come ogni potere dovrebbe essere trattato, con la predisposizione di adeguati pesi e contrappesi. «Facebook definisce chi siamo, Amazon definisce cosa vogliamo, Google definisce cosa pensiamo», si legge profeticamente nel volume di G. Dyson su Turing<sup>21</sup>.

Quella che viene sarà, pertanto, una stagione nella quale saranno decisivi sviluppo economico e sociale e controllo dei poteri pubblici e privati. Un ruolo di primo piano sarà giocato anche dal giudice amministrativo, attraverso la sua capacità di sindacare fin nelle pieghe l'esercizio del potere, attraverso una cognizione che si fa sempre più penetrante, che fa del merito amministrativo un limite destinato, in qualche modo, a spostarsi progressivamente.

Su questo argomento lo scritto di Montedoro e Scoditti contiene osservazioni di grande profondità. Ciò che però non sembra ragionevole né possibile è, invece, rinunciare ad attingere anche alle categorie del diritto comune, proprio perché esse sono tali, cioè categorie generali, e non è possibile che il principio di buona fede non investa anche, come ricorda Fabio Merusi<sup>22</sup>, la funzione amministrativa e i comportamenti amministrativi anche mediamente legati con il potere. Il diritto amministrativo conosce ormai da tempo al proprio interno, anche per l'influenza determinante del diritto dell'Unione europea, moduli di diritto pubblico e moduli di diritto comune, mentre i principi non costituiscono dominio riservato né delle partizioni del diritto né delle diverse giurisdizioni. Ancora di recente, d'altra parte, Bernardo Sordi ha ricordato che quella fra pubblico e privato è una distinzione meramente stipulativa<sup>23</sup>, e che la «grande dicotomia» da tempo non è più tale, che «le zone di confine, in cui Stato e mercato, pubblico e privato si compenetrano e si realizza la contemporanea tutela

degli interessi pubblici e privati» restano il marchio indelebile della contemporaneità<sup>24</sup>.

Lo scenario che si prepara per il nostro mondo vede una crescita importante dei poteri pubblici e privati, a fronte dei quali l'unità del diritto «costituisce ancora un richiamo possente contro le sovradeterminazioni, le immagini semplificate e riduttive della sovranità e della parallela signoria individuale, contro gli eccessi dello statalismo e dell'individualismo»<sup>25</sup>.

Se proprio si vuol parlare di un futuro destinato a rilanciare il ruolo del pubblico, occorre aver chiaro che questo avverrà anche attraverso la disseminazione della cultura dei limiti del potere oltre il polo della dicotomia in cui essa si è affermata, muovendo dal pubblico verso i poteri privati; per far questo è necessario che i giuristi mescolino le proprie culture, le proprie tradizioni e impostazioni, le proprie tecniche di tutela.

Una opera del genere implica un grande ruolo del formante giurisprudenziale, e questo ruolo sarà tanto più decisivo quanto più forte sarà la cultura comune della giurisdizione. Questa suppone, forse, mutamenti legislativi, interventi costituzionali, ma può essere costruita sin da oggi, a legislazione invariata, attraverso strumenti che organizzino il dialogo fra i giudici, il confronto fra le loro soluzioni, la loro collaborazione in uno spirito di considerazione delle ragioni di ciascuno che sono anche le ragioni di tutti, nell'interesse degli utenti del servizio pubblico della giustizia. Un ruolo determinante sarà svolto dalle Corti supreme nei loro diversi ambiti, perché solo esse possono contribuire alla diminuzione di quella incertezza che costituisce un freno per il rilancio sociale ed economico del Paese. La realizzazione di un dialogo aperto e costante fra i diversi ordini di giurisdizione, in forme anche conoscibili da parte dei cittadini, la creazione di istituzioni anche giudiziarie comuni, ove ciò fosse ritenuto compatibile con il quadro costituzionale (il Tribunale superiore delle acque pubbliche fornisce una esperienza da non trascurare) possono forse contribuire a quella ricostituzione della fiducia che costituisce, alla fine, il «vaccino» necessario per superare l'emergenza e consentire la ripartenza del Paese.

21. G. Dyson, *La cattedrale di Turing. Le origini dell'universo digitale*, Codice Edizioni, Torino, 2012, p. 356.

22. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2001.

23. B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 226 ss.

24. *Ivi*, pp. 238 ss.

25. *Ivi*, p. 238.

# Nomofilachia ed evoluzione giuridica. Corti supreme, legalità e riassetamenti post-globalizzazione

di *Maria Rosaria Ferrarese*

La nuova ricerca di nomofilachia che vede oggi impegnate le giurisdizioni di vertice italiane va inserita nel bisogno di stabilità degli assetti istituzionali e giuridici, e di rinnovate attese di normatività e prevedibilità giuridica, il cui retroterra è rappresentato dai cambiamenti che hanno attraversato negli ultimi decenni l'intera architettura giuridica, in primo luogo, il processo di internazionalizzazione della sfera giuridica e di moltiplicazione delle fonti, in secondo luogo il successo della dottrina del costituzionalismo. In tale *trend* generale di forte trasformazione delle istituzioni giudiziarie va inquadrato il crescente incremento delle competenze e dei poteri del giudice amministrativo, non solo per l'espansione degli ambiti della giurisdizione speciale esclusiva, ma anche per effetto dell'art. 99 cpa.

**1. Premessa / 2. Internazionalizzazione della sfera giuridica e tendenziale de-gerarchizzazione / 3. Il costituzionalismo e la sua logica comunicativa / 4. Legalità tra scrittura e oralità / 5. Corti supreme, legalità e riassetamenti post-globalizzazione**

## 1. Premessa

Siamo abituati a pensare che la nostra sia l'epoca della globalizzazione, eppure, mentre molti tratti di quell'epoca trovano conferma e persino una esasperazione nel quadro odierno, ad esempio nell'impianto finanziario del capitalismo attuale o nella sempre più estesa diffusione delle tecnologie digitali, altri aspetti tipici, specie dopo la crisi del 2008, sono invece entrati in crisi o in recessione. Siamo oggi, dunque, in un movimento che in parte conferma, in parte contesta o corregge aspetti del quadro forgiato dalla globalizzazione.

Anche il contesto giuridico risente di questo orizzonte mosso, di permanenza, e persino di esasperazione, di tratti derivati dalla globalizzazione, e al con-

tempo di contestazione o di ricomposizione critica di vari altri aspetti. I segni di una sorta di risacca, sotto il profilo giuridico, si possono intravedere, tra l'altro, nel tentativo a livello nazionale, di valorizzare un bisogno di stabilità degli assetti istituzionali e giuridici, e rinnovate attese di normatività e di prevedibilità giuridica. La nuova ricerca di nomofilachia che vede oggi impegnate le giurisdizioni di vertice italiane può essere inserita in questo *trend* e, come si vedrà, coinvolge vari aspetti. Oggi, peraltro, mentre gli operatori del diritto si trovano a fare i conti con una dinamica di dispersione giuridica seguita alla crisi degli assetti statali, paradossalmente, una nuova sfida in termini di prevedibilità e persino di visioni deterministe proviene dall'esterno del diritto, ossia dalle tecnologie digitali e dalla cd. giustizia predittiva<sup>1</sup>.

1. Rimando, in proposito, alla disamina di A. Garapon e J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Il Mulino, Bologna, 2021.



I sistemi giuridici statali erano basati, soprattutto in Europa continentale, principalmente su due bastioni: un'accezione prevalentemente normativa del diritto e un'organizzazione giudiziaria di tipo burocratico. Il diritto coincideva soprattutto con la legislazione, a cui era riservata una posizione eminente nel sistema delle fonti. Inoltre vigevano criteri di natura gerarchica tra varie "fonti", così come tra corti di vario livello. L'accezione normativa del diritto e i processi di evoluzione della semantica giuridica non erano consegnati solo alla posizione eminente assegnata alla legislazione nel sistema delle fonti, ma anche al controllo della circolazione delle interpretazioni giuridiche che affioravano in sede giudiziaria. Imponendo precisi percorsi alla circolazione delle interpretazioni giudiziarie, si poteva mantenere un certo controllo della semantica giuridica entro il perimetro statale. In particolare, la presenza in ogni sistema nazionale di corti "superiori" di vario tipo permetteva di chiudere il cerchio garantendo che, ciascuna nel proprio ambito di competenze, potesse contenere la semantica giuridica in un alveo più o meno unitario.

Questa impostazione, che era già entrata parzialmente in crisi, mostrava delle smagliature sempre più gravi negli anni della globalizzazione, quando si parlava spesso di "americanizzazione" del diritto e dello stile giuridico: una espressione che alludeva a due facce. Da una parte implicava che il diritto assumesse sempre più le sembianze di *judge-made-law*, ossia che coincidesse con "ciò che dicono le Corti", secondo una nota formulazione giusrealista. Dall'altra parte, essa implicava che i criteri del *judicial review*, ossia dell'esame di conformità del diritto legislativo ai canoni costituzionali da parte delle corti costituzionali, tendessero a estendersi sempre più, diventando un tratto comune a vari Paesi. Entrambi questi profili dell'"americanizzazione" giuridica hanno mostrato una crescente capacità di radicamento nei sistemi di *civil law*.

Al contempo, l'intersezione tra alcuni tratti tipici del *common law* e quelli tipici del *civil law* generava un ibrido che mancava di sufficienti strumenti di coordinamento e di governo, cosicché produceva anche frizioni, imprevedibilità e disordine, che collidevano con la logica nomofilattica che oggi si cerca di risanare. Quella intersezione non faceva adeguatamente i conti con l'impianto gerarchico e normativo dei sistemi europei e con i riflessi sul piano delle corti

"supreme" e della legalità che esse erano chiamate a garantire.

La vecchia fisionomia gerarchica dei sistemi giuridici (specialmente di *civil law*), che riguardava sia le fonti, sia la giurisdizione, apparentemente rimaneva immutata. Ma essa veniva lavorata ai fianchi da nuovi processi in corso, che contribuivano significativamente a mutare i connotati di quel quadro. Per rintracciare le ragioni di confluenza, ma anche di attrito, tra giurisdizioni "supreme" nella ricerca di una nuova nomofilachia, che oggi percorre nuove strade, adeguate al tempo presente, in un contesto di grande complessità<sup>2</sup>, è utile fare i conti con il retroterra di cambiamenti che hanno attraversato negli ultimi decenni l'intera architettura giuridica: in primo luogo, il processo di internazionalizzazione e di moltiplicazione delle fonti; inoltre il successo della dottrina del costituzionalismo. Questi due processi, intrecciandosi variamente, producevano effetti convergenti, contribuendo a dare una nuova configurazione alle istituzioni giudiziarie, sia sul piano della loro impostazione gerarchica, sia sul piano del loro ruolo nel processo di elaborazione e di evoluzione giuridica. Con ovvii riflessi in tema di legalità e di pluralismo giurisdizionale.

Alla luce del tema e dell'obiettivo di fondo esplicitato dal *Memorandum* sottoscritto il 15 maggio del 2017 dai vertici delle Corti superiori italiane, ossia la ricerca di una nuova nomofilachia come servizio reso ai cittadini e alla comunità tutta, conviene dunque ripercorrere questi due passaggi, per comprendere come essi abbiano smosso lo scenario della giurisdizione e del suo pluralismo fino ai temi odierni. Entrambi quei processi, e specialmente il secondo, hanno spinto verso una certa confluenza delle varie articolazioni giurisdizionali, con accensione di frizioni e logiche concorrenziali che, nel passato, erano inesistenti o più tenui. La differenziazione del pluralismo giudiziario rispondeva a una logica istituzionale di più nette partizioni. Il nuovo pluralismo, proprio dei sistemi post-moderni, risponde meno a criteri di nette partizioni. Dunque, per quanto attiene al giudice amministrativo, il crescente incremento delle sue competenze e dei suoi poteri, non solo per l'espansione degli ambiti della giurisdizione speciale esclusiva, ma anche per effetto dell'art. 99 cpa, è da inquadrare in un *trend* generale di forte trasformazione delle istituzioni giudiziarie e delle loro articolazioni pluralistiche<sup>3</sup>.

2. Rimando, in proposito, a M.R. Ferrarese, *Nomofilachia e complessità del contesto giuridico odierno*, in Italiadecide (a cura di), *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni. Corte Suprema di cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti*, Il Mulino, Bologna, 2018.

3. M. Ramajoli, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2013, pp. 100 ss.

## 2. Internazionalizzazione della sfera giuridica e tendenziale de-gerarchizzazione

Sono stati decisivi, innanzitutto, i processi di crescente internazionalizzazione della sfera giuridica<sup>4</sup> e di moltiplicazione delle fonti giuridiche e delle corti negli anni ottanta e novanta del Novecento. Si tratta di un fenomeno largamente indagato in letteratura, che qui può essere trattato solo in linea molto generale. Quando si parla di internazionalizzazione della sfera giuridica, si intende qualcosa di molto diverso dai fenomeni di circolazione, di trapianto e di imitazione giuridica, che sono sempre esistiti<sup>5</sup>. L'impatto dell'internazionalizzazione, che si svolge sotto regie esterne, non controllabili a livello nazionale, è molto più forte, e ha condotto innanzitutto a un indebolimento della fonte legislativa, anche spostando vari centri decisionali al di fuori delle aule parlamentari. Inoltre, i vari sistemi normativi statali hanno subito la concorrenza non solo da parte di regole giuridiche create da organismi internazionali di vario tipo – regionali, internazionali e sovranazionali –, ma anche da legislatori privati di varia natura<sup>7</sup>. Mentre le fonti giuridiche si moltiplicavano e la fonte legislativa si indeboliva, erano soprattutto le corti a essere pienamente coinvolte nel processo di internazionalizzazione, trovando un'ampia e variegata proiezione internazionale<sup>8</sup>. Le legislazioni nazionali, impostate sulla cifra della originalità della sovranità politica, avevano

invece maggiori difficoltà a muoversi sul terreno della comunicazione internazionale, anche se non sono mancate iniziative rivolte in tale direzione<sup>9</sup>.

Via via che si moltiplicavano i riferimenti giuridici nazionali, subnazionali, internazionali e sovranazionali, nonché il numero e la tipologia delle corti abilitate a “dire il diritto”, si creava un ambiente giuridico affollato e convulso<sup>10</sup>, paradossalmente sospeso tra ridondanza e carenza di riferimenti normativi, in cui il loro ruolo assumeva una posizione sempre più importante. Così, mentre crescevano i rischi di dissonanze e di giurisprudenze confliggenti<sup>11</sup>, anche le funzioni svolte dalle corti si moltiplicavano: non solo quella di dirimere i numerosi conflitti presenti nelle varie sfere giuridiche (nazionale, internazionale, sovranazionale, globale) ma, in presenza di fili normativi spesso esili o poco chiari, anche l'esigenza di supplire alla scarsità di riferimenti normativi, svolgendo un ruolo ineludibile di *gap-filling*.

Tutti questi aspetti sono noti. Qui si vuole sottolineare come, nel nuovo magma istituzionale, la progressiva disposizione della giurisdizione in una struttura “a rete”<sup>12</sup> alimentasse sempre più linee di scorrimento orizzontali delle dinamiche giuridiche, che mettevano in crisi sia il rigore delle linee gerarchiche, sia i tradizionali meccanismi di “chiusura” della semantica giuridica eretti dagli Stati<sup>13</sup>. Mentre crescevano forme di scambio e di comunicazione inter-giudiziarie e dialogiche, che avevano potenzialità anche transnazionali<sup>14</sup>, era come se «la gerarchia si

4. Sul tema si vedano, tra l'altro, M. Delmas-Marty, *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Fayard, Parigi, e Y. Dezalay, *The Big Bang and the Law: The Internationalization and Restructuration of the Legal Field*, in *Theory, Culture and Society*, vol. 7, n. 2-3/1990.

5. K.J. Alter, *The Multiplication of International Courts and Tribunals After the End of the Cold War*, in C.P.R. Romano - K.J. Alter - Y. Shany (a cura di), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

6. R. Sacco, voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, *Digesto civ.*, vol. 2, Utet, Torino, 1988; E. Grande, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Giappichelli, Torino, 2000.

7. Y. Dezalay, *The Big Bang and the Law*, op. cit. Sul tema si può vedere, tra l'altro, M.R. Ferrarese, *Private lawmaking a livello globale tra potenzialità e problemi*, in *Rivista di diritto privato*, n. 1/2020.

8. «Più di cento sono le vere e proprie corti; a queste bisogna aggiungere organismi quasi-giudiziari e semi-contenziosi, variamente denominati, ormai presenti in molti dei circa duemila regimi regolatori globali». Così S. Cassese, *I tribunali di Babele, I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma 2009, p. 4.

9. Vds. N. Lupo e C. Fasone (a cura di), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, Hart, Oxford/Portland, 2016.

10. B. Pastore, *Sul disordine delle fonti nel diritto (inter)nazionale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, vol. 17, n. 1/2017, pp. 13 ss.

11. K. Oellers-Frahm, *Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions*, in J.A. Frowein e R. Wälfrum (a cura di), *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, 2001, pp. 67-104. Inoltre, Y. Shany, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

12. F. Ost e M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

13. M.R. Ferrarese, *Dal “verbo” legislativo a chi dice “l'ultima parola”*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2011.

14. M.R. Ferrarese, *When National Actors Become Transnational: Transjudicial Dialogue between Democracy and Constitutionalism*, in *Global Jurist*, vol. 9, n. 1/2009.

mostra(sse) incapace di rendere conto dell'articolazione pluralistica delle fonti»<sup>15</sup> e, si potrebbe aggiungere, dell'articolazione pluralistica della stessa giurisdizione.

Apparentemente, l'organizzazione giudiziaria interna agli Stati rimaneva immutata, con la giurisdizione addeca a dirimere i conflitti e le corti "supreme" di vario tipo al loro posto, con i tradizionali compiti e poteri; in realtà, nel nuovo contesto, la sua tradizionale impostazione gerarchica era insidiata da una implicita tendenza verso un'impostazione eterarchica. Così finivano per mutare sia la fisionomia delle corti supreme, sia la nozione di legalità. Questa nozione, tradizionalmente legata alla concezione normativistica del diritto, era destinata a subire una notevole mutazione nel nuovo ambiente giuridico internazionalizzato e costituzionalizzato, via via che le Corti si collocavano in posizione strategica nel processo di evoluzione giuridica, sia all'interno degli Stati che "oltre gli Stati".

### 3. Il costituzionalismo e la sua logica comunicativa

Tendenze simili hanno accompagnato negli ultimi decenni del secolo scorso la crescente affermazione del costituzionalismo, ossia dell'idea che i sistemi giuridici debbano ruotare intorno alla priorità dei diritti e della loro protezione. Il costituzionalismo è solo una dottrina: una dottrina che, tuttavia, ha inciso profondamente sugli assetti giuridici europei continentali. Si può parlare di un forte impatto riformatore sul piano istituzionale, per vie formali e informali.

Se il rispetto dei diritti diventava l'architrave dei sistemi, esso non poteva non avere effetti anche sulla fisionomia complessiva dei sistemi giudiziari. Il successo del costituzionalismo tendeva ad attivare, infatti, non solo nuovi rapporti tra legislazione e giurisdizione, ma anche nuove dinamiche diffuse, che coinvolgevano via via tutti i settori della giurisdizione, nazionali e internazionali, nella dimensione costituzionale. Esso equivaleva alla diffusione di una sorta di nuova grammatica a valenza universalistica per il diritto e i suoi interpreti. Attraverso il costitu-

zionalismo, si realizzava insomma una nuova caratura "comunicativa" dei sistemi giuridici. Nell'intero mondo, e specialmente in Europa, sotto la regia della Corte europea di giustizia, e con il coinvolgimento della Corte Edu, questa trasformazione assumeva tratti fortemente innovativi, attraverso una dinamica comunicativa tra corti diverse (non solo per grado o per appartenenza statale, ma anche per diversa specializzazione), rivolta all'applicazione di *standard* costituzionali, pur all'interno di sistemi di giustizia costituzionale che restavano diversi in termini di accentramento o di diffusione del giudizio.

La costituzionalizzazione della sfera giuridica portava frutti particolarmente rilevanti, oltre che in campo costituzionale, anche nel settore amministrativo, con una forte spinta della giustizia in questi due settori ad assumere parametri sempre più internazionalizzati, spesso provenienti da dinamiche di scambi e di confronti reciproci tra giurisdizioni di vari Paesi. Così si verificherà anche una tendenziale sovrapposizione di compiti e di settori giuridici, con conseguente implicita tendenza a una certa de-specializzazione. Non solo il cd. GAL (*Global Administrative Law*) produrrà *standard* per l'azione amministrativa di spiccata valenza costituzionale<sup>16</sup>, ma anche il diritto amministrativo statale si muoverà in una logica di condivisione con il diritto costituzionale. Su quest'ultimo piano, come osserva Cassese, mentre le Corti costituzionali, «attivate dalle ordinanze di rimessione dei giudici amministrativi, fanno scendere la Costituzione nel corpo del diritto amministrativo», per contro, «emergono leggi amministrative di rilievo costituzionale (si pensi a quella sul procedimento) e il diritto costituzionale assorbe principi propri del diritto amministrativo (ad esempio, quello di proporzionalità)»<sup>17</sup>. Sotto un profilo più specifico, non è superfluo ricordare che il codice del processo amministrativo è l'unico codice di procedura che esordisce nei suoi articoli d'apertura con due principi costituzionali: il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (art. 1 cpa, che affonda le sue radici nell'art. 24 Cost.) e il principio del giusto processo (art. 2 cpa, che si rifà all'art. 111 Cost.)<sup>18</sup>.

Il processo di costituzionalizzazione è stato particolarmente evidente e penetrante in Europa, dove

15. B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 2014, p. 23.

16. Tra molti possibili riferimenti, oltre al classico B. Kingsbury - N. Krisch - R.B. Stewart, *The Global Administrative Law*, in *Law & contemporary Problems*, vol. 68, n. 3-4/2005, vds. G. Amato, *Diritto amministrativo e diritto costituzionale*, in L. Torchia (a cura di), *Attraverso i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 261 ss.

17. Così S. Cassese, *Mezzo secolo di trasformazioni del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo e società civile - Studi introduttivi* (vol. I), Bononia University Press, Bologna, 2018, p. 5.

18. M. Ramajoli, *Diritto amministrativo e postmodernità*, in R. Kostoris (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 199 ss., 207.

alla dimensione internazionale, presente soprattutto con la Convenzione europea dei diritti umani, si è sommata la specificità del progetto sovranazionale di Unione europea, innescando inedite dinamiche giuridiche<sup>19</sup>, ma anche nuove tensioni: tensioni provenienti dall'incontro tra un contesto internazionale tendenzialmente acefalo e orizzontale, e ordinamenti statali di tipo gerarchico e verticale. Specie i percorsi giuridici che gli Stati avevano costruito sulla logica di un'autorità finale, o di corti "supreme" detentrici del diritto all'"ultima parola"<sup>20</sup>, determinavano significative frizioni con l'Unione e con la Corte di giustizia, ma anche nuove confluente e frizioni tra varie corti "supreme".

#### 4. Legalità tra scrittura e oralità

Le dimensioni orizzontale e comunicativa generate in ambito giudiziario dai processi di internazionalizzazione e di costituzionalizzazione realizzano un contesto giuridico di crescente oralità<sup>21</sup>. L'espressione "dialogo costituzionale" rende conto di questo cambiamento. Nel passato, specialmente nei sistemi giuridici europei continentali, le corti rispondevano a una logica prevalentemente di "scrittura", si potrebbe dire perfino "scritturale", che era propria della fonte legislativa. Esse facevano riferimento a testi normativi considerati ineludibili, come le leggi o le costituzioni nazionali, o a interpreti ufficiali di ultima istanza, quali erano soprattutto le corti costituzionali nazionali, o le corti di cassazione. Le linee dialogiche odierne che impegnano attivamente tutte le istituzioni giudiziarie (nazionali, sovranazionali e internazionali) hanno avuto per conseguenza che le corti "supreme" nazionali perdessero in parte il loro ruolo di detentrici del diritto all'"ultima parola"<sup>22</sup>.

Anche la lingua parlata in un contesto di "oralità" è diversa da quella strettamente normativa del passato, di derivazione legislativa: naturalmente resta in campo anche il linguaggio del potere e della superiorità gerarchica, ma, specie in fatto di legalità costituzionale, si parla soprattutto la lingua della persuasione e dell'argomentazione, improntata a principi di ragionevolezza, di proporzionalità, di equilibrio, cosicché, lungo questa strada, le esigenze di legalità possono non coincidere e, talora, essere sacrificate a esigenze di giustizia<sup>23</sup>.

In un'epoca di profondi mutamenti, insomma, la complessiva evoluzione giuridica, invece di affidarsi a congegni di chiusura della semantica giuridica per via gerarchica, con dispositivi abilitati a chiudere in forma autoritativa il cerchio della comunicazione, si è affidata a modalità dialogiche tra parlanti diversi, che spesso si pongono al di là di stretti criteri gerarchici. Così le corti si sono trovate impegnate nel rielaborare di continuo la tela della giuridicità, stabilendo via via nuove soglie di legalità, che tuttavia non sono mai definitive e si prestano sempre a ulteriori aggiustamenti e definizioni.

È significativo che, specialmente sul piano costituzionale, oggi si avvertono i segni di una reazione, ad esempio nella strategia di ri-accentramento della Corte costituzionale italiana<sup>24</sup>, e non solo<sup>25</sup>, per riappropriarsi di un ruolo più incisivo nella "conversazione" costituzionale attraverso il diritto a dire "la prima parola", ossia «a fissare il quadro dei riferimenti e dei problemi, nei quali la dialettica è destinata a svilupparsi e dai quali dunque, in certa misura, essa resterà comunque condizionata – visto che avere *l'ultima parola*, nei confronti della Corte di giustizia, non garantisce a sufficienza la garanzia del controllo di costituzionalità»<sup>26</sup>. Così si accende anche una nuova e

19. Vds., ad esempio, A. Ruggeri, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *Rivista AIC*, n. 4/2010, [www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/RUGGERI01.pdf](http://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/RUGGERI01.pdf).

20. M.R. Ferrarese, *Dal "verbo", op. cit.*

21. Sulla propensione dei sistemi giuridici all'oralità come effetto della globalizzazione, vds. M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 159 ss. Inoltre, sull'oralità collegata alla privatizzazione, S. Meder (a cura di G. Carlizzi), *Ius non scriptum. Tradizioni della produzione privata del diritto*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011.

22. Rimando, in proposito, a M.R. Ferrarese, *Dal "verbo", op. cit.*, pp. 68 ss.

23. Ad esempio, Luciani afferma che la certezza giuridica implica che il "buon" giudice sia chiamato ad amministrare *ius*, non *iustitia*. Vds. M. Luciani, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, part. pp. 857-858, [www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3\\_2018\\_Luciani.pdf](http://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2018_Luciani.pdf), disponibile anche in A. Carleo (a cura di), *La decisione robotica*, Il Mulino, Bologna, 2019 (parte prima).

24. D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020. Riferimenti sul tema anche in M. Cartabia ed E. Lamarque, *La giustizia costituzionale europea cento anni dopo (1920-2020)*, in *Quad. cost.*, n. 4/2020, p. 801, dove si fa riferimento ai contributi in tema di D. Lustig e J.H.H. Weiler, nonché di V. Groppi.

25. In particolare, sulla Corte di Karlsruhe esiste un'ampia letteratura che dà conto di un atteggiamento fin troppo indomito rispetto alle indicazioni della Corte di giustizia europea.

26. D. Tega, *La Corte nel contesto, op. cit.* Il riferimento è specie alla decisione n. 269 del 2017 sulla cd. doppia pregiudizialità, che ha sancito il superamento del tradizionale modello di assetto dei rapporti tra diritto Ue e nazionale in tema di protezione dei diritti.



interessante dinamica tra piano nazionale e piano comunitario: quella che è una “prima parola” sul piano europeo, e su cui l’orientamento della Corte di giustizia dovrà poi innestarsi, restaura invece il meccanismo dell’“ultima parola” sul piano nazionale.

Il fatto che la legalità trovi la sede privilegiata di elaborazione nelle sedi giurisdizionali, secondo gli schemi tipici del *case law*, implica che essa evolva anche in virtù di contesti fattuali sempre diversi, senza una soluzione finale, e possa sempre rimandare a un’ulteriore sessione dialogica, con nuovi esiti e soluzioni ai problemi. Così si ridimensiona il tratto delle corti come istituzioni “passive”: rimane vero che intervengono solo se sollecitate da una domanda loro rivolta, e dunque a ridosso di singoli casi, in adesione a dati fattuali ed esperenziali del diritto. Al contempo, cresce un loro ruolo proattivo nel percorso di evoluzione giuridica, con la possibilità di incidere sui principi generali e di spingere verso una possibile generalizzazione dei singoli interventi.

Tutto ciò conferma che la crescente giudizializzazione del diritto implica modalità di elaborazione giuridica che si spostano dalla prevalenza di una logica di “scrittura” verso una prevalenza della logica dell’“oralità”. Questo spostamento verso vie improntate all’oralità coincide insomma sia con il nuovo ruolo protagonista delle istituzioni giudiziarie, sia con l’accensione di varie e nuove dinamiche tra corti diverse per rango e per giurisdizione. Queste “parlano” alla luce dello specifico contesto, utilizzando una molteplicità di fonti normative e facendole interagire reciprocamente, e con possibilità di vari riassetamenti. Ciò permette di reggere meglio il rischio di conflitti tra diverse linee giurisprudenziali, che sarebbe altrimenti insostenibile nella logica del diritto scritto, ma impone continui adattamenti e un’enorme dispersione delle linee giurisprudenziali.

In parallelo rispetto a quanto avvenuto con l’internazionalizzazione delle fonti, anche nel caso della costituzionalizzazione del linguaggio giudiziario, è emerso un terreno di forte condivisione tra le diverse istituzioni giudiziarie. Ciò, oltre a un effetto de-gerarchizzante per le varie giurisdizioni coinvolte, ha creato anche un contesto in cui la comunicazione è improntata a criteri di condivisione di terreni comuni sul piano costituzionale: così lo specialismo a cui rinvia il pluralismo giudiziario è messo talora in cri-

si, come mostra, tra l’altro, la progressiva caduta di barriere nella tradizionale partizione tra le nozioni di interessi legittimi e diritti soggettivi, con riflessi sulle competenze delle giurisdizioni superiori, in quanto permette di attingere allo stesso serbatoio di rimedi giurisdizionali.

Come si vede, se l’internazionalismo ha inciso significativamente sul piano dell’impianto normativo e gerarchico dell’organizzazione giudiziaria, il costituzionalismo ha svolto un ruolo centrale nel comporre (e scomporre) l’orizzonte della legalità. Quali le ricadute di questi processi sugli ordinamenti nazionali e sulle corti supreme?

## 5. Corti supreme, legalità e riassetamenti post-globalizzazione

Negli ordinamenti giuridici statali, le corti “supreme” di vario tipo erano disegnate come organismi a custodia della legalità, e questa era intesa genericamente come corretta applicazione del diritto da parte dei giudici di merito. La funzione nomofilattica è strettamente legata alla nozione di legalità: una nozione complessa, in perenne evoluzione, che assomiglia al personaggio pirandelliano di *Uno, nessuno e centomila*<sup>27</sup>. Essa ha riempito molti testi e scaffali giuridici e può essere oggetto di fede assoluta, ma anche di non pochi dubbi<sup>28</sup> e adattamenti<sup>29</sup>. Oggi è in profonda trasformazione e un punto nodale della sua evoluzione emerge icasticamente nella formulazione di Michele Taruffo, quando, nel riassumere i compiti principali delle corti supreme, parla di «tutela e promozione della legalità»<sup>30</sup>, aggiungendo che non si tratta di due nozioni sovrapponibili. “Tutela” e “promozione” rinviano a due diverse connotazioni della legalità e della funzione nomofilattica assegnata alle corti supreme: una legata al controllo di legittimità inteso in senso tradizionale, che implica una funzione puramente “reattiva” della Corte, e una che svolge una funzione di evoluzione complessiva dell’ordinamento giuridico, e che assegna una funzione “proattiva” alle corti supreme. Questa seconda funzione, che tende a orientare, attraverso principi di diritto, le future decisioni dei giudici e a conferire maggiore continuità e stabilità agli orientamenti interpretativi della giurisprudenza, è stata consolidata

27. A evocare questo paragone è M. Vogliotti, voce *Legalità*, in *Enc. dir. – Annali*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2013. La voce è una ricchissima disamina, anche storica, di tutti i problemi e le complessità che costellano questa nozione.

28. P. Grossi, *Oltre la legalità*, Laterza, Bari-Roma, 2020.

29. G. Palombella, *È possibile una legalità internazionale?*, Il Mulino, Bologna, 2008.

30. Così M. Taruffo, *Le funzioni delle Corti supreme. Cenni generali*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, pp. 11-35.



da varie riforme, a partire dal 2006, che hanno teso a consolidare una sorta di “diritto che non c’è”<sup>31</sup>, ossia quello *status* di fonte al diritto giurisprudenziale che la dottrina ufficiale si rifiuta di riconoscere.

La dicotomia di Taruffo in qualche modo richiama l’alternativa tra *ius litigatoris* e *ius constitutionis*, in quanto disegna due diverse sfere di intervento delle corti supreme, e soprattutto della Corte di cassazione: una di carattere privato, che consiste nel dare risposte individualizzate alle parti dei vari processi, e l’altra che ha invece un carattere pubblico, in quanto indirizzata a un’idea di legalità intesa «come protezione e promozione dei valori essenziali del sistema democratico, soggettivamente coniugati nei termini dei diritti fondamentali»<sup>32</sup>. In tal senso, questa funzione si candida, al di là di una concezione «formalistica, estrema ed onnipervasiva della nomofilachia», piuttosto che a svolgere un compito conservativo, di salvaguardia dei criteri del passato, a guidare gli indirizzi giurisprudenziali del futuro. E per tale funzione diventa particolarmente rilevante la possibilità per la Corte di vertice di selezionare i casi rilevanti per le questioni di diritto che essi pongono<sup>33</sup>.

Com’è noto, quella bipartizione, che nel passato non era ufficializzata, è stata poi convalidata da vari interventi. Alcune riforme, introducendo tra l’altro «nelle tre giurisdizioni alcune ipotesi di parziale vincolatività dei principi di diritto enunciati dagli organi

giurisdizionali di vertice», hanno ampliato il contenuto semantico del termine “nomofilachia”, «sino a ricomprendere quello che in origine era considerato il suo opposto: la nomotesia, ovvero la produzione di nuove norme o comunque la loro innovazione»<sup>34</sup>.

Dunque oggi si assiste, da parte degli organismi giudiziari nazionali di vertice, detentori del diritto all’“ultima parola”, al tentativo di introdurre dei criteri di governo in una evoluzione giuridica ampiamente informata a criteri della discorsività. Non a caso, un documento approvato dall’assemblea generale della Corte di cassazione il 25 giugno 2015 auspicava una riformulazione dell’art. 111 Cost., nel senso di dar accesso in Cassazione solo ai «casi nei quali è ravvisabile la necessità di formulare principi giuridici di valenza generale». Inoltre, anche alcune leggi vanno in questa direzione, come la legge 25 ottobre 2016, n. 197, la quale prevede che tutti i ricorsi debbano essere decisi in camera di consiglio, tranne quelli di «particolare rilevanza della questione di diritto», che continuano a trattarsi in udienza pubblica, come nel passato. Com’è stato osservato<sup>35</sup>, si tratta di «una questione di politica costituzionale» che potrebbe portare a un nuovo «“concordato giurisprudenziale”», come quello che nel 1929 sottoscrissero il presidente della Corte di cassazione e quello del Consiglio di Stato: una modalità nuova, da aggiungere alle tante altre del dialogo costituzionale.

31. Così L. Passanante, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 7.

32. M. Taruffo, *Le funzioni*, op. cit., p. 24.

33. Si vedano le indicazioni, in tal senso, sia di S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2008, con riferimento alla Corte costituzionale, sia di M. Taruffo, *Le funzioni*, op. cit., con riferimento specie alla Corte di cassazione.

34. E. Andreis, *La nomofilachia del giudice amministrativo tra Italia e Spagna: il paradigma dell’“interesse alla formazione della giurisprudenza”*, in *Federalismi*, n. 19/2019, p. 3, [www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=40441](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=40441).

35. G. Montedoro ed E. Scoditti, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in questo fascicolo.

## Riflessioni sparse sul dualismo giurisdizionale non paritario

di *Marcello Clarich*

La recente ordinanza delle sezioni unite della Corte di cassazione, 18 settembre 2020, n. 19598 ha rimesso in discussione l'equilibrio fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa: l'Autore esplora i diversi profili di interferenza fra le giurisdizioni, con la consapevolezza della difficoltà di individuare nella Costituzione soluzioni che risolvano gli inconvenienti derivanti dal sistema dualistico della giurisdizione.

1. Il saggio “a quattro mani” di Enrico Scoditti e di Giancarlo Montedoro, magistrati appartenenti agli organi di vertice rispettivamente della giurisdizione ordinaria e amministrativa, intitolato *Il giudice amministrativo come risorsa*<sup>1</sup>, interviene in una fase critica dell'equilibrio tra le due giurisdizioni.

A rimetterlo in discussione è intervenuta infatti l'ordinanza delle sezioni unite della Corte di cassazione 18 settembre 2020, n. 19598, che ha disposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea della questione dei limiti del proprio sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato, nei casi in cui queste non applichino in modo corretto il diritto europeo. Con questa iniziativa, potenzialmente romponente, le sezioni unite si pongono in dichiarato contrasto con la Corte costituzionale che, con la sentenza 18 gennaio 2018, n. 6, ha offerto un'interpretazione restrittiva dei motivi di giurisdizione ai sensi dell'art. 111, comma 8 della Costituzione. Il giudice delle leggi ha chiuso così gli spazi dell'interpretazione evolutiva fatta propria dalla Corte di cassazione, volta a includere tra i motivi di giurisdizione anche casi di *errores in iudicando* particolarmente gravi a opera di sentenze del Consiglio di Stato ritenute “abnormi” o “anomale”, che operano «uno stravolgimento radicale delle norme di riferimento»<sup>2</sup>. Nell'equilibrio tra le

due giurisdizioni, la Corte costituzionale ha così riaffermato le prerogative esclusive del giudice amministrativo nell'interpretazione delle norme sostanziali e processuali da esso applicate, che ora le sezioni unite rimettono in discussione.

L'elevatissimo numero dei commenti all'ordinanza delle sezioni unite, alla quale dedicano un passaggio anche Scoditti e Montedoro, è di per sé sintomatico del fatto che essa tocca un nervo scoperto, cioè i rapporti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa all'interno delle coordinate tracciate dalla Costituzione, che i due autori esaminano sotto vari profili.

In realtà il problema affonda le sue radici nella stessa genesi dell'art. 111, comma 8 della Costituzione e, ancor prima, nella scelta operata alle origini dell'evoluzione del sistema della giustizia amministrativa di affidare all'organo di vertice della giurisdizione ordinaria il potere di dirimere i conflitti di attribuzione tra «*i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali*» (art. 3, punto 3 della legge 31 marzo 1877, n. 3761), piuttosto che, sull'esempio francese, a un *Tribunal des conflits*, organo composto in modo paritario da magistrati dei due ordini giudiziari. Da sempre, dunque, il dualismo giurisdizionale affermatosi nel nostro ordinamento ebbe i caratteri di un dualismo non perfettamente paritario.

1. In questo fascicolo.

2. Per esempio, Corte di cassazione, sez. unite, 20 maggio 2016, n. 1051.

2. Il tema, com'è noto, fu oggetto di dibattito in sede di Assemblea costituente, nel corso del quale fu avanzata e poi respinta la proposta radicale caldeggiata da Piero Calamandrei di ritornare al modello dell'unità della giurisdizione all'interno delle coordinate poste dalla legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E. L'art. 12 del progetto posto alla base della discussione stabiliva che *«l'esercizio del potere giudiziario in materia civile, penale e amministrativa appartiene esclusivamente ai giudici ordinari»* i quali erano investiti anche del potere di annullare, revocare o modificare gli atti amministrativi per motivi di legittimità o, nei casi stabiliti dalla legge, anche di merito (art. 14). In ogni caso il progetto prevedeva l'istituzione presso gli organi giudiziari ordinari di sezioni specializzate per le controversie tra il cittadino e la pubblica amministrazione (art. 13).

La ragione principale avanzata da Calamandrei a giustificazione di questa proposta si ricollegava agli *«inconvenienti che oggi si verificano per la distinzione tra giurisdizione su diritti e giurisdizione su interessi, tra giurisdizione di merito e giurisdizione di legittimità»*, con conseguente *«difficoltà di trovare un giudice per ogni categoria di cause»*. La proposta non incontrò il favore dei Costituenti, tuttavia non sulla base di argomenti di principio, bensì in considerazione degli *«ottimi servizi»* resi dal Consiglio di Stato (Giovanni Leone), della mancanza nel giudice ordinario di *«quella preparazione, quella forma mentis, quelle attitudini necessarie per interpretare certe disposizioni di legge»* (Costantino Mortati), nonché delle prove di indipendenza dimostrate dai giudici amministrativi durante la dittatura fascista.

Mantenuto, dunque, il dualismo giurisdizionale affermatosi con l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato a opera della legge 31 marzo 1889, n. 5992, e stabilizzatosi nei decenni successivi, restava tuttavia aperta la questione dei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo all'interno di un sistema fondato sul principio dell'unità non organica, ma soltanto funzionale della giurisdizione.

Su questo problema, risolto all'esito della discussione in seno all'Assemblea costituente con l'art. 111, comma 8, Cost., che limita il sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato ai *«soli motivi inerenti alla giurisdizione»*, furono valutate varie soluzioni.

Una prima opzione consisteva nel rimettere interamente al legislatore ordinario la definizione dei presupposti e dei limiti del ricorso per cassazione contro le decisioni dei giudici speciali, introducendo così solo una garanzia minima tesa a escludere che un siffatto rimedio possa essere espunto del tutto dal legislatore ordinario. Un'altra opzione era quella di omologare il ricorso per cassazione con riferimento alle giurisdizioni speciali a quello previsto in via gene-

rale con riferimento al giudice ordinario, attribuendo così alla Corte di cassazione una funzione nomofilattica anche nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato. Una terza opzione era quella di attribuire alla Corte costituzionale la competenza a risolvere i conflitti di giurisdizione insorgenti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione speciale.

Quest'ultima proposta venne formulata da Costantino Mortati sulla base di una serie di motivazioni. In primo luogo, poiché la Costituzione confermava la duplicità della giurisdizione – prevedendo per essa una unità non organica ma solo funzionale, fondata su *«una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi (...) ognuno dei quali fa parte a sé, ognuno dei quali ha una propria organizzazione»* – i conflitti tra ordini giudiziari assumono un carattere costituzionale, e dunque appare appropriato che di essi sia investita la Corte costituzionale. Infatti, allorché un ordine giudiziario si pronuncia su una materia attribuita dalla Costituzione ad altro ordine giudiziario, ciò si traduce in *«un'alterazione dell'ordine costituzionale dei poteri giurisdizionali»*.

In secondo luogo, la regola introdotta, come si è visto, nel 1877 di affidare la risoluzione dei conflitti alle sezioni unite della Corte di cassazione costituisce una *«anomalia»* in quanto si attribuisce questo compito *«ad un organo della giurisdizione ordinaria, cioè ad un organo di quel potere che in un certo modo è parte in causa, perché il conflitto verte fra gli organi giudiziari ordinari e gli organi di giurisdizione speciali»*. E in proposito Mortati richiama, non a caso, il modello francese del Tribunale dei conflitti, composto in modo paritario, come si è già detto, da giudici espressione di entrambe le magistrature.

In terzo luogo, una volta operata la scelta di conservare le giurisdizioni speciali, ammettere il sindacato da parte della Corte di cassazione sull'interpretazione delle leggi operata dai giudici speciali poteva apparire contraddittorio.

Pertanto, secondo Mortati, quand'anche non si dovesse accogliere la proposta di investire la Corte costituzionale dei conflitti di giurisdizione, quanto meno occorrerebbe limitare il sindacato della Corte di cassazione *«soltanto all'eccesso di potere giudiziario, cioè alla mancanza o difetto assoluto di giurisdizione»*.

In definitiva, l'art. 111, comma 8, Cost. è il frutto di un compromesso che mantiene gli inconvenienti del sistema messi in evidenza da Calamandrei e che genera tensioni pressoché inevitabili tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

3. Il saggio di Scoditti e di Montedoro si propone di risolvere o quanto meno di attenuare, a Costituzione invariata, i problemi emersi nella prassi e accen- tuatisi in epoca più recente.

Le premesse del ragionamento sono fondate sui dati testuali della Carta costituzionale. In particolare, l'art. 24, comma 1, attribuisce una posizione di perfetta paritarietà (cioè senza "alcuna gerarchia") ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi affidati alla cognizione rispettivamente del giudice ordinario e del giudice amministrativo. Del resto, è ormai assodato in giurisprudenza il riconoscimento al giudice amministrativo di una «*piena dignità di giudice ordinario*» per la tutela degli interessi legittimi e il ruolo di «*giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica*»<sup>3</sup>.

Il giudice civile merita, poi, l'attributo di "ordinario" che si giustifica in ragione della originarietà dei diritti soggettivi, che in molti casi si fondano direttamente nella Costituzione, senza cioè l'interposizione del legislatore richiesta invece per la definizione degli interessi legittimi.

Quanto all'equilibrio tra le due giurisdizioni, una delle ragioni di tensione è rinvenuta anche in quella che i due Autori definiscono come «*imponente, per qualità e quantità, estensione delle materie di giurisdizione esclusiva*», che ha determinato un vero e proprio «*mutamento costituzionale materiale*» – promosso nel corso del tempo dal legislatore ordinario e consacrato dall'art. 133 del codice del processo amministrativo, che contiene un lungo elenco delle materie – rispetto all'impostazione accolta dall'art. 103 della Costituzione. Quest'ultimo sembra conferire carattere eccezionale, come avveniva del resto nel 1948, all'attribuzione al giudice amministrativo della cognizione dei diritti soggettivi, come chiarito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004 che, come noto, ha posto fine al tentativo del legislatore ordinario di sostituire il criterio di riparto tradizionale, fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, con quello dei "blocchi di materie", che assegnava al giudice amministrativo in quelle a lui attribuite anche la cognizione non collegata in alcun modo all'esercizio del potere.

La dilatazione della giurisdizione esclusiva, pur all'interno dei confini tracciati dalla giurisprudenza costituzionale, determina inevitabilmente una frizione tra i due ordini giudiziari.

Infatti, da un lato, il giudice ordinario si vede sottratti ambiti di giurisdizione che gli spetterebbero in linea di principio. Dall'altro, il giudice amministrativo è chiamato a operare un sindacato su rapporti paritari con i quali ha minor familiarità, se è vero che il nocciolo fondamentale della giurisdizione amministrativa è il sindacato sull'esercizio del potere in tutte le sue possibili manifestazioni dirette e indirette (art.

7 cpa). L'argomento della specializzazione del giudice amministrativo in relazione al sindacato sul potere e sugli interessi legittimi a giustificazione della bontà di una giurisdizione speciale potrebbe, da questo punto di vista, ritorcersi contro il giudice amministrativo e avvalorare la pretesa a ridurre il più possibile l'ambito della giurisdizione esclusiva.

In ogni caso, anche in un sistema giurisdizionale improntato al policentrismo resta il problema di assicurare in qualche modo una configurazione omogenea a situazioni giuridiche soggettive aventi la medesima consistenza. Il problema della nomofilachia sui diritti soggettivi, anche quelli attribuiti alla giurisdizione del giudice amministrativo, non trova oggi una soluzione soddisfacente. Appare arduo, a Costituzione invariata, imboccare la via di interpretare l'art. 111, comma 8, nel senso di ammettere il ricorso in Cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato per violazione di legge limitatamente ai casi nei quali esse si pronuncino su diritti soggettivi.

Che la cognizione dei diritti soggettivi da parte del giudice amministrativo costituisca un elemento meno naturale è confermato anche dalla vicenda dell'azione risarcitoria collegata alla lesione degli interessi legittimi. Come noto, la sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione n. 500/1999 la manteneva in capo al giudice ordinario, mentre il cpa la devolve al giudice amministrativo (art. 30), e ciò all'esito di contrasti giurisprudenziali tra giudice ordinario e amministrativo anche in ordine alla questione della pregiudizialità tra azione di annullamento e azione risarcitoria.

La soluzione accolta dal codice è in linea con la concezione cd. rimediabile dell'azione risarcitoria avallata dalla stessa Corte costituzionale, che ha considerato il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo non già come una materia, bensì come una tecnica di tutela che si aggiunge a quella dell'annullamento del provvedimento illegittimo. In dottrina c'è chi ha espresso dubbi su questa soluzione ermeneutica se è vero che il fatto illecito, secondo l'art. 1183 del codice civile, costituisce la fonte di una obbligazione e, dunque, di una relazione "diritto soggettivo - obbligo".

Comunque sia, anche alla luce della prassi interpretativa, non è priva di fondamento l'opinione secondo la quale il giudice amministrativo ha ancor oggi una minore familiarità rispetto al giudice ordinario con le questioni risarcitorie. Del resto, ciò è riconosciuto in qualche modo dallo stesso cpa, che consente al giudice, accertato l'*an* del risarcimento, di rimettere in prima battuta all'accordo delle parti la determinazione del *quantum* secondo i criteri stabiliti dallo stesso giudice (art. 34, comma 4).

3. Cfr., rispettivamente, Corte costituzionale, nn. 204/2004 e 140/2007.

Su un altro fronte, quello delle controversie in materia di lavoro pubblico privatizzato, l'esperienza concreta dal passaggio dalla giurisdizione amministrativa alla giurisdizione ordinaria operato con il d.lgs 31 marzo 1998, n. 80 sembra dimostrare, secondo molti commentatori, che il giudice ordinario abbia a sua volta una minor dimestichezza nell'apprezzare la specificità di un contenzioso che coinvolge una pubblica amministrazione non soltanto come datore di lavoro controparte contrattuale del dipendente pubblico, ma anche in relazione ad atti amministrativi di tipo organizzativo, che il giudice ordinario può eventualmente disapplicare.

Insomma, "a ciascuno il suo", verrebbe da concludere.

Un altro aspetto delicato nei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo è il contenzioso relativo ai provvedimenti del Consiglio superiore della magistratura in materia di incarichi direttivi dei magistrati ordinari, che rientra *naturaliter* nella giurisdizione del giudice amministrativo involgendo procedure di tipo comparativo e situazioni giuridiche di interesse legittimo (pretensivo). Come rilevano Montedoro e Scoditti, questo tipo di contenzioso ha dato origine in passato non soltanto a conflitti di attribuzione sollevati dal Csm e risolti in favore del giudice ordinario dalla Corte costituzionale, ma anche in tempi più recenti a ricorsi in Cassazione per eccesso di potere giurisdizionale nel tentativo da parte del giudice ordinario di recuperare il ruolo di decisore di ultima istanza. Può apparire infatti incongruente che il giudice ordinario, al quale la Costituzione assegna una posizione di preminenza nel sistema improntato al dualismo giurisdizionale, sia sottoposto alle decisioni ultime del giudice amministrativo per ciò che riguarda le carriere dei propri magistrati. Ma anche su questo punto, a Costituzione invariata, non sembrano a portata di mano soluzioni diverse dall'appello formulato dai due Autori a «una riflessione approfondita e spassionata del tema, che riporti il tutto alla fisiologia del sistema».

**4.** Una criticità di fondo posta dall'assetto attuale del dualismo giurisdizionale continua a essere quella messa in evidenza da Calamandrei, e cioè gli inconvenienti pratici derivanti dalle difficoltà a tracciare in modo univoco, nei casi concreti, la linea di confine tra giurisdizione ordinaria e giustizia amministrativa, ciò che è dimostrato dall'ampio contenzioso innanzi alla Corte di cassazione.

Se ci si pone infatti nella prospettiva della giustizia come "servizio pubblico" offerto ai cittadini, l'incertezza sul giudice al quale rivolgersi per accedervi costituisce una disfunzione sempre meno tollerabile, specie in una fase nella quale è sempre più avvertita

l'esigenza di una rapida soluzione delle controversie.

Inneggabili, infatti, sono l'incremento dei costi e la dilatazione dei tempi derivanti dal contenzioso avente per oggetto le questioni di giurisdizione che può comportare, per esempio, la rimessione del giudizio in primo grado nei casi in cui la sentenza appellata abbia erroneamente declinato la giurisdizione (art. 105 cpa), oppure la *translatio iudicii* nei casi in cui la Corte di cassazione, in particolare all'esito di un giudizio di impugnazione di un giudizio svoltosi innanzi al giudice ordinario, conclude nel senso che investito della giurisdizione sia il giudice amministrativo (art. 11, comma 4, cpa).

A questo riguardo, la difficoltà di tracciare i confini della giurisdizione del giudice amministrativo riguardano tre versanti principali e cioè: la distinzione tra interesse di fatto e interesse legittimo, il primo non sottoponibile alla cognizione di alcun giudice; la distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo, quest'ultimo attribuito di regola alla giurisdizione del giudice ordinario; i confini delle materie che la legge devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Sul primo versante, l'individuazione degli interessi meritevoli di tutela in sede giurisdizionale, in base ai noti criteri della individuazione e della qualificazione, appare spesso incerta. E questo proprio perché, diversamente da quanto accade nel caso dei diritti soggettivi definiti in gran parte in modo puntuale e univoco dalle norme di legge o da fonti negoziali, nel caso degli interessi legittimi le norme di conferimento del potere amministrativo non individuano con precisione in astratto gli interessi qualificabili come interessi legittimi, preoccupandosi piuttosto di definire i presupposti e le modalità di esercizio del potere. Ne discende, come affermato di recente dalla Corte di cassazione, che il processo amministrativo svolge «una funzione di autentica individuazione degli interessi meritevoli di tutela» (Corte di cassazione, sez. unite, 2 agosto 2019, n. 20820) e ciò in sede di valutazione della sussistenza dell'interesse ad agire inteso, sulla scia dell'impostazione più tradizionale ora in fase di superamento, come effettiva titolarità di un interesse legittimo da accertare *in limine litis*, piuttosto che, com'è pacifico nel processo civile, come mera affermazione di tale titolarità.

Non sembra, in definitiva, soddisfare l'esigenza di certezza del diritto una situazione nella quale la titolarità della situazione giuridica sostanziale fatta valere in giudizio non risulta conoscibile *ex ante*, sulla base delle norme sostanziali, ma soltanto a valle di un *iter* processuale che si conclude all'esito di un giudizio di cassazione.

Sul secondo versante, la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi continua a dar filo da



torcere alla giurisprudenza, perché i criteri usualmente utilizzati a questo fine non si prestano a un'applicazione univoca. In particolare, il criterio fondato sulla distinzione tra potere discrezionale e potere vincolato non è risolutivo. Infatti, se è vero che in presenza di un potere discrezionale la posizione giuridica soggettiva vantata è sempre e necessariamente un interesse legittimo, in presenza di un potere vincolato il quadro è meno chiaro. Infatti, la giurisprudenza opera una subdistinzione tra vincoli posti dalla legge nell'interesse e a garanzia del soggetto privato e vincoli che abbiano come funzione di tutelare in via primaria l'interesse pubblico (Consiglio di Stato, ad. plen., 3 settembre 2019, n. 9). Solo nel primo caso la situazione giuridica può essere qualificata come diritto soggettivo, mentre nel secondo caso essa va qualificata come interesse legittimo. Tuttavia, il criterio dello scopo della norma è fonte di incertezza, poiché quasi mai la norma stessa lo individua in modo esplicito.

Sul terzo versante, la casistica giurisprudenziale dimostra che i confini delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva sono spesso incerti e le soluzioni adottate sembrano rispondere a una logica più empirica che di principio. Del resto, la sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale ha chiarito che, affinché le materie possano essere devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non è sufficiente che sia presente un «*generico coinvolgimento dell'interesse pubblico*». Devono essere invece materie che, in assenza di una disposizione legislativa che opera tale devoluzione, «*contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità*».

Tuttavia, distinguere nei casi concreti se si supera la soglia del generico coinvolgimento dell'interesse pubblico e se la controversia richiede la valutazione di legittimità di provvedimenti espressione di pubblici poteri non è scontato. Così, per fare un solo esempio emblematico tratto dalla materia di gestione del ciclo dei rifiuti, che rientra nella giurisdizione esclusiva in base all'art. 133, comma 1, lett. p del cpa, l'azione risarcitoria proposta nei confronti del gestore del servizio da un privato che lamenti un danno alla salute e l'intollerabilità delle immissioni da un impianto di trattamento dei rifiuti ricade nella giurisdizione ordinaria se le modalità tecniche di esercizio dell'esercizio dell'impianto dipendono da scelte del gestore. Ricade, invece, nella giurisdizione amministrativa se tali modalità sono stabilite direttamente da provvedimenti della pubblica amministrazione (Corte di cassazione, sez. unite, 8 maggio 2017, n. 11142). Per quanto il criterio sia chiaro in astratto, l'applicazione concreta richiede una disamina non agevole degli atti di regolazione e di concessione e degli obblighi imposti al concessionario.

Fonte di incertezza sono anche le possibili interferenze tra potere di annullamento attribuito, di regola, al giudice amministrativo e potere di disapplicazione dei provvedimenti illegittimi, del quale è investito il giudice ordinario. Da un lato, il giudice amministrativo ha affermato il proprio potere di disapplicare i regolamenti contrastanti con disposizioni di legge anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, e ciò in base al principio della gerarchia delle fonti e, dunque, ritenendo recessiva la dimensione formale di atti amministrativi, che sono soggettivamente imputabili a un apparato amministrativo ancorché idonei a produrre norme giuridiche di rango secondario (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. II, 9 gennaio 2020, n. 219). Dall'altro, il giudice ordinario, con particolare riferimento alle sanzioni pecuniarie della Banca d'Italia, ha affermato la propria giurisdizione e il proprio potere di disapplicare gli atti di natura regolamentare aventi per oggetto il procedimento di irrogazione delle sanzioni impugnate innanzi al giudice amministrativo, in quanto considerate come atti meramente presupposti rispetto al provvedimento sanzionatorio oggetto di un parallelo giudizio di opposizione innanzi alla Corte d'appello di Roma (Corte di Cassazione, sez. unite, 18 febbraio 2020, n. 4365), andando di contrario avviso rispetto a quanto sostenuto dal Consiglio di Stato, che aveva affermato la propria giurisdizione in considerazione del fatto che il ricorrente risulta titolare di una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo a ottenere l'annullamento dei regolamenti impugnati (Cons. Stato, VI sez., 9 ottobre 2018, n. 5800).

5. A Costituzione invariata, non è facile individuare soluzioni che risolvano gli inconvenienti derivanti dal sistema dualistico della giurisdizione. Il saggio di Scoditti e Montedoro richiama, per quanto riguarda la convergenza nella nomofilachia della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato, il precedente famoso del concordato giurisprudenziale concluso nel 1929 dagli allora presidenti della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato, Mariano D'Amelio e Santi Romano, e avente per oggetto il criterio del riparto di giurisdizione fondato sulla *causa petendi* (piuttosto che sul *petitum*), nonché il *Memorandum* sottoscritto il 15 maggio 2017 dai vertici delle Corti superiori come esempi dai quali trarre ispirazione. Esso ipotizza anche l'introduzione per legge del "transito" tra magistrature, in modo da consentire una composizione delle sezioni unite della Corte di cassazione con la partecipazione di magistrati del Consiglio di Stato nella veste di esperti in grado di fornire un apporto di cultura specializzata in diritto amministrativo.

Si tratta di proposte che meritano attenzione, anche se alcuni commentatori hanno espresso in passato

qualche dubbio, almeno con riguardo a quest'ultima, circa la compatibilità con l'attuale assetto costituzionale che pone un divieto rigido di istituzione di giudici speciali.

Non è possibile prevedere quale sarà la decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea in ordine alle questioni sottoposte al suo esame dall'ordinanza delle sezioni unite già citata. Potrebbe anche darsi che la Corte non si addentri in questioni interpretative di diritto interno, facendosi carico di chiarire la portata dell'art. 111, comma 8 della Costituzione italiana.

È forse più probabile che la Corte si limiti a esaminare il quesito specifico, e cioè se, come ritenuto dal Consiglio di Stato nella sentenza oggetto del ricorso in Cassazione, debbano essere negati la legittimazione e l'interesse a proporre le censure volte al travolgimento dell'intera gara da parte di un'impresa esclusa dalla procedura dalla stazione appaltante. E ciò alla luce degli orientamenti della Corte di giustizia dell'Ue contrari a questa interpretazione restrittiva e volti, invece, a riconoscere l'obbligo del giudice amministrativo di esaminare nel merito le censure proposte da un ricorrente pur in presenza di una eccezione (o di un ricorso incidentale cd. escludente) volto[i] a contestare la legittimazione processuale, al fine di soddisfare l'interesse strumentale alla ripetizione della gara.

Se questo fosse l'esito, la Corte di cassazione dovrebbe ritornare, come peraltro stava già facendo, a operare il sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato all'interno delle coordinate indicate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 6/2018. Se, invece, la Corte di giustizia entrasse per così dire nell'"agone" tra le Corti supreme nazionali, sconfessando l'interpretazione restrittiva della Corte costituzionale e facendo invece rivivere l'interpretazione evolutiva dei motivi di giurisdizione – che quasi inevitabilmente la Corte di cassazione applicherebbe non solo nei casi involgenti il diritto europeo, ma, per ragioni di coerenza, anche nei casi involgenti soltanto questioni di diritto nazionale –, il dualismo giurisdizionale finirebbe per assegnare alla Corte di cassazione una preminenza ancor più marcata. E non è chiaro, a questo punto, quale potrebbe essere la reazione non solo da parte del giudice amministrativo, ma anche da parte della Corte costituzionale. Se è consentito il ricorso a un'immagine, il fuoco continuerebbe a covare sotto la cenere.

In entrambi i casi, gli auspici contenuti nel saggio di Scoditti e Montedoro andrebbero attentamente considerati da parte della comunità dei giuristi (non solo dei magistrati) che hanno a cuore la funzionalità del servizio pubblico della giustizia, nell'interesse preminente del cittadino-utente.

Tra le soluzioni, pur imperfette e non risolutive, si potrebbe anche immaginare che, al di fuori del contesto formale di una controversia sottoposta al loro esame, i magistrati di cassazione, specie quelli afferenti alle Sezioni Unite, si facciano carico di esprimere orientamenti in via preventiva su possibili questioni interpretative generali relative al riparto di giurisdizione, traendo ispirazione da una tecnica adottata dalle amministrazioni pubbliche in Germania che va sotto il nome di "*Antizipierte Verwaltungspraxis*". In base a questa tecnica, utilizzata allo scopo di promuovere la certezza e la prevedibilità delle decisioni nei casi singoli, le amministrazioni elaborano e comunicano all'esterno le prassi interpretative che intendono adottare in relazione a nuove leggi e regolamenti. Un qualche gruppo di lavoro informale al massimo livello, eventualmente integrato da componenti esterne, potrebbe cioè proporre, in modo non vincolante per i giudici ordinari e amministrativi e neppure per le stesse sezioni unite, soluzioni interpretative, almeno nei casi più rilevanti, man mano che sorga l'esigenza di un chiarimento in seguito a mutamenti legislativi o a casi particolarmente significativi che iniziano a essere posti all'attenzione dei giudici di merito.

In una fase storica nella quale emergono, anche a livello europeo, sviluppi tesi a favorire strumenti di *soft law* e di *moral suasion*, pur nella consapevolezza di possibili obiezioni, potrebbe essere anche questa una strada per deflazionare il contenzioso sulla giurisdizione.

Del resto, già oggi sia la Corte di cassazione sia il Consiglio di Stato possono enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge, senza assumere una decisione sul caso concreto, in relazione a questioni ritenute di particolare importanza (art. 363 cpc e art. 99, comma 5, cpa), esercitando la funzione nomofilattica, per così dire, allo stato puro. Si tratterebbe di esercitare un'analoga funzione meramente persuasiva, in via informale, facendo leva sull'autorevolezza di chi esprime l'orientamento.

## L'invasione della sfera del legislatore come eccesso di potere giurisdizionale: una sintetica ricognizione e taluni spunti di riflessione

di Enzo Vincenti

Lo scritto intende fornire una sintetica ricognizione della giurisprudenza su quel peculiare profilo di eccesso di potere giurisdizionale che si configura nella cd. "invasione" del giudice amministrativo nella sfera del potere legislativo e che – anche dopo la sentenza n. 6/2018 della Corte costituzionale – rimane nell'orbita del sindacato riservato alla Corte di cassazione dall'art. 111, comma 8, Cost. Al momento ricognitivo dello stato della giurisprudenza *in medias res* si correlano, poi, ulteriori indicazioni tratte da pronunce della Cassazione rese anche in ambiti differenti, ma pur attinenti al rapporto tra "giudice e legge", volte a innescare eventuali temi di possibile discussione pure nell'ambito proprio dell'eccesso di potere giurisdizionale.

**1.** La modulazione del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per «motivi inerenti alla giurisdizione», ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost. e degli artt. 362 cpc e 110 cpa, ha indubbiamente risentito del tenore impresso alla norma costituzionale dall'interpretazione che ne ha dato il giudice delle leggi con la sentenza n. 6 del 2018, la quale ha rappresentato una sorta di spartiacque del diritto vivente.

Tale cesura, e con essa il mutamento di rotta, trovano piena evidenza, del resto, nella stessa ordinanza interlocutoria n. 19598 del 2020, con cui le sezioni unite civili della Cassazione hanno interrogato la Corte di giustizia dell'Unione europea sulla compatibilità del diritto eurounitario (artt. 4, par. 3 e 19, par. 1, Tue; artt. 2, parr. 1 e 2, e 267 Tfu, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) rispetto a una «prassi interpretativa» maturata sulle anzidette norme a seguito della citata sentenza della Corte costituzionale e della «giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione sotto il profilo del cosiddetto

«difetto di potere giurisdizionale», non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici)».

**2.** L'orientamento giurisprudenziale mutato, come è noto, era quello che (a partire da Cass., sez. unite, nn. 13659/2006 e 30254/2008) faceva leva su un più ampio concetto di giurisdizione, ritenendo sindacabili non soltanto le norme sulla giurisdizione che individuano «i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale», ma anche quelle che stabiliscono «le forme di tutela» attraverso cui la giurisdizione si estrinseca, nei casi in cui la violazione delle stesse comporta un diniego di giustizia.

Di qui, l'affermazione di un concetto di giurisdizione in senso "dinamico" (o "funzionale" o "evolutivo"), in forza del quale il sindacato sull'eccesso di potere giurisdizionale si viene ad estendere anche alla violazione della legge, sostanziale e/o processuale, qualora essa

consegua a un'interpretazione «abnorme o anomala», ovvero a uno «stravolgimento» delle «norme di riferimento», di rito o di merito, nazionali o sovranazionali (tra le altre: Cass., sez. unite, nn. 20413/2015, 10501/2016, 14042/2016, 956/2017, 11520/2017).

**3.** Tale ricostruzione è stata, dunque, messa in crisi dalla menzionata sentenza n. 6 del 2018, che ha ritenuto il sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo, per motivi inerenti alla giurisdizione, essere consentito solo in “astratto” (e non “in concreto”) e senza che si possa validamente dare seguito – come invece ha inteso l'indirizzo giurisprudenziale innanzi rammentato – a “soluzioni intermedie”, volte a graduare qualitativamente la gravità del vizio, così da aprire un indebito spazio alla verifica dell'eccesso di potere giurisdizionale su sentenze “abnormi” o “anomale” ovvero sullo “stravolgimento radicale delle norme di riferimento”.

**4.** Il perimetro segnato dalla pronuncia della Corte costituzionale – che (cfr. Cass., sez. unite, n. 8311/2019) è stata reputata “vincolante” per il giudice regolatore della giurisdizione e questo perché «detta pronuncia ha identificato gli ambiti dei poteri attribuiti alle differenti giurisdizioni dalla Costituzione, nonché i presupposti ed i limiti del ricorso ex art. 111, ottavo comma, Cost., così decidendo una questione che involge l'interpretazione di norme costituzionali e l'identificazione dei confini tra poteri da queste stabiliti (con riguardo a quelli tra le giurisdizioni contemplate dal parametro), che non può non spettare alla Corte costituzionale, quale interprete ultimo delle norme costituzionali» – è, dunque, quello circoscritto «alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore, o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici».

**5.** In questo contesto, si vuole resecare e mettere a fuoco quella che, tra le dette ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale, è definita come “sconfinamento” nella (o “invasione” della) sfera del legislatore.

È ipotesi che, all'evidenza, intercetta piani di ponderoso impegno a livello giuridico-concettuale, come possono essere le interrelazioni tra *jus positum* e fun-

zione di interpretazione delle norme, tra fonte legislativa e formante giurisprudenziale, le quali, a loro volta, si dipanano in svariati rivoli tematici (con effetti, tuttavia, rilevanti nella prassi applicativa), non ultimi quelli che coinvolgono i profili della certezza del diritto e dell'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, quali principi-valori comunque serventi di quel principio-valore che è architrave di un ordinamento costituzionale democratico, ossia l'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge.

Non è certo compito né intenzione del presente scritto indagare campi del giuridico così estesi; con esso verrà invece dato rilievo, in estrema sintesi, alla giurisprudenza della Cassazione in materia di eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore, per poi attingere ulteriori spunti di una possibile e futura più ampia riflessione anche da taluni pronunciamenti non immediatamente pertinenti al sindacato sui motivi inerenti alla giurisdizione, sebbene calibrati anch'essi sulle interferenze tra attività legislativa e attività interpretativa giudiziale.

**6.** È *jus receptum* l'affermazione per cui non può affatto configurarsi un eccesso di potere giurisdizionale ai danni del legislatore rinvenendolo in un'attività di individuazione interpretativa, che è connotato tipico, imprescindibile dello *jus dicere*. In linea di principio, infatti, l'interpretazione della legge non trasmoda di per sé in eccesso di potere giurisdizionale, perché essa rappresenta, per l'appunto, il *proprium* della funzione giurisdizionale e non può, dunque, integrare di per sé sola la violazione dei limiti esterni della giurisdizione da parte del giudice amministrativo, così da giustificare il ricorso previsto dall'art. 111, comma 8, Cost., tranne i soli casi di applicazione di una norma creata *ad hoc* dal giudice speciale (tra le molte: Cass., sez. unite, nn. 11380/2016, 4395/2017, 14437/2018, 16957/2018, 20169/2018, 27755/2018, 543/2019).

Un'evenienza, questa, che non trova riscontro le volte in cui il giudice speciale (ma anche ordinario) individui una *regula juris* facendo uso dei suoi poteri di rinvenimento della norma applicabile attraverso l'ermeneusi della disposizione posta dal legislatore, magari facendo uso anche dell'integrazione analogica del quadro normativo (Cass., sez. unite, nn. 20698/2013 e 27341/2014).

In tal senso si dispiega il compito interpretativo rimesso al giudice, volto alla ricerca della *voluntas legis* applicabile nel caso concreto, anche se questa abbia desunto non dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dalla *ratio* che esprime il loro coordinamento sistematico, potendo dare luogo tale operazione, tutt'al più, a un *error in iudicando*, non alla



violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale (Cass., sez. unite, nn. 22784/2012, 20360/2013, 27770/2020, 29653/2020).

Il campo è, però, delimitato dal significativo testuale dell'enunciato normativo, «dai cui plurimi significati possibili muove la dinamica dell'inveramento della norma nella concretezza dell'ordinamento ad opera della giurisprudenza» (così Cass., sez. unite, n. 27755/2018).

E, tuttavia, l'elasticità quel significativo presenta un punto di rottura oltre il quale è anche messa in discussione, come tale, l'attività di interpretazione giudiziale, sia essa a vocazione "evolutiva" che di natura "correttiva" (di una precedente interpretazione della medesima norma).

Il limite di tolleranza va, però, oltre il mero disallineamento tra orientamenti formati sulla medesima norma, non potendo il valore e la forza del "precedente", quand'anche proveniente dal giudice di vertice del plesso giurisdizionale, collocarsi sullo stesso piano della cogenza che esprime la fonte legale (cfr. anche Corte cost., n. 230/2012), alla quale il giudice è, soltanto, soggetto (art. 101 Cost.).

Del resto, ciò preserva dalla stessa cristallizzazione dell'interpretazione giudiziale, poiché «la vivenza della norma (anche fuori dalla metafora morfologica) è una vicenda, per definizione, aperta» (Cass., sez. unite, n. 15144/2011), sebbene, non solo in forza della sua provenienza (a maggior ragione se questa riguardi il giudice di vertice del plesso giurisdizionale), ma anche della sua persuasività, essa aspiri comunque ad assumere il connotato della tendenziale stabilità e ad avere un seguito generale, in armonica coerenza con la funzione nomofilattica esercitata da quel giudice ed esaltata dalle riforme processuali più recenti (quelle, segnatamente, degli ultimi tre lustri, a partire dal d.lgs n. 40/2006).

Di tanto dà contezza e dimensione l'affermazione sul «rilievo meramente teorico» che assume la figura dell'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera legislativa, «in quanto – postulando che il giudice applichi, non la norma esistente, ma una norma da lui creata – potrebbe ipotizzarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa, la quale in realtà non ha una funzione meramente euristica, ma si sostanzia in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto» (Cass., sez. unite, n. 24175/2004).

Non si tratta soltanto di assunto argomentativo, ma di una constatazione già allora descrittiva di una situazione di fatto nell'esperienza del sindacato svolto dalla Cassazione in questo specifico ambito, che, anche successivamente, non ha fatto registrare eccezioni significative.

7. L'indagine – come accennato – può ora ampliarsi anche in direzioni diverse, ma che possano vantare un qualche riflesso sul tema di elezione e in grado di innescare, semmai in un prossimo futuro, un dibattito aperto a riflessioni ulteriori.

Sovviene, anzitutto, la lettura che le sezioni unite civili (con la sentenza n. 11747/2019) hanno dato dell'art. 2, comma 3, lett. a della l. n. 117/1988, nel testo anteriore alle modifiche apportate dalla l. n. 18/2015, ossia della locuzione «grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile», che connota la relativa fattispecie di responsabilità civile dello Stato-giudice e che viene a sottrarsi alla clausola di salvaguardia di cui al comma 2 del citato art. 2, a mente della quale «[n]ell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove».

Lo iato tra ipotesi sanzionata civilmente e processo interpretativo che ne è esente viene colmato attraverso una triade di fasi logiche prodromiche alla stessa attività ermeneutica siccome produttive di "errore" (individuazione della disposizione, individuazione degli effetti giuridici della fattispecie, ascrizione di significato alla disposizione), nelle quali è possibile rinvenire il perno centrale della complessiva verifica nel rilievo attribuito al «significato della disposizione, intesa quest'ultima come fatto, come elaborato linguistico preso in considerazione dal giudice che non ne comprende la portata semantica».

Di qui, ossia nell'incomprensione radicale dell'enunciato (e, quindi, nella "inesplicabilità" della negligenza, intesa come "non spiegabile" in rapporto alla concreta vicenda processuale portata alla cognizione del giudice), la possibilità di scorgere nell'attività del giudice lo sconfinamento «nel provvedimento abnorme o nel diritto libero»; figura, quest'ultima, che si rivela icasticamente descrittiva di un'appropriazione di un potere (quello del legislatore) che non è del giudice.

Dunque, il significativo testuale e la sua tensione oltre un certo limite, oltrepassato il quale viene a smagliarsi del tutto la trama semantica, costituiscono i fattori concludenti, anche nell'indagine compiuta da Cass., sez. unite, n. 11747/2019 (che ribadisce, sul piano delle fonti, la appartenenza alla legge del piano di produzione delle norme), di quel transito che dissimula nell'attività di interpretazione la posizione di una norma non prima esistente nell'ordinamento, così da far superare il crinale (che quasi si tramuta in "bilico") del disvelamento compiuto di esso, in tutte le sue potenzialità deontiche, nel quale si riconosce altrimenti la funzione cd. dichiarativa della giurisprudenza.

Di questo contesto è parte integrante anche la motivazione del provvedimento giudiziario, come elemento non dirimente, ma cooperante nella verifica



del superamento di quel crinale oltre il quale, come detto, è l'esistenza stessa della giurisdizione a essere posta in discussione rispetto al potere legislativo.

Tuttavia, la giustificazione argomentativa deve presentarsi come il *lógos*, effettivo e concludente, attraverso il quale una (consapevole) scelta ermeneutica si rende "spiegabile", così da accreditarne davvero l'appartenenza al circuito dello *jus dicere* e non dissimularne lo sconfinamento nell'area di produzione di una norma in precedenza inesistente; e (come messo in evidenza dalla sentenza delle sezioni unite) nel senso così delineato non è la più o meno estesa articolazione del discorso giuridico ad ergersi a fattore che, di per sé, rende riconoscibile quella scelta come reale esito di attività di interpretazione.

Qui entra in gioco, piuttosto, la ragionevolezza della decisione, ossia quel giudizio complesso, che si distacca dalla pura logica formale e dalla semplice mediazione, per incontrare poli opposti, offerti anzitutto dalla singolarità del caso concreto, ineludibile punto di partenza nell'attività giurisdizionale, per poi saggiarne necessariamente la tenuta rispetto al sistema complessivo.

Se davvero la ragionevolezza compone le tensioni latenti tra le norme dai contenuti non armonici, questo – ma qui si aprono orizzonti ben più ampi rispetto allo specifico e ristretto tema del presente scritto – non può che avvenire attraverso un'argomentazione che sia convincente e che indichi chiaramente la fondatezza delle scelte effettuate dal giudice. Di tanto si alimenta quella che è stata definita come "dottrina morale dell'interpretazione" e che potrebbe anche tradursi come "etica della responsabilità del giudice", per cui il test definitivo si concentra nell'essere l'unica interpretazione "dicibile" quella di cui si ha la "certezza morale che sia insuperabile".

**8.** Taluni dei contenuti del ragionamento decisivo espresso dalla sentenza ora esaminata possono rintracciarsi, quantomeno come direttrici di orientamento dell'analisi del rapporto tra *jus positum* e interpretazione del giudice, anche nell'approdo nomofilattico costituito da Cass., sez. unite, n. 2061/2021, che (nell'ambito della fattispecie negoziale, dapprima solo social-tipica e poi legalmente tipizzata, del *leasing* finanziario) ha delineato il perimetro entro il quale può svolgersi l'interpretazione cd. evolutiva o storico-evolutiva, della quale si è, anzitutto, riaffermata con decisione la «forza propulsiva (...) affinché l'ordinamento giuridico risponda, in ogni momento, alle esigenze cangianti della realtà socio-economica di riferimento, nei confronti della quale l'interprete deve sempre tendere lo sguardo attento a cogliere l'emersione di nuove ed effettive esigenze meritevoli di tutela».

Anche in questa occasione le sezioni unite ribadiscono come l'attività di interpretazione delle norme, come tale, non possa comunque superare «quei limiti che si impongono nel suo svolgimento e che danno la misura della distinzione di piani sui quali operano, rispettivamente, il legislatore e il giudice»: il primo deputato a introdurre «nell'ordinamento un *quid novi* che rende obbligatorio per tutti un precetto o una regola di comportamento»; il secondo ad applicare «al caso concreto la legge intesa secondo le comuni regole dell'ermeneutica (Corte cost. n. 155 del 1990)» e in tal modo a disvelarne «il significato corretto, pur sempre insito nella stessa, in un dato momento storico, quale espressione di un determinato contesto sociale e culturale».

E ancora una volta è rimarcata (sulla scorta di quanto già affermato da Cass., sez. unite, n. 4135/2019) la natura "dichiarativa" della funzione assoluta dalla giurisprudenza, in quanto «riferita ad una preesistente disposizione di legge, della quale è volta a riconoscere l'esistenza e l'effettiva portata, "con esclusione formale di un'efficacia direttamente creativa"».

In continuità con i propri precedenti, la Cassazione rammenta, dunque, che la dinamica dell'inveramento della norma nella concretezza dell'ordinamento ad opera dell'attività interpretativa del giudice è, dunque, segnata «dal limite di tolleranza ed elasticità dell'enunciato, ossia del significante testuale della disposizione che ha posto, previamente, il legislatore e dai cui plurimi significati possibili (e non oltre) muove necessariamente».

È chiaramente percepibile l'eco dell'insegnamento bettiano, di stampo antiformalista, che in quel saldo presupposto (per l'appunto l'enunciato, il "testo legale", assunto in coerenza con la "totalità dell'ordinamento") fissa comunque il confine dell'interpretazione, il cui superamento porterebbe a riconoscerla non più utile, dovendosi fare spazio alle «esigenze di politica legislativa le quali non possono che essere pienamente appagate se non con una riforma del diritto positivo: riforma che deve restare di competenza della legge».

Nella sentenza n. 2061/2021 si rinvergono, però, due ulteriori affermazioni di principio.

Anzitutto, la non utilizzabilità del procedimento analogico (o interpretazione/integrazione analogica) di cui all'art. 12 delle "preleggi" in assenza della disposizione (analogia *legis*) o del "principio generale dell'ordinamento" (analogia *iuris*) «all'interno dell'ordinamento (quali norme frutto dell'attività interpretativa svolta) nel momento in cui il giudice si trova a doverli applicare, non potendo egli fare opera creativa nei termini appena evidenziati». Il che, in altri termini, stravolgerebbe il ricorso all'analogia, da strumento/metodo di interpretazione della legge a meccanismo di

assunzione di una prerogativa non esercitabile dal giudice, bensì di appannaggio del solo legislatore.

In secondo luogo, la non interferenza dell'attività interpretativa «sul terreno della vigenza della legge che è connessa alla sua entrata in vigore come dalla stessa predeterminata con regole generali (artt. 10, 11, 14 e 15 disp. sulla legge in generale) o specifiche vincolanti per l'interprete».

Sotto questo profilo, quindi, risulta inibito al giudice, anche tramite il procedimento analogico, ascrivere efficacia retroattiva a una disposizione che ne è priva, così da violare la regola posta dall'art. 11 delle "preleggi", giacché «l'efficacia temporale della fonte [è] disponibile solo per il legislatore e pure per esso in termini tali da non poterne fare uso arbitrario» (come messo in risalto anche da una ormai consolidata giurisprudenza costituzionale: tra le molte, Corte cost., nn. 104 e 194 del 2018).

L'eccezionalità dell'efficacia retroattiva di una norma, in deroga al richiamato art. 11, sebbene non sia assistita da garanzia costituzionale (a tale livello l'irretroattività della legge trova, infatti, presidio immediato soltanto nella materia penale: art. 25 Cost.), «fonda pur sempre un vincolo tendenziale nell'attività dello stesso legislatore, che non può debordare (Cass., S.U., n. 8631 del 2020) da quei limiti (seppure non assoluti, ma bilanciabili con altri principi costituzionali) che il Giudice delle leggi ha inteso come "valori di civiltà giuridica", tra cui, eminentemente, "il rispetto del principio di ragionevolezza", "la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto", "la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico", "il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario" (tra le molte, sentenze n. 397 del 1994, n. 209 del 2010, n. 308 del 2013, n. 69 del 2014)».

Con l'ulteriore puntualizzazione che quei limiti (e, segnatamente, la certezza del diritto e la tutela dell'affidamento) sono assunti come «cogenti (e non solo per legislatore, ma anche per il formante giurisprudenziale) pure in ambito di diritto sovranazionale, sia eurounitario (...), che convenzionale».

**9.** Non può, infine, mancare un riferimento alla citata ordinanza interlocutoria n. 19598 del 2020, là dove essa viene a configurare, in una dimensione trans-ordinamentale del sistema processuale nazionale, la nozione di eccesso di potere giurisdizionale per mancata conformazione al diritto dell'Unione, quale ipotesi suscettibile di dare luogo all'esercizio di un potere «di cui è radicalmente privo per aver compiuto un'attività di diretta produzione normativa che non compete neanche al legislatore nazionale».

In questa dimensione è proprio il vincolo conformativo che origina dal primato del diritto eurounita-

rio che orienta finalisticamente, anche nella componente interpretativa, le prerogative in cui si estrinseca l'attività di *ius dicere* del giudice nazionale in quanto giudice "comunitario di diritto comune".

La dottrina ha colto questa differenza rispetto alla stessa attività cognitiva esercitata dal giudice all'interno del solo ordinamento nazionale, in quanto (come detto in precedenza) dotata di discrezionalità nel suo svolgimento seppur se coordinato da norme prescrittive (segnatamente, artt. 11 e 12 delle "preleggi"), ascrivendo, invece, carattere di "inderogabilità e vincolatività" all'interpretazione conforme imposta dall'ordinamento unionale, che integrerebbe piuttosto un "effetto normativo", nella combinazione tra norma sovranazionale (non *self-executing*) e norma di diritto interno.

Letture questa che, in ambito di applicazione del diritto europeo, ridimensiona in modo sensibile quell'ampio margine di azione ermeneutica di cui gode il giudice nazionale all'interno del proprio ordinamento e che solo in quest'ambito consente, quindi, come possibile una censura di sconfinamento nella sfera del legislatore là dove l'interprete si faccia direttamente creatore della norma o renda "inesplicabile" il significato attribuito a una disposizione di legge.

**10.** Come inizialmente accennato, la digressione su approdi nomofilattici anche diversi da quelli immediatamente pertinenti al tema dell'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera del legislatore ha avuto di mira, per una eventuale futura riflessione a più ampio raggio, l'emersione di possibili, ipotetici elementi ulteriori rispetto a quelli tradizionalmente utilizzati dalla giurisprudenza di settore.

Questa riflessione non può che inserirsi nell'ormai maturata consapevolezza di un contesto esperienziale che registra, da tempo, la crisi del tradizionale rapporto tra giudice e la legge, tema che – a conclusione di questo scritto – merita, dunque, qualche breve considerazione, a mo' di guida retrospettiva dell'indagine svolta.

La portata di quella crisi è stata scolpita da pagine illuminanti di sommi giuristi: le posizioni di merito – incalcolabilità giuridica, crisi della fattispecie, eclissi del diritto civile, *inventio iuris* – sono differenti, ma l'analisi converge nel ravvisare ciò che è stato definito come lo "spostamento" del "baricentro della giuridicità dal momento della posizione della regola a quello della sua applicazione".

La causa originaria di questa vera e propria *metánoia* non riguarda tanto, e di per sé, la discrezionalità del giudice, che è attribuito consustanziale alla sua attività e che transita, per l'appunto, attraverso l'interpretazione.

Del resto, da sempre il legislatore, accanto alle regole, ha posto i principi, le norme aperte o le cd. clausole generali, rimettendone al giudice il riempimento, essendo innegabile – senza dover indugiare su teorie particolari, che spaziano dall’ermeneutica al cognitivismo, dall’ipertestualismo al contestualismo – che il giudice non può essere iconizzato come “bocca della legge” (semmai ciò sia stato vero anche sotto l’impero del codice di Napoleone).

L’origine della criticità del rapporto giudice-legge, come sappiamo, è proprio nel mutamento del paradigma rispetto al quale la discrezionalità del giudice è venuta ad operare: l’avvento della Costituzione, che ha fatto lievitare il livello della fonte di riferimento, non solo gerarchicamente, ma sotto il profilo valoriale, monopolizzando il bilanciamento tra gli interessi sociali. Successivamente, con l’affermazione delle fonti sovranazionali, si è innestato un ulteriore, ma significativo fattore di complicazione. Come evidenziato da acuta dottrina, registriamo un evidente scarto tra “sistema delle fonti” e “sistema delle norme”, quest’ultimo capace di acquistare spazi di “libertà dal condizionamento esercitato dal primo”.

Dunque, svanita l’idea, tradizionale, di un sistema normativo gerarchicamente armonico, ontologicamente dato e, quindi, preesistente rispetto al momento interpretativo, si è fatto più difficile valutare quel grado di tolleranza e di elasticità dell’enunciato della disposizione, che, come visto, assume rilievo centrale nella riflessione sull’eccesso giurisdizionale per “sconfinamento”, per cui è divenuto sempre più opaco il confine oltre il quale poter apprezzare il punto di rottura che fa perdere l’ancoraggio necessario alla *lex scripta*.

È stata, tuttavia, una maturazione lenta, che ha visto muovere passi significativi soprattutto nell’ultimo trentennio.

Occorre, infatti, attendere gli anni ottanta perché la Cassazione, dapprima timidamente, apra alla *drittwirkung* dei principi costituzionali con il “danno biologico”.

Ma il “cambio di passo” – l’esaltazione delle virtualità ermeneutiche di un paradigma ben diverso dalla legge – probabilmente si deve proprio alla Corte costituzionale, che a metà degli anni novanta ha assegnato centralità alla dottrina dell’interpretazione

conforme a Costituzione, cui poi è seguita quella della conformità eurounitaria e convenzionale.

Il viatico ci viene da quel passo, assai noto, della sentenza n. 356 del 1996, secondo cui «le leggi si dichiarano costituzionalmente illegittime solo perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali».

La dottrina dell’interpretazione conforme non è stata solo una tecnica peculiare di ingaggio dell’incidente di costituzionalità, ma un mutamento culturale profondo del rapporto tra legge e giudice: l’“impossibilità” evocata dalla sentenza ha aperto un solco, che via via – beninteso, anche per il concorso di altri fattori, sia endogeni (tra cui la crisi della politica o il disordine e l’incuria delle norme) che esogeni (come detto, il rapporto con le fonti sovranazionali e, con esso, l’affermarsi della tutela multilivello dei diritti fondamentali) – si è fatto sempre più ampio e che ha inciso nel rapporto tra giudice e legge scritta.

Oggi, però, proprio dalla Corte costituzionale ci viene non solo un rinnovato monito a considerare come bene prezioso, anche sotto il profilo della sicurezza giuridica e della certezza del diritto, le virtù della *lex scripta* (così, con forza, la sentenza n. 115/2018), ma soprattutto l’indicazione di una nuova stagione dell’interpretazione conforme a Costituzione, questa volta incline a restringerne le potenzialità, poiché – diversamente dal recente passato (come espressamente rileva la sentenza n. 15/2018; successivamente, *cf.* la sentenza n. 54/2019, che esprime la direzione di un orientamento ormai coeso) – è sufficiente un’adeguata motivazione circa l’impedimento a tale esito interpretativo e tanto proprio in ragione del tenore eminentemente letterale della disposizione attinta dal dubbio di costituzionalità.

Lo scarto con quanto predicato dalla sentenza del 1996 è netto: l’enunciato che dà corpo alla disposizione nuovamente irrompe, anche in ambito di legalità costituzionale, come elemento non solo irrinunciabile, ma anche indefettibile della trama, comunque complessa, che segna il rapporto del giudice con la legge e di cui lo specifico profilo qui indagato – tassello di quella trama e, al contempo, parte dei «motivi inerenti alla giurisdizione» indicati dall’art. 111, comma 8, Cost. – non sembra aver esaurito la propria vena problematica.

# Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria

di *Fabio Francario*

Spinto dall'avvenuto spostamento dei diritti soggettivi nell'ambito della giurisdizione esclusiva e dall'attribuzione del potere di condanna al risarcimento del danno, e suggestionato dalle teorizzazioni in termini di giudizio di spettanza, all'inizio del nuovo millennio il giudice amministrativo sembrerebbe essersi incamminato sulla via dell'ibridazione delle figure soggettive, incontrando la resistenza della Corte di cassazione e prestando il fianco a ulteriori interventi riformatori, pronti a considerare la tutela risarcitoria un modo come un altro per tutelare l'interesse legittimo. La tutela risarcitoria è la trappola perfetta per il giudice amministrativo e la strada dell'ibridazione è la pericolosa scorciatoia che vi conduce, poiché espone il giudice amministrativo al perenne e carsico contrasto con le sezioni unite nel momento in cui l'ibridazione tende a costruire una tutela risarcitoria che è un surrogato di quella fruibile nel sistema della tutela civile dei diritti e lo allontana da quella che è la sua missione istituzionale (e costituzionale), assicurare cioè giustizia nell'amministrazione, che rappresenta la sua stessa ragion d'essere.

**1. Premessa / 2. L'arretramento contestato (dalle sezioni unite) / 2.1. La riscrittura del sistema di giustizia amministrativa avvenuta a cavallo del nuovo millennio / 2.2. Giudice amministrativo e tutela risarcitoria / 2.3. L'ibridazione del diritto soggettivo "amministrativizzato" / 2.4. L'ibridazione dell'interesse legittimo "patrimonializzato" / 3. L'arretramento auspicato (dalle riforme legislative) / 4. La trappola della tutela risarcitoria**

## 1. Premessa

Le considerazioni che vengono svolte nel presente articolo rispondono all'invito di Scoditti e Montedoro a riflettere sul tema se l'attuale struttura pluralistica del sistema giurisdizionale disegnato dalla Costituzione repubblicana sia un punto di forza o di fragilità dello Stato sociale italiano<sup>1</sup>.

Lo spunto è offerto da due eventi che, nel corso del 2020, hanno messo in discussione il ruolo del giudice amministrativo e rivitalizzato l'attenzione degli

studiosi per il tema della giurisdizione amministrativa, dei suoi limiti e confini.

Il primo è dato dalla nota ordinanza delle sezioni unite n. 19598 del 18 settembre 2020 che, con una pronuncia senza precedenti, ha chiesto alla Corte di giustizia europea di pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto eurounitario dei limiti della giurisdizione amministrativa così come definiti dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 6/2018 (ma anche, a ben guardare, a prescindere dalla suddetta pronuncia della Corte)<sup>2</sup>.

1. G. Montedoro ed E. Scoditti, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in questo fascicolo.

2. L'ordinanza è stata già oggetto di numerosi commenti dottrinari. Per tutti, vds. M.A. Sandulli, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2020 e ivi ulteriori riferimenti ([www.giustiziainsieme.it/easyarticles/images/users/367/m.a-sandulli-Guida-alla-lettura.pdf](http://www.giustiziainsieme.it/easyarticles/images/users/367/m.a-sandulli-Guida-alla-lettura.pdf)).

Il secondo è dato dall'evento pandemico e dalla situazione emergenziale dallo stesso creata, non tanto sotto il profilo sanitario, quanto socio-economico, per la necessità di porre in essere interventi straordinari di immediato sostegno e rilancio dell'economia, la cui efficacia, si è paventato, potrebbe essere condizionata e pregiudicata dall'intervento del giudice amministrativo.

Tali eventi hanno riaperto la discussione sul rapporto tra giudice amministrativo e giudice ordinario, da un lato, e tra giudice amministrativo e pubblica amministrazione, dall'altro, imponendo una riflessione complessiva sul ruolo del giudice amministrativo nell'assetto ordinamentale contemporaneo.

Il problema non può essere ridotto a una questione di mera delimitazione di reciproci confini. Certamente, l'auspicato dialogo tra le corti, nazionali e non, attraversa un momento difficile, che può giustificare anche una lettura in termini di antagonismo finalizzato all'affermazione di una primazia giudiziaria, o meglio, con specifico riferimento al rapporto tra Consiglio di Stato e Cassazione, all'affermazione o meno di una piena e assoluta equiparazione delle due giurisdizioni, amministrativa e ordinaria, con relativa nomofilachia "differenziata" sotto ogni profilo. Questa lettura del fenomeno, visto per così dire "dall'alto", dal punto di vista cioè del giudicante che deve difendere e delimitare il proprio territorio giurisdizionale, rischia però di essere sterile e fuorviante, e può portare a soluzioni che finiscono con il perdere di vista l'esigenza primaria, che è quella di vedere come debba essere qualitativamente soddisfatto il bisogno di tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della p.a.

Questa esigenza primaria diventa immediatamente visibile cambiando prospettiva, guardando le cose "dal basso", dal punto di vista cioè del cittadino utente del servizio di giustizia. In tal caso, il problema di valorizzare il giudice amministrativo come risorsa diventa immediatamente comprensibile nei suoi termini essenziali perché diventa subito ben chiaro che il problema è, innanzi tutto, capire a cosa serva un sistema dualistico. Così posto, l'interrogativo impone di sciogliere, in un senso o nell'altro, l'alternativa tra il ritenere che un sistema dualista serva a far sì che il cittadino possa ottenere nei confronti della p.a. una tutela qualitativamente diversa e maggiore rispetto a quella comunemente offerta dal sistema della tutela civile dei diritti; oppure che la creazione di un giudice speciale, appositamente costituito per decidere le controversie in cui sia parte

la p.a., serva per garantire la completa sottrazione di questa al diritto comune<sup>3</sup>.

Detto diversamente, bisogna domandarsi se il giudice amministrativo esiste per rispondere a un bisogno di tutela diverso da quello proprio già della figura del diritto soggettivo ovvero per soddisfare diversamente un bisogno di tutela che verrebbe altrimenti garantito dal sistema della tutela civile dei diritti.

Sono fermamente convinto che questa alternativa renda chiaro come il giudice amministrativo sia una risorsa inestimabile e insostituibile in un ordinamento che intenda raggiungere e conservare un elevato livello di civiltà giuridica. Ciò implica, però, che egli debba garantire il rispetto degli obblighi di comportamento che gravano sulla p.a. in ragione della specialità dei principi e delle regole del diritto amministrativo rispetto a quelle proprie dei rapporti di diritto comune; e non già che la giurisdizione amministrativa possa radicarsi *ratione personae*, per il solo fatto che parte in causa sia una p.a., a prescindere dal fatto che debba essere protetta una situazione di interesse legittimo. Se così fosse, la specialità caratterizzerebbe la figura del giudice in quanto tale, con buona pace del divieto posto dall'art 102 Cost., e attesterebbe che la p.a. sarebbe sempre e comunque sottratta all'applicazione delle regole e dei principi di diritto comune. Il rivendicato dualismo nomofilattico, in questa seconda ipotesi, non rifletterebbe la diversità degli istituti che i giudici sarebbero chiamati ad applicare, ma creerebbe regimi differenziati di un medesimo istituto. La questione della tutela risarcitoria, vero e proprio *casus belli* dei conflitti di giurisdizione, è esemplare sotto questo profilo.

Prima di giungere alle conclusioni, in parte già anticipate da queste considerazioni introduttive, è opportuno capire meglio come e perché i suddetti eventi siano tali da sollecitare una riflessione complessiva sul ruolo del giudice amministrativo.

Al centro della discussione è sempre il problema dell'arretramento della giurisdizione amministrativa, ma le vicende sono speculari. In un caso, l'arretramento viene addebitato dalle sezioni unite assumendo che il giudice amministrativo rifiuti di rispondere al bisogno di tutela che l'ordinamento vuole, invece, protetto nelle forme del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo; nell'altro, l'arretramento viene invece auspicato nel presupposto che serva a garantire un recupero di efficienza e celerità dell'azione amministrativa.

3. E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1968 (II ed.).



## 2. L'arretramento contestato (dalle sezioni unite)

### 2.1. La riscrittura del sistema di giustizia amministrativa avvenuta a cavallo del nuovo millennio

L'ordinanza n. 19598 del 2020 pone un problema che non può essere affrontato e risolto sulla base di più o meno raffinate tecniche esegetiche applicate all'interpretazione tanto dell'ordinanza quanto, più in generale, alle pronunce delle altre Corti, esplicitamente o implicitamente richiamate dalla prima. Intendo dire che il problema non è quello di prendere posizione a favore o contro la Cassazione (o, a seconda dei punti di vista, del Consiglio di Stato o della Corte costituzionale), proponendo quella che si ritiene sia la soluzione più corretta sul piano puramente esegetico, raggiunta valorizzando o enfatizzando questa o quella espressione, questo o quel lemma impiegato dalla Corte costituzionale, dalla Cassazione, dal Consiglio di Stato o dalla Cgue in una sentenza piuttosto che in un'altra. Qualsiasi soluzione raggiunta in questo modo è destinata ad avere breve vita se non si comprendono le ragioni sostanziali di quella che viene spesso rappresentata come una vera e propria "ostinazione" delle sezioni unite nel porre il problema che i termini della questione di giurisdizione debbano oggi essere in qualche modo ripensati.

Non certo soltanto con la più recente ordinanza 19598, ma ormai da tempo il problema di fondo che le sezioni unite stanno ponendo è quello dell'arretramento della linea della tutela giurisdizionale. Le ragioni affondano le radici nelle riforme, legislative e "giudiziarie", del periodo 1998 - 2001, che finiscono poi con l'essere codificate nel 2010 dal cpa e che possono riassumersi in cinque momenti essenziali.

Il d.lgs 31 marzo 1998, n. 80 dà l'avvio a un disegno riformatore che, nelle intenzioni del legislatore,

avrebbe dovuto rendere superata, obsoleta e priva di interesse la problematica delle situazioni giuridiche soggettive attraverso l'introduzione dei blocchi di materie come nuovo criterio di riparto della giurisdizione e l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni.

Nel 1999, la storica sentenza n. 500 delle sezioni unite afferma la risarcibilità degli interessi legittimi – nel presupposto (della sussistenza della giurisdizione ordinaria e) dell'eliminazione della pregiudizialità del previo annullamento dell'atto illegittimo, rimedio (l'annullamento) che, nell'impianto della sentenza n. 500, viene sostituito da quello della disapplicazione, la quale garantisce l'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento<sup>4</sup>.

Nel 2000 le norme che ampliano l'ambito delle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e che consentono allo stesso di condannare anche al risarcimento del danno, originariamente recate dagli artt. 33, 34 e 35 d.lgs n. 80/1998, vengono dichiarate incostituzionali per eccesso di delega da Corte cost., 17 luglio 2000, n. 292; ma vengono poi riprodotte dalla l. 21 luglio 2000, n. 205 con l'eliminazione del riconoscimento della possibilità di condannare al risarcimento del danno nei soli casi di giurisdizione esclusiva<sup>5</sup>.

Queste norme vengono infine trasfuse nel codice del processo amministrativo, il quale precisa che l'azione risarcitoria può essere proposta tanto per diritti soggettivi quanto per interessi legittimi, che nel secondo caso va proposta nel termine di 120 giorni e che il risarcimento va escluso se i danni si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza (ex art. 1227 cc), anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti (art. 30 cpa).

Le norme sulla tutela risarcitoria, recate dalla l. n. 205/2000, prima, e dal codice del processo amministrativo, dopo, vengono entrambe "salvate" dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 204/2004

4. Il problema dell'autonomia dell'azione risarcitoria è centrale nella sentenza n. 500/1999, che ritiene insussistente «la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento (...) in passato costantemente affermata per l'evidente ragione che solo in tal modo si perveniva all'emersione del diritto soggettivo, e quindi l'accesso alla tutela risarcitoria ex art. 2043 cc riservata ai soli diritti soggettivi», giungendo alla conclusione che, «qualora (in relazione ad un giudizio in corso) l'illegittimità dell'azione amministrativa non sia stata previamente accertata e dichiarata dal giudice amministrativo, il giudice ordinario ben potrà quindi svolgere tale accertamento al fine di ritenere o meno sussistente l'illecito, poiché l'illegittimità dell'azione amministrativa costituisce uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 cc». Per più ampi riferimenti, mi sia consentito rinviare a F. Francario, *Degradazione e pregiudizialità quali limiti all'autonomia dell'azione risarcitoria*, in *Dir. amm.*, n. 3/2007, pp. 441 ss., ripubblicato in *Id.*, *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

5. In tal modo la domanda di risarcimento del danno, in origine questione sempre "riservata" all'autorità giudiziaria ordinaria anche nei casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, dopo aver rappresentato una questione che poteva essere conosciuta anche dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, è divenuta questione che può essere sempre conosciuta dal giudice amministrativo, anche quando è investito della sola giurisdizione di legittimità. L'evoluzione è meglio riassunta, nei termini essenziali di cui nel testo, in F. Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2016, pp. 1025 ss.

e 94/2017<sup>6</sup>; non anche quelle sul criterio (di riparto della giurisdizione) dei blocchi di materie, censurato dalla sentenza n. 204/2004, perché prescinde dalla natura delle situazioni soggettive coinvolte<sup>7</sup>.

In pratica, a cavallo del nuovo millennio, il sistema di giustizia amministrativa viene ridisegnato spostando quanto più possibile la tutela dei diritti soggettivi, quando parte in causa è una pubblica amministrazione, dal giudice ordinario al giudice amministrativo, e questo spostamento si perfeziona con l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare anche al risarcimento del danno.

Questa riscrittura del sistema di giustizia amministrativa supera il giudizio di costituzionalità, ma non senza riserve o condizioni. Secondo le pronunce della Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204 e 22 febbraio 2017, n. 94, la differenziazione delle situazioni soggettive rimane ferma e può (e deve) giustificare tutela differenziata anche nell'ambito del processo amministrativo. Rimane comunque fermo che, pur con i limiti e le riserve suddette, l'allargamento della giurisdizione esclusiva viene legittimato dalla Corte costituzionale e il giudice amministrativo viene così chiamato ad apprestare tutela anche a quelle situazioni di diritto soggettivo che prima ricevevano tutela da parte del giudice ordinario, principalmente attraverso la tutela risarcitoria o dichiarativa.

L'affermazione del principio di concentrazione della tutela giurisdizionale ha fatto, però, perdere di vista la specificità delle tutele delle due situazioni soggettive e ha evidenziato la tendenza alla loro ibridazione in una forma indistinta, che sembrerebbe mutare il peggio (i limiti) dell'una e dell'altra. Una cosa è assicurare la ragionevole durata di un processo;

altra trasformare forma e sostanza della tutela della situazione soggettiva.

## 2.2. Giudice amministrativo e tutela risarcitoria

Non si può seriamente negare che lo spostamento della tutela dei diritti soggettivi innanzi al giudice amministrativo abbia posto, con buona pace dell'art 113 Cost., un problema di effettività della tutela giurisdizionale.

Non si può negare il problema limitandosi a osservare che il cpa, ormai, consente al giudice amministrativo di esercitare tutti i poteri propri già del giudice ordinario. Il problema è che il giudizio amministrativo è – e si è comunque dimostrato nella concreta applicazione – fisiologicamente inidoneo a erogare la tutela risarcitoria. Il dato storico è di tale e immediata evidenza per tutti gli operatori del diritto da non richiedere particolare dimostrazione, e affonda le sue radici nella perdurante assenza di una vera e propria istruttoria nella fisiologia del processo amministrativo.

Intendo con ciò dire che, anche successivamente all'adozione del cpa, la disciplina permette al giudice amministrativo di poter continuare a definire comunque il giudizio in base a un giudizio sulla ragionevolezza della decisione amministrativa e/o a valutazioni puramente equitative o indennitarie dei risarcimenti, estranee alla cultura giuridica della vera e propria tutela risarcitoria. Ripeto, a scanso di ogni possibilità di equivoco, che non intendo con ciò dire che il giudice amministrativo, oggi come oggi, non abbia il potere di accertamento diretto dei fatti. La disciplina dei mezzi di prova e dell'attività istruttoria recata dagli artt. 63

6. La previsione della possibilità del giudice amministrativo di condannare al risarcimento del danno anche nelle ipotesi di sola giurisdizione generale di legittimità, e quindi a tutela di interessi legittimi, è uscita immune dal giudizio di costituzionalità operato dalla pronuncia Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, e la secolare riserva al giudice ordinario delle «questioni patrimoniali consequenziali alla pronuncia di legittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre», di cui all'art 30 del Tu delle leggi sul Consiglio di Stato (rd 26 giugno 1924, n. 1054), è stata così definitivamente eliminata: prima dalla sola giurisdizione esclusiva (d.lgs n. 80/1998), poi dalla giurisdizione amministrativa *tout court* (l. n. 205/2000).

Con specifico riferimento al profilo del termine di proposizione dell'azione nel termine di 120 giorni per il risarcimento degli interessi legittimi, Corte cost., 22 febbraio 2017, n. 94 afferma che «Il legislatore ha, dunque, delineato una disciplina che riconosce al danneggiato la facoltà di scegliere le modalità della tutela risarcitoria nei confronti dell'esercizio illegittimo della funzione pubblica, adottando un modello processuale che determina un significativo potenziamento della tutela, anche attraverso il riconoscimento di un'azione risarcitoria autonoma, con il conseguente abbandono del vincolo derivante dalla pregiudizialità amministrativa». Quella della pregiudizialità dell'annullamento è, tuttavia, una questione mai del tutto sopita, che continua ancor oggi a riproporsi praticamente nei medesimi termini in cui veniva posta anteriormente all'entrata in vigore del cpa, negando la proponibilità dell'azione in assenza della previa impugnazione dell'atto amministrativo, a prescindere dalla concreta incidenza sulla determinazione del risarcimento (vds., ad esempio, nota redazionale a Cons. Stato, sez. III, 13 maggio 2020, n. 3040, *Il ritorno della pregiudiziale dell'annullamento per la tutela risarcitoria*, in *Giustizia insieme*, 22 maggio 2020, [www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1108-il-ritorno-della-pregiudiziale-dell-annullamento-per-la-tutela-risarcitoria](http://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1108-il-ritorno-della-pregiudiziale-dell-annullamento-per-la-tutela-risarcitoria)).

7. La sentenza afferma chiaramente che i criteri ai quali deve ispirarsi la legge ordinaria quando voglia riservare una "particolare materia" alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non consentono «che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.)» e che il criterio dei blocchi di materie non è pertanto un criterio che possa ritenersi sufficiente ai fini del riparto di giurisdizione; non lo è se e in quanto prescinde dalla natura delle situazioni soggettive coinvolte e se ignora le condizioni minime richieste per la sussistenza della giurisdizione generale di legittimità.

ss. del cpa non lascia più dubbi al riguardo. Intendo dire che il sindacato sulla ragionevolezza della decisione amministrativa è ancora più che largamente impiegato come strumento alternativo all'accertamento diretto dei fatti, compromettendo la credibilità del sindacato giurisdizionale quantomeno in termini di equidistanza del giudice amministrativo dalle rappresentazioni delle parti<sup>8</sup>.

E a ciò si può aggiungere che, alla constatazione che il giudice amministrativo abbia il potere di condannare al risarcimento del danno per equivalente o anche a un fare specifico, si accompagna l'osservazione che questo potere, spesso e volentieri, può prescindere dalla domanda di parte per il suo esercizio<sup>9</sup>: alludo, per fare degli esempi, alla possibilità che in sede di cognizione, senza domanda di parte, il giudice può disporre «*le misure idonee ad assicurare l'esecuzione del giudicato*» (art. 34, comma 1, lett. e, cpa); al fatto che ha il potere di dichiarare o meno l'inefficacia del contratto quando annulla l'aggiudicazione definitiva di una gara pubblica (art. 122 cpa); al fatto che, nelle condanne pecuniarie, può limitarsi a stabilire «*i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine*» (art. 34, comma 4, cpa).

Credo, in buona sostanza, non si possa negare la realtà delle cose e negare che il processo amministrativo sia inevitabilmente condizionato dalla rilevanza dell'interesse pubblico istituzionalmente affidato alle cure della pubblica amministrazione, e che ciò abbia inevitabilmente incidenza sulla prevedibilità delle decisioni e limiti il sindacato giurisdizionale.

In questo contesto, il giudice amministrativo ha acquisito nell'ambito della sua giurisdizione i diritti soggettivi, ma la tutela ha subito una variazione qualitativa e si è in parte affievolita.

### 2.3. L'ibridazione del diritto soggettivo "amministrativizzato"

Questo nuovo scenario ha avuto innanzi tutto l'effetto di rivitalizzare la figura "classica" del rifiuto di

giurisdizione, secondo la quale è censurabile l'arretamento fatto in via generale e astratta, in maniera aprioristica e non con riferimento alla specificità del caso concreto, della linea della giurisdizione fruibile dal cittadino. Ha poi visto prender corpo un tentativo di dilatare la concezione del motivo di giurisdizione, in modo da ricomprendere anche le ipotesi dell'errore abnorme *in procedendo* o *in iudicando*, teorizzando la cd. "interpretazione evolutiva", criticata e censurata da Corte cost., n. 6/2018.

Nella realtà delle cose, non solo nella sua interpretazione "evolutiva", ma anche nella sua accezione classica, il rifiuto di giurisdizione è però rimasto sostanzialmente confinato al livello di figura più teorica che pratica<sup>10</sup>, lasciando al giudice amministrativo la libertà di muoversi nel nuovo scenario come giudice dei diritti.

Ciò ha prodotto la già ricordata ibridazione della tutela del diritto soggettivo innanzi al giudice amministrativo, che non sarebbe avvenuta se si fosse evitato che il cambio di giurisdizione venisse accompagnato anche da un mutamento qualitativo della tutela fruibile. Sotto questo profilo, è quasi più grave che le sezioni unite non abbiano quasi mai concretamente applicato la figura (del rifiuto di giurisdizione) piuttosto che il fatto che ne abbiano teorizzato interpretazioni evolutive.

Le sezioni unite hanno dunque, in realtà, applicato poco o nulla la figura classica del rifiuto di giurisdizione, e il Consiglio di Stato si è spesso e volentieri rifiutato di erogare tutela risarcitoria nelle forme proprie della tutela civile dei diritti e si è troppo spesso rifugiato nel sindacato di ragionevolezza, rifiutando l'accertamento diretto dei fatti. Per recuperare l'effettività della tutela giurisdizionale basterebbe in realtà poco, e cioè che le sezioni unite cassassero le decisioni dove c'è rifiuto aprioristico e tipizzato, formulato in via generale e astratta, di una certa situazione; e che il Consiglio di Stato fosse meno creativo e più attento alle categorie generali dell'ordinamento quando si tratta di tutelare diritti soggettivi, e rinunciassero a plasmarle o adattare alla

8. Oltre a essere un dato di comune esperienza per gli operatori del diritto, il profilo critico è generalmente sottolineato anche negli studi della dottrina sul tema. Alla lucida sintesi operata da M.A. Sandulli, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. società*, n. 2/2020, pp. 203 ss., per ulteriori riferimenti vds. anche, tra gli altri: G. D'Angelo, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *Jus online*, n. 3/2020, pp. 11 ss.; P. Lombardi, *Riflessioni in tema di istruttoria nel processo amministrativo: poteri del giudice e giurisdizione soggettiva temperata*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2016, pp. 125 ss.; S. Lucatini, *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2015, pp. 203 ss.; L.R. Perfetti, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2015, pp. 72 ss.; B. Marchetti, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2014, pp. 74 ss.; M. Ramajoli, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2013, pp. 100 ss.; F. Saitta, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2013, pp. 93 ss.

9. Il tema è stato ampiamente trattato nell'edizione del 2018 delle «Giornate di studio sulla giustizia amministrativa» i cui atti sono raccolti nel volume F. Francario e M.A. Sandulli (a cura di), *Profili soggettivi e oggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzaroli*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

10. Cfr. M.A. Sandulli, *Guida alla lettura*, op. cit.

specificità del processo amministrativo, cosa che ha un senso se si tratta d'interessi legittimi, non di diritti soggettivi. Va senz'altro apprezzata in tal senso, ad esempio, la recente ad. plen., 4 dicembre 2020, n. 24<sup>11</sup>, sul termine di prescrizione, che ha evitato una di quelle ibridazioni che nel futuro prossimo venturo avrebbero quasi sicuramente originato il proliferare di nuove questioni di giurisdizione. Elementi di preoccupazione riemergono, però, immediatamente se solo si considera che l'adunanza plenaria è stata investita della questione della natura della tutela risarcitoria nel processo amministrativo da CGARS, 15 dicembre 2002, n. 1136, per chiarire *inter alia* «*se il paradigma normativo cui ancorare la responsabilità dell'Amministrazione da provvedimento (ovvero da inerzia e/o ritardo) sia costituito dalla responsabilità contrattuale piuttosto che da quella aquiliana*», con conseguente rilevanza della prevedibilità del danno ai fini della risarcibilità (da escludere in caso di sopravvenienze normative che sarebbero, comunque, nella disponibilità dell'amministrazione ove ad agire fossero gli apparati politici e non quelli amministrativi)<sup>12</sup>.

#### 2.4. L'ibridazione dell'interesse legittimo "patrimonializzato"

Il processo di ibridazione ha fatto perdere di vista la specificità non solo della tutela che deve ritenersi propria delle situazioni di diritto soggettivo, ma anche di quella propria delle situazioni di interesse legittimo.

L'esigenza di rispondere al bisogno di tutela proprio delle situazioni di diritto soggettivo e delle domande risarcitorie ha infatti finito con il concentrare su tali profili l'attenzione e lo sforzo del giudice amministrativo, facendo perdere di vista l'esigenza di tutela delle situazioni non riducibili a tali schemi e che dovrebbero, invece, rappresentare il *proprium* della giurisdizione amministrativa, la tutela dell'interesse legittimo. Il processo di ibridazione ha appiattito

la forma di tutela di questa situazione su quella del diritto soggettivo, patrimonializzandola; dandole un contenuto necessariamente patrimoniale, come pretesa a che un bene della vita entri nel proprio patrimonio ovvero non ne esca.

Sotto questo profilo, non solo la giurisprudenza, ma anche buona parte della dottrina amministrativistica dovrebbe avviare una riflessione critica sui danni prodotti dal fatto di aver enfatizzato oltremodo la costruzione del processo amministrativo in termini di giudizio sulla fondatezza della "pretesa" vantata dal ricorrente, sulla "spettanza" del bene della vita, ponendo in secondo piano il fatto che, nella generalità dei casi, il conseguimento del bene della vita è pur sempre protetto in termini di probabilità e non di certezza. Insisto nel ritenere esemplari sotto questo profilo le parole di Riccardo Villata, pronunciate in occasione del convegno celebrativo dei 130 anni dall'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato: «*Il processo amministrativo, abbandonato "finalmente" il modello di processo all'atto, è divenuto giudizio sul rapporto. Nel dettaglio, è un giudizio di spettanza nel senso che accerta la fondatezza della pretesa al bene della vita, pretesa che può oggi soddisfare tramite l'azione divenuta atipica o meglio il ventaglio di azioni che il c.p.a. riconosce e di cui si deve se mai criticare i limiti (quelli apposti alle azioni di adempimento, di nullità, risarcitoria) superandoli per quanto possibile nell'applicazione. Ebbene, io non mi riconosco affatto in questa prospettiva, spero non solo perché con il trascorrere degli anni ai propri convincimenti sempre più ci si affeziona e si consolida l'ostilità ad accettare tesi di segno diverso*»<sup>13</sup>. Annullare il giudizio negativo di una commissione, annullare la *lex specialis* che impedisca la partecipazione a una gara, annullare la previsione di uno strumento urbanistico, accertare l'illegittimità del silenzio; in casi come questi e, più in generale, tutte le volte in cui l'esercizio della giurisdizione generale di legittimità lascia margini di scelta all'amministrazione, non è possibile ravvisare l'obbligo di soddisfare in

11. Sulla quale vds. G.A. Primerano, *L'actio iudicati nel "nuovo" processo amministrativo (nota a Cons. Stato, ad. plen., 4 dicembre 2020, n. 24)*, in *Giustizia insieme*, 12 gennaio 2021 ([www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1483-l-actio-iudicati-nel-nuovo-processo-amministrativo-nota-a-cons-stato-ad-plen-4-dicembre-2020-n-24](http://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1483-l-actio-iudicati-nel-nuovo-processo-amministrativo-nota-a-cons-stato-ad-plen-4-dicembre-2020-n-24)).

12. M. Trimarchi, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria (nota a Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136)*, in *Giustizia insieme*, 17 febbraio 2021 ([www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1560-natura-e-regime-della-responsabilita-civile-della-pubblica-amministrazione-al-vaglio-dell-adunanza-plenaria-nota-a-consiglio-di-giustizia-amministrativa-sez-giur-15-dicembre-2020-n-1136](http://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1560-natura-e-regime-della-responsabilita-civile-della-pubblica-amministrazione-al-vaglio-dell-adunanza-plenaria-nota-a-consiglio-di-giustizia-amministrativa-sez-giur-15-dicembre-2020-n-1136)).

13. R. Villata, *Pluralità delle azioni ed effettività della tutela*, relazione al convegno tenuto a Palazzo Spada il 20 novembre 2019, dedicato ai 130 anni della IV sezione del Consiglio di Stato. Con riferimento all'impiego della formula del giudizio di spettanza, Villata ricorda efficacemente come «*l'autore - Falcon - di questa apprezzata formula divenuta di largo utilizzo ha avuto modo di precisare, rivendicando il valore dell'interesse legittimo quale fondamento di una raffinata tecnica di sindacato di legittimità del provvedimento, che "ciò che spetta non è in realtà che un nuovo, corretto esercizio della discrezionalità amministrativa" ovvero che la "spettanza è il risultato dell'esercizio del giudizio sul potere"*».



maniera immediata e diretta la pretesa al bene della vita cui si aspira<sup>14</sup>.

L'occasione per avviare questa riflessione critica è stata offerta proprio dalla recente ordinanza n. 19598/2020 che, all'apparenza, sembrerebbe ricollegarsi al filone della cd. interpretazione evolutiva del rifiuto di giurisdizione, che si vorrebbe estendere alle ipotesi del rifiuto di assicurare «l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria» e della «omissione immotivata del rinvio pregiudiziale». Rispetto ai precedenti dell'ultimo decennio, quello che sembra caratterizzare la recente pronuncia non è però tanto l'apertura della figura verso la nuova frontiera del diritto eurounitario, quanto proprio il fatto che, muovendo dal parametro eurounitario, l'arretramento della giurisdizione amministrativa viene questa volta ipotizzato rispetto al bisogno di tutela proprio della figura dell'interesse legittimo e non a una situazione di diritto soggettivo. Al di là delle diverse opzioni esegetiche che i primi due quesiti dell'ordinanza lasciano alla mercé dell'intelligenza e della cultura del giurista, la questione di sostanza che pone l'ordinanza è espressa in realtà nel terzo quesito e riguarda limiti e consistenza della figura dell'interesse legittimo<sup>15</sup>: se e fino a che punto, in base al diritto eurounitario in materia di appalti, possa essere fatto valere l'interesse legittimo alla esclusione del concorrente e alla ripetizione della gara. Raffinate tecniche interpretative hanno mantenuto a lungo vivo il dialogo tra Consiglio di Stato e Corte di giustizia, ma lo stesso succedersi delle decisioni ha finito solo con il rendere evidente l'esistenza di un contrasto di fondo proprio sul modo d'intendere la situazione soggettiva d'interesse legittimo.

Dando per nota la tormentata vicenda del rapporto tra ricorso principale e incidentale escludente, ci si limita a ricordare come tutte le volte che il giudice amministrativo nazionale ha provato a circoscrivere gli effetti dell'affermazione di principio della Corte di giustizia, quest'ultima ha ribadito la propria posizione nel senso che l'interesse, o se si vuole il bene protetto, sia in ultima analisi quello alla correttezza della procedura, che non si risolve necessariamente in quello alla concreta aggiudicazione della gara

espletata (*Fastweb*, 2013; *Puligienica*, 2016; *Lombardi*, 2019). Principio chiaramente riaffermato nell'ultimo caso, nel quale il giudice amministrativo nazionale aveva praticamente chiesto di lasciare alla discrezionalità del legislatore nazionale la stima dell'interesse a ricorrere nel caso concreto, e la Corte ha invece ribadito che, a prescindere dalla possibilità di risultare effettivamente aggiudicatari della gara, ricorso "efficace" è quello che tutela anche solo indirettamente l'interesse a ottenere l'appalto, ravvisato anche «nell'ipotesi di esclusione di tutti gli offerenti e dell'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione» perché «ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi». Secondo i principi comunitari, il concetto di "interesse a ottenere l'aggiudicazione" non s'identifica dunque necessariamente con quello di chi, in esito all'accoglimento del ricorso, verrebbe riconosciuto aggiudicatario in luogo del controinteressato, situazione agevolmente patrimonializzabile e idonea a essere risarcita per equivalente monetario. Bisogna quindi decidere se e fino a che punto possa arretrare la linea della tutela giurisdizionale dell'interesse strumentale al corretto svolgimento della gara d'appalto, e se e fino a che punto il bene della vita che deve essere protetto dal giudice amministrativo sia quello all'aggiudicazione o alla corretta partecipazione.

### 3. L'arretramento auspicato (dalle riforme legislative)

Occorre a questo punto considerare che la riflessione sull'attuale ruolo del giudice amministrativo deriva non solo dalla pressione esercitata dalle sezioni unite per evitare l'arretramento della linea della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, ma anche dal fatto che, per altro verso, il giudice amministrativo si trova ciclicamente esposto a disegni riformatori che auspicano, se non proprio la scomparsa, quantomeno l'arretramento della linea della tutela giurisdizionale fruibile dal cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Anche in occasione della situazione emergenziale creata dall'epidemia Covid-19, la proposta di escludere

14. Significativa è la rilettura dell'interesse legittimo come figura di teoria generale recentemente operata da F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2019, il quale esclude che sia oggettivamente protetto l'interesse pubblico e che l'interesse privato sia solo occasione per la protezione dell'interesse pubblico, così come che si risolva nel bene della vita cui si aspira, e cioè nella pretesa al bene in quanto tale; per giungere alla conclusione che l'interesse legittimo si sostanzierebbe nell'interesse del privato al provvedimento favorevole. Pur senza risolversi nella legittimità dell'atto, la situazione è e rimane correlata all'esercizio del potere.

15. Si rinvia a F. Francario, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia insieme*, 11 novembre 2020 ([www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1393-quel-pasticciaccio-brutto-di-piazza-cavour-piazza-del-quirinale-e-piazza-capodiferro-la-questione-di-giurisdizione](http://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1393-quel-pasticciaccio-brutto-di-piazza-cavour-piazza-del-quirinale-e-piazza-capodiferro-la-questione-di-giurisdizione)); *Id.*, *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, in *Federalismi*, 16 dicembre 2020 ([www.sipotra.it/wp-content/uploads/2020/12/Quel-pasticciaccio-della-questione-di-giurisdizione.-Parte-seconda-conclusioni-di-un-convegno-di-studi.pdf](http://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2020/12/Quel-pasticciaccio-della-questione-di-giurisdizione.-Parte-seconda-conclusioni-di-un-convegno-di-studi.pdf)).



o limitare la tutela fruibile dal giudice amministrativo è puntualmente riemmersa<sup>16</sup>. L'emergenza sanitaria ha causato il blocco della gran parte delle attività produttive e commerciali, determinando la necessità di prevedere misure straordinarie per rilanciare immediatamente ed efficacemente l'economia al termine dell'emergenza pandemica. Il timore, al solito, è che l'intervento pubblico si riveli lento e inefficace, donde la proposta di risolvere il problema limitando la possibilità di ricorso e la tutela nella materia dei contratti pubblici di appalto di opere, servizi e forniture; limitando la tutela erogabile dal giudice amministrativo alla sola tutela risarcitoria.

Anche questa volta si è cercato di riscrivere il sistema di tutela appiattendolo sulla tutela risarcitoria, con esclusione di quella costitutiva di annullamento. Al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del Covid-19, l'art. 4 dl 16 luglio 2020, n. 76 alla fine si è limitato a prevedere l'estensione, ai giudizi promossi avverso le procedure di gara bandite entro il 31 dicembre 2021, dell'articolo 125 del cpa, il quale, nonostante manifesti un indubbio *favor* per la tutela risarcitoria, non giunge sino al punto di escludere in assoluto la tutela d'annullamento. Ma tutti ricordiamo molto bene come si sia molto discusso della possibilità di escludere del tutto la tutela costitutiva per lasciare spazio unicamente alla tutela risarcitoria<sup>17</sup>. Probabilmente, anche per la ferma opposizione di buona parte della dottrina, alla fine il risultato è stato quello di estendere solo l'applicabilità dell'art. 125 cpa, ma non dimentichiamo che da più parti è stato seriamente messo in discussione il fatto che l'art. 113 Cost. offrisse copertura costituzionale al principio della giurisdizione generale di legittimità, sostenendo che il legislatore potesse pertanto escludere, in determinate materie o per particolari categorie di atti, l'impugnazione in sede giurisdizionale. Segno più evidente della tendenza a ridurre il giudice amministrativo a giudice del risarcimento del danno non potrebbe esservi e non è detto che si riesca a resi-

stere anche al prossimo attacco che, sempre in nome dell'esigenza di recuperare efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, c'è da aspettarselo, tenderà nuovamente a sterilizzare quanto più possibile la possibilità d'intervento del giudice amministrativo.

La vicenda occasionata dall'emergenza pandemica è emblematica e sintomatica del rischio insito nelle teorizzazioni che neghino la differenziazione tra le situazioni soggettive del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo e dei correlati bisogni di tutela: se il risarcimento diventa un modo come un altro per tutelare le situazioni d'interesse legittimo (il che si verifica nel momento in cui le due tutele, demolitoria e risarcitoria, divengono fungibili tra loro), dell'annullamento dell'atto illegittimo se ne può anche fare a meno.

Come già sottolineato altrove<sup>18</sup>, proposte siffatte non sono pensabili vigente la Costituzione repubblicana. Il diritto dell'emergenza non deve diventare un pretesto per giustificare l'ennesimo tentativo di ridurre la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e di sottrarre il diritto amministrativo al suo giudice naturale. Non si può fare, però, a meno di sottolineare come un tale anelito riformatore condurrebbe a una falsa semplificazione che non risolverebbe alcun problema; anzi, lo acuirebbe<sup>19</sup>. È noto, infatti, che i ritardi e gli arresti nella conclusione dei processi decisionali, oltre che dal concorso non coordinato di più protagonisti pubblici nell'esercizio della medesima funzione, dipendono essenzialmente dalle innumerevoli e instabili normative, continuamente cangianti e in crescita esponenziale senza che il profluvio normativo ubbidisca a un qualsivoglia principio che possa orientarne l'applicazione. Fenomeno che disorienta il decisore pubblico fino al punto da paralizzarne l'azione per evitare l'assunzione di responsabilità sanzionabili sotto il profilo amministrativo, contabile e civile, che il pubblico funzionario finisce con l'assumere solo se e nel momento in cui, all'atto pratico, la decisione si presenta pressoché interamente vincolata.

Sotto il profilo della fenomenologia normativa, dovrebbe essere evidente che il problema si risolve rendendo più chiaro e semplice il quadro normativo,

16. G. Della Cananea - M. Dugato - A. Police - M. Renna, *Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può. Meglio agire subito*, *Il Foglio*, 2 aprile 2020; V. Visco, *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione della PA*, *Il Sole 24 ore*, 6 febbraio 2021.

17. Il dibattito è significativamente riassunto nel convegno dedicato dall'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo (Aipda) al tema «Poteri del giudice amministrativo ed efficienza della pubblica amministrazione in materia di appalti», tenuto in forma di webinar il 29 aprile 2020 ([www.aipda.it/event/save-the-date\\_webinar\\_aipda-emergenza-sanitaria-societa-economia-pubblica-amministrazione/](http://www.aipda.it/event/save-the-date_webinar_aipda-emergenza-sanitaria-societa-economia-pubblica-amministrazione/)) – cfr. *Giustizia insieme*, 21 maggio 2020, [www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1109-poteri-del-giudice-amministrativo-ed-efficienza-della-pubblica-amministrazione-in-materia-di-appalti](http://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1109-poteri-del-giudice-amministrativo-ed-efficienza-della-pubblica-amministrazione-in-materia-di-appalti).

18. F. Francario, *Giurisdizione amministrativa e risarcimento del danno*, in Aa. Vv., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. III, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 2231 ss.

19. Cfr. F. Francario, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, in *Federalismi (paper)*, 15 aprile 2020.

e che tale risultato si ottiene non già esasperando il ricorso all'interpretazione autentica o al continuo aggiustamento *in progress* della norma per chiarire l'effettiva *voluntas legis*, ma recuperando quanto più possibile il carattere generale e astratto della formulazione normativa<sup>20</sup> e allontanandola simmetricamente dal concreto contenuto provvedimentale.

Sotto il profilo della funzione amministrativa, andrebbero recuperati margini più chiari e più netti di discrezionalità del decisore pubblico, e il giudice amministrativo dovrebbe inserirsi in questo circolo virtuoso volto a ristabilire un minimo di certezza del diritto esercitando la funzione nomofilattica con esclusivo riferimento ai principi e alle regole tipiche del diritto amministrativo e non già cercando di moltiplicare i centri di nomofilachia per quel che concerne la tutela delle situazioni di diritto soggettivo.

È evidente che si è giunti al punto di dover trarre le conclusioni.

#### 4. La trappola della tutela risarcitoria

Spinto dall'avvenuto spostamento dei diritti soggettivi nell'ambito della giurisdizione esclusiva e dall'attribuzione del potere di condanna al risarcimento del danno, e suggestionato dalle teorizzazioni in termini di giudizio di spettanza, all'inizio del nuovo millennio il giudice amministrativo sembrerebbe essersi incamminato sulla via della ibridazione delle figure soggettive, incontrando la resistenza della Corte di cassazione e prestando il fianco a ulteriori interventi riformatori pronti a considerare la tutela risarcitoria un modo come un altro per tutelare l'interesse legittimo.

La tutela risarcitoria è la trappola perfetta per il giudice amministrativo e la strada dell'ibridazione è la pericolosa scorciatoia che vi conduce: espone il giudice amministrativo al perenne e carsico contrasto con le sezioni unite, nel momento in cui l'ibridazione tende a costruire una tutela risarcitoria che è un surrogato di quella fruibile nel sistema della tutela civile dei diritti, sistema che è fondato sul principio della responsabilità patrimoniale del debitore proprio per garantire la tutela per equivalente monetario come misura generale; lo allontana da quella che è la sua *mission* istituzionale (e costituzionale), assicurare cioè giustizia nell'amministrazione, che rappresenta la sua stessa ragion d'essere.

L'ibridazione degrada i diritti soggettivi e patrimonializza l'interesse legittimo. Ma la patrimonializzazione dell'interesse legittimo ha senso, là dove

sia possibile, se vale a concentrare la tutela risarcitoria innanzi a un unico giudice, non se diventa un pretesto per fornire un surrogato e, soprattutto, per abbandonare la forma di tutela specifica dell'annullamento, l'erogazione della quale ha rappresentato la ragione primaria per cui si è introdotta nel nostro ordinamento una giurisdizione generale di legittimità e si è individuato il suo giudice naturale in quello amministrativo. Esaltare la ricostruzione dell'interesse legittimo come situazione finale significa offrirlo su un piatto d'argento sul tavolo della tutela puramente risarcitoria (che, come si è appena ricordato, è la misura generalmente erogata nel sistema della tutela civile dei diritti), e appiattare la tutela del giudice amministrativo sul momento puramente risarcitorio, come ricorrentemente si auspica, significherebbe negare la ragione stessa della sua esistenza. Tutto ciò ci riporterebbe indietro di oltre un secolo, al tempo dell'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo, quando nel Regno d'Italia l'unica tutela fruibile era quella del risarcimento del danno per equivalente monetario ed era assicurata dallo stesso giudice competente a conoscere delle liti tra soggetti privati, il giudice ordinario. Rinunciare alla garanzia giurisdizionale che le questioni siano trattate dai pubblici poteri in modo imparziale ed equo proprio nel momento in cui una tale garanzia trova fondamento non più solo nell'art. 97 della nostra Costituzione, ma anche quale diritto fondamentale dell'individuo nelle norme recate dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue o dall'art. 6 Cedu, non sarebbe una geniale riforma, ma un passo indietro nel livello di civiltà giuridica dell'ordinamento repubblicano.

L'ibridazione sembrerebbe in armonia con la diffusa e sempre crescente tendenza a ritenere in via di dissoluzione, se non ormai già superata, la distinzione tra diritto civile e diritto amministrativo, tra diritto privato e diritto pubblico o, più in generale, la possibilità di continuare a impiegare categorie giuridiche tradizionali nell'ordinamento contemporaneo. Che gli istituti e le categorie giuridiche tradizionali siano in una crisi anche profonda è un dato di fatto, e ne sono note le ragioni: crisi della politica; inadeguatezza del principio di legalità e complicazione e moltiplicazione del sistema delle fonti; crisi della sovranità in un sistema di produzione normativa e di tutele multi-livello globalizzato, e via dicendo.

In questo contesto, per il diritto amministrativo e il suo giudice, diventa fondamentale conservare la consapevolezza che l'uno e l'altro hanno ancora pienamente ragione di conservare la loro specialità perché forme e modi della cura e della protezione de-

20. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. Le fonti normative*, vol. II, Cedam, Padova, 1970, pp. 24 ss.

gli interessi pubblici ubbidiscono a principi fondamentali differenti rispetto a quelli propri della cura e della protezione degli interessi privati, tanto sul piano sostanziale quanto su quello giustiziale, non mutuabili dal sistema di diritto privato<sup>21</sup>. Rilevanza dell'elemento volontaristico e atipicità degli effetti giuridici contraddistinguono il diritto privato; proceduralizzazione dell'attività, unilateralità e tipicità degli effetti giuridici, il diritto amministrativo (e pubblico). Le ragioni della specialità del diritto amministrativo non si risolvono nel mero tecnicismo della disciplina, ma si riassumono nella specificità dei principi informatori. Quella stessa globalizzazione cui è in gran parte imputabile la crisi del sistema attuale tende a imporre che i saperi si omogenizzino quanto più possibile per agevolare la comunicazione e favorire il confronto, e riconosce la specialità della disciplina solo se questa abbia una chiara e giustificata ragion d'essere.

L'ordinamento, gli ordinamenti giuridici sono in trasformazione, e questo rende senz'altro spesso inadeguati gli istituti tradizionali. Ma, quali che siano le forme che il nuovo ordinamento assumerà al termine della crisi, una volta stabilito il nuovo ordine, ci sarà sempre qualcuno che dovrà provvedere alla cura degli interessi propri della collettività unitariamente

considerata per assicurarne la conservazione o lo sviluppo. E si riproporrà, a questo punto, l'alternativa tra modelli diversi. Il modello del *Principe* di Machiavelli, secondo il quale chi governa il popolo non deve preoccuparsi dei modi o mezzi attraverso i quali raggiunge il fine di assicurare la cura dell'interesse della collettività governata; anzi: più inganna il popolo, come la volpe, e più è autoritario, come un leone, e più risponde al modello ideale di buon governatore; non contano le regole dell'azione, perché agire con la forza e non secondo la legge è spesso dovere del buon Principe; il fine giustifica i mezzi<sup>22</sup>. Ovvero il modello del Romagnosi o del Cardinal De Luca, per il quale regola fondamentale «è far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità» («*Lo che è sinonimo di far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della proprietà privata e libertà. Qui la prevalenza della cosa pubblica alla privata non colpisce il fine o l'effetto ma il semplice mezzo*»)<sup>23</sup> ed è essenziale che non diventi «*Vanum disputare de potestate*»<sup>24</sup>. L'alternativa rende evidente che un ordinamento può anche fare a meno del diritto amministrativo, dei suoi principi e del suo giudice, ma bisogna aver ben presente che su questo piano si gioca il livello di civiltà dell'ordinamento medesimo.

21. Le considerazioni di cui nel testo sono state già svolte con riferimento anche al ruolo della dottrina in F. Francario, *Considerazioni sul dibattito tra giovani studiosi sui concetti tradizionali del diritto amministrativo e sulla loro evoluzione*, in *Federalismi*, n. 11/2018 (23 maggio), ripubblicato in *Id.*, *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa. Saggi sulla giustizia amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 561 ss. In sintonia sul tema, vds. di recente anche M. Mazzamuto, *L'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo*, in *Giustizia insieme*, 1° marzo 2021 ([www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1589-l-amministrazione-agisce-contro-il-privato-di-fronte-al-giudice-amministrativo](http://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/1589-l-amministrazione-agisce-contro-il-privato-di-fronte-al-giudice-amministrativo)).

22. N. Machiavelli, *Il principe di Niccholo Machiavello al magnifico Lorenzo di Piero de Medici. La vita di Castruccio Castracani da Lucca a Zanobi Buondelmonti et a Luigi Alemanni descritta per il medesimo. Il modo che tenne il duca Valentino per ammazzar Vitellozzo, Oliverotto da Fermo il S. Paolo et il duca di Gravina Orsini in Senigaglia, descritta per il medesimo, stampata in Roma per Antonio Blado d'Asola a dì iij de gennaio del M.D.XXXII* (ed. orig. postuma).

23. G.D. Romagnosi, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Parma, 1814, p. 14.

24. Cardinal G.B. De Luca, *Summa sive compendium Theatri veritatis et iustitiae*, Roma, 1679. La citazione è ripresa da E. Cannada Bartoli, *Vanum disputare de potestate*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/1989.

## La maionese impazzita delle giurisdizioni

di Antonio Lamorgese

Il modello di giustizia amministrativa ha subito negli ultimi decenni una trasformazione, sostanzialmente da «dualistico», qual era, a «monistico con prevalenza del giudice amministrativo», quale è diventato, seguendo le definizioni elaborate da Nigro. Ciò è stato reso possibile, a Costituzione invariata, da controverse interpretazioni “evolutive” delle disposizioni costituzionali, favorite da plurimi interventi del legislatore ordinario. Il risultato è un assetto delle giurisdizioni assai poco razionale e comprensibile agli stessi addetti ai lavori per la quantità e tipologia delle eterogenee materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, molto spesso sovrapponibili a (e interferenti con) quelle del giudice ordinario, cui si aggiunge la giurisdizione amministrativa di legittimità in ogni materia. Ciò ha reso sempre più incerta e complessa l’individuazione del giudice competente, destabilizzando la giurisdizione del giudice ordinario, resa sempre più marginale e colpita nella sua identità, e favorendo l’incremento dei ricorsi avverso le sentenze del Consiglio di Stato dinanzi alle sezioni unite per eccesso di potere giurisdizionale. È il costo del pluralismo delle giurisdizioni per come realizzato in Italia, in contrapposizione al disegno dei Costituenti, che avevano indicato all’orizzonte l’unità della giurisdizione come un obiettivo da perseguire.

**1.** In un film del 1997 intitolato «*L’ultima catastrofe*», Mr. Bean, improvvisatosi critico d’arte alla cerimonia di inaugurazione di una sala museale che ospitava un celebre quadro, noto come «*La madre*», di un famoso pittore, subito dopo un violento sarnuto vide sul volto della “madre” varie goccioline che scendevano in direzione sparsa danneggiando l’intero quadro. Ed allora preso dal terrore, cercò di asciugare le parti bagnate con un fazzoletto ma ad ogni tentativo i colori inesorabilmente si cancellavano mescolandosi tra loro, accentuando l’effetto di disastro generale.

L’attuale assetto dei rapporti tra le giurisdizioni rassomiglia un po’ al quadro del film di Mr. Bean: un’opera d’arte originariamente pregevole, resa però ormai irriconoscibile (anche e non solo) per i ripetuti interventi operati “sul quadro”, specie nel ventennio 1990-2010 (specie in tema di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo).

Questi maldestri interventi, tuttavia, non avrebbero potuto incidere così pesantemente se il “quadro” non fosse stato realizzato con una tecnica pittorica probabilmente inadeguata, sul genere della battaglia di Anghiari di Leonardo da Vinci e, dunque, inadatta

a sfidare il tempo, come invece dovrebbe essere per una carta costituzionale.

In effetti il “quadro”, quando fu dipinto, soddisfaceva l’esigenza di costruzione di un sistema fondato su categorie giuridiche astratte, ispirato a purezza e armonia dei concetti e anche a ragioni pratiche di equilibrismo tra le istanze corporative provenienti dagli apparati istituzionali. Potrebbe dirsi che lo spirito di Platone – intriso di una impronta filosofeggiante idealistica e astratta che privilegiava lo spirito dei concetti (le Idee) – prevalse su quello di Aristotele – campione della saggezza (e precursore del metodo) sperimentale, basato sulla costante osservazione, analisi e descrizione della realtà (dal mondo reale egli partiva e lì tornava).

Fuor di metafora, i Costituenti non si curarono molto del modo di “funzionamento” o, meglio, della concreta “funzionalità” dell’organizzazione dell’apparato giurisdizionale e dei rapporti tra le diverse giurisdizioni (artt. 100, 101, 103, 111 Cost.) e una certa vaghezza caratterizza anche altre disposizioni concernenti l’organizzazione giudiziaria. Troppa metafisica e poca fisica, potrebbe dirsi.

Il concorso di vari fattori – per i ripetuti interventi normativi che hanno inciso su un assetto costituzionale già incerto e in equilibrio precario, destabilizzandolo ulteriormente – ha prodotto il risultato che è sotto gli occhi di tutti.

Un assetto privo di qualsiasi logica, ormai incomprendibile agli stessi addetti ai lavori, non classificabile sul piano delle categorie, anomalo rispetto agli altri Paesi europei e, quel che è più grave, incredibilmente complesso e imprevedibile ai fini della stessa individuazione del giudice fornito di giurisdizione nella controversia, dei poteri del giudice e dei relativi mezzi di controllo.

**2.** Come spiegare a un neofita o a un interlocutore straniero che voglia investire o trasferirsi in Italia a quale giudice dovrà rivolgersi in caso di controversia e di quali mezzi di tutela potrà disporre a fronte di decisioni per lui negative? Dovremo consigliargli di seguire prima un corso di studi in giurisprudenza e poi anche in scienze politiche o, meglio, in filosofia politica o teoretica.

E infatti, per sapere a quale giudice (tribunale amministrativo o tribunale ordinario) debba rivolgersi per chiedere in giudizio l'annullamento di un qualsiasi atto o provvedimento amministrativo o chiedere il relativo risarcimento del danno, bisognerà informarlo che dovrà prima indagare – senza che la Costituzione e le leggi lo aiutino molto – sulla “natura” o “essenza” di quell'atto impugnato, al fine di verificare se in concreto e in che misura esso sia espressione di un “potere pubblico” in via diretta o “anche solo indiretta o mediata” o se la “norma” di riferimento abbia natura di diritto pubblico o privato.

Il nostro interlocutore ci chiederà quale sia la definizione di “potere” data dalla nostra Costituzione o da qualche legge ai nostri fini.

Quando gli diremo che una definizione del genere non esiste in nessun testo normativo, ci chiederà, a quel punto già perplesso, di dargli qualche indicazione in più su come orientarsi.

Noi, per non spaventarlo troppo, non gli parleremo di interessi legittimi e diritti soggettivi, ma gli diremo che potrà riconoscere il “potere” amministrativo dalla presenza di una certa dose di discrezionalità riservata alla pubblica amministrazione: se l'atto è discrezionale, si tratterà probabilmente (ma non sicuramente) di un provvedimento amministrativo da impugnare dinanzi al tribunale amministrativo, altrimenti dovrà rivolgersi al tribunale ordinario.

Il nostro interlocutore, volendo dimostrare di avere capito la lezione, ci chiederà: “e allora, se una legge stabilisce le condizioni di fatto per l'emissione di un certo provvedimento, quando ci sia solo la necessità di verificare in concreto l'esistenza di tali con-

dizioni, non essendoci discrezionalità, dovrò rivolgermi al tribunale ordinario nel caso in cui, ad esempio, vorrò chiedere il rilascio della cittadinanza italiana per ‘naturalizzazione?’”.

A quel punto, saremo costretti a deluderlo e a spiegargli che un po' di discrezionalità c'è pur sempre anche in quel caso, perché bisognerà accertare il livello della sua integrazione in Italia e la presenza di motivi ostativi di ordine pubblico.

Ma il nostro interlocutore è preparato e ci obietterà che è la legge italiana ad attribuire alle sezioni specializzate in materia di immigrazione, e dunque al giudice ordinario, le controversie in materia di cittadinanza.

Gli dovremo spiegare che la legge, tuttavia, non attribuisce sempre la giurisdizione ai tribunali ordinari, ma implicitamente solo nei casi in cui (come, ad esempio, per matrimonio) non c'è discrezionalità per l'acquisto della cittadinanza.

Egli replicherà, spazientito, che il badante extracomunitario di sua madre si è visto riconoscere in Italia dal tribunale ordinario (e non da quello amministrativo come invece accade generalmente in altri Paesi europei) il permesso di soggiorno per protezione umanitaria che presuppone valutazioni ampiamente discrezionali in ordine all'esistenza e al contenuto dell'integrazione sociale, “in comparazione con la situazione soggettiva ed oggettiva del richiedente con riferimento al Paese d'origine”, e all'insussistenza di cause ostative di ordine pubblico.

Il nostro interlocutore, avendo poi intenzione di avviare un'attività commerciale e, per questa ragione, di acquistare un capannone su un terreno che secondo alcune voci potrebbe essere espropriato per realizzare una rete viaria, ci chiederà conferma sulla competenza del tribunale ordinario a decidere su ogni genere di richiesta di indennizzo o risarcimento, in caso di contenzioso con il comune (come accade in Germania). Dovremo spiegargli che in Italia il sistema è diverso, nel senso che se si tratterà solo di determinare la misura dell'indennizzo dovrà rivolgersi al giudice ordinario, altrimenti se chiederà il risarcimento del danno dovrà rivolgersi al tribunale amministrativo.

“E se poi vorrò chiedere la tutela di un diritto fondamentale, a quale giudice dovrò rivolgermi?” (ci informa che in Germania il giudice competente è quello ordinario, tranne che in presenza di una specifica norma di legge in senso diverso). Dopo avere noi risposto con un “dipende”... egli ci ringrazierà per le utili informazioni che gli avremo dato e ci comunicherà che non investirà né si trasferirà in Italia.

Noi faremo appena in tempo a dirgli che, se cambierà idea, dovrà anche considerare che, per sapere dinanzi a quale organo giurisdizionale dovrà rivolgersi per impugnare un atto apparentemente amministrativo, dovrà anche indagare, preliminarmente, sulla



natura o “essenza” pubblicistica o privatistica dell’ente che lo ha emesso, poiché anche una comune società per azioni potrebbe emettere provvedimenti amministrativi costituenti espressione di potere pubblico.

Non faremo invece in tempo a illustrargli le diverse forme di tutela concedibili dai diversi organi giurisdizionali, né la diversità dei rimedi impugnatori avverso le relative decisioni: ad esempio, sarebbe stato utile dirgli che le sentenze del Consiglio di Stato che, in sede di giurisdizione esclusiva, negassero il risarcimento del danno reputando che il privato danneggiato, non impugnando l’atto amministrativo, abbia concorso alla causazione del danno *ex art. 1227 cc*, o le sentenze che rigettassero la domanda risarcitoria per mancanza di prova del danno, senza (ad esempio) esaminare la lista di testimoni presentata dalla parte, non sarebbero impugnabili per cassazione, non essendovi alcun superamento dei “limiti esterni” della giurisdizione, mentre in situazioni del tutto analoghe il ricorso per cassazione sarebbe ammesso se le sentenze impugnate siano emesse dal giudice ordinario o da altri giudici speciali. E tutto ciò, sebbene contro le sentenze del Consiglio di Stato sia ammesso il ricorso per cassazione per «motivi inerenti alla giurisdizione».

**3.** L’individuazione corretta del giudice è oggi prevalentemente condizionata dal mero dato fattuale e occasionale della specializzazione dell’avvocato al quale ci si rivolge: se il professionista è un avvocato civilista privilegerà il tribunale ordinario, se è un amministrativista privilegerà il tribunale amministrativo ed entrambi, se sono bravi, avranno ottimi argomenti per convincere il giudice della bontà delle loro scelte, salvo poi convincere il giudice superiore in senso opposto, con l’effetto di far ritornare le parti al punto di partenza vanificando sentenze e assetti di interessi nel frattempo stabilizzati.

Il sentimento di sconforto ci assale se, poi, guardiamo ai dati sulla celerità di definizione dei processi forniti dalla Commissione europea, in occasione della presentazione annuale dello *Eu Justice Scoreboard*, dedicato all’amministrazione della giustizia civile e amministrativa nei vari Paesi dell’Unione, da cui risulta che sono pochissimi i Paesi (ad esempio, Cipro e Grecia) che hanno una *performance* peggiore della nostra in entrambi i settori della giurisdizione.

**4.** I cantori del pluralismo (e/o dell’unità funzionale) delle giurisdizioni e delle sue virtù si reputano soddisfatti della coerenza metafisica del nostro assetto delle giurisdizioni e della purezza dei concetti fondanti (“interessi legittimi/diritti soggettivi”, “esistenza o inesistenza del potere in astratto o in concreto e anche in via mediata”, “materie nelle quali la pubblica amministrazione agisce come autorità”), ritenuti idonei

a garantirne la conservazione, anche nell’ottica rassicurante dell’equilibrio tra i poteri. E lo difendono ad oltranza, minimizzando le gravi disfunzioni che sono sotto gli occhi di tutti, a loro avviso superabili grazie al “dialogo” auspicato tra le giurisdizioni (o forse tra i loro vertici) e agli effetti positivi determinati dall’introduzione (in via giurisprudenziale e poi normativa) di meccanismi diretti a depotenziare la rilevanza delle questioni di giurisdizione nel processo (ad esempio, il giudicato interno e la *translatio iudicii*). Essi inoltre celebrano la spiccata efficacia della tutela giurisdizionale somministrata dal giudice amministrativo, che si reputa superiore a quella del giudice ordinario, e, per altro verso, sottolineano la posizione di giudice di ultima istanza che è propria del Consiglio di Stato nell’ambito della propria giurisdizione.

**5.** A proposito del “dialogo” tra le giurisdizioni, occorrerebbe intendersi sul significato dell’espressione: se intesa come incentivazione di (e favore verso) incontri di formazione comune od occasioni di scambio di informazioni, esperienze professionali e per la discussione su temi comuni o di confine, tra i magistrati ordinari e amministrativi, di merito e di legittimità, non si può non essere d’accordo, come già avvenuto sporadicamente in passato.

Non ritengo invece che siano riproponibili modelli del passato, del genere del «Concordato giurisprudenziale» stipulato dai vertici delle giurisdizioni nel 1929, che si cercò di riproporre nel 2004 con scarsi risultati, al fine di fissare *praeter legem* regole di riparto della giurisdizione con efficacia semi-vincolante o di orientamento interpretativo, in un sistema democratico di giurisdizione diffusa, qual è il nostro, nel quale le “pattuizioni” tra i vertici delle diverse giurisdizioni – seppur non interferenti con le autonome determinazioni dei collegi delle sezioni unite, che è l’organo cui sono riservate in ultima istanza le decisioni in tema di riparto, eccesso e diniego di giurisdizione – avrebbero ben poca utilità pratica, atteso che ogni giudice sul territorio ha il potere di decidere in autonomia sulla propria giurisdizione.

La forma più trasparente ed efficace di “dialogo” è, in realtà, quella costituita dai canali “istituzionali”, tra i quali l’incidente di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia; inoltre, con la Corte dei conti il “dialogo” è realizzato quotidianamente tramite l’azione requiribile del procuratore generale della Corte dei conti presso le sezioni unite della Corte di cassazione.

**6.** È vero che vi è stato, negli ultimi anni, un progressivo depotenziamento delle questioni di giurisdizione nel processo, essendosi assistito a una evoluzione della nozione di giurisdizione: da ambito

di attribuzione del potere giurisdizionale (potestà di decidere nella controversia), quale tipica espressione della sovranità statale, insensibile ai comportamenti e alla volontà degli utenti della giustizia e, in tal senso, misura della “giusta” o “migliore” decisione, a «servizio reso alla collettività» per la «tutela effettiva dei diritti e degli interessi», tra i quali quello ad «avere una valida decisione nel merito in tempi ragionevoli» (Cass., sez. unite, nn. 24883 e 30254 del 2008).

Tale evoluzione va vista in modo positivo perché favorisce una maggiore stabilità delle decisioni dei diversi organi giurisdizionali. E tuttavia, da un lato, permane ancora un tasso di instabilità eccessivamente elevato, perdurando la diversità di regime giuridico tra le questioni di giurisdizione e quelle di competenza (l'eccezione di parte e il rilievo d'ufficio del difetto di giurisdizione resta proponibile oltre il limite temporale previsto per le questioni di competenza); dall'altro, questa evoluzione ha creato ulteriori problemi, rispetto ai quali si sarebbe potuto (e si potrebbe) cogliere l'occasione per realizzare una positiva contaminazione tra le diverse giurisdizioni, la quale darebbe concretezza ed efficacia al dialogo tra le Corti spesso retoricamente invocato.

La limitazione della eccepibilità e rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione, favorendo la formazione del giudicato interno sulla giurisdizione, ha determinato, ad esempio, anche la possibilità che i diversi organi giurisdizionali si trovino a decidere nel merito controversie estranee alla propria giurisdizione.

Ci si deve chiedere allora se il giudice erroneamente adito possa esercitare anche i poteri di cui non sia ordinariamente munito, in quanto propri di altro organo giurisdizionale che li avrebbe esercitati se fosse stato adito. Se, ad esempio, il tribunale ordinario si trova (a causa di un giudicato interno sulla giurisdizione) a dover giudicare una causa estranea alla propria giurisdizione, potrà annullare il provvedimento amministrativo impugnato costituente espressione diretta di un potere pubblico? Potrà riconoscere la tutela risarcitoria con o senza i condizionamenti di cui all'art. 30 cpa? Analogamente, se il tribunale amministrativo si trova a decidere una causa erroneamente incardinata da un privato per le conseguenze lesive della mancata manutenzione di una strada, provvederà ad attribuire il bene della vita richiesto o si limiterà ad annullare la “determina” o “nota” inviata al privato dall'ente pubblico, dando ulteriore impulso all'*iter* procedimentale, con l'effetto di rendere incerta nell'*an* e nel *quando* la tutela invocata dal privato (costretto eventualmente a passare per le forche caudine del giudizio di ottemperanza)?

Si dovrebbe pur sempre tenere conto che la «pluralità [delle giurisdizioni] non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione

della tutela giurisdizionale»; «una disciplina siffatta, in quanto potenzialmente lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale e comunque tale da incidere sulla sua effettività, è incompatibile con un principio fondamentale dell'ordinamento, il quale riconosce bensì la esistenza di una pluralità di giudici, ma la riconosce affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta» (in tal senso, Corte cost., n. 77/2007).

7. A proposito dei più efficaci poteri di cui si dice essere fornito il giudice amministrativo, sui quali insistono i cantori del pluralismo delle giurisdizioni – poteri che, del resto, non andrebbero in alcun modo persi ma, semmai, valorizzati nella prospettiva della vera unità della giurisdizione –, si dovrebbe pur sempre considerare che l'abito viene scelto in base all'occasione in cui deve essere usato. Se sono ospite a un pranzo nuziale, non mi presenterò con gli stivali da pesca o gli scarponi da sci; analogamente, non userò lo *smoking* per andare a una scampagnata fuori porta con gli amici.

Alcuni esempi chiariranno quanto si vuol dire.

Se certamente mi interessa sapere che il tribunale amministrativo adito ha (o avrebbe, se fornito di giurisdizione in materia) il potere di annullare il diniego di concessione della cittadinanza, mi interessa di più, invero, sapere che detto tribunale abbia il potere (certamente proprio del giudice ordinario se fornito di giurisdizione) di emettere sentenza dichiarativa del mio diritto alla cittadinanza, senza ulteriori valutazioni dell'autorità amministrativa che lo aveva emesso. Analogamente, se i genitori di un alunno disabile, dopo essersi informati (eventualmente previo accesso agli atti e annesso giudizio dinanzi al tribunale amministrativo) che sia operativo il PEI (piano educativo individualizzato), agiscono per ottenere il sostegno scolastico, il tribunale ordinario potrà, anche in via d'urgenza, ordinare direttamente all'amministrazione scolastica di assegnare l'insegnante di sostegno per il numero di ore necessario, senza necessità di ricercare provvedimenti impliciti da impugnare e senza ulteriori valutazioni delle autorità scolastiche.

Ben diversa è la situazione quando è impugnato l'esito del concorso cui ho partecipato per l'assegnazione di una cattedra universitaria o l'assunzione di un altro impiego pubblico, dove ciò che interessa è che l'amministrazione rivaluti i miei titoli in comparazione con quelli presentati dai concorrenti e, a tal fine, è riconosciuto al giudice amministrativo il potere di annullamento del provvedimento amministrativo per la tutela del mio interesse legittimo. Il giudice ordinario non ha, in tal caso, i poteri adeguati per tutelare

l'interesse azionato per la semplice ragione che non ha la giurisdizione per decidere nella fattispecie. Analogamente, l'interesse di una associazione dei consumatori e utenti che voglia opporsi alla chiusura di Piazza Colonna a Roma, resa ormai di fatto inaccessibile alla popolazione a protezione di palazzo Chigi, è di fare annullare il provvedimento che ha determinato questa situazione, non quello di far dichiarare un inesistente diritto soggettivo della popolazione a percorrere quella piazza.

Per altro verso, va precisato che la giurisdizione del giudice ordinario non è più semiplena come un tempo (*ex lege* n. 2248/1865, all. E, art. 4), riconoscendosi al giudice ordinario anche il potere di emettere ogni tipo di statuizione necessaria per la tutela del diritto soggettivo (anche ordini di *facere*), a condizione che abbia la giurisdizione per decidere nella controversia.

I poteri conferiti a ciascun organo giurisdizionale sono modellati in relazione alla tipologia e agli scopi della giurisdizione cui l'organo appartiene e devono essere valutati quanto alla loro adeguatezza non in astratto, ma per la loro idoneità a soddisfare l'interesse di chi agisce in giudizio (principio di effettività delle tutele). Tanto premesso, è piuttosto curiosa la tesi secondo cui il bagaglio delle tutele somministrabili dal giudice ordinario sarebbe povero rispetto a quello del giudice amministrativo, dopo che lo stesso legislatore – così pronto nel creare sempre nuove materie di giurisdizione esclusiva, sottraendo al giudice ordinario vastissimi settori del più rilevante contenzioso – non gli ha attribuito a sufficienza i poteri (ad esempio, di annullamento dell'atto) che si reputano necessari (*ex art.* 113, comma 3, Cost.). Per altro verso, nell'ottica dell'effettività della tutela non si dovrebbe limitare lo sguardo ai poteri decisori del giudice in astratto, essendo forse più importanti i poteri istruttori e, soprattutto, l'uso che ne fanno i diversi organi giurisdizionali nei processi civili e in quelli amministrativi.

**8.** La nozione di giurisdizione è duplice: la prima evoca il potere del giudice di decidere sulle domande nella singola controversia, la quale dà luogo a “questioni” di giurisdizione in senso stretto, in termini di riparto o di difetto assoluto di giurisdizione nella controversia o materia (*cfr.* artt. 37, 41, 362 cpc); la seconda evoca il potere del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, pur muniti di giurisdizione nella controversia, di emettere quella determinata statuizione.

Nei giudizi dinanzi ai giudici ordinari (e agli altri giudici speciali) si pongono solo “questioni” di giurisdizione nella prima accezione – le relative sentenze, se errate per eccesso, diniego e rifiuto di potere giurisdizionale, sono infatti, di regola, ricorribili per cassazione (non per motivi di giurisdizione ma) per

violazione di legge nell'accezione di cui all'art. 360, nn. 3, 4 e 5, cpc (art. 111, comma 7, Cost.) –; diversamente, le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti sono impugnabili per cassazione, non solo, per difetto originario di giurisdizione (quando sia contestata l'esistenza del loro potere di decidere nella controversia), ma anche quando sia contestato il modo in cui hanno esercitato o non esercitato il potere giurisdizionale, al fine di evitare che detti giudici speciali debordino dai cd. limiti esterni della propria giurisdizione (cd. “eccesso di potere giurisdizionale”). Nell'ampia accezione di «motivi inerenti alla giurisdizione» (art. 111, comma 8, Cost.), per i quali tali sentenze sono impugnabili per cassazione, rientrano i vizi inerenti a entrambe le nozioni di giurisdizione.

Alla Corte di cassazione è affidato il compito di assicurare che tali organi qualificati (Consiglio di Stato e Corte dei conti), esercitando la giurisdizione, non debordino dai limiti delle proprie attribuzioni anche invadendo quelle di altri organi giurisdizionali (ordinari e speciali), della pubblica amministrazione e del legislatore (cd. “eccesso di potere giurisdizionale”), ovvero al fine di assicurare che non rifiutino di esercitare in concreto il potere giurisdizionale che è loro attribuito.

Il medesimo concetto è espresso dall'art. 65 ord. giud., che affida alla Corte di cassazione il compito di «assicura[re] il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni», la cui vigenza si ricava dal comma 1 della VII Disposizione transitoria della Costituzione, che dimostra il rilievo costituzionale delle norme sull'ordinamento giudiziario, come osservato anche dal Presidente della Repubblica Ciampi nel messaggio alle Camere del 16 dicembre 2004.

**9.** In ogni caso, almeno secondo l'interpretazione corrente, non è ammesso il controllo da parte della Corte di cassazione per violazione di legge sulle sentenze del Consiglio di Stato che giudichino sia su diritti soggettivi nella giurisdizione esclusiva sia su interessi legittimi. Il fatto che una controversia su diritti soggettivi inerisca a una materia affidata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si reputa sufficiente a precludere il sindacato per violazione di legge (art. 111, comma 8, Cost.).

L'argomento secondo cui ciò sarebbe stata una scelta dei Costituenti è, tuttavia, troppo debole per essere attendibile a fronte dell'obiezione secondo cui si dovrebbe dimostrare che gli stessi Costituenti potessero anche solo immaginare che il legislatore avrebbe previsto la giurisdizione esclusiva (allora limitata a pochissime fattispecie e a una sola tipologia generale di controversie, quella sull'impiego pubblico), anziché «in particolari materie» (come previsto dall'art. 103, comma 1, Cost.), in materie generalissime o in interi macro-settori dell'ordinamento, come

è accaduto (inoltre, la giurisdizione amministrativa è stata dichiarata anche nei casi in cui sia la pubblica amministrazione ad agire in giudizio contro i privati). Ciò ha modificato lo stesso modello costituzionale delle giurisdizioni (seguendo le note ripartizioni di M. Nigro) da «dualistico» qual era (caratterizzato da una «uguaglianza ripartitiva non [con] riferimento ad una valutazione quantitativa, ma [nel senso] che ciascuno dei due ordini di giudici ha competenza per un settore di pari dignità e importanza dell'altro e che fra i due ordini nessuno ha prevalenza o tendenziale capacità generale e nessuno ha posizione marginale o funzioni sostanzialmente eccezionali») a «monistico con prevalenza del giudice amministrativo» quale è diventato.

Durante i lavori preparatori della Costituzione era chiara, invece, la consapevolezza che la limitazione del sindacato di legittimità sulle sentenze amministrative si fondava sul presupposto della eccezionalità delle attribuzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato in materia di diritti soggettivi. Oggi il quadro è completamente mutato.

Il legislatore, inoltre, ha designato quelle materie (così numerose che non bastano le lettere dell'alfabeto a menzionarle tutte – vds. art. 133 cpa), con tutta evidenza, scegliendo “fior da fiore” le tipologie di controversie di maggiore rilevanza economica e sociale, per assegnarle a un giudice ritenuto, a torto o a ragione, più affidabile o controllabile, con l'effetto (e lo scopo) di lasciare al giudice ordinario le controversie bagatellari con poche riserve indiane.

La supposta inerenza di quelle materie all'agire della “pubblica amministrazione-autorità” e da qui la (ritenuta) legittimità costituzionale dell'operazione portata avanti (in relazione all'art. 103, comma 1, Cost.), unita alla retorica della concentrazione della tutela giurisdizionale “a senso unico”, hanno offerto le fragili basi teoriche per la trasformazione del sistema.

È agevole formulare obiezioni teoriche e pratiche.

L'idea secondo cui il giudice amministrativo, essendo (in tesi) il giudice del potere pubblico, in tal veste ha (o avrebbe) la giurisdizione a giudicare in tutte le controversie nelle quali la pubblica amministrazione sia titolare di poteri in astratto, non rilevando la natura delle posizioni soggettive contrapposte, è suggestiva ma non condivisibile.

Enfatizzare la nozione di titolarità o esercizio del “potere anche indiretto o mediato” ai fini processuali – in mancanza, tra l'altro, di appigli testuali nella Carta costituzionale, la quale dà rilievo alle categorie del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo – ha ben poco senso se manca una ben precisa definizione normativa della relativa nozione; inoltre, produce effetti destabilizzanti sul piano del diritto all'accesso alla giustizia, scaricando sui cittadini e sulle imprese

l'onere di compiere astratte e complesse valutazioni che poco hanno di giuridico.

Quella tesi è anche contraddittoria, poiché non avrebbe senso altrimenti prevedere «particolari materie» in cui il giudice amministrativo possa conoscere «anche» dei diritti soggettivi, come dispone l'art. 103 Cost., da cui si evince che al di fuori di (o in mancanza di) dette materie, al giudice amministrativo non è consentito giudicare su diritti soggettivi, seppure in presenza di una “pubblica amministrazione-autorità”.

La verità è che i Costituenti non hanno affatto inteso il giudice amministrativo come giudice unico del potere pubblico, avendo configurato il sistema delle giurisdizioni come dualistico, nel quale è implicita la piena compatibilità tra potere e diritti, come dimostrato dall'esistenza stessa della giurisdizione esclusiva.

L'obiezione pratica è data dalla constatazione che il sistema che si è costruito, fondato sostanzialmente su un criterio di riparto della giurisdizione per “blocchi di materie” (nonostante le indicazioni contrarie di Corte cost., n. 204/2004) che nulla hanno in comune e del tutto eterogenee tra loro, non funziona nella pratica, essendo congegnato in modo da ostacolare – come si è detto – l'accesso alla giustizia, allungare i tempi di definizione delle controversie e rendere il sistema non competitivo a livello internazionale.

Se lo osserviamo dall'alto, esso apparirà come un vero e proprio labirinto, nel quale troviamo tanti vialetti, tutti di colori diversi, dove il colore è usato a caso, senza alcuna razionalità o per ragioni indicibili.

Un cenno alla Corte dei conti: se la titolarità in capo al pubblico ministero contabile del potere di azione (necessariamente dinanzi alla medesima Corte nelle controversie in tema di responsabilità per danno erariale) agevola l'individuazione del giudice (astrattamente) competente, tuttavia l'estrema (e invero intollerabile) ambiguità della nozione di “danno erariale” – interferente con la nozione civilistica di “danno ingiusto” – alimenta le incertezze applicative, tanto più in considerazione della improvvida estensione di tale giurisdizione in varie direzioni, tra le quali il diritto societario (nonostante l'art. 4 l. n. 70/1975, tuttora vigente, vieti implicitamente di creare nuovi enti pubblici in via interpretativa) e il diritto civile (vds. le azioni a conservazione della garanzia patrimoniale del creditore).

**10.** È grave che interi settori del contenzioso sui diritti patrimoniali che trovano la loro disciplina nel codice civile (contratti, obbligazioni, responsabilità extracontrattuale) sfuggano al controllo nomofilattico esercitato dalla Corte di cassazione mediante il sindacato per violazione di legge. Si ritiene possibile, a Costituzione invariata, che l'art. 111, comma 7, Cost.



si applichi anche alle pronunce del Consiglio di Stato, quante volte esse risolvano controversie su diritti soggettivi in applicazione delle norme e degli istituti del codice civile.

Vanamente si obietta che tale controllo spetta al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti, quali giudici di ultima istanza nei loro plessi giurisdizionali, configurandosi una duplice o triplice nomofilachia nei medesimi settori dell'ordinamento. E infatti, se per nomofilachia intendiamo la "uniforme interpretazione della legge", è una contraddizione in termini ritenere che nei medesimi settori dell'ordinamento esistano diversi organismi giurisdizionali di vertice, non comunicanti istituzionalmente tra loro, deputati ad assicurarla.

Il limite all'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato è circoscritto, in verità, agli interessi legittimi e cioè all'attività autoritativa della pubblica amministrazione, come risulta implicitamente ma chiaramente dai lavori preparatori in sede costituente. La limitazione del ricorso per cassazione fu giustificata in sede costituente sul presupposto che non era opportuno che si prevedesse un sindacato pieno sulle sentenze aventi ad oggetto gli interessi legittimi, una volta conservato in Costituzione il Consiglio di Stato come organo di giurisdizione speciale in quanto ritenuto più idoneo (rispetto al giudice ordinario) a conoscerli, cioè per le controversie riguardanti l'impugnazione degli atti autoritativi del potere amministrativo.

In altri termini, era chiara l'idea che la esclusione del ricorso per cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato riguardasse i soli interessi legittimi, per la ragione che in tale settore dell'ordinamento la nomofilachia è esercitata dal medesimo Consiglio.

Ne consegue, allora, che l'esclusione del sindacato per violazione di legge *ex art. 111, comma 7, Cost.* non ha ragion d'essere quando il giudice amministrativo giudichi sui diritti soggettivi, anche tenuto conto che in seno all'Assemblea costituente non si registrarono interventi a sostegno di tale esclusione.

Le sentenze di qualunque giudice inerenti a diritti soggettivi non dovrebbero sfuggire al sindacato della Cassazione per violazione di legge, costituendo la previsione di cui all'*art. 111, comma 8, Cost.* una eccezione riguardante i soli interessi legittimi, rispetto a una regola che è in senso opposto (*art. 111, comma 7, Cost.*).

L'interpretazione qui proposta è idonea a realizzare l'unità (almeno) della giurisdizione civile, intesa oggettivamente come settore o ambito della giurisdizione sui diritti soggettivi, non rilevando in senso contrario che una fetta di questa giurisdizione sia attribuita, *ex art. 103 Cost.*, al Consiglio di Stato, ciò valendo a (e producendo l'effetto di) consentire anche a tale organo (e ai tar in primo grado) di esercitare la

medesima giurisdizione "civile" sulla quale è la Cassazione a vigilare ai fini dell'uniforme interpretazione del diritto, a prescindere dall'appartenenza in concreto dell'organo giudicante all'ordine giurisdizionale ordinario o amministrativo.

Il fatto che, nel caso concreto, sia il secondo a conoscere dei diritti soggettivi non giustifica l'attrazione del prodotto giurisdizionale nell'orbita di quella nomofilachia che il Consiglio di Stato esercita tradizionalmente a tutela dell'interesse pubblico (vds. gli interventi, in sede costituente, di Leone: «[l'orientamento] che si è avuto in sede di Commissione, ma soprattutto in sede di discussione pubblica [fu di] affermare il principio dell'unità della giurisdizione sia in materia civile che penale»; Nobili: «si è voluto affermare il principio che è proprio intorno ad essa [in materia civile e penale] che si vuole formare la unità della giurisdizione»; Rossi: «Non abbiamo potuto accettare il suo punto di vista sistematico [di Mortati] (...) Abbiamo invece accettato il criterio – scaturente da molti emendamenti e ordini del giorno – dell'unicità della giurisdizione»). Evidentemente, la materia civile resta tale anche se una legge la affidi, in tutto o in parte, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Una ulteriore indicazione in senso favorevole all'estensione del sindacato di legittimità della Cassazione per violazione di legge sulle sentenze amministrative incidenti su diritti soggettivi proviene dall'*art. 113 Cost.*, secondo cui contro gli atti della pubblica amministrazione, impugnati in sede giurisdizionale, «è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa».

Di questa norma sono possibili due letture: secondo la prima, entrambe le situazioni soggettive (diritti e interessi) sono giudicabili sia presso la giurisdizione ordinaria sia presso quella amministrativa e, quindi, il giudice ordinario può conoscere degli interessi legittimi non già in via eccezionale (come si reputa comunemente), ma in via generale, allo stesso modo in cui il giudice amministrativo può conoscere dei diritti soggettivi in via generale e in qualunque materia. Questa interpretazione urta, tuttavia, con l'*art. 103 Cost.*, il quale autorizza il giudice amministrativo a conoscere dei diritti soggettivi solo «in particolari materie indicate dalla legge», con la conseguenza che il rapporto tra giudice civile e giudice amministrativo si configura in termini di regola/eccezione.

La seconda lettura, che è la più accreditata, è nel senso che, in via generale, al giudice ordinario spetta la giurisdizione sui diritti soggettivi e al giudice amministrativo quella sugli interessi legittimi. Da questa seconda interpretazione, senz'altro più coerente, si desume un'ulteriore conseguenza: quella dell'unicità



della funzione giurisdizionale relativamente alla tutela dei diritti soggettivi, la quale rende costituzionalmente necessario il sindacato pieno di legittimità da parte della Cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., anche nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (limitatamente ai diritti soggettivi). Né la Costituzione contiene norme che possano far ritenere che al controllo della Cassazione sfuggono le sentenze che incidono su diritti soggettivi nei confronti delle amministrazioni pubbliche: al contrario, l'art. 113, comma 2, prevede che la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione «non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti».

**11.** Per altro verso, non può essere messa in discussione l'ammissibilità del ricorso per cassazione per cd. "eccesso (o difetto) di potere giurisdizionale" nei casi in cui il Consiglio di Stato e la Corte dei conti abbiano superato i limiti esterni della propria giurisdizione (di legittimità ed esclusiva) di cui siano forniti nella controversia. Tale rimedio (risalente alla legge 31 marzo 1877, n. 3761) serve a garantire la «specialità» di detti organi giurisdizionali nell'ordinamento e, al contempo, l'unità e coerenza dell'ordinamento, al fine di evitare che tali organi qualificati esercitino o invadano attribuzioni altrui, cioè di altri organi giurisdizionali (speciali od ordinario), della pubblica amministrazione o del legislatore.

Si è affermato da un Autore, espressosi in senso critico verso l'utilizzo (invero molto raro) di tale rimedio da parte della Cassazione, che nel Palazzo di Piazza Cavour a Roma aleggi il fantasma di Calamandrei, la cui proposta in sede costituente a favore dell'unità della giurisdizione con al vertice la Corte di cassazione (e contraria alla conservazione del Consiglio di Stato e della Corte dei conti come organi giurisdizionali) non ebbe successo.

Si potrebbe replicare che a Palazzo Spada aleggiavano i fantasmi sia di Rattazzi, cui si deve la legge 20 novembre 1859, n. 3780, che attribuiva al Consiglio di Stato la funzione di giudice dei conflitti, abrogata dalla legge del 1877, sia di Mortati, la cui proposta in sede

costituente di sottrarre alla Cassazione la funzione di organo regolatore della giurisdizione rispetto alle sentenze di tutti i giudici speciali, per attribuirle alla Corte costituzionale, ugualmente non ebbe successo.

In realtà, come sappiamo, il testo costituzionale fu il risultato di un compromesso tra le diverse istanze, già allora ambiguo, ma due punti fermi rimangono.

Il primo è che la proposta di Mortati di conservare e inserire in Costituzione il Consiglio di Stato e la Corte dei conti fu accolta per ragioni storiche e di opportunità, a condizione che rimanesse fermo il controllo della Cassazione anche (e proprio) sull'eccesso di potere giurisdizionale, come risulta chiaramente dai lavori preparatori. Le sezioni unite hanno sempre fatto un uso estremamente limitato di questo istituto, ma nei pochissimi casi in cui ciò è accaduto (in tempi sia passati che recenti) sono state investite, quando non da moniti di possibili conflitti di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale, da critiche a dir poco ingenerose. Si ammette in astratto l'esistenza di tale mezzo, ma si vorrebbe che non se ne faccia uso davvero, perché "mai" ricorrerebbero in concreto i presupposti. Un esempio paradigmatico è costituito dall'eccesso di potere giurisdizionale per invasione delle attribuzioni del legislatore, categoria (richiamata anche da Corte cost., n. 6/2018) finora teorica ma non per questo non configurabile in concreto, come accaduto di recente rispetto al legislatore comunitario, in un caso in cui le sezioni unite hanno operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue, realizzando concretamente l'auspicato dialogo tra le Corti.

Il secondo punto fermo è che il nostro sistema non ha attuato l'unità organica della giurisdizione, ma i Costituenti avevano chiaro che la strada era quella: lo stesso Ruini, pur favorevole alla conservazione delle funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, così si espresse: «Vogliamo dunque andare verso la unicità della giurisdizione».

Questo è dunque il faro e il criterio interpretativo cui ci si dovrebbe attenere, sempre che si voglia attuare la Costituzione e non modificarla a mezzo di interpretazioni "evolutive", alla luce di leggi ordinarie, indicate come rappresentative di una Costituzione materiale in senso opposto.

# Modelli di responsabilità della pubblica amministrazione e riparto di giurisdizione

di *Vincenzo Lopilato*

L'articolo analizza i criteri di riparto della giurisdizione nell'ambito della responsabilità della pubblica amministrazione muovendo dalla individuazione dei diversi modelli di responsabilità e valutando, per ciascuno di essi, quali siano le situazioni giuridiche rilevanti e come si attegga il rapporto giuridico, con riferimento, in particolare, al concetto di "contatto sociale qualificato".

**1. Premessa / 2. Plurimi modelli di responsabilità della pubblica amministrazione / 3. Responsabilità precontrattuale: doveri reciproci di protezione e libertà negoziale / 4. Responsabilità contrattuale: doveri di prestazione e diritti soggettivi; poteri pubblici e interessi legittimi oppositivi / 5. Responsabilità civile da comportamento materiale: dovere generale di astensione e situazioni giuridiche rilevanti / 6. Responsabilità civile da provvedimento illegittimo ("che nega il bene della vita"): potere pubblico e interesse legittimo / 7. Responsabilità civile da provvedimento illegittimo ("che riconosce il bene della vita"): potere pubblico e libertà negoziale / 8. Responsabilità civile da ritardo: potere pubblico e libertà negoziale / 9. Responsabilità civile da ritardo qualificato da comportamenti: doveri di protezione e diritti soggettivi / 10. Conclusioni**

## 1. Premessa

Discutere di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo significa discutere delle situazioni giuridiche soggettive.

L'interesse legittimo dialoga con il potere pubblico. La natura attiva di entrambe le situazioni giuridiche rende peculiare il rapporto di diritto pubblico e giustifica la tutela eventuale dell'interesse legittimo nel confronto con l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione nell'esercizio del potere pubblico.

Il principale dibattito che attualmente si sta svolgendo con riferimento all'interesse legittimo attiene all'individuazione del suo oggetto.

La concezione strumentale, preferibile, ritiene che l'oggetto dell'interesse legittimo sia costituito dal comportamento della pubblica amministrazione. Il bene della vita rimane fuori dal perimetro della situazione giuridica<sup>1</sup>.

La concezione sostanziale ritiene che l'oggetto dell'interesse legittimo sia costituito da un comportamento soddisfacente della pretesa azionata. Il bene

1. F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 413.

della vita rientra nel perimetro della situazione giuridica<sup>2</sup>.

Il diritto soggettivo, assoluto o relativo, dialoga con doveri, generali e specifici, delineandosi così rapporti giuridici assoluti o relativi.

Il dibattito attuale che si sta svolgendo attiene anche in questo caso, pur nella diversità dei contesti e delle finalità, all'oggetto delle obbligazioni e dei diritti di credito.

La concezione strumentale continua a ritenere necessario distinguere tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, rilevando che l'oggetto dell'obbligazione (e del diritto di credito) sia il comportamento del debitore e, dunque, il "solo" dovere di prestazione. Il bene della vita (il risultato) è collocato fuori dal perimetro del rapporto obbligatorio. La Corte di cassazione, con un'articolata ricostruzione, sembra avere riproposto questa distinzione con riferimento alle obbligazioni di fare professionale (Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991; Cass. civ., sez. III, 26 luglio 2017, n. 1839).

La concezione sostanziale ritiene non più attuale la suddetta distinzione, con la necessaria presenza di comportamento e bene (risultato) nel perimetro del rapporto obbligatorio e con rilevanza di tale distinzione soltanto ai fini di alcuni aspetti della disciplina del rapporto stesso.

## 2. Plurimi modelli di responsabilità della pubblica amministrazione

L'analisi delle regole di riparto di giurisdizione in relazione a fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione assume connotati di particolare complessità, dipendente dalla molteplicità dei modelli di responsabilità<sup>3</sup>.

La principale articolazione, che riprende quella classica civilistica, è tra responsabilità precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale, con plurime articolazioni interne riferibili a quest'ultima.

Nell'analisi di tali modelli, per stabilire quali siano le regole di riparto della giurisdizione, occorre individuare le situazioni giuridiche che vengono in rilievo, ricostruendo il rapporto giuridico che si instaura tra le parti e, in particolare, individuando le fattispecie in cui ricorre un effettivo contatto sociale qualificato che condiziona, nel modo che si indicherà, l'individuazione del giudice competente.

## 3. Responsabilità precontrattuale: doveri reciproci di protezione e libertà negoziale

La responsabilità precontrattuale è configurabile nella fase che precede la stipula dei contratti della pubblica amministrazione.

Nell'impostazione tradizionale della procedura di evidenza pubblica, il procedimento amministrativo, in cui si confrontano poteri pubblici e interessi legittimi, è doppiato da un procedimento negoziale, in cui si confrontano doveri reciproci di protezione e libertà negoziale.

In particolare, la natura della responsabilità precontrattuale è ricostruita alla luce della teoria del contatto sociale qualificato (Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188).

Si afferma che tra le parti sorge un "contatto sociale qualificato" che fa nascere, alla luce del principio di affidamento, un dovere specifico di buona fede che viene declinato come dovere di protezione dell'altrui sfera giuridica e cioè come dovere di tenere comportamenti che non cagionino danni alla persona e ai beni dell'altra parte e, dunque, che preservino anche l'affidamento che si realizza in ordine alla loro correttezza. Si tratta di un dovere che, normalmente, rileva in ambito extracontrattuale, ma che, in questo caso, in ragione del contatto sociale qualificato e della relazione che si instaura tra le parti, assume connotazioni specifiche. Il dovere di buona fede e protezione non è violato da "chiunque", ma da chi è in "contatto sociale qualificato" con l'altra parte. In questa prospettiva, la struttura e la funzione della responsabilità sono quelle che caratterizzano la responsabilità contrattuale.

L'assimilazione alla responsabilità contrattuale, tuttavia, non è completa in quanto rimangono le seguenti peculiarità.

La prima peculiarità attiene alle posizioni soggettive che vengono in rilievo.

Esse sono i doveri di protezione reciproca e la libertà negoziale.

Il regime giuridico è quello contrattuale nonostante la fonte sia non il contratto ma il "contatto sociale qualificato". La diversità principale tra responsabilità contrattuale e responsabilità precontrattuale, ferma la suddetta assimilazione, risiede nel fatto che nella prima esiste un dovere di prestazione, come situazione passiva, cui si correla, come situazione attiva, un diritto di credito, mentre nella seconda un "dovere di protezione", come situazione passiva, che

2. G. Greco, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, n. 3/2014, pp. 479 ss.

3. V. Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021, in corso di pubblicazione.

viene qualificato anche come “obbligazione senza dovere primario di prestazione”, cui si correla, come situazione attiva, la “libertà negoziale”.

La seconda peculiarità, connessa alla prima, attiene alla quantificazione del danno, che resta parametrato all’interesse negativo e non a quello positivo: quest’ultimo presuppone, infatti, l’insorgenza di un dovere di prestazione cui commisurare il danno subito, che, come esposto, nella responsabilità precontrattuale manca.

Le controversie relative a questa fase sono attribuite in via esclusiva al giudice amministrativo (art. 133, comma 1, lett. e, n. 1, cpa). Le situazioni giuridiche che costituiscono il rapporto giuridico sono di diritto privato, ma l’ambientazione pubblicistica derivante dalla stretta connessione tra procedimento amministrativo e procedimento negoziale giustifica l’attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo.

Nel caso in cui tale ambientazione manchi, perché il contratto è stipulato non nell’esercizio di un potere pubblico ma nell’esercizio di sola autonomia negoziale, al di fuori delle regole europee e costituzionali di evidenza pubblica, venendo in rilievo situazioni giuridiche di diritto privato che si collocano nell’ambito di un contatto sociale qualificato, la giurisdizione spetta al giudice ordinario.

#### **4. Responsabilità contrattuale: doveri di prestazione e diritti soggettivi; poteri pubblici e interessi legittimi oppositivi**

La responsabilità contrattuale è configurabile nei casi in cui vengano in rilievo obbligazioni derivanti dalla stipulazione di contratti pubblici.

Le regole di riparto della giurisdizione in materia di contratti pubblici sembrano dipanarsi secondo criteri chiari.

Nella fase della procedura di evidenza pubblica, l’amministrazione adotta atti nell’esercizio di poteri pubblici che si confrontano con interessi legittimi pretensivi, con giurisdizione del giudice amministrativo, la quale ricomprende anche la fase di stipulazione del contratto (art. 133, comma 1, lett. e, n. 1, cpa).

Nella fase di esecuzione del rapporto contrattuale, le parti normalmente adottano atti nell’esercizio della loro autonomia negoziale e sono titolari di diritti soggettivi e obbligazioni, con giurisdizione del giudice ordinario. In particolare, nel caso di violazione dei doveri di prestazione derivanti dal contratto è possibile, tra l’altro, proporre l’azione di risoluzione del contratto per grave inadempimento (art. 108 del codice dei contratti pubblici) unitamente all’azione risarcitoria.

Nella fase esecutiva sono configurabili anche, per la proiezione pubblicistica derivante dal procedimento di evidenza pubblica, poteri pubblici che, oltre a poter assumere la forma dei poteri di autotutela, possono essere esercitati mediante la risoluzione di diritto pubblico per mancanza, tra l’altro, dei requisiti di partecipazione alle gare (codice dei contratti pubblici, art. 108, comma 1, lett. c). In questo caso, il rapporto giuridico è costituito da poteri pubblici e interessi legittimi (normalmente) oppositivi, con giurisdizione del giudice amministrativo.

#### **5. Responsabilità civile da comportamento materiale: dovere generale di astensione e situazioni giuridiche rilevanti**

La responsabilità extracontrattuale presuppone che non vi sia un rapporto giuridico pregresso violato.

Quando si entra in questo ambito i modelli sono plurimi e la complessità aumenta.

Sul piano strutturale, il modello generale di responsabilità di cui all’art. 2043 cc presenta, in relazione alla fattispecie, i seguenti elementi costitutivi: *i*) elemento oggettivo, articolato, al suo interno, in condotta o azione, rapporto di causalità, materiale o strutturale, e danno ingiusto, inteso come lesione di una situazione giuridica rilevante (cd. danno evento); *ii*) antigiridicità, che esprime il rapporto di contraddizione tra il fatto e l’intero ordinamento giuridico (il riferimento è all’assenza di cause di giustificazione); *iii*) elemento soggettivo, comprensivo della imputabilità, del dolo e della colpa. In relazione alle conseguenze, la fattispecie illecita, così come sopra individuata, deve essere connessa ai pregiudizi diretti e immediati, subiti dalla parte danneggiata, di carattere patrimoniale o non patrimoniale (cd. danno conseguenza).

Elemento centrale per individuare le regole di riparto di giurisdizione è costituito dal “danno ingiusto”.

La più rilevante distinzione, che segna anche il confine delle rispettive giurisdizioni, è tra meri comportamenti materiali e condotte espressione di poteri pubblici.

Nel primo ambito si collocano, ad esempio, le fattispecie di responsabilità per danni da cosa in custodia con riferimento particolare ai compiti di gestione del demanio pubblico (art. 2051 cc) ovvero quelle di responsabilità da attività pericolosa (art. 2050 cc).

La commissione dell’illecito da parte di una persona giuridica comporta anche la necessità di individuare i soggetti responsabili.

Le sezioni unite della Corte di cassazione, con sentenza 16 maggio 2019, n. 13246, hanno affermato

che, avendo riguardo all'ente pubblico e al soggetto che opera per esso, si tratta di una responsabilità da preposizione (art. 2049 cc) nell'ambito della quale si innestano le forme di responsabilità dipendenti dalla specifica vicenda che viene in rilievo. In particolare, la responsabilità dell'amministrazione richiede che vi sia il requisito della cd. occasionalità necessaria. Esso viene ricostruito secondo la teoria della causalità adeguata, in base alla quale è riconducibile al preponente il fatto illecito del preposto che, in virtù di un giudizio controfattuale riferito al tempo della condotta, sia corrispondente a uno sviluppo oggettivamente non improbabile o anomalo delle normali condotte di regola inerenti all'espletamento dei compiti conferiti. In questa logica, tale rapporto sussiste nella misura in cui le funzioni esercitate abbiano determinato, agevolato o reso possibile la realizzazione del fatto illecito.

In questi casi, le situazioni giuridiche che si confrontano sono il dovere generale di astensione (*alterum non laedere*) e la situazione giuridica specificamente incisa da tale condotta, che è, normalmente, di diritto soggettivo assoluto.

La giurisdizione è, pertanto, del giudice ordinario.

## 6. Responsabilità civile da provvedimento illegittimo (“che nega il bene della vita”): potere pubblico e interesse legittimo

Nel secondo ambito si collocano i comportamenti espressione di poteri pubblici e, in particolare, i comportamenti che si risolvono nell'adozione di provvedimenti amministrativi illegittimi.

La natura di tale responsabilità è controversa ed è, allo stato, all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato a seguito della rimessione disposta dal Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Sicilia, con ordinanza 15 dicembre 2020, n. 1136.

Rispetto al modello generale di cui all'art. 2043 cc, la peculiarità si rinviene nel fatto che tra le parti, “prima dell'illecito”, esiste un “contatto” che, a volte, viene indicato come “contatto sociale qualificato”. Si tratta, invero, come si esporrà anche oltre, di un “contatto” diverso dal “contatto sociale qualificato” che fa sorgere doveri di protezione. Più semplicemente, è un “contatto procedimentale”, che rende peculiare il modello di responsabilità della p.a. nel senso che è discusso se ciò implichi un'assimilazione alla responsabilità contrattuale, con applicazione del relativo regime giuridico, ovvero se rimanga ferma la tradizionale ricostruzione quale responsabilità civile secondo

il modello dell'art. 2043 cc. Non interessa in questa sede approfondire questi aspetti. Interessa soltanto mettere in rilievo come rimane ferma la contrapposizione tra poteri pubblici e interessi legittimi, con conseguente configurazione di un rapporto giuridico che li vede quali elementi costitutivi.

La giurisdizione è, pertanto, del giudice amministrativo.

## 7. Responsabilità civile da provvedimento illegittimo (“che riconosce il bene della vita”): potere pubblico e libertà negoziale

In una posizione peculiare si inserisce la fattispecie della responsabilità derivante dall'adozione di un provvedimento favorevole per il privato destinatario che viene poi annullato, in via giudiziale, dal giudice amministrativo o, in via di autotutela, da parte dell'amministrazione con atto legittimo.

Si pensi all'ipotesi del privato che abbia costruito un immobile a seguito del rilascio di un permesso di costruire poi annullato ovvero all'operatore economico al quale sia stato aggiudicato un appalto, poi anch'esso annullato.

Si tratta di stabilire se, in questi casi, il privato, avendo fatto affidamento sulla validità dell'atto ampliativo, possa ottenere il risarcimento del danno.

L'“affidamento incolpevole” che viene in rilievo nell'ambito del sistema della responsabilità è diverso dal “legittimo affidamento”, che rileva ai fini dell'esercizio dei poteri di annullamento d'ufficio di secondo grado.

Il “legittimo affidamento” si “confronta” con l'adozione di un provvedimento formale della pubblica amministrazione e costituisce un limite all'esercizio del potere di secondo grado nel senso che esso, al momento dell'adozione di un atto formale, deve essere tenuto presente dall'amministrazione e bilanciato, nell'esercizio di un potere discrezionale, con gli interessi pubblici rilevanti.

L'“affidamento incolpevole” si “confronta” con un comportamento illecito dell'amministrazione e ha una sola valenza “autonoma”, nel senso che se esso sussiste deve essere risarcito<sup>4</sup>.

La non sovrapposizione tra le due nozioni si apprezza se si pensa che l'amministrazione, proprio con riguardo alla fattispecie in esame, da un lato, potrebbe avere adottato un legittimo provvedimento di secondo grado, dando prevalenza all'interesse pubblico; dall'altro lato, potrebbe subire una condanna

4. F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2018, pp. 823 ss.



per avere tenuto un comportamento lesivo dell'affidamento incolpevole del privato.

I principali dubbi interpretativi afferenti al riparto di giurisdizione riguardano proprio questo ambito. La seconda sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza 9 marzo 2021, n. 2013, ha rimesso la questione all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Un primo orientamento ritiene che la giurisdizione spetti al giudice amministrativo. Si ritiene che venga in rilievo una situazione giuridica riconducibile all'interesse legittimo, in quanto «*la lesione di un interesse legittimo si configura non solo quando l'amministrazione neghi illegittimamente un provvedimento favorevole, ma anche quando rilasci al cittadino illegittimamente un provvedimento favorevole*»<sup>5</sup>.

Un secondo orientamento, maggioritario, sostenuto dalla Corte di cassazione, ritiene che la giurisdizione spetti al giudice ordinario anche in presenza di una materia di giurisdizione esclusiva. In particolare, la Corte, con tre analoghe sentenze del 2011 (Cass. civ., sez. unite, 23 marzo 2011, nn. 6594, 6295 e 6596), ha affermato che la giurisdizione del giudice amministrativo si giustifica soltanto nel caso in cui l'esercizio del potere pubblico abbia inciso negativamente nella sfera giuridica del privato, come accade nel caso in cui venga negato in modo illegittimo il rilascio di un provvedimento da questi richiesto. Nella fattispecie in esame, invece, una volta eliminato l'atto amministrativo illegittimo, rimarrebbe soltanto un comportamento materiale non collegato all'esercizio di un potere pubblico. In altri termini, sembra che si ritenga che, esclusivamente nel caso in cui il danno sia "conseguenza" di un potere illegittimo, si possa giustificare la giurisdizione del giudice amministrativo. Queste decisioni non si sono soffermate a esaminare l'esatta natura giuridica della posizione lesa.

In una successiva sentenza (Cass. civ., sez. unite, 4 settembre 2015, n. 17586), la Corte di Cassazione ha confermato la giurisdizione del giudice ordinario anche se all'esito di una più articolata ricostruzione, comprensiva sia di una "parte critica" che di una "parte costruttiva".

Nella "parte critica", si è escluso che venga in rilievo un interesse legittimo pretensivo, in quanto l'oggetto di questo non si identifica nella pretesa a che la pubblica amministrazione provveda legittimamente sulla richiesta, bensì «*nella richiesta che si provveda dando positiva soddisfazione a quell'interesse*». In quest'ottica, se il provvedimento richiesto dal privato viene emesso dalla pubblica amministrazione, ancorché in modo illegittimo, deve affermarsi che l'interesse legittimo pretensivo del privato è soddisfatto e,

pertanto, non può ritenersi che vi sia un danno ingiusto. Sembra aderirsi alla concezione strumentale dell'interesse legittimo: il bene della vita è esterno al perimetro della situazione giuridica soggettiva, con la conseguenza che, quando l'amministrazione adotta il provvedimento favorevole, l'interesse legittimo è "soddisfatto", anche se poi non è possibile conservare quel bene della vita.

Nella "parte costruttiva", la Cassazione ha ritenuto che la situazione giuridica lesa sia di diritto soggettivo, rappresentata dalla conservazione dell'integrità del patrimonio del danneggiato.

Le sezioni unite della Cassazione sono tornate, più di recente, sull'argomento e hanno rilevato che la posizione soggettiva non può essere «*il diritto soggettivo all'integrità del patrimonio*», in quanto si tratta di una nozione «*priva di consistenza autonoma, risolvendosi in una formula descrittiva che unifica in una sintesi verbale la pluralità delle situazioni soggettive attive che fanno capo ad un soggetto*» (Cass. civ., sez. unite, ord. 28 aprile 2020, n. 8236).

La Corte di cassazione ha ritenuto che tale responsabilità sia da ricondurre al modello della responsabilità da "contatto sociale qualificato". Il principio di buona fede, operante anche al di fuori dell'ambito della fase di formazione del contratto, fa nascere, per la particolare "professione" del soggetto pubblico, un dovere di protezione che impone di tenere conto dell'affidamento incolpevole ingenerato dal comportamento dell'amministrazione. La Cassazione ha puntualizzato che l'affidamento costituisce una «*situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia, secondo una felice sintesi dottrinale, nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta; si tratta, in sostanza, di un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede*».

La riconduzione al modello del contatto sociale qualificato ha comportato l'applicazione del regime giuridico della responsabilità contrattuale.

Per quanto attiene alle implicazioni in punto di giurisdizione, le sezioni unite hanno confermato la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, in quanto le situazioni giuridiche che vengono in rilievo non sono di interesse legittimo, ma sono il dovere di protezione e l'affidamento incolpevole.

Nella logica delle sezioni unite, la giurisdizione del giudice ordinario rimane ferma anche se viene in rilievo una "materia" di giurisdizione esclusiva, in

5. A. Travi, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2011, I, cc. 2387 ss.

quanto in questo caso non sarebbe presente un comportamento espressione di potere pubblico ma un mero comportamento materiale.

Un terzo orientamento, seguito in particolare dall'ordinanza di rimessione all'adunanza plenaria, ritiene che la giurisdizione sia del giudice amministrativo. Si osserva che «*un provvedimento amministrativo – non abnorme –, seppur illegittimo e caducato da una pronuncia giurisdizionale, non può essere degradato a mero comportamento della pubblica amministrazione non collegato, neppure mediatamente, con l'esercizio del potere, peraltro sollecitato dal privato*». Inoltre, «*l'opposta soluzione potrebbe condurre ad esiti disarmonici, atteso che, in base ad essa, laddove il risarcimento venga chiesto dal controinteressato – titolare di un interesse legittimo speculare a colui che ha ottenuto dalla pubblica amministrazione – per i danni causatigli da un provvedimento illegittimo vi sarebbe giurisdizione del giudice amministrativo su tale domanda, mentre, qualora la domanda risarcitoria sia avanzata dal soggetto destinatario del medesimo illegittimo provvedimento (a lui favorevole), la giurisdizione si radicherebbe presso l'autorità giudiziaria ordinaria*» (Cons. Stato, sez. II, ord. n. 2013/2021).

Un quarto orientamento, pur ritenendo che non ricorra una situazione di interesse legittimo, afferma che, venendo comunque in rilievo un potere pubblico, la giurisdizione sia del giudice amministrativo nei casi in cui ricorra una materia di giurisdizione esclusiva (Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 2 agosto 2012, n. 1751).

La soluzione preferibile è quella fatta propria dalla Cassazione, con la sentenza n. 8236 del 2020, con le seguenti varianti argomentative.

La prima variante è di ritenere che la situazione lesa non possa considerarsi l'«affidamento» in sé, ma la libertà negoziale. Il comportamento della pubblica amministrazione ha indotto la parte a effettuare o non effettuare scelte economiche mediante negozi giuridici che sarebbero stati di natura diversa in assenza di tale comportamento.

La seconda variante è di ritenere che, in presenza di materie di giurisdizione esclusiva, la giurisdizione è del giudice amministrativo; in ragione dell'ambientazione pubblicistica della condotta, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo.

## 8. Responsabilità civile da ritardo: potere pubblico e libertà negoziale

La responsabilità da ritardo si ha quando l'amministrazione non provvede nei termini previsti dalla legge.

L'art. 2-bis della legge n. 241 del 1990, introdotto con legge 18 giugno 2009, n. 69, dispone che le pubbliche amministrazioni e i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative «*sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto, cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*». L'art. 133, comma 1, lett. a, cpa prevede che questa materia è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Nell'ambito di tale categoria possono essere inserite plurime fattispecie. Quella più rilevante, perché controversa, è relativa alla natura e ai presupposti della responsabilità nel caso in cui l'amministrazione adotti un provvedimento tardivo, che non viene impugnato, ovvero tenga una condotta omissiva che non viene contestata mediante l'azione avverso il silenzio.

Secondo un primo orientamento, che si è formato prima dell'introduzione dell'art. 2-bis della legge n. 241/1990, il risarcimento del danno richiede sempre la dimostrazione del pregiudizio derivante dalla mancata tempestiva attribuzione del bene della vita cui il privato avrebbe comunque titolo (Cons. Stato, ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7).

Tale tesi è stata seguita anche in successive decisioni, le quali hanno affermato che, per poter riconoscere la tutela risarcitoria nei casi in cui la lesione nasce da un provvedimento espresso, «*non possa in alcun caso prescindere dalla spettanza di un bene della vita, atteso che è soltanto la lesione di quest'ultimo che qualifica in termini di ingiustizia il danno derivante tanto dal provvedimento illegittimo e colpevole dell'amministrazione quanto dalla sua colpevole inerzia e lo rende risarcibile*».

Ne consegue che «*l'ingiustizia del danno e, quindi, la sua risarcibilità per il ritardo dell'azione amministrativa, pertanto, è configurabile solo ove il provvedimento favorevole sia stata adottato, sia pure in ritardo, dall'autorità competente ovvero sarebbe dovuto essere adottato, sulla base di un giudizio prognostico effettuabile sia in caso di adozione di un provvedimento negativo sia in caso di inerzia reiterata, in esito al procedimento*» (Cons. Stato, sez. III, 2 novembre 2020, n. 6755). In tale prospettiva, le posizioni giuridiche che si confrontano sono potere pubblico e interesse legittimo e il bene della vita cui esso si correla.

Secondo un diverso orientamento, che è stato condiviso anche dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sia pure nell'ambito della risoluzione di un altro contrasto relativo alla responsabilità precontrattuale, il mero ritardo può essere fonte di responsabilità per lesione del «*diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale*» (Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5): il ritardo nell'adozione

del provvedimento, infatti, genera «una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione». L'adunanza plenaria sembra ritenere, inoltre, che la responsabilità sia assimilabile a quella precontrattuale rilevando che «la violazione del termine di conclusione del procedimento di per sé non determina (...) l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini "perentori"), ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione». Incombe in capo al privato l'onere di «fornire la prova, oltre che del ritardo e dell'elemento soggettivo, del rapporto di causalità esistente tra la violazione del termine del procedimento e il compimento di scelte negoziali pregiudizievoli che non avrebbe altrimenti posto in essere».

In questa diversa prospettiva, non occorre effettuare il giudizio prognostico in ordine alla spettanza del bene della vita correlato all'interesse legittimo pretensivo, in quanto cambia la situazione giuridica che si assume violata: non l'interesse legittimo ma il diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale. Cambia anche il bene della vita, che non è quello collegato all'interesse legittimo ma quello collegato al diritto soggettivo e, dunque, sarà differente a seconda della vicenda concreta che viene in rilievo. Se, ad esempio, il ritardo nella risposta negativa ha indotto la parte a stipulare determinati contratti per l'acquisto di beni necessari in vista del rilascio di un permesso di costruire, il danno sarà correlato a tali beni.

Le sezioni unite della Cassazione, con la citata sentenza n. 8236 del 2020, hanno condiviso, sia pure con riferimento a una diversa fattispecie, questa impostazione, aggiungendo che anche quella in esame è una forma di responsabilità da "contatto sociale qualificato".

L'orientamento della plenaria, che riconosce il danno da ritardo a prescindere dalla prova della lesione del bene della vita al quale si correla l'interesse legittimo, è condivisibile, ma con la seguente puntualizzazione.

La plenaria assimila tale forma di responsabilità alla responsabilità precontrattuale. Quest'ultima presuppone, invero, che vi sia un procedimento finalizzato alla conclusione di un contratto.

Le possibili ricostruzioni sono le seguenti.

Si potrebbe ritenere che si sia in presenza di una responsabilità civile per violazione della libertà negoziale, che rientra nell'ambito del modello generale di cui all'art. 2043 cc, sopra indicato, con la specificità ulteriore rappresentata dal fatto che in questo

caso la violazione commessa dall'amministrazione ha riguardato le norme che prevedono i termini di conclusione del procedimento. Le situazioni giuridiche sono: potere pubblico (illegittimo) e libertà negoziale.

Si potrebbe valorizzare anche qui il "contatto" e ritenere che sia una responsabilità assimilabile a quella contrattuale. Non è, però, condivisibile il rilievo secondo cui si tratterebbe di una forma di "contatto sociale qualificato", il quale presuppone l'esistenza di un comportamento che si caratterizza per la presenza di condotte materiali idonee a ledere il colpevole affidamento del privato.

Nella fattispecie in esame si è in presenza di un comportamento omissivo espressione di potere pubblico e, dunque, si potrebbe richiamare la nozione di mero "contatto procedimentale", il che giustifica, per l'ambientazione pubblicistica, l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo.

## 9. Responsabilità civile da ritardo qualificato da comportamenti: doveri di protezione e diritti soggettivi

Nell'ambito della responsabilità da comportamento si inserisce, infine, anche la fattispecie, analizzata nella citata sentenza delle sezioni unite della Cassazione n. 8236 del 2020, che si caratterizza per il fatto che l'amministrazione tiene una condotta omissiva che si protrae nel tempo, facendo però sorgere, mediante comportamenti concreti, l'affidamento incolpevole in ordine all'adozione positiva per il richiedente del provvedimento finale.

La fattispecie ha riguardato il caso di una società che aveva presentato un progetto preliminare di massima per la realizzazione di un grande complesso alberghiero su un terreno di sua proprietà. Il comune, pur avendo tenuto comportamenti idonei a far sorgere l'affidamento in ordine alla positiva conclusione del procedimento, non aveva poi adottato un provvedimento finale.

La diversità di questa fattispecie rispetto a quella del danno da ritardo consisterebbe nel fatto che la pubblica amministrazione non ha tenuto un comportamento meramente passivo ma, pur non adottando formalmente l'atto, ha, con condotte concrete, indotto la parte a ritenere che quell'atto sarebbe stato adottato. Il che rende il silenzio "significativo".

La Corte di cassazione ha ritenuto che anche questa fattispecie debba essere inquadrata nell'ambito del "contatto sociale qualificato" per le analoghe ragioni che hanno indotto la stessa Cassazione a fornire tale qualificazione alla fattispecie relativa al danno da provvedimento favorevole illegittimo.

In particolare: *i*) dal punto di vista dell'amministrazione, si assume che essa abbia violato il "dovere di protezione" dipendente dal principio di buona fede e correttezza; *ii*) dal punto di vista del privato, si assume che la condotta dell'amministrazione abbia violato l'"affidamento" a una condotta coerente dell'amministrazione medesima.

Il regime giuridico è quello contrattuale.

La giurisdizione è del giudice ordinario, anche se, come nella fattispecie decisa, viene in rilievo una materia di giurisdizione esclusiva (urbanistica ed edilizia), in quanto il comportamento della pubblica amministrazione è stato ritenuto di natura meramente materiale e non espressione di potere pubblico.

Tale ricostruzione è condivisibile, ma con le seguenti puntualizzazioni.

In primo luogo, con riguardo alla situazione giuridica "affidamento", valgono le considerazioni svolte nel precedente paragrafo.

In secondo luogo, sono state richiamate, per assimilazione di modelli, le forme di responsabilità da provvedimento amministrativo illegittimo e da ritardo, che – come esposto – si fondano non sul contratto sociale qualificato ma sul mero contatto procedimentale, nonché la responsabilità precontrattuale, che presuppone che venga in rilievo un procedimento

negoziale (che doppia un procedimento amministrativo), il quale precede la stipulazione del contratto. In particolare, è rilevante, ai fini della giurisdizione, tenere ben distinta questa fattispecie, connotata da condotte omissive materiali "significative", con giurisdizione del giudice ordinario, dalle fattispecie, connotate da mere condotte omissive espressione di poteri pubblici, con giurisdizione esclusiva del giudice ordinario.

## 10. Conclusioni

Il confine tra diritto pubblico e diritto privato assume nel settore della responsabilità della pubblica amministrazione connotati non sempre chiaramente definiti in ragione della difficoltà di individuare la situazione giuridica lesa per la molteplicità e la complessità dei modelli di responsabilità.

Il dialogo tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato assume, pertanto, rilevanza ancora maggiore per fornire, mediante un costante confronto di posizioni, un quadro di regole il più possibile chiaro e definito soprattutto con riferimento alla rilevanza che, in questo ambito, assume la nozione di contatto sociale qualificato.

# Giustizia amministrativa e logica del diritto amministrativo (anche alla luce della pandemia)

di *Giulio Napolitano*

Il giudizio amministrativo, oltre che una tecnica di tutela dei privati, costituisce anche un elemento fondamentale di un più complessivo sistema di controllo dell'attuazione delle leggi affidata all'amministrazione. Quanto più è garantita la terzietà e indipendenza dei giudici, tanto più è assicurato un effettivo controllo di ultima istanza sull'esercizio del potere amministrativo.

**1. Garanzia dei privati e protezione dell'interesse pubblico / 2. L'alternativa tra giurisdizione speciale e giurisdizione comune / 3. Il riparto di giurisdizione e i costi della doppia tutela / 4. La terzietà e l'expertise del giudice amministrativo / 5. I calcoli processuali delle parti / 6. La giustizia amministrativa di fronte alla pandemia**

## 1. Garanzia dei privati e protezione dell'interesse pubblico

L'ordinamento predispose un articolato sistema di tutele al fine di garantire la protezione dei destinatari dell'azione amministrativa. Tali tutele sono giurisdizionali (davanti al giudice amministrativo e a quello ordinario) e non (amministrative o alternative). Qualsiasi sia la "sede", l'assegnazione di strumenti di tutela ai diretti interessati consente di reagire alla violazione di principi e regole che presiedono allo svolgimento dell'attività burocratica e, più in generale, di operare una verifica successiva sulla sua conformità al diritto e, in termini politologici, alle preferenze degli organi elettivi e dei cittadini.

In questa prospettiva, il sindacato giurisdizionale, oltre che una tecnica di tutela dei privati, costituisce anche un elemento fondamentale di un più complessivo sistema volto a ridurre il rischio di deviazioni e disfunzioni nella fase di attuazione delle leggi. Questa è affidata all'amministrazione per ragioni di efficiente divisione del lavoro; ed è dal suo corretto assolvimen-

to che dipende in larga misura l'effettiva realizzazione delle politiche pubbliche. Di qui sorge la necessità di predisporre adeguati meccanismi di supervisione, basati sull'idea che i singoli interlocutori dell'amministrazione, quando lamentano una lesione dei propri diritti e interessi, possono agire una volta da "segnalatori di allarme".

In questa prospettiva, i giudici, nel risolvere le singole controversie, verificano l'osservanza delle norme di regolamentazione dell'azione amministrativa e il rispetto delle disposizioni che, in modo più o meno stringente a seconda dei casi, disciplinano l'esercizio della discrezionalità. A tali fini, controllano che l'amministrazione abbia svolto un'istruttoria adeguata al fine di assumere tutte le informazioni necessarie al corretto esercizio del potere. Le impongono di rivelare tali informazioni allo scopo di poter valutare compiutamente il modo in cui la legge è stata attuata. Garantiscono l'osservanza delle regole del procedimento, che, grazie alla partecipazione dei privati, rendono più efficace il controllo esterno. Verificano che il potere amministrativo sia stato esercitato per le finalità



previste dalla legge e secondo i criteri e i parametri da essa fissati. Se il diritto amministrativo predispone vari meccanismi per assicurare la corretta attuazione della legge, i giudici chiamati a decidere i ricorsi avverso gli atti e i comportamenti dell'amministrazione, dunque, devono non soltanto tutelare gli interessi giuridicamente protetti dei cittadini, ma anche verificare l'effettivo funzionamento di quei meccanismi. Il privato che si lamenta dell'ingiusta violazione della sua sfera personale o patrimoniale a causa dell'illegittimità o dell'illiceità dell'attività amministrativa, allora, è soltanto uno dei protagonisti della vicenda processuale. La sua azione costituisce anche uno strumento attraverso cui il giudice può esaminare il comportamento del suo antagonista, l'amministrazione incaricata dello svolgimento di funzioni e servizi in coerenza con il "mandato" legislativo.

Ciò naturalmente non significa voler riproporre l'antica concezione oggettiva, in passato diffusa in molti Paesi dell'Europa continentale, secondo cui il ricorrente privato sarebbe un mero collaboratore ai fini della protezione dell'interesse pubblico. In questa impostazione, lo scopo principale del processo sarebbe il ripristino della legalità violata dall'esercizio non corretto del potere amministrativo. Coerentemente con questo schema, l'accesso al processo può essere consentito in termini anche molto ampi, proprio per facilitare la diffusione del controllo sul comportamento burocratico. Il potere decisorio del giudice, invece, ben può limitarsi all'annullamento del provvedimento difforme, dato che ciò è sufficiente al ripristino della legalità violata e consente un nuovo esercizio del potere amministrativo nell'interesse pubblico. La concezione oggettiva della giurisdizione, tuttavia, ha pressoché ovunque lasciato il passo a quella soggettiva, secondo cui il processo è soprattutto uno strumento di tutela del privato che agisce nei confronti della pubblica amministrazione, laddove egli ritenga che un atto o comportamento di quest'ultima abbia violato i suoi diritti o interessi giuridicamente protetti. In questa diversa prospettiva, diventano fondamentali, come meglio si vedrà innanzi, i principi di pienezza ed effettività della tutela, che richiedono un significativo ampliamento dei poteri decisori del giudice, non più limitati al solo annullamento del provvedimento illegittimo.

Questo cambiamento di prospettiva emerge chiaramente dal diffuso riconoscimento, già in sede costituzionale, del diritto alla tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione. È quanto dichiarato in modo semplice e piano nella Legge fondamentale tedesca, secondo cui «se alcuno viene offeso nei suoi diritti da parte dell'autorità pubblica, può ricorrere all'autorità giudiziaria» (art. 19, comma 4). Più enfatica la formulazione della norma della Costituzione italiana, ove si afferma chiaramente che «contro gli

atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi» (art. 113, comma 1). Anche in Francia, dove pure manca una specifica garanzia costituzionale del diritto di azione del cittadino nei confronti delle autorità pubbliche e la giurisdizione amministrativa è stata per lungo tempo concepita in termini esclusivamente oggettivi, l'ordinamento ha accentuato la dimensione soggettiva della protezione accordata al singolo. Basti pensare all'introduzione del contenzioso di piena giurisdizione, in cui il giudice, oltre a pronunciarsi sulla legalità dell'atto, si pronuncia direttamente sui diritti fatti valere nel processo, con ampi poteri di condanna nei confronti dell'amministrazione e di riforma dei suoi atti.

A questa evoluzione ha contribuito anche l'ordinamento europeo. Da un lato, il Trattato affida alla Corte di giustizia il controllo di legittimità sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea e degli altri organismi europei (come le agenzie) «destinati a produrre effetti nei confronti di terzi», attribuendo a qualsiasi persona fisica o giuridica direttamente interessata la facoltà di esercitare la relativa azione di annullamento (art. 263 Tfu). Dall'altro, la normativa europea derivata, in un numero sempre maggiore di campi (basti pensare per tutti a quello degli appalti pubblici), richiede agli Stati membri di assicurare il diritto dei cittadini a un ricorso giurisdizionale pieno ed efficace nei confronti degli atti amministrativi nazionali adottati in attuazione di norme e politiche europee. Ciò mira a tutelare le situazioni soggettive protette a livello sovranazionale (come, ad esempio, le libertà di circolazione) e, nel contempo, ad assicurare un'efficace verifica circa la conformità dell'azione amministrativa nazionale al quadro regolamentare europeo. In questa prospettiva, i giudici nazionali costituiscono parte integrante del sistema giurisdizionale europeo, contribuendo all'*enforcement* di principi e regole comuni. Allo stesso tempo, ne garantiscono l'applicazione uniforme attraverso il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in caso di dubbi interpretativi (art. 267 Tfu).

La torsione in chiave sempre più soggettiva dei sistemi di controllo giurisdizionale sulla pubblica amministrazione è poi anche l'effetto dell'influenza esercitata dalle dichiarazioni generali del diritto a un ricorso effettivo e a un giudizio equo e imparziale contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (artt. 6 e 13) e nella Carta dei diritti dell'Unione europea (art. 47). Per effetto di tali dichiarazioni, sono applicabili anche alle controversie tra privati e pubbliche amministrazioni i principi della parità delle armi e del contraddittorio e le garanzie convenzionali della pubblicità del processo e della ragionevole durata delle procedure giurisdizionali.

L'inevitabile concatenazione tra interessi pubblici e privati, tra esigenze di salvaguardia della legalità dell'azione amministrativa e istanze di protezione dei diritti dei cittadini, contribuisce a spiegare larga parte dell'assetto istituzionale e del concreto funzionamento dei meccanismi di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione. Questi ultimi, peraltro, vanno valutati non soltanto per la capacità di offrire effettiva protezione ai privati, ma anche per i costi direttamente e indirettamente generati. I costi diretti riguardano sia gli oneri di funzionamento dei relativi apparati giurisdizionali sostenuti dallo Stato, sia le spese legali sopportate dalle parti. I costi indiretti sono dati dall'effetto di incertezza e di blocco che pende su ogni decisione amministrativa e su ogni iniziativa economica ad essa correlata in conseguenza del modo in cui sono regolati l'accesso alla tutela e lo svolgimento del processo. Per questa ragione, si ritiene talora che un'eccessiva disponibilità di protezione giurisdizionale, tanto più se ogni lite è destinata a protrarsi per un arco temporale indeterminato, possa influire negativamente sull'efficienza amministrativa e sulla produzione della ricchezza nazionale. Il rischio allora diventa quello di lasciare spazio a comportamenti opportunistici dei privati, i quali, attraverso il ricorso in sede giurisdizionale o anche la sua semplice minaccia, a volte mirano soltanto a ritardare gli effetti di un provvedimento sfavorevole o a negoziare con l'amministrazione da una posizione di maggiore forza (anche se la giurisprudenza, sempre più spesso, sottolinea la vigenza di un generale divieto di abuso, anche processuale, di ogni situazione giuridica soggettiva, con la conseguenza che azioni o eccezioni proposte in violazione di questo principio dovrebbero essere dichiarate inammissibili).

Non va infine trascurato che, in un numero non irrilevante di casi, il ricorso alla tutela giurisdizionale è attivato da una pubblica amministrazione contro un'altra. Ciò accade quando la tensione tra interessi pubblici diversi e potenzialmente confliggenti non trova composizione in sede organizzativa o procedimentale, finendo così per determinare l'insorgere di un contenzioso davanti al giudice. Le liti più frequenti tra amministrazioni sono quelle che riguardano le dispute tra diversi livelli di governo (Stato, Regioni, enti locali) e quelle tra organi rappresentativi e autorità indipendenti. In questo genere di casi, emerge dunque con ancora maggior evidenza lo spreco di risorse collettive generato da un sistema amministrativo litigioso al suo interno. Per quanto l'ordinamento non sembri fare differenza in ragione della natura pubblica o privata del ricorrente, ci si può chiedere se tutte le garanzie pensate per la seconda ipotesi debbano valere allo stesso modo anche per la prima o non possano essere diversamente graduate.

## 2. L'alternativa tra giurisdizione speciale e giurisdizione comune

I sistemi di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione sono organizzati diversamente nei vari ordinamenti. Una distinzione tradizionale è quella tra giurisdizione speciale e giurisdizione comune. In molti Paesi dell'Europa continentale, a cominciare dalla Francia, le controversie con la pubblica amministrazione sono riservate a un giudice speciale, il giudice amministrativo, appartenente a un ordine giurisdizionale autonomo e separato da quello da cui dipendono i giudici civili (e penali). È proprio tale giudice ad aver forgiato molti istituti fondamentali del diritto amministrativo e a svolgere ancora oggi un ruolo decisivo ai fini della loro evoluzione. In altri Paesi, come il Regno Unito e gli Stati Uniti, invece, le controversie tra amministrazione e cittadini sono attribuite allo stesso giudice dei rapporti tra privati. Questi, dunque, è maggiormente incline a considerare il diritto amministrativo come un insieme di limitate eccezioni alla normazione comune piuttosto che come un corpo di regole organico e ad essa alternativo. L'idea di fondo è che il potere pubblico debba agire in base alle regole del diritto comune (*common law*) valide per qualsiasi operatore: dunque, senza beneficiare di alcun privilegio, se non quelli espressamente previsti dalla legge.

Il sistema a giudice speciale nasce nel segno del legame strutturale con l'amministrazione, nel senso che l'organo preposto al controllo giurisdizionale dell'azione pubblica era inizialmente considerato un semplice corpo ausiliario dello Stato. Il Consiglio di Stato, in Francia e in Italia, in origine, era soltanto un organo consultivo chiamato ad assistere il sovrano nell'esercizio delle sue funzioni, compresa quella di dispensare giustizia. Anche quando, in Italia, dopo l'iniziale scelta in favore della giurisdizione comune (con la l. n. 2248/1865, all. E, di abolizione del contenzioso amministrativo), alla fine del XIX secolo, fu istituita la prima sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, il suo *status* era molto diverso da quello del giudice ordinario: basti pensare che i giudici provenivano spesso dai ranghi dall'amministrazione ed erano nominati dal Governo. Non a caso, per almeno un ventennio, la giurisprudenza amministrativa fu molto generosa nel riconoscere all'amministrazione poteri e privilegi che le assicurassero una posizione di supremazia nei confronti dei privati. Lo Stato e i suoi apparati vennero così dotati dei mezzi necessari alla costruzione delle infrastrutture amministrative ed economiche necessarie allo sviluppo della comunità nazionale.

Le differenze tra sistemi a giurisdizione speciale e sistemi a giurisdizione comune (od ordinaria), peraltro, si sono attenuate nel tempo. Esse appaiono ancora

oggi rilevanti sul piano organizzativo e procedurale; non, però, su quello della pienezza e dell'effettività della tutela, ovunque notevolmente accresciute per effetto di significative riforme delle regole processuali e dei poteri del giudice. Sia i sistemi a giurisdizione speciale sia quelli a giurisdizione comune si sono, dunque, evoluti realizzando alcune rilevanti convergenze.

Da un lato, lo statuto, il *modus procedendi* e i poteri del giudice speciale sono stati progressivamente assimilati a quelli del giudice ordinario. L'accesso alla magistratura amministrativa avviene per pubblico concorso, così come accade per quella ordinaria: il potere di nomina governativa è ormai molto limitato. Anche la giustizia amministrativa si è dotata di un organismo di autogoverno speculare a quello esistente per la magistratura ordinaria. Le regole del processo sono sempre più simili a quelle vigenti nel processo civile. E il giudice amministrativo può ordinare all'amministrazione obblighi di fare senza, per questo, violare il principio della separazione dei poteri. Questi è così diventato anche un abile ed efficace protettore dei diritti dei privati, elaborando sofisticati *standard* e strumenti di tutela. Ciò nonostante, non mancano casi in cui ancora oggi è possibile censurare l'eccessiva latitudine del potere di bilanciamento tra interessi pubblici e privati talora conferito al giudice amministrativo: è quanto avvenuto in Belgio con riferimento al meccanismo di "ciclo continuo" (*administrative loop*) in virtù del quale il Consiglio di Stato era stato autorizzato dalla legge a rimandare indietro all'autorità emanante la decisione impugnata in giudizio dal privato al fine di apportarvi le correzioni suggerite, prevenendone così l'annullamento (meccanismo dichiarato incostituzionale dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 103/2015).

Dall'altro, anche nell'ambito del giudice comune sono state istituite sezioni specializzate aventi competenza sulle controversie con la pubblica amministrazione o comunque di diritto pubblico. È questa la soluzione da tempo adottata in Germania, dove il pur articolato sistema di corti e tribunali amministrativi operanti a livello statale e federale (con al vertice il *Bundesverwaltungsgericht*, cioè la Corte amministrativa federale), per legge chiaramente separato dall'amministrazione attiva, costituisce comunque parte integrante di un unico ordine della magistratura. Anche nell'ordinamento inglese, il *judicial review* su atti e comportamenti dell'amministrazione è oggi riservato a un'apposita divisione della *High Court*, chiamata *Administrative Court*, la quale agisce secondo lo speciale rito dell'*application for judicial review of administrative action*. Si è così indirettamente riconosciuto che un elevato livello di specializzazione è fondamentale per consentire un appropriato sindacato dell'azione amministrativa e

un'adeguata protezione degli interessi privati, sebbene nell'esperienza inglese questo rito costituisca un filtro altamente selettivo, limitato a poche decine di casi l'anno. Anche negli Stati Uniti, d'altro canto, pur permanendo una giurisdizione unica, esistono regole processuali differenziate per le azioni nei confronti delle agenzie pubbliche, a conferma del fatto che le tecniche di contestazione del potere assumono ovunque tratti specifici.

Mentre le differenze funzionali si attenuano fino quasi a scomparire, quelle organizzative rimangono rilevanti. Laddove esistente, infatti, il giudice speciale assume un'autonoma rilevanza giuridico-istituzionale. Nell'ordinamento italiano è la Costituzione a dettare le regole di base concernenti l'organizzazione della giustizia amministrativa. Al vertice è collocato il Consiglio di Stato, definito come «organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione» (art. 100, comma 1, Cost.). Questa disposizione consolida il duplice ruolo del Consiglio di Stato come organo di alta consulenza del Governo e come organo di vertice (cioè come giudice di appello) della giurisdizione amministrativa. Attualmente, quattro sezioni del Consiglio di Stato svolgono le funzioni giurisdizionali, mentre le altre (I, II, sezione atti normativi), svolgono le funzioni consultive. È inoltre prevista l'istituzione in ciascuna Regione di organi di giustizia amministrativa di primo grado (art. 125, comma 2, Cost.). In attuazione di questa disposizione, la l. n. 1034/1971 ha quindi istituito i tribunali amministrativi regionali (tar). I tar si configurano dunque come organi generali di giustizia amministrativa di primo grado, mentre il Consiglio di Stato opera essenzialmente come giudice d'appello. Il corpo dei giudici amministrativi è ormai piuttosto consistente: soltanto i consiglieri di Stato sono un centinaio, cui vanno aggiunti i circa trecentoventi magistrati operanti presso i tar. Essi, tuttavia, devono gestire un contenzioso imponente: circa cinquantamila ricorsi ogni anno.

Al fine di garantire l'omogeneità degli orientamenti giurisprudenziali e di affermare una sorta di principio del precedente assimilabile a quello proprio della tradizione anglosassone, sulla falsariga di quanto avviene con le sezioni unite della Corte di cassazione, le controversie all'origine di rilevanti conflitti interpretativi possono essere devolute al giudizio dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, composta dal presidente del Consiglio di Stato e da dodici magistrati provenienti dalle sue sezioni giurisdizionali (art. 6, comma 3, cpa). Se però non si riconoscono nelle conclusioni cui è pervenuta l'adunanza plenaria, i giudici di primo grado o le singole sezioni del Consiglio di Stato possono sottrarsi ad esse in modo relativamente facile, anche rifugiandosi nel ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte europea di giustizia.

Le funzioni di garanzia e autogoverno che la Costituzione affida al Consiglio superiore della magistratura con riguardo alla giustizia ordinaria, civile e penale, sono svolte dal Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, composto da membri “laici”, nominati dal Parlamento, e “togati”, eletti dagli stessi giudici (art. 7, l. n. 186/1982). È al Consiglio che spetta, tra l’altro, deliberare sull’assegnazione di sedi, funzioni e cause, autorizzare gli incarichi extra-giudiziari e assumere eventuali provvedimenti disciplinari (art. 13, l. n. 186/1982; vds. Cons. Stato, sez. IV, n. 4098/2015).

### 3. Il riparto di giurisdizione e i costi della doppia tutela

Tra i sistemi a giurisdizione speciale o separata, quello italiano, anche a causa dell’originaria scelta in favore dell’abolizione del contenzioso amministrativo compiuta nel 1865, si caratterizza per l’adozione di una soluzione temperata che, in realtà, non estromette completamente il giudice ordinario dal contenzioso con soggetti pubblici. Al giudice amministrativo, infatti, spettano non tutte le controversie con la pubblica amministrazione, ma soltanto, come meglio si vedrà tra poco, quelle in cui si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi.

Il giudice ordinario, pertanto, si pronuncia su tutte le restanti controversie con l’amministrazione aventi per oggetto la lesione di diritti soggettivi, tra cui quelle relative all’accertamento di *status*, alla tutela di diritti fondamentali, al conferimento di incarichi dirigenziali e allo svolgimento dei rapporti di lavoro con le amministrazioni, all’esecuzione dei contratti pubblici e, più in generale, all’adempimento delle obbligazioni. Per limitarsi a qualche semplice esempio, si rivolgerà al giudice ordinario per ottenere l’accertamento del proprio diritto e la condanna al pagamento di quanto dovuto il proprietario dell’immobile locato a un ente pubblico inadempiente nella corresponsione del canone di affitto; l’appaltatore cui l’amministrazione aggiudicatrice non versa le somme dovute in rapporto alle singole fasi dei lavori; il passante investito da un’autovettura della polizia.

L’idea di fondo è che il giudice ordinario sia il giudice per così dire “naturale” dei rapporti in cui amministrazioni e privati operano su un piano di parità, come avviene normalmente nei rapporti tra privati. Accade così che alla trasformazione della disciplina sostanziale di determinate materie e relazioni segua anche quella processuale: è quanto avvenuto, ad esempio, con la cd. privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, cui ha corrisposto il passaggio della giurisdizione sulle relative controversie dal giudice

amministrativo al giudice ordinario (tranne che per le procedure concorsuali di reclutamento rimaste nella giurisdizione del primo, vista la spendita di potere amministrativo). Nell’ambito dei contratti pubblici, è proprio la stipula del contratto a segnare la distinzione tra la fase precedente dell’aggiudicazione, in cui l’amministrazione, nel preferire un operatore a un altro, opera scelte discrezionali (seppure sulla base di criteri oggettivi e predeterminati) la cui legittimità è eventualmente sindacata dal giudice amministrativo, e la successiva fase dell’esecuzione, in cui contraente pubblico e privato hanno diritti e obblighi corrispettivi, sulla cui spettanza in caso di controversia si pronuncerà il giudice ordinario.

Non sempre, però, partizioni e distinzioni sono così chiare e nette. Talvolta, la giurisdizione del giudice ordinario può sussistere anche in casi di confine, dove i rapporti sono asimmetrici e viene in gioco l’esercizio di poteri amministrativi, come avviene per lo svolgimento di alcune procedure selettive o persino per l’adozione di veri e propri provvedimenti. Così, ad esempio, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione delle controversie relative alle procedure d’interpello espletate ai fini della nomina dei direttori dei musei. Tali procedure, anche se aperte a terzi estranei all’amministrazione, non hanno natura concorsuale, essendo finalizzate alla semplice formazione di terne di nominativi, nell’ambito delle quali opera la scelta esclusivamente fiduciaria, secondo i poteri propri del datore privato di lavoro, da parte del ministro o del direttore generale: le relative controversie sono pertanto attribuite alla cognizione dell’autorità giudiziaria ordinaria (Cass., sez. unite, n. 1413/2019). Analogamente, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario l’esame del ricorso contro il diniego da parte del questore del permesso di soggiorno, data la natura fondamentale del diritto alla protezione umanitaria e l’assenza di profili discrezionali in ordine al rilascio o meno del permesso (Cass., sez. unite, n. 30658/2018).

Se, ai fini della soluzione della controversia, il giudice ordinario è chiamato a conoscere anche degli effetti di un provvedimento e quindi a valutare la sua legittimità, in conformità a un’antica regola che risale proprio alla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, dovrà farlo incidentalmente e con effetti limitati al singolo giudizio. Ciò significa che il giudice può soltanto disapplicare nel caso concreto l’atto amministrativo ritenuto illegittimo, ma questo continuerà a vivere al di fuori dell’«oggetto del giudizio», costituendo il suo annullamento prerogativa riservata al giudice amministrativo (art. 4 l. n. 2248/1865, all. E).

Quanto alla giurisdizione del giudice amministrativo, la Costituzione ha consolidato l’assetto affermatosi a partire dalla fine del XIX secolo, stabilendo che «il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia



amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi» (art. 103, comma 1, Cost.). Il giudice amministrativo, dunque, si conferma innanzi tutto come il giudice per così dire “naturale” degli interessi legittimi: ad esso spetta la giurisdizione generale di legittimità. Il criterio principale di discriminare tra giurisdizione ordinaria e amministrativa è basato su una distinzione sottile e dall’incerto fondamento teorico, come quella tra diritti soggettivi e interessi legittimi. Il ricorso a tale soluzione, pertanto, è inevitabilmente destinato ad accrescere i costi della tutela giurisdizionale, allocando in capo al privato il difficile onere di individuare il giudice cui rivolgersi e spingendolo talora a una doppia azione per ottenere piena soddisfazione delle proprie pretese.

Gli interessi legittimi, mai definiti a livello normativo, sono stati a lungo considerati come situazioni giuridiche soggettive meramente strumentali: riferite, cioè, alla sola legittimità dell’azione amministrativa e in particolare dei singoli provvedimenti, senza alcuna diretta correlazione a specifici beni della vita. In questa prospettiva, ad esempio, di fronte a un provvedimento di espropriazione, il privato può ricorrere davanti al giudice amministrativo e non a quello ordinario, perché il diritto di proprietà è stato ormai degradato in un mero interesse alla legittimità dell’atto ablativo. Nel corso del tempo, tuttavia, questa concezione per così dire “minore” degli interessi legittimi è stata superata. La giurisprudenza, inoltre, si è sforzata di elaborare alcuni criteri empirici per rendere più chiara la differenza tra diritti soggettivi e interessi legittimi ai fini del riparto di giurisdizione. Un primo criterio è quello della distinzione tra norme di relazione e norme di azione: le prime definiscono i diritti e gli obblighi delle amministrazioni e dei privati; le seconde regolano il comportamento dell’amministrazione assegnando al singolo un semplice interesse (ancorché giuridicamente protetto) alla sua legittimità. Un secondo criterio contrappone potere vincolato e potere discrezionale: di fronte al primo, vi sono diritti soggettivi; davanti al secondo, interessi legittimi. Un terzo criterio differenzia carenza di potere, che non può intaccare il diritto soggettivo del privato, e suo cattivo esercizio, di cui invece si può contestare esclusivamente l’illegittimità. La giurisprudenza, inoltre, ha individuato all’interno dei diritti costituzionalmente garantiti una categoria di diritti soggettivi incompressibili (o non degradabili) da parte del potere amministrativo, la cui tutela resta comunque attribuita al giudice ordinario anche in presenza di provvedimenti amministrativi (diritto alla salute, all’ambiente salubre, diritti elettorali). Nonostante questi tentativi di fare chiarezza, le zone grigie rimangono molte e la scelta del foro continua a

generare elevati costi e incertezze, come dimostra il frequente contenzioso in materia.

Il giudice amministrativo, inoltre, può conoscere anche di situazioni giuridiche di diritto soggettivo, ma soltanto «in particolari materie indicate dalla legge» (art. 103, comma 1, Cost.). È questa la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, così definita perché in tali casi egli conosce sia di interessi legittimi sia di diritti soggettivi, che vengono così sottratti alla naturale cognizione del giudice ordinario. Rispetto alla giurisdizione generale di legittimità basata sull’incerto criterio della natura della situazione soggettiva, quella esclusiva, costruita sulla falsariga di quella francese per blocchi di materie, semplifica l’individuazione del foro competente e offre una concentrazione delle tutele. Quando sono intrecciati profili di interesse legittimo e diritto soggettivo, infatti, l’interessato trova nel giudice amministrativo una tutela complessiva che gli consente di evitare la spola tra questo, per ottenere l’annullamento dell’atto illegittimo, e il giudice ordinario, per la tutela dei diritti violati.

Le istanze di semplificazione e di concentrazione, con conseguente riduzione dei costi derivanti dalla doppia tutela, tuttavia, non possono tradursi in un’eccessiva estensione della giurisdizione esclusiva. Si finirebbe così per privare i cittadini della protezione dei diritti soggettivi offerta dal giudice ordinario, tradizionalmente considerata maggiormente garantista ed efficace. Non a caso, la Corte costituzionale ha chiarito che la giurisdizione esclusiva può coprire le sole materie in cui la pubblica amministrazione agisce comunque come “autorità”, cioè come titolare di un potere amministrativo in senso proprio. La tutela dei diritti soggettivi da parte del giudice amministrativo, dunque, in questi casi, sarebbe ammissibile perché ancillare rispetto a quella degli interessi legittimi (Corte cost. n. 204/2004). Il codice del processo amministrativo fa propria questa indicazione ribadendo che la giurisdizione esclusiva si collega comunque a controversie «concernenti l’esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all’esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni» (art. 7, comma 1, cpa).

Nonostante la delimitazione offerta dalla giurisprudenza costituzionale e recepita dal legislatore, le materie di giurisdizione esclusiva sono molte. Il codice del processo amministrativo ne elenca ben venticinque, tra cui le controversie in materia di urbanistica e di concessione di beni e servizi pubblici e quelle concernenti i provvedimenti delle varie autorità indipendenti (art. 133 cpa). È, in particolare, il grande contenzioso economico a essere sottoposto alla giurisdizione esclusiva. Ciò si deve, sul piano giuridico,



alla stretta concatenazione tra diritti e interessi che caratterizza la maggior parte delle misure di regolazione pubblica del mercato. È tuttavia evidente, sul piano della “logica dell’azione collettiva”, l’interesse degli operatori economici a poter contare su un’attribuzione di giurisdizione maggiormente sicura e capace di offrire una tutela concentrata, in tempi più rapidi di quelli registrati quando essi sono costretti a rivolgersi alla giustizia civile.

Molto limitato è, invece, l’ambito della giurisdizione amministrativa estesa al merito, in cui cioè il giudice è chiamato a valutare non solo la legittimità, ma anche l’opportunità delle decisioni pubbliche. In tal caso, egli può sostituirsi all’amministrazione e adottare un nuovo atto, oppure modificare o ritirare quello impugnato (art. 7, comma 6, cpa). Le controversie sottoposte alla giurisdizione di merito sono tassativamente indicate dalla legge (art. 134 cpa). Le più importanti sono quelle che riguardano l’attuazione delle pronunce giurisdizionali esecutive e quelle relative alla corretta osservanza del giudicato nell’ambito del giudizio di ottemperanza (su cui vds. *infra*, par. 2.5). Costituiscono, invece, ipotesi più specifiche quelle concernenti le operazioni elettorali; le sanzioni pecuniarie, ivi comprese quelle irrogate dalle autorità indipendenti; i confini degli enti territoriali; il nulla-osta alle proiezioni cinematografiche. La logica è quella di evitare che il giudice si sostituisca all’amministrazione nell’esercizio di valutazioni discrezionali e nell’apprezzamento dell’interesse pubblico.

Fino ad anni recenti, l’errore sulla giurisdizione, oltre ad aumentare i costi e i tempi della tutela, poteva risultare addirittura fatale, soprattutto se ci si rivolgeva inizialmente e infruttuosamente al giudice ordinario. La pronuncia sul difetto di giurisdizione di quest’ultimo, infatti, interveniva spesso dopo che si era prodotta la decadenza dalla facoltà di proporre ricorso davanti al giudice amministrativo, stante il termine breve per l’impugnazione degli atti amministrativi. La legge oggi supera questo genere di problemi, affermando il principio, già introdotto nella giurisprudenza più recente, della *translatio iudicii*. Ne consegue che, se la giurisdizione è declinata dal giudice ordinario in favore del giudice amministrativo (e viceversa), «sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda se il processo è riproposto innanzi al giudice indicato nella pronuncia che declina la giurisdizione entro il termine di tre mesi dal suo passaggio in giudicato» (art. 11, comma 2, cpa).

Sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo decide in ultima istanza la Corte di cassazione a sezioni unite (art. 111, ult. comma, Cost.). Poiché questa rappresenta la struttura di vertice della magistratura ordinaria, il dualismo

del sistema italiano non può definirsi perfettamente paritario. Nell’ordinamento francese, invece, l’equilibrio istituzionale tra giudice ordinario e giudice amministrativo è garantito dal fatto che sul riparto di giurisdizione si pronuncia il *Tribunal des conflits*, composto in misura eguale da giudici ordinari e giudici amministrativi.

#### 4. La terzietà e l’expertise del giudice amministrativo

Il ruolo del sindacato giurisdizionale va ulteriormente chiarito alla luce di due questioni preliminari, che riguardano il problema della terzietà del giudice e quello della sua *expertise*.

La prima questione è stata sollevata più volte nei confronti del giudice amministrativo, a lungo sospettato di essere troppo contiguo all’amministrazione, soprattutto quando proviene dai suoi ranghi (nei casi, ormai marginali, di nomina governativa), opera al suo interno (ad esempio, nei ruoli di diretta collaborazione con i ministri; in tale evenienza, peraltro, durante il mandato, il giudice è collocato fuori ruolo) o svolge anche funzioni consultive. Su alcuni di questi profili si è pronunciata anche la Corte europea dei diritti dell’uomo. Con la decisione sul caso *Procola* del 1995, relativamente al Consiglio di Stato del Lussemburgo, ha affermato il difetto di imparzialità in quanto quattro membri su cinque del collegio giudicante avevano partecipato all’attività consultiva in ordine al provvedimento oggetto della controversia. Nella decisione *Kleyn* del 2003, concernente il Consiglio di Stato olandese, la Corte si è, invece, limitata a rilevare la non coincidenza delle questioni sottoposte al Consiglio rispettivamente in sede consultiva e giurisdizionale. Infine, con la decisione *Sacilor Lormines*, del 2006, ha escluso che il *Conseil d’État* francese non sia un giudice indipendente e imparziale, sia quanto allo statuto dei magistrati (in particolare per la nomina governativa di una parte di essi), sia per il cumulo di funzioni giurisdizionali con quelle amministrative in un unico organo.

Il problema, però, è più generale. Il punto è se il giudice possa davvero verificare la rispondenza dell’azione amministrativa alla legge, senza che tale operazione sia falsata dal prevalere di preferenze personali o politiche diverse da quelle aggregate attraverso il circuito democratico. Di norma, i giudici, a differenza dei politici e dei burocrati, non competono tra loro né per essere rieletti né per essere confermati nell’ufficio. L’accesso avviene per pubblico concorso, salvi i limitati casi di nomina governativa. La carriera è regolata dai principi dell’anzianità e del merito. Quasi tutti gli ordinamenti contemporanei disciplinano la carriera e

le incompatibilità del giudice in modo da assicurare il più possibile la rispondenza della funzione e della stessa vita personale a un modello “monastico”. Nell’ordinamento italiano – come prima evidenziato – un apposito organo di garanzia, il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, vigila su eventuali conflitti di interesse: ad esso, tra l’altro, spetta deliberare «sul conferimento ai magistrati (...) di incarichi estranei alle loro funzioni, in modo da assicurare un’equa ripartizione sia degli incarichi, sia dei relativi compensi» (art. 13, comma 2, lett. e, l. n. 186/1982).

I giudici, pertanto, dovrebbero essere guidati soltanto dal desiderio di servire l’interesse generale alla legalità, cioè al pieno rispetto dei principi e delle leggi che governano la pubblica amministrazione e i suoi rapporti con i privati. Terzietà e indipendenza della magistratura, quella ordinaria così come quella amministrativa, d’altra parte, servirebbero soprattutto a rafforzare il valore del prodotto normativo, assicurando che l’accordo stipulato tra le parti del negoziato politico-legislativo al momento dell’approvazione di una legge sia rispettato anche da chi sarà chiamato ad applicarla in sede amministrativa. Anche a ciò, dunque, servirebbe la garanzia di un giudice neutrale. Quanto più, all’opposto, è consentito ai giudici di essere nominati in altri uffici pubblici, di impegnarsi nella vita politica o di assumere incarichi professionali (ad esempio, quali membri di collegi arbitrali), tanto più vi è il rischio che essi siano coinvolti nell’arena politica o diventino portatori di interessi egoistici, al pari degli altri soggetti operanti nella sfera pubblica.

Il problema, ovviamente, si pone in termini diversi negli ordinamenti, come quello statunitense, in cui i giudici sono nominati dal potere politico, e nei Paesi, come quelli europei, in cui essi sono selezionati per concorso. Nei primi, d’altra parte, non mancano gli studi che cercano di ricostruire i segnali inviati dalle corti, sulla base della ricostruzione delle rispettive ideologie delle agenzie amministrative e dei giudici e del loro allineamento o meno a quelle del Presidente e del Congresso. Nulla di simile sarebbe immaginabile negli ordinamenti europei, dove i giudici sono funzionari pubblici assunti per concorso, la cui carriera è regolata da procedure burocratiche. A ciò si aggiunga che, laddove il giudice amministrativo è distinto da quello ordinario, di solito egli è meno sindacalizzato del secondo. Qualche indicazione sulle preferenze politiche dei giudici amministrativi potrebbe semmai trarsi dagli incarichi negli uffici di *staff* dei ministeri (come capi gabinetto o degli uffici legislativi). Nella tradizione amministrativa, tuttavia, tali incarichi hanno carattere prevalentemente tecnico. Lo conferma la frequente permanenza nell’incarico, nono-

stante il mutamento dei governi e delle maggioranze parlamentari. Ciò consente di attenuare le preoccupazioni circa la faziosità dei giudici, anche se solleva qualche allarme circa l’eccessiva durata dell’incarico extra-giudiziario, che rischia di snaturarne la missione tipica e l’identità professionale (di qui l’indicazione legislativa volta a limitare il periodo di fuori ruolo a un massimo di dieci anni).

Quanto più le condizioni di funzionamento del modello “monastico” sono rispettate, tanto più i giudici possono effettivamente operare un controllo di ultima istanza sulle modalità di esercizio dell’attività amministrativa, quali interpreti più fedeli e imparziali dell’interesse pubblico. Per “monastico”, peraltro, non deve intendersi “francescano”: è bene, infatti, che i giudici siano adeguatamente remunerati e che, entro limiti ragionevoli e per periodi limitati, possano svolgere anche incarichi pubblici e professionali, se non si vuole esporli al rischio della corruzione e se non si vogliono disincentivare i migliori a intraprendere e proseguire tale carriera.

Il modo in cui i giudici apprezzano il pubblico interesse può variare anche a seconda dello statuto istituzionale della magistratura, delle modalità di composizione dei relativi organi, della formazione individuale dei singoli magistrati. La provenienza di taluni giudici dai ranghi e dalle scuole dell’amministrazione, come avviene in Francia e, in misura minore, in Italia, ad esempio, potrebbe spiegare la loro maggiore sensibilità ai problemi della cosa pubblica e del suo funzionamento, nonché alle questioni concernenti la carriera dei funzionari pubblici (da ciò, ad esempio, deriverebbe storicamente la creazione giurisprudenziale di uno statuto dell’impiego pubblico più protettivo di quello del lavoro privato). Al contrario, la formazione prevalentemente legalistica delle corti in Paesi come gli Stati Uniti e la Germania avrebbe creato una sorta di “paradiso” del contenzioso, di cui costituisce conferma la maggiore attenzione al rispetto dei diritti procedurali nell’esercizio dell’attività amministrativa.

La seconda questione che va preliminarmente affrontata riguarda un apparente paradosso: come è possibile che soggetti come i giudici, aventi una preparazione esclusivamente giuridica, siano chiamati a controllare le decisioni di apparati e funzionari in possesso di una specifica *expertise* tecnico-amministrativa? In proposito, non bisogna dimenticare che il ruolo giocato dall’amministrazione nell’attuazione delle leggi e delle politiche pubbliche si spiega in una logica di efficiente divisione del lavoro, in ragione anche della superiore conoscenza delle problematiche trattate rispetto agli organi di indirizzo politico. Potrebbe, dunque, sembrare contraddittorio che la valutazione dell’interesse pubblico operata dagli uffici cui

è assegnato il compito di attuare le leggi in una determinata materia sia messa in discussione ed eventualmente sovvertita da organi giurisdizionali e non amministrativi.

Naturalmente, l'esistenza di un giudice amministrativo o comunque specializzato riduce i rischi di scarsa preparazione. Focalizzando la sua attenzione sulle controversie tra amministrazioni e cittadini, infatti, egli può sviluppare nel tempo un'approfondita conoscenza dei diversi campi dell'azione amministrativa. Alla formazione di un più adeguato patrimonio informativo, inoltre, possono contribuire anche gli incarichi che periodicamente i giudici assumono nell'ambito dell'amministrazione attiva (ad esempio, come capi gabinetto dei ministeri o commissari di autorità indipendenti), oltre che nell'esercizio dell'attività consultiva presso le apposite sezioni del Consiglio di Stato, come avviene in Francia e in Italia. Infine, il giudice può colmare le sue lacune extra-giuridiche ricorrendo alla nomina di consulenti tecnici d'ufficio quando è necessario per risolvere il caso. Tutto ciò non toglie che il sapere dell'organo giudicante rimanga propriamente giuridico e che la controversia sia prospettata come questione di diritto. Anche se la valutazione richiesta al giudice riguarda la sola legittimità della decisione amministrativa oppure l'accertamento del diritto del privato e non di norma il merito (cioè l'opportunità della scelta pubblica e la sua utilità per l'interesse generale), la sentenza può rappresentare la parola conclusiva sulla vicenda, almeno fino a quando l'amministrazione non eserciterà nuovamente il suo potere (ma comunque sempre in conformità al giudicato).

Ciò nonostante, il sindacato giurisdizionale può migliorare le decisioni pubbliche, senza tradursi in un'inutile e distorsiva (proprio perché condotta in una prospettiva giuridica) replica dell'azione amministrativa, per almeno tre ragioni. In primo luogo, le regole processuali, garantendo un diritto al contraddittorio più ampio di quello assicurato da molte discipline del procedimento, forniscono alle corti un materiale informativo superiore a quello a disposizione dell'amministrazione al momento della decisione. In secondo luogo, grazie all'autoselezione operata dai ricorrenti, il sindacato giurisdizionale si concentra sugli atti amministrativi che presentano una probabilità di annullamento superiore a quella media: non è certo l'intera azione amministrativa a essere scrutinata. In terzo luogo, le amministrazioni che vogliono evitare la caducazione in sede giurisdizionale dei propri atti saranno incentivate ad aumentare investimenti e risorse per non commettere errori procedurali o di valutazione, innalzando così la qualità dell'istruttoria a vantaggio dell'interesse pubblico.

## 5. I calcoli processuali delle parti

La capacità di supervisione del giudice, al fine di assicurare la conformità dell'azione amministrativa al mandato legislativo e alle preferenze collettive, in ogni caso, dipende dalla struttura degli incentivi delle parti processuali. Il discorso vale in particolare, anche se non soltanto, per i privati. Sono loro, infatti, nel tutelare i propri diritti e interessi, a lanciare il "segnale d'allarme" su eventuali violazioni di legge e a consentire così l'attivazione del sindacato giurisdizionale: ma a quali condizioni lo faranno davvero?

Per rispondere a questo interrogativo bisogna tener presente che anche nel processo amministrativo, così come in quello civile, operano diversi soggetti (i ricorrenti, l'amministrazione convenuta, i controinteressati, i rispettivi difensori), le cui decisioni, a cominciare da quella di agire o meno in giudizio, possono essere ricostruite attraverso lo studio delle reciproche interazioni strategiche. Naturalmente, non sempre le decisioni dei privati dipendono da una valutazione razionale. Ad esempio, chi è pregiudizialmente ostile a qualsiasi intrusione amministrativa tenderà a impugnare ogni provvedimento di cui sia destinatario, anche se pienamente consapevole di avere torto; all'opposto, chi ritenga compito del buon cittadino conformarsi alle decisioni amministrative rinuncerà a impugnarle anche quando sia convinto della loro illegittimità e abbia buone opportunità di ottenerne l'annullamento.

I termini delle interazioni strategiche nell'ambito del processo amministrativo, comunque, sono parzialmente diversi da quelli che si determinano all'interno del processo civile. In entrambi i processi, l'attore o il ricorrente, nel decidere se agire o meno, dovrà valutare le probabilità di un esito positivo del processo e i presumibili costi del giudizio.

Tra questi ultimi figurano anche quelli relativi al versamento del cd. contributo unificato (la tassa richiesta al momento della presentazione del ricorso davanti al giudice amministrativo), il cui livello è cresciuto notevolmente negli ultimi anni. In proposito, si è sollevato il dubbio che un suo ammontare eccessivamente elevato, anche a causa del possibile cumulo degli obblighi di versamento in caso di presentazione di motivi aggiunti, possa di fatto compromettere il diritto alla tutela giurisdizionale protetto dalla Costituzione e dal diritto europeo in materia di appalti pubblici (Trga Trento, ord. n. 23/2014). Chiamata a pronunciarsi in proposito, tuttavia, la Corte europea di giustizia ha chiarito che le norme europee in materia nonché i principi di equivalenza e di effettività della tutela non ostano a una normativa nazionale come quella italiana che impone il versamento di tributi giudiziari, anche multipli,

come il contributo unificato, all'atto di proposizione di un ricorso in materia di appalti pubblici dinanzi ai giudici amministrativi o per poter dedurre motivi aggiunti relativi alla medesima aggiudicazione. La percezione di tali tributi, anzi, «contribuisce, in linea di principio, al buon funzionamento del sistema giurisdizionale, in quanto essa costituisce una fonte di finanziamento dell'attività giurisdizionale degli Stati membri e dissuade l'introduzione di domande che siano manifestamente infondate o siano intese unicamente a ritardare il procedimento» (Cgue, C-61/14, 6 ottobre 2015).

Non va, poi, trascurato il crescente ricorso da parte del giudice amministrativo all'istituto della condanna alle spese quale rimedio utile per sanzionare l'esercizio abusivo del diritto di azione. In questo modo, «la responsabilità processuale aggravata si sostanzia in una forma di danno punitivo teso a scoraggiare l'abuso del processo e a preservare la funzionalità del "sistema giustizia" con la censura di iniziative giudiziarie avventate o meramente dilatorie» (Cons. Stato, sez. VI, n. 5537/2016). Si noti, peraltro, che anche l'amministrazione formalmente vittoriosa in giudizio può essere condannata a pagare le spese di lite, per violazione del generale canone di lealtà processuale sancito dall'art. 88, comma 1, cpc e del divieto di ostacolare la sollecita definizione del giudizio (art. 2, comma 2, cpa), se tace una circostanza che, ove immediatamente rilevata, avrebbe evitato l'instaurazione del giudizio e il suo prolungamento per molti anni (Cons. Stato, sez. IV, n. 2142/2018).

Per il potenziale convenuto, a sua volta, la perdita attesa è tanto maggiore quanto più sono elevate la probabilità di soccombenza, l'entità della controversia e le spese giudiziali. Nel processo amministrativo, tuttavia, le valutazioni della parte pubblica convenuta possono mutare significativamente. Da un lato, l'amministrazione può restare indifferente all'esito della controversia non subendone direttamente (né come apparato, né a livello personale) le eventuali conseguenze negative. Dall'altro, essa non sostiene in proprio le spese di difesa, perché queste sono a carico della fiscalità generale, in tutti i casi in cui il patrocinio è assicurato da un organo pubblico a ciò preposto (talvolta, peraltro, all'amministrazione è richiesto di versare un contributo forfettario). Nell'ordinamento italiano, ad esempio, spetta all'avvocatura dello Stato la rappresentanza in giudizio di tutte le amministrazioni statali, anche a ordinamento autonomo (art. 1 rd n. 1611/1933). Questo elemento, a sua volta, influisce sul calcolo del potenziale ricorrente, potendolo incentivare alla proposizione del ricorso, visto che, anche in caso di esito negativo, le spese sostenute dall'amministrazione resistente di cui egli dovrà farsi carico, proprio in ragione dell'assistenza gratuita fornita dall'Av-

vocatura dello Stato, sono più basse di quelle sostenute nei processi tra privati (fermo restando quanto prima osservato in ordine alla tendenza al continuo aumento del contributo unificato richiesto per la presentazione del ricorso e della condanna alle spese).

A condizionare le scelte processuali è anche il grado di ottimismo delle parti circa l'esito del futuro giudizio, che può dare luogo a forme di "strabismo prospettico", tali per cui la valutazione soggettiva delle parti è distorta a proprio favore (ad esempio, a causa di condizioni di asimmetria informativa). Di questa deformazione è di solito vittima l'amministrazione, cui è di norma preclusa ogni prognosi circa l'eventualità di una sconfitta processuale. Poiché l'intera azione amministrativa è preordinata all'assunzione di una decisione legittima, l'amministrazione è per così dire tenuta a postulare l'esito favorevole del processo. Sono pertanto eccezionali i casi in cui quest'ultima, riconosciute le violazioni commesse nel proprio operare, procederà all'annullamento d'ufficio dell'atto illegittimo o deciderà di addivenire a una soluzione transattiva con il ricorrente. A prescegliere questa opzione, tuttavia, l'amministrazione può essere indotta dalla disposizione che prevede l'irrogazione da parte del giudice di una sanzione pecuniaria calcolata su un multiplo del contributo unificato a carico della parte soccombente: non soltanto quella che ha agito, ma anche quella che ha «resistito temerariamente in giudizio», cioè l'amministrazione che ha emanato l'atto palesemente illegittimo e fino all'ultimo l'ha difeso nel processo (art. 26, comma 2, cpa).

I termini della scelta strategica circa la decisione di ricorrere contro l'amministrazione e le sue decisioni possono ulteriormente approfondirsi in relazione al caso in cui venga in questione la legittimità di un atto generale, con cui sono dettate regole rivolte a una pluralità di destinatari: si pensi alla definizione di vincoli tariffari, *standard* qualitativi e obblighi di informazione che devono essere osservati da tutte le imprese operanti nel mercato. I destinatari di tali prescrizioni, allora, devono decidere se conformarsi ad esse o se presentare un ricorso mirante al loro annullamento, denunciandone l'asserita illegittimità. Le due decisioni sono strettamente legate l'una all'altra. Se, infatti, la misura regolatoria rimane in vigore, chi non la rispetta a un certo punto sarà sanzionato. In questo caso, l'interazione strategica riguarda il gioco tra i diversi destinatari della medesima prescrizione pubblica, piuttosto che i rapporti tra privati e amministrazione. Da un lato, la strategia dell'obbedienza può generare diversi costi che, se non sostenuti dall'operatore concorrente, si traducono in un vantaggio competitivo per quest'ultimo. Dall'altro, la presentazione del ricorso anche da parte di un solo soggetto può determinare la sospensione dell'applicazione della regola



nei confronti di tutti i suoi destinatari, anche di quanti non hanno agito in giudizio. In tutti i casi in cui la violazione non risulti costosa, ad esempio perché non immediatamente sanzionata, la strategia dominante per ciascun operatore sarà quella di non conformarsi alla regola, per evitare di dare un vantaggio competitivo all'altro operatore, che, non adempiendo, non deve sostenere i relativi oneri. Ogni soggetto, dunque, sarà indotto ad agire in giudizio perché l'iniziativa almeno rinvia, ad esempio in caso di esito positivo del ricorso cautelare, la necessità di ottemperare alla prescrizione amministrativa.

L'assunto secondo cui i destinatari della regola ricorreranno sempre, tuttavia, potrebbe risultare scarsamente realistico. Se pure è nell'interesse comune che essa sia impugnata, ciascuno di loro preferirebbe non promuovere l'azione in prima persona. Se uno soltanto presenta il ricorso, tutti ne beneficiano, ma senza pagarne i costi, anche in termini di reputazione e di buone relazioni con l'autorità pubblica. Sorge così un tipico problema di *free-riding*, il cui esito paradossale potrebbe consistere in una passività generalizzata, in cui tutti finiscono per subire una decisione negativa senza impugnarla in giudizio. Il problema, tuttavia, può risolversi attraverso la costituzione di un'associazione di categoria, che, a quel punto, promuoverà l'azione per conto di tutti gli associati. Vi può essere poi una pressione sociale a sostenere ciascuno la propria quota di costi, quando i destinatari della regola sono relativamente pochi e si conoscono tra loro.

Anche in assenza di questi meccanismi di coordinamento, peraltro, è ben possibile che, nonostante i reciproci *bluff*, almeno un destinatario alla fine decida di agire in giudizio. D'altra parte, se la prescrizione amministrativa ha un notevole impatto economico sull'attività dei privati, presentare ricorso al giudice amministrativo può convenire, anche se le probabilità di un esito favorevole sono relativamente ridotte, qualsiasi sia il livello delle spese legali e dei costi reputazionali. Basterà, infatti, vincere anche solo una volta per ripagarsi di tutti i contenziosi persi.

I termini dell'interazione processuale diventano ancora più complessi quando entrano in gioco non soltanto i destinatari diretti della regolamentazione, come le imprese, ma anche i suoi beneficiari finali, ad esempio utenti e consumatori. Anch'essi, naturalmente, possono agire in giudizio qualora ritengano che le prescrizioni pubbliche, invece di contrastare il potere di mercato degli operatori, siano troppo deboli e dunque inadeguate a proteggere i loro interessi. Il costo del contenzioso, tuttavia, per tali soggetti può risultare eccessivamente oneroso, in considerazione del ridotto vantaggio individuale che deriva anche dall'eventuale esito positivo del giudizio (un risparmio in tariffa

difficilmente compenserà le spese legali). L'azione da parte di associazioni rappresentative pone rimedio a questo problema, ma genera problemi di fedeltà e di coordinamento. In un contesto cooperativo, poi, non contestare la regola di compromesso tra le esigenze dei regolati e le aspettative dei beneficiari potrebbe essere la soluzione migliore, anche se non si tratterà necessariamente della strategia dominante.

## 6. La giustizia amministrativa di fronte alla pandemia

Chiarite la funzione della giustizia amministrativa nella logica del diritto amministrativo e le dinamiche che ne governano il quotidiano funzionamento, può essere interessante verificare come essa stia reagendo a uno *shock* esterno di portata dirompente come la pandemia da Covid-19. I dati, come illustrato nella relazione del presidente del Consiglio di Stato, evidenziano la notevole capacità di adattamento della giustizia amministrativa. Nel periodo che va dal 1° marzo 2020 al 31 dicembre 2020, la giustizia amministrativa ha definito 47.869 procedimenti in primo grado e 11.078 in secondo grado. Di questi ultimi, 2.095, circa il 20%, sono passati in decisione senza discussione orale. Si noti che l'*output* ha superato l'*input* sia in primo grado (47.869 decisioni a fronte di 34.895 ricorsi) sia in secondo grado (11.078 decisioni a fronte di 9.135 appelli).

Decisivo a tal fine è stato il fatto che il processo telematico fosse già da tempo proficuamente utilizzato nella giustizia amministrativa, anche se naturalmente le restrizioni imposte dalla necessità di limitare i contagi hanno costituito uno straordinario fattore di accelerazione. Il legislatore ha potuto così introdurre uno speciale regime processuale basato sulla previsione dell'udienza da remoto, in cui i difensori intervengono in collegamento audio-video. Il sacrificio della "teatralità" della discussione (e della "convivialità" forzata dalle talora lunghe attese per la "chiamata") è stato ampiamente compensato dagli incrementi di efficienza e di puntualità, dalla moltiplicazione delle opportunità partecipative dei difensori (in passato costretti a difficili scelte tra udienza in contemporanea in sedi diverse), dall'abbattimento delle spese di trasferta.

Per assicurare il tempestivo sindacato giurisdizionale sugli atti dei pubblici poteri emanati per far fronte all'emergenza, è stato quindi necessario estendere il ricorso alla tutela immediata, con una inevitabile espansione quantitativa delle decisioni adottate d'urgenza in via monocratica.

Il giudice amministrativo si è così tempestivamente pronunciato su vari profili di limitazione delle attività private (ma in taluni casi anche di loro



espansione: ad esempio, in relazione all'occupazione di suolo pubblico in favore dei gestori di attività di somministrazione di alimenti e bevande), gestione dei servizi diagnostici; accordi tra fondazioni IRCCS e società private per la validazione di test sierologici e molecolari per la diagnosi di infezione da SARS-Cov-2, visite domiciliari ai pazienti; affidamento di contratti pubblici per forniture sanitarie di emergenza. Più in generale, ha definito i rapporti tra autorità centrali e comunali nell'azione di contenimento dell'epidemia e il regime di accesso ai verbali del comitato tecnico scientifico;

Negli altri ordinamenti il contenzioso e i criteri di decisione sono stati sostanzialmente simili.

In Francia, ad esempio, il Consiglio di Stato, nell'esaminare le misure di confinamento adottate dal Governo, pur negando che fossero affette da alcuna manifesta violazione di legge, ha tuttavia ritenuto che le eccezioni fossero formulate in modo ambiguo e, pertanto, risultassero inidonee a dare un messaggio univoco alla popolazione quanto alle finalità perseguite. Di conseguenza, ha invitato il Governo a chiarirne la portata ovvero a riesaminarle (*Conseil d'État, juges des référés*, ordinanza 22 marzo 2020, n. 439674). Sempre il Consiglio di Stato francese ha ordinato di cessare immediatamente la sorveglianza mediante i droni sulla città di Parigi, ritenendo che essa determinasse una grave violazione della riservatezza della vita privata, tanto più stante la mancanza di un intervento normativo preventivo (*Conseil d'État*, ordinanza 18 maggio 2020, n. 440442).

Più di recente, durante la seconda ondata della pandemia, il *Conseil d'État* ha rigettato il ricorso proposto da cittadini e associazioni contro l'imposizione del coprifuoco notturno e di una serie di ulteriori limitazioni alla libertà di circolazione e alla libertà personale. Ad avviso del Consiglio, infatti, la proporzionalità di una misura emergenziale si apprezza solo tenendo conto delle conseguenze sui destinatari e dell'appropriatezza per raggiungere lo scopo perseguito. In tale ambito, pertanto, le libertà fondamentali invocate dai ricorrenti devono necessariamente conciliarsi con altri diritti fondamentali, tra i quali per primo il diritto al rispetto della vita umana (*Conseil d'État*, 28 ottobre 2020, n. 445487).

Da ultimo, il *Conseil d'État* ha ritenuto che la chiusura al pubblico di musei, cinema e teatri rappresenti una grave violazione delle libertà fondamentali, e in particolare della libertà di espressione e libera comunicazione delle idee, della creazione artistica, dell'accesso alle opere culturali, dell'impresa e del commercio e dell'industria, nonché del diritto al libero esercizio di una professione. Per questo motivo, tale misura è stata ritenuta eccezionalmente legittima soltanto nella misura in cui è proporzionata all'esigenza di salvaguardia

della salute pubblica e, dunque, ha carattere temporaneo e ancorato a precisi dati e presupposti (*Conseil d'État*, 23 dicembre 2020, n. 447698).

Nel Regno Unito, la *England and Wales Court of Appeal*, decidendo sul ricorso proposto avverso i regolamenti emanati in risposta alla pandemia Covid-19 del 26 marzo 2020, con i quali è stato introdotto il *lockdown* in Inghilterra, da un lato, ha negato la sua ammissibilità, sul presupposto che le censure non fossero adeguatamente motivate e non rivestissero più un interesse attuale, stante l'intervenuta abrogazione dei regolamenti; dall'altro, ha affermato la spettanza del potere regolamentare in capo al Governo sulla base della legge sulla sanità pubblica – *Control of Disease Act* – del 1984, come modificata dalla legge sull'assistenza sociale e sanitaria del 2008 – *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, decisione [2020] EWCA Civ 1605, 1° dicembre 2020.

Negli Stati Uniti, soltanto in un caso la Corte suprema è arrivata a sospendere una misura anti-Covid, quella adottata lo scorso 6 ottobre dal governatore di New York Andrew Cuomo, recante l'«Iniziativa per l'azione sui nuovi cluster» codificata dall'Ordine esecutivo n. 202.68. Le misure, infatti, avevano un carattere particolarmente afflittivo per i servizi di culto, l'accesso ai quali era limitato a dieci persone. Al contrario, alcune attività commerciali ritenute «essenziali» potevano rimanere aperte senza restrizioni quantitative predeterminate. Nell'ordinanza, la Corte ha ritenuto che i ricorrenti avessero adeguatamente dimostrato la violazione di un «requisito minimo di neutralità» nominando specificamente entità religiose per restrizioni pur consentendo attività secolari classificate come «essenziali». In secondo luogo, la Corte ha osservato che «la perdita delle libertà del Primo Emendamento, anche per periodi di tempo minimi, costituisce indiscutibilmente un danno irreparabile». Infine, la Corte ha ritenuto che lo Stato di New York non avesse dimostrato che il rimedio cautelare avrebbe danneggiato il pubblico, in quanto non aveva fornito alcuna prova circa il fatto che la partecipazione ai servizi religiosi avesse provocato la diffusione della malattia (Corte Suprema degli Stati Uniti, *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York c. Andrew M. Cuomo*, 12 novembre 2020).

L'analisi comparata mostra dunque come, al di là delle differenze istituzionali e organizzative tra i vari sistemi di sindacato giurisdizionale sull'azione dei pubblici poteri, mezzi di tutela e criteri di decisioni siano sostanzialmente omogenei. Il giudice ha ovunque assunto il ruolo di arbitro nel difficile bilanciamento tra esigenze di sicurezza e salvaguardia della salute e salvaguardia dei diritti fondamentali, effettuando, come sottolineato dal presidente del Consiglio di Stato «un sapiente dosaggio dei principi

di ragionevolezza, di proporzionalità e di precauzione, in forza dei quali ogni restrizione deve essere limitata allo stretto necessario sotto il profilo spazio-temporale ed essere proporzionata e adeguata all'obiettivo».

Tornando in conclusione all'Italia, si può esprimere l'auspicio che, con il graduale ritorno alla normalità, non vengano dispersi i benefici derivanti dalla straordinaria accelerazione della digitalizzazione, anche in termini di velocizzazione dei processi e dei giudizi e di razionalizzazione e puntualità delle udienze. Allo stesso tempo, bisognerà cogliere l'occasione per rafforzare gli strumenti di sanzione delle pratiche

dilatorie delle parti e delle liti temerarie, con soglie automatiche e adeguate di risarcimento del danno. Di fronte a molteplici casi di abuso del processo, andrebbe poi introdotta una più accurata perimetrazione della legittimazione ad agire delle associazioni portatrici di interessi diffusi. Per le controversie tra pubbliche amministrazioni, in particolare tra diversi livelli di governo, che costituiscono una parte non irrilevante del contenzioso pendente davanti al giudice amministrativo, infine, si potrebbero prevedere forme di mediazione e arbitrato affidate a organismi paritetici in misura più ampia ed efficace di quanto non accade per i ricorsi promossi dai privati.

# Vertice giudiziario, funzione nomofilattica e modello processuale

di Dario Simeoli

Il disallineamento tra la collocazione istituzionale del Consiglio di Stato, quale vertice giudiziario, e il vigente modello processuale delle impugnazioni costituisce un serio ostacolo per l'esercizio della funzione nomofilattica nel sistema amministrativo delle tutele. Il presente contributo, dopo una ricognizione delle principali esperienze straniere, ritiene oramai ineludibile l'adozione di un modello ordinamentale più appropriato in relazione alle concorrenti esigenze da soddisfare.

## 1. Consiglio di Stato e funzione nomofilattica / 2. Uno sguardo di diritto comparato / 3. Il Consiglio di Stato come risorsa scarsa: appunti per un intervento riformatore

### 1. Consiglio di Stato e funzione nomofilattica

La tradizionale centralità degli studi dedicati alle situazioni soggettive e agli strumenti di tutela predisposti a fronte dell'esercizio illegittimo del potere pubblico ha posto da sempre in secondo piano l'esame dell'organizzazione giudiziaria e delle sue principali disfunzioni.

La dimensione patologica del contenzioso con le pubbliche amministrazioni – superiore a qualunque altro confronto europeo (soprattutto se si tiene conto del fatto che il giudice amministrativo italiano conosce, a differenza dei suoi colleghi europei, soltanto di una porzione limitata delle controversie tra privati e pubblica amministrazione) – è dipesa da svariati fattori (non solo giuridici).

I presenti appunti sono dedicati a uno dei principali: segnatamente, si tratta del disallineamento (concettuale, prima ancora che giuridico) tra la collocazione istituzionale del Consiglio di Stato, quale vertice giudiziario, e il vigente modello processuale delle impugnazioni.

Sono necessarie alcune riflessioni preliminari sulla peculiarità della funzione nomofilattica nelle controversie di diritto pubblico.

L'applicazione della legge, come risaputo, non è affatto un'attività meramente ricognitiva: il giudice sceglie "discrezionalmente" il significato delle norme che definiscono la rilevanza legale dei fatti e quindi l'estensione della relativa classe di accadimenti.

Non è certo questa la sede per ragionare sui criteri di legittimazione del diritto giurisprudenziale sul versante dogmatico della teoria delle fonti. Il ruolo creativo del giudice – per meglio dire: l'efficacia normativa della giurisprudenza – appare oramai un dato auto-evidente: la giurisprudenza opera come una fonte-fatto quando la reiterazione di un determinato orientamento ermeneutico assurge a "regola" per decidere tutti i casi simili. Il fondamento "politico" del diritto giurisprudenziale (nei Paesi in cui non vige lo *stare decisis*) risiede, in definitiva, nel consenso prestato alla decisione dai giudici successivi e, in generale, dalle componenti più influenti del ceto giuridico<sup>1</sup>.

1. Cfr. il saggio di F. Follieri, *Correttezza (richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, n. 1/2014, p. 265.

Nei giudizi riguardanti i rapporti di diritto pubblico, il ruolo creativo della giurisprudenza è tuttavia più spiccato.

Le ragioni risiedono nel diritto sostanziale, ovvero nell'utilizzo, ai fini della regolazione dei poteri pubblici, di modelli normativi "aperti" e "modali". L'ordinamento amministrativo non predetermina la gerarchia degli interessi in conflitto, demandando tale compito alle strutture amministrative, sia pure nel rispetto di svariati congegni limitativi e conformativi. Il principio di legalità è distante dall'archetipo secondo cui ogni manifestazione dei pubblici poteri deve trovare la sua base e il suo limite (formale e sostanziale) nella legge dello Stato. Nei più importanti settori della vita economica e sociale, l'ordinamento predilige piuttosto forme fluide di "indirizzamento" alla realizzazione di valori e principi, e non comandi rigidamente positivizzati<sup>2</sup>.

L'indebolimento strutturale della legge – e la correlata trasformazione degli apparati amministrativi (sempre più funzionalmente diversificati e multiformi) da potere esecutivo a forza regolatrice – ha finito per connotare il sindacato del giudice amministrativo in termini diversi rispetto a quello "parametrico" e "sillogistico" del giudice civile.

Il giudice amministrativo (nelle controversie in cui è in gioco il potere discrezionale) non "deduce" ma "valuta" l'esigenza assiologica sottesa al quadro normativo nel cui perimetro l'amministrazione è chiamata a definire, nel caso concreto, l'interesse (pubblico) prevalente. Tale circostanza è particolarmente evidente quando applica il test di ragionevolezza e proporzionalità nei confronti degli atti generali di "regolazione" (di rango non legislativo né governativo).

Se nel settore civile il disaccordo interpretativo (tra i diversi giudici) si riferisce, per lo più, al senso e all'ampiezza da attribuire alla norma in relazione alle situazioni concrete alle quali applicarla, nel settore amministrativo, invece, il dissenso da sistematizzare attiene sovente al bilanciamento tra valori (per citarne alcuni: universalità del servizio pubblico *vs* sostenibilità economica; adattabilità della funzione am-

ministrativa *vs* principio di tutela dell'affidamento; efficienza della spesa pubblica *vs par condicio*; diritti fondamentali *vs* vincoli finanziari).

Si è soliti considerare che l'uniforme interpretazione della legge soddisfa valori di civiltà giuridica, quali la parità di trattamento dei cittadini che ricorrono alla tutela giurisdizionale, e sicurezza giuridica, in termini di prevedibilità delle decisioni<sup>3</sup>. Nel settore amministrativo – dove le cause che alimentano la varietà interpretativa sono anche più numerose che nel civile (operando i pubblici poteri nel contesto di un sistema istituzionale policentrico, a rete e sovranazionale, connotato per di più da interventi legislativi a gettito continuo, estemporanei e, spesso, di cattiva fattura) – vi è una ragione ulteriore che porta a ritenere ineludibile l'obiettivo di conciliare la portata «creativa e diffusa del diritto giurisprudenziale»<sup>4</sup> con le esigenze di calcolabilità delle decisioni<sup>5</sup>.

La capacità "orientativa" del giudice amministrativo nei confronti della sua parte "abituale" (la pubblica amministrazione) – la capacità cioè di suggerire in modo stabile e autorevole le coordinate di legittimità dell'azione pubblica, rimuovendo tempestivamente prassi interpretative ondivaghe e arbitrarie – può rappresentare un potente antidoto alla dispersione e frammentazione dell'azione pubblica ed essere di incoraggiamento per l'innovazione e l'esercizio della buona discrezionalità. Così come, all'inverso, l'assenza di un quadro giurisprudenziale certo e chiaro frena e intimorisce i funzionari.

La norma attributiva della funzione nomofilattica a giudici diversi dalla Corte di cassazione è costituita dall'articolo 111, ultimo comma della Costituzione, che, sottraendo al ricorso per cassazione per violazione di legge le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, chiaramente attribuisce ai due istituti, nei rispettivi ordini, la funzione di unificazione della giurisprudenza, con la conseguenza di attribuire ai medesimi, nel rispettivo ordine di competenze, il compito di stabilire quale sia l'esatta osservanza della legge<sup>6</sup>.

Quanto ai meccanismi processuali per superare e "sistematizzare" il dissenso, il codice del processo

2. Sia consentito rinviare a D. Simeoli, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2016, [www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/388/qg\\_2016-4\\_14.pdf](http://www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/388/qg_2016-4_14.pdf).

3. È a presidio della certezza del diritto e dell'uguaglianza dei cittadini che l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario conferisce alla Corte di cassazione la funzione di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» e, così, «l'unità del diritto oggettivo nazionale». Cfr. però G. Verde, *In difesa dello jus litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2008, pp. 1 ss., secondo cui la finalità essenziale del giudizio di legittimità è la tutela dello *jus litigatoris*, che dovrebbe ritenersi prevalente sulla tutela dello *jus constitutionis* e cioè sulla funzione nomofilattica.

4. F. Patroni Griffi, *"Usi e consuetudini giudiziari" e diritto giurisprudenziale*, relazione in occasione della Tavola rotonda su «L'uso giudiziario» nell'ambito del seminario su «I precedenti», Roma, seminari "Leibniz" per la teoria e la logica del diritto, Accademia dei Lincei, 6 luglio 2017.

5. N. Irti, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, n. 4-5/2016, pp. 917-925.

6. Così A. Pajno, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 2/2015, pp. 345 ss.

amministrativo (introdotto dal d.lgs 2 luglio 2010, n. 104) ha inteso irrobustire la “fonte” giurisprudenziale<sup>7</sup>, sul presupposto che il problema nomofilattico non si ponesse più soltanto in termini di controllo della decisione del giudice del giudice di prima istanza, bensì anche come problema di sussistenza di divergenze interpretative interne alla stessa giurisprudenza di vertice, anche dopo l'intervento dell'adunanza plenaria<sup>8</sup>.

Il “correttivo” introdotto dal comma 3 dell'art. 99 cpa<sup>9</sup> – per cui, in presenza o in previsione di contrasti decisionali, la sezione a composizione allargata è chiamata a risolvere il conflitto non più, come per il passato, semplicemente fissando l'interpretazione destinata ad avere un valore “persuasivo ed esemplare” per i giudici dell'ordinamento, bensì con decisione “vincolante” per le sezioni semplici – opera soltanto nei confronti delle sezioni semplici dell'organo di vertice, anche se, in via indiretta, non può che condizionare i giudici di grado inferiore<sup>10</sup>.

Va rimarcato, poi, come il meccanismo della necessaria rimessione della questione si muova sul piano prettamente “processuale” e non “sostanziale”. L'obbligo, infatti, non è di conformarsi al contenuto del precedente (di qui la differenza con lo *stare decisis*), bensì, qualora non si condivida il principio di diritto affermato, di reinvestire della questione, con ordinanza motivata, l'organo nomofilattico di vertice.

Non è questa la sede per verificare se il descritto punto di equilibrio tra uniformità interpretativa e indipendenza del giudice sia rispettoso degli artt.

101, comma 2, e 107, comma 3, Costituzione<sup>11</sup>. L'esperienza degli ultimi dieci anni sta, però, a testimoniare che l'autorità “rinforzata” delle pronunce dell'adunanza plenaria non le ha per ciò solo sottratte al vaglio di correttezza delle sezioni semplici “discordi”, le quali si sono dimostrate propense a rimettere la questione all'organo a composizione allargata, anche nel breve periodo.

Senonché, l'accresciuta rilevanza e forza giuridica dell'organo nomofilattico ha contribuito solo in parte a stabilizzare il processo innovativo giurisprudenziale, in favore della certezza e della prevedibilità delle decisioni. Il nuovo dispositivo processuale, senza i necessari adattamenti del regime delle impugnazioni, non è da solo sufficiente a garantire l'esercizio effettivo della funzione nomofilattica da parte del Consiglio di Stato. Non solo si continua ad assistere a conflitti frequenti fra orientamenti, ma tantissimi di essi restano latenti, irrisolti, nascosti nelle pieghe della pretesa differenziazione in punto di fatto delle vicende controverse.

La ragione sta in ciò: un organo di vertice ingolfato di cause – spesso di infimo valore economico e sociale – non può fare (tempestivamente) ordine all'interno del disordinato fluire del caos normativo e giurisprudenziale, ponderando pazientemente le implicazioni delle diverse scelte ermeneutiche ed enunciando regole conformative precise e coerenti.

L'odierna crisi della funzione nomofilattica riguarda ovviamente anche altri aspetti – come quello della frammentazione della *governance* giudiziaria<sup>12</sup> –, ma

7. Su questi temi, *ex plurimis*: E. Follieri, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in E. Follieri e A. Barone (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo* (2010-2015), Cedam, Padova, 2015, pp. 45 ss.; S. Oggianu, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Cedam, Padova, 2011; G. Corso, *L'Adunanza Plenaria e la funzione nomofilattica*, in *Rass. forense*, n. 3-4/2014, p. 634; M. Mattalia, *La nomofilachia dell'Adunanza plenaria in materia di project financing*, in *Giur. it.*, n. 8-9/2012, pp. 1925 ss.; C. Lamberti, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, *ivi*, n. 4/2013, pp. 981-982; G.P. Cirillo, *La frammentazione della funzione nomofilattica tra le Corti supreme nazionali e le corti comunitarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1/2014, pp. 28-29; A. Storto, *Decisioni della Plenaria e vincolo di conformazione*, in *Ratio iuris*, 2012.

8. Va ricordato che già l'art. 45 del rd n. 1054/1924, come modificato dalla l. n. 1018/1950, regolava il meccanismo della rimessione all'adunanza plenaria da parte della sezione nel caso in cui il punto di diritto desse luogo a contrasti giurisprudenziali (comma 2), prevedendo altresì il deferimento da parte del presidente del Consiglio di Stato di qualunque ricorso che rendesse necessaria la risoluzione di questioni di particolare importanza (comma 3). Ai sensi dell'art. 99 del codice del processo amministrativo, l'adunanza plenaria: si pronunzia, su ordinanza di rimessione della singola sezione cui è assegnato il ricorso, sulle questioni di diritto che hanno dato luogo o possono dare luogo a contrasti giurisprudenziali (comma 1); la sezione semplice, nel caso di mancata condivisione del principio di diritto, è tenuta a rimettere alla stessa adunanza la decisione del ricorso (comma 3); l'adunanza plenaria, ove ritiene che «la questione è di particolare importanza», può comunque enunciare il «principio di diritto nell'interesse della legge» anche allorquando «dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio» (comma 5).

9. Analogo a quelle parimenti di recente introduzione, volte a potenziare il ruolo nomofilattico dei vertici della magistratura ordinaria (art. 374 cpc, introdotto dall'art. 8 d.lgs n. 40/2006) e contabile (art. 1, comma 7, dl n. 453/1993, convertito dalla l. n. 19/1994, come integrato dall'art. 42 l. n. 69/2009).

10. Solo per la Corte dei conti il vincolo giuridico è anche “verticale”, riguardando anche le sezioni giurisdizionali regionali.

11. Cfr. A. Maltoni, *Il “vincolo” al precedente dell'Adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Foro amm.*, n. 1/2015, pp. 137 ss.

12. A. Pajno, *Nomofilachia*, *op. cit.*; D. Simeoli, *“Vincolo” del precedente e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE: brevi note*, in *Forum di Quad. cost.*, luglio 2016.



quello in esame merita di essere approfondito proprio perché (sorprendentemente) è assai poco dibattuto.

## 2. Uno sguardo di diritto comparato

È utile, a questo punto, un preliminare confronto con le esperienze giuridiche del continente europeo, il quale renderà particolarmente evidente l'anomalia del sistema italiano su cui si vuole appuntare l'attenzione.

Ai nostri fini, sono particolarmente utili i risultati di un'indagine condotta dall'Associazione dei Consigli di Stato e delle Corti supreme amministrative dell'Unione (ACA Europe), avente ad oggetto il funzionamento delle 28 Supreme corti amministrative europee<sup>13</sup> (di seguito: "SAC"), sulla scorta delle informazioni raccolte tramite questionari<sup>14</sup>.

Per quanto emerge da tale ricerca una ricca diversità di approcci e tradizioni giuridiche<sup>15</sup>, cionondimeno sono enucleabili alcuni modelli generali di riferimento. Si terrà conto, per motivi di economicità, solo dei punti di convergenza più significativi sul piano processuale e organizzativo.

Sono riscontrabili modelli di giustizia amministrativa, sia con due gradi di giudizio (AT, BG, CY, CZ, FI, HR, IT, LT, LU, NL, PL, SI), sia con tre (DE, DK, EE, ES, FR, GR, HU, IE, LV, NO, PT, SE). Le SAC, in alcuni casi e per alcune limitate tipologie di controversie, sono anche giudici di prima e unica istanza (BG, CZ, DE, ES, FI, FR, GR, HR, HU, LT, LU, LV, NL, PL, PT, SE, SI, SK)<sup>16</sup>.

Nella maggior parte dei casi, la SAC è giudice di sola legittimità, decide cioè soltanto delle questioni di diritto (AT, BG, CH, CY, DE, EE, ES, FR, GB, LV, SE, PT, SK).

Soltanto in gruppo minoritario di Paesi (tra cui l'Italia è l'unico di grandi dimensioni) la SAC è chiamata a scrutinare le decisioni delle corti inferiori "both on points of fact and of law" (CZ, FI, GR, HR, IT, LT, LU,

NL, NO, PL). Nella maggior parte delle giurisdizioni, invece, gli accertamenti di fatto ("factual findings") compiuti dal giudice di "merito" sono vincolanti per la SAC (BG, CH, DE, EE, ES, FR, GB, HR, IE, LT, LV, PL, PT, RS, SK), salvo che risultino chiaramente sbagliati ("plainly wrong").

In Francia, l'apprezzamento dei fatti viene considerato, di regola, "l'orticello privato dei giudici di merito" ("le jardin privatif des juges du fond")<sup>17</sup>. Il Conseil d'État, di regola, si rifiuta di entrare nel merito degli "apprezzamenti" effettuati dal giudice di merito circa la definizione dei fatti e della loro importanza. L'unico limite al rispetto della "souveraineté" del giudice di merito nell'apprezzamento dei fatti è dato dalla "dénaturation des faits", la quale si verifica quando il giudice di merito attribuisce a fatti materialmente esatti una interpretazione falsa o tendenziosa. Anche in Germania – dove pure il ricorso per revisione è limitato al controllo relativo alle sole violazioni di diritto (*Rechtsprüfung*) – la norma subisce una deroga quando in ordine ad accertamenti di fatto sono stati adottati motivi di revisione ammissibili e fondati (§ 137, comma 2, VwGO<sup>18</sup>).

In un primo gruppo di casi, la SAC valuta il caso anche d'ufficio, non dovendosi limitare alle censure e agli argomenti dell'istante (DE, DK, EE, ES, FI, GB, GR, PT, SE). In altro gruppo di casi, invece, la SAC è limitata dai motivi di ricorso (AT, BE, CH, CY, CZ, FR, HR, HU, IT, LT, LU, NL, NO, PL, SI, SK).

È dirimente, poi, rimarcare che la quasi totalità delle giurisdizioni europee – anche quelle articolate su due gradi di giudizio – contemplano un rigido sistema di filtri per l'accesso alla SAC, allo scopo di ridurre drasticamente il numero di casi in trattazione e di limitare le risorse del vertice giudiziario all'esame dei casi di maggiore importanza e valore. Solo in una minoranza di casi (tra cui l'Italia è, ancora una volta, l'unico di grandi dimensioni), la SAC non si avvale di filtri (BG, CH, CY, CZ, HU, IT, LT, LU, NL, PL, RS, SK).

13. Nel sondaggio era compreso il Regno Unito.

14. Vds. ACA-Europe, *How our Courts Decide: the Decision-making Processes of Supreme Administrative Courts*, Dublino, 25-26 marzo 2019; *Functions of and Access to Supreme Administrative Courts*, Berlino, 13 maggio 2019.

15. Con riguardo a: i) funzioni (solo alcune, ad esempio, svolgono anche funzioni consultive: Belgio, Francia, Grecia, Italia, Paesi Bassi, Finlandia) e ampiezza delle competenze giurisdizionali (l'Italia ha una competenza più ristretta in ragione del noto criterio costituzionale di riparto); ii) numero di giudici, con corti estremamente ristrette (Regno Unito, Irlanda, Spagna) e corti con almeno 100 magistrati (come Grecia, Francia, Polonia, Bulgaria, Italia); iii) numero di casi annuali trattati (l'Italia, ovviamente, si colloca nella parte alta della lista, soprattutto se si tiene conto del fatto che nei numeri delle altre corti europee sono preponderanti le decisioni sull'ammissione al ricorso).

16. In Francia, le controversie relative agli atti ministeriali e di regolazione sono trattate in prima istanza dal Consiglio di Stato.

17. Cfr. A. Masucci, *Le "Cassazioni amministrative". Le esperienze tedesca e francese*, Giuffrè, Milano, 2016.

18. Il quale, nella traduzione inglese disponibile sul sito della Suprema corte, recita: «*The Federal Administrative Court shall be bound by the factual findings handed down in the impugned judgment unless admissible, well-founded grounds for the appeal on points of law have been submitted in relation to these findings*».

Sul piano processuale, i sistemi di filtro operano in termini di prerequisito processuale, che condiziona cioè l'ammissibilità stessa del ricorso e che viene rilevato *in limine litis* all'esito di uno speciale procedimento di delibazione (AT, BE, DK, DE, EE, ES, FI, FR, GB, GR, HR, IE, LV, NO, PT, SE, SI).

Il fondamento generale di tale limitazione all'accesso viene ricollegato, dalla varie giurisdizioni intervistate, alla funzione della Suprema corte amministrativa di garantire l'unificazione del diritto (DE, EE, LV, SI) e lo sviluppo ulteriore del diritto (DE, EE, LV, NO), fornendo orientamenti ai tribunali delle istanze inferiori (PT, SE) in ragione della specifica importanza della questione giuridica in discussione (GB, NO, FR).

A bene guardare, i criteri materiali che giustificano l'ammissibilità del ricorso ("*leave to appeal*") variano nella formulazione, ma possono essere raggruppati in due gruppi:

i) alcuni enfatizzano maggiormente la necessità di garantire l'uniforme interpretazione della legge, nella misura in cui si fa riferimento: a questioni giuridiche "di importanza fondamentale" o di "importanza pubblica in generale" o "di principio" (AT, DE, DK, GB, IE, NO, PT, SE, SI); alla deviazione dalla giurisprudenza della Suprema corte (AT, DE, GR); all'assenza di una giurisprudenza pertinente sulla questione in esame (AT, GR); all'interesse oggettivo a risolvere un ricorso per cassazione sulla questione al fine di sviluppare la giurisprudenza (FI);

ii) altri sembrano essere, invece, maggiormente focalizzati sulla necessità di controllare la correttezza della decisione del giudice di grado inferiore: l'errata applicazione del diritto sostanziale (EE, FI, LV), un grave errore di fatto o di diritto (SE); l'interesse della giustizia (IR); lo scorretto svolgimento della procedura (DE, EE, LV).

In Germania, è possibile proporre ricorso per revisione (ai sensi del § 132 VwGO) solo: i) se la causa ha una importanza fondamentale; ii) quando la sentenza diverge da una decisione del Tribunale amministrativo federale o del Senato comune delle corti superiori

della Federazione o del Tribunale costituzionale ed essa si basa su questa divergenza (*Divergenzrevision*)<sup>19</sup>; iii) se sussiste e viene fatto valere dalla parte un vizio procedurale (qui intendendosi l'erronea applicazione di una norma di diritto processuale) sul quale può basarsi la decisione. La non ammissione del ricorso per revisione deve essere motivata, ma si ritiene sufficiente la mera indicazione che non ricorrono i presupposti appena indicati.

In Francia, l'ammissione sul *recours en cassation* è rifiutata se il ricorso è irricevibile o non è «basato su alcun motivo serio» (ai sensi dell'art. 1.822-1: «Le pourvoi en cassation devant le Conseil d'État fait l'objet d'une procédure préalable d'admission. L'admission est refusée par décision juridictionnelle, si le pourvoi est irrecevable ou n'est fondé sur aucun moyen sérieux»). Alla stregua di tale concetto indeterminato, il ricorso viene rifiutato quando il ricorso non si basa su nessun motivo serio a tutela delle garanzie del processo amministrativo e, in particolare, delle garanzie relative all'istruttoria in contraddittorio.

Analoga indeterminatezza dei criteri di ammissibilità è prevista nella recente legge spagnola sul *recurso de casación* davanti al Tribunale supremo spagnolo (l'art. 88, ultimo comma, della Ley Organica del 7 settembre 2015, ha precisato in particolare che il ricorso potrà non essere ammesso, se mediante ordinanza motivata il Tribunale ritiene che la causa presenti in maniera evidente l'assenza di un oggettivo interesse "cassazionale" per la formazione della giurisprudenza).

Nel caso francese e spagnolo, è evidente l'assonanza di tale amplissimo potere di valutazione con il ricorso davanti alla Corte suprema degli Stati Uniti<sup>20</sup>. Anche l'ordinamento inglese condiziona la «salita su per i gradi di giudizio superiori al primo» al rilascio, su istanza dell'impugnante, di un'autorizzazione all'appello, il «*leave (permission) to appeal*»<sup>21</sup>. Tale autorizzazione è concessa sulla base di criteri selettivi delineati in modo così sfumato da accordare al giudice richiesto un'ampia discrezionalità ai fini dell'ammissione.

19. La divergenza non deve riguardare una qualsiasi decisione dei tribunali superiori amministrativi, ma deve riguardare una *quaestio juris* di particolare importanza. Deve trattarsi inoltre di una «divergenza rilevante», che può mettere in discussione «l'unità del diritto» – cfr. A. Masucci, *Le "Cassazioni amministrative"*, op. cit.

20. L'accesso alla Corte suprema Usa può provenire sia da corti federali (dove si discute di legislazione prodotta dal Congresso degli Stati Uniti) che da corti statali: in quest'ultimo caso, ove la lite implichi una "*federal issue*". La selezione dei casi che meritano di essere trattati a decisione avviene in modo discrezionale, su *writ of certiorari*, a opera della Corte suprema in seduta collegiale (se 4 dei 9 giudici della Corte suprema concordano, la controversia viene esaminata; altrimenti il provvedimento è di "*certiorari denied*"). Nella selezione, i giudici sono assistiti dai *law clerks*, laureati delle più prestigiose università che svolgono un periodo di apprendistato presso le corti (cfr. W.L. Watson, *The U.S. Supreme Court's In Forma Pauperis Docket: A Descriptive Analysis*, in *The Justice System Journal*, vol. 27, n. 1/2006, pp. 47-60; i dati sui ricorsi sono consultabili sul sito [www.supremecourt.gov/filingandrules/rules\\_guidance.aspx](http://www.supremecourt.gov/filingandrules/rules_guidance.aspx)).

21. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile. III. Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 269.

Nella maggior parte delle giurisdizioni, la decisione di concedere o respingere l'autorizzazione a presentare ricorso spetta alla stessa SAC (DE, EE, FR, GB, GR, HR, IE, LV, PT, SI). In alcuni casi, la decisione può essere presa, invece, sia dalla SAC sia dal tribunale amministrativo la cui decisione è impugnata (DE, GB). In Germania, la decisione del tribunale di istanza inferiore che conceda il diritto di ricorso è vincolante per la SAC. All'interno della SAC, la competenza a pronunciarsi sull'ammissibilità spetta alla stessa sezione competente a giudicare il caso (DE), in altri casi sono predisposti organi speciali (DK, N)<sup>22</sup>.

La regola del filtro, in alcune giurisdizioni, vige senza alcuna eccezione (AT, DK, EE, ES, FR, HR, SI). In altre giurisdizioni, invece, il filtro può essere più severo o più a maglie larghe a seconda della tipologia di contenzioso (in Belgio e Repubblica Ceca, ad esempio, norme di accesso più severe si applicano al diritto in materia di immigrazione e asilo; in Portogallo, il filtro non viene applicato nei casi riguardanti l'occupazione pubblica, l'istruzione pubblica o la protezione sociale).

Le percentuali di accoglimento delle istanze di autorizzazione al ricorso innanzi alla SAC variano. Nei Paesi europei più grandi il filtro è assai restrittivo. In media, i casi ritenuti ammissibili ammontano: in Germania, al 15%; in Spagna, al 20-30%; in Francia, al 25%; in Gran Bretagna, al 33%; in Portogallo, al 40%. Si aggiunga che, in alcuni Paesi (come la Germania), anche il passaggio dal primo al secondo grado di merito non è "aperto" ma soggetto a filtri.

Alcune giurisdizioni degli Stati membri escludono, del tutto (a prescindere cioè dalla importanza della causa), determinati tipi di decisioni (ad esempio, l'impugnazione delle decisioni cautelari) o decisioni in determinati settori di diritto, dal ricorso alla SAC.

Il modello processuale del giudizio innanzi alle SAC, nella maggior parte dei casi, è di tipo cassatorio: in caso di accoglimento del ricorso, la SAC annulla la decisione impugnata e rinvia la causa al giudice di "merito" (CH, CY, CZ, DE, EE, ES, FI, FR, GB, GR, HU, IE, LT, LV, NL, NO, PL, PT, SE, SI, SK). I motivi di cassazione consistono in una critica della sentenza, sul piano della regolarità o della fondatezza.

In alcune giurisdizioni, la SAC può comunque decidere la causa nel merito in presenza di determinate condizioni (DE, FR, GB, LT, LU, PL): in Germania, se la istanza di revisione si rivela fondata, il *Bundesverwaltungsgericht* può decidere esso stesso la causa nel merito, se la causa è matura per la decisio-

ne (*wenn diese spruchreif ist*: § 144, comma 3, n. 1) ovvero quando non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto, ovvero quando l'avvenuto accertamento dei fatti rappresenta un fondamento sufficiente per la decisione (*Spruchreife der Sache*).

Anche in Francia, è possibile il "*règlement de l'affaire au fond par le Conseil d'État*": la definizione nel merito è un obbligo soltanto se la causa è oggetto di un secondo ricorso per cassazione oppure perché la decisione in questione è inficiata dal vizio di violazione della cosa giudicata; negli altri casi, la definizione nel merito della causa è, invece, una facoltà della Corte, che deve valutare se l'interesse di una buona amministrazione della giustizia lo giustifica<sup>23</sup>.

Nella maggior parte delle giurisdizioni, le decisioni della SAC non hanno effetto vincolante per i giudici di istanza inferiore (AT, BE, BG, CH, CZ, DK, DE, EE, ES, FI, FR, HR, IT, LU, LV, PL, PT, RS, SE, SI, SK), tranne alcune eccezioni limitate (ad esempio, in caso di rimessione della causa al primo giudice: AT, DE, IT, LV). Solo in alcuni ordinamenti, le decisioni della SAC sono vincolanti per i giudici di prime cure (CY, GB, HU, IE, LT, NO; in presenza di alcuni presupposti, anche le SAC di PL, GR, A, possono adottare decisioni vincolanti per il giudice di merito). Le giurisdizioni di *common law* si ispirano invece, come è noto, alla dottrina dello *stare decisis*: ciò rende le deviazioni dei tribunali inferiori ammissibili solo quando siano in grado di distinguere sufficientemente il caso in fatto o giustificare che vi sono diverse questioni giuridiche sollevate dal caso.

Le SAC di tutte le giurisdizioni europee hanno la possibilità di discostarsi dai propri stessi precedenti, sia pure sulla base di presupposti sostanziali e processuali diversificati. Alcuni Stati membri dichiarano semplicemente di non essere vincolati dalle loro precedenti decisioni (BG, CH, DE, DK, ES, FI, IT, NL, PT, SI). Per altri, invece, una modifica della giurisprudenza richiede un collegio ampliato o addirittura una decisione di una sessione plenaria (AT, CY, CZ, EE, FI, GB, NO, SE), oppure una motivazione rafforzata (BE, IT LV).

Solo pochissime giurisdizioni affermano che la SAC è vincolata dalle sue precedenti decisioni (HR, HU, LT, NO).

Quanto alle caratteristiche organizzative, ci limitiamo soltanto alle seguenti osservazioni.

Nella stragrande maggioranza delle giurisdizioni europee, le SAC hanno a disposizione strutture qualificate di supporto (amministrativo e di ricerca).

22. In Finlandia, Germania, Estonia, Portogallo, il *panel* competente a decidere sul permesso di appellare consiste di tre giudici (e non della ordinaria composizione di cinque).

23. Cfr. ancora A. Masucci, *Le "Cassazioni amministrative"*, op. cit.

Sussiste ovviamente un'ampia varietà per quanto riguarda l'estensione e il livello di sostegno scientifico in favore dei giudici delle SAC. È importante, però, sottolineare due dati.

La prima è che le SAC hanno a disposizione assistenti giudiziari (assegnati, a seconda dei casi, al singolo giudice o alla sezione) che svolgono tutte o alcune tra le seguenti funzioni: i) preparazione di documenti preliminari all'udienza, come una nota per assistere il giudice prima dell'udienza di una causa; ii) attività di ricerca giuridica per assistere un giudice a prendere una decisione in un caso; iii) discussione degli aspetti di una causa con un giudice (oralmente o per iscritto); iv) esame e valutazione della legge pertinente; v) analisi del diritto comparato; vi) redazione di parti delle sentenze; vii) presentazione di una proposta o di una decisione preliminare che il giudice prende in considerazione.

La seconda notazione è che i citati assistenti sono tutti qualificati professionisti o studiosi.

Si pensi alla Spagna dove, oltre alla biblioteca della Corte suprema, il supporto alla ricerca è fornito dal Gabinetto tecnico di informazione e documentazione, il cui direttore è un giudice. È organizzato in cinque aree funzionali, lo stesso numero delle sezioni della Corte, ed è composto da 75 avvocati e avvocati di coordinamento, esperti nei diversi settori, che forniscono assistenza tecnica, collaborazione e sostegno ai giudici delle sezioni secondo le modalità da essi stabilite. Attualmente, venti avvocati e cinque avvocati coordinatori svolgono le loro funzioni nel ramo amministrativo della Corte suprema.

Delle 28 giurisdizioni intervistate, 17 hanno riferito di avere un dipartimento di ricerca e documentazione o un ente sostanzialmente simile (Belgio, Croazia, Repubblica Ceca, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Serbia, Spagna, Slovacchia, Svizzera).

### 3. Il Consiglio di Stato come risorsa scarsa: appunti per un intervento riformatore

Dalla rassegna appena svolta emerge un dato chiaro.

Nelle principali giurisdizioni europee, l'efficienza della funzione nomofilattica – nella duplice direzione dell'unificazione del diritto, attraverso la produzione di orientamenti giurisprudenziali uniformi, e del controllo di correttezza della soluzione adottata – è legata (anche) all'adeguata allocazione delle risorse.

L'organizzazione giudiziaria ha una struttura piramidale, sul presupposto che l'autorevolezza del precedente sia inversamente proporzionale al nume-

ro dei casi giudicati dal vertice giudiziario. Le SAC decidono (al di fuori dei procedimenti di ammissione) un numero contenuto di casi all'anno, selezionando con accortezza le controversie in relazione alle quali intervenire. I precedenti hanno per questo vita stabile e forte efficacia persuasiva. Se su di un caso è intervenuta la Suprema corte, il funzionario amministrativo e il professionista legale è avvertito che si tratta di una questione di particolare importanza che merita di essere seguita. Quanto più è credibile e accurato il vaglio del giudice dell'impugnazione, tanto meno vengono proposte impugnazioni infondate.

Al fine di garantire l'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali e l'evoluzione del diritto, il modello processuale più diffuso è quello "cassatorio" – ovvero un mezzo di impugnazione di sola legittimità, privo di effetto devolutivo e a critica vincolata – in coerenza con la radice storica che ricollega la nomofilachia al primato illuministico della legge e all'istituzione, nel 1790, del *Tribunal de cassation*. La SAC è giudice della sentenza e non della lite, è giudice del diritto e non del fatto.

I giudici delle SAC sono assistiti da un apparato di assistenza specialistico.

La giustizia amministrativa italiana – che pure, a partire dal codice del processo amministrativo, può vantare un sistema rimediabile tra i più avanzati nel panorama europeo – è attualmente distante dal predetto modello di Suprema corte.

Il Consiglio di Stato italiano è un giudice di appello. Tale mezzo di impugnazione, pur tratteggiato normativamente in termini di *revisio prioris instantiae* – in quanto tendenzialmente chiuso ai *nova* (solo eccezionalmente consentiti) e fondato sull'onere di enunciazione di «motivi specifici» di gravame, con conseguente non automaticità dell'effetto devolutivo – viene comunemente utilizzato, non come strumento di controllo degli errori del giudice *a quo*, bensì come luogo dell'integrale riedizione della lite, una sorta di "secondo round".

Lo stesso Consiglio di Stato – che raramente censura l'inammissibilità dell'impugnazione in ragione della mancata prospettazione di ragioni di censura precisamente individuate – è chiamato, sempre più frequentemente, alla rinnovazione dell'istruttoria: anzi, accade che sia proprio il giudice di appello a procedere per primo all'esperimento dei mezzi di prova dei fatti contestati, ogni qual volta (e si tratta di eventualità tutt'altro che sporadica) il giudice di prima istanza si sia limitato a un mero "riesame" delle risultanze istruttorie del procedimento amministrativo.

Sono appellabili tutte le sentenze e le pronunce cautelari, senza filtro alcuno. Ogni settimana le sezioni del Consiglio di Stato dedicate al contenzioso (nel giro di pochi anni, aumentate da tre a sei) – al



loro interno articolate in plurimi collegi – devono scrutinare più di cento cause alla volta (tra udienza pubblica e camera di consiglio): controversie complicatissime (di elevato valore economico e sociale) sfilano accanto a cause “bagatellari”. Tutti i giudizi sono automaticamente ammessi alla discussione orale, salvo che i difensori non compaiano o si riportino agli scritti, e ciò non può che comprimere i tempi per l’esame delle questioni più delicate. I giudici, per l’attività di studio e ricerca, non possono contare su alcuna assistenza tecnica (i giovani tirocinanti, per ovvi motivi, non possono assolvere a tale funzione).

Il defatigante e parcellizzato apprezzamento del fatto rende la giurisprudenza del Consiglio di Stato casistica e pulviscolare, senza l’enunciazione del principio di diritto (salvo per le sentenze decise dall’adunanza plenaria), e senza neppure una struttura per la massimazione ufficiale. Il precedente perde di autorevolezza e di capacità orientativa.

Le anzidette caratteristiche processuali – che già di per sé rendono difficile assolvere pienamente il compito di giudice del caso concreto – rendono pressoché improponibile il ruolo di garante dell’unità nell’identificazione e interpretazione delle norme di diritto pubblico.

Il legislatore negli ultimi anni è intervenuto soltanto per assecondare periodicamente l’ampliamento degli organici. Ricetta inadeguata che – come testimonia l’esperienza della giustizia ordinaria – non è in grado di sortire alcun effetto se non quello di elevare ulteriormente il numero già troppo elevato delle pronunce.

È auspicabile quindi un intervento riformatore, serio e mirato, che sappia individuare il modello più appropriato in relazione alle concorrenti esigenze da soddisfare.

Qualsiasi studio sull’appello deve essere preceduto dall’esame dei vincoli costituzionali.

Nel settore civile si è sempre predicata l’assenza di copertura costituzionale del doppio grado di giurisdizione (di merito), avendo l’Assemblea costituente scelto di provvedere, nell’art. 111 della Costituzione, soltanto alla garanzia del ricorso per cassazione per violazione di legge<sup>24</sup>. Anche se, secondo alcune opinioni, la possibilità di ottenere il riesame della causa da parte di un giudice diverso da quello che ha emanato la sentenza costituirebbe comunque una componente fondamentale del diritto di difesa, ai sensi dell’art. 24, comma 2, Costituzione.

La giurisdizione amministrativa è, invece, ordinata in base al principio del doppio grado di giurisdizione, ma nel limitato senso della necessità di prevedere il riesame delle pronunce dei tribunali di primo grado. Il vincolo di cui all’art. 125, comma 2, Cost., comporta cioè soltanto l’impossibilità di attribuire al tar una competenza giurisdizionale in unico grado, con la conseguente necessaria appellabilità di tutte le sue pronunce. Ciò comporta l’impraticabilità, nel processo amministrativo, della soluzione, avanzata in passato per il processo civile, di sostituire l’appello con forme “orizzontali” di opposizione da instaurare innanzi al medesimo giudice di primo grado.

Secondo la Corte costituzionale, sta nei caratteri propri della giurisdizione amministrativa ordinaria, «vertente particolarmente nella sfera del pubblico interesse», l’opportunità del riesame delle pronunce dei tribunali di primo grado<sup>25</sup>. La maggiore affidabilità degli esiti offerti dal sistema del doppio grado non deriva dal fatto che il secondo giudice, in quanto tale, sia più illuminato del primo, bensì dal fatto che ha meno probabilità di sbagliare.

Senonché, dall’art. 103 della Costituzione non si desume affatto che il Consiglio di Stato debba essere necessariamente il giudice d’appello rispetto agli (“altri”) organi di giustizia amministrativa di primo grado. L’unico vincolo è quello che fa del Consiglio di Stato l’organo di vertice della giustizia amministrativa, come si ricava pianamente anche dall’art. 111, comma 8, Costituzione.

Su queste basi, una prima ipotesi – al fine di contemperare giustizia della decisione e funzione nomofilattica – appare essere quella (sul modello dei grandi Paesi europei) di istituire corti amministrative di appello (la cui circoscrizione, in ragione della competenza territoriale dei tribunali amministrativi, dovrebbe essere macro-regionale) e di fare del Consiglio di Stato un giudice di cassazione. La missione del vertice giudiziario non sarebbe più quella di riesaminare nuovamente e daccapo la lite, bensì di verificare se i giudici di merito hanno svolto il loro compito nel rispetto delle regole di diritto.

Per evitare che divenga un terzo grado di giudizio – con conseguente allungamento dei tempi per la formazione del giudicato – il ricorso per cassazione dovrebbe essere sottoposto a una procedura preliminare di ammissione così come avviene comunemente in tutta Europa: va rimarcato che, nel caso del Consiglio di

24. Nel senso che l’istituto del doppio grado di giurisdizione, nel settore civile, non ha rilevanza costituzionale, *cf.* Corte cost., sentt. nn. 62/1981 e 8/1982.

All’interno di quel sistema, infatti, la garanzia del doppio grado è esplicitamente prevista solo in materia penale (art. 2 del Protocollo addizionale n. 7 del 22 settembre 1984), mentre in materia civile è contemplata soltanto da una (non vincolante) raccomandazione: quella del Comitato dei ministri del 7 febbraio 1995.

25. Corte cost., sent. n. 8/1982.



Stato, non opera il limite costituito dall'art. 111, comma 7, Costituzione, secondo cui: «Contro le sentenze (...) è sempre ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge»<sup>26</sup>.

Per il suo successo, il filtro dovrebbe essere congegnato in maniera tale da conferire ai giudici un'ampia discrezionalità selettiva, con l'onere soltanto di una motivazione stringata e inoppugnabile.

Solo una volta liberato dal peso di un contenzioso minuto e incentrato sulle questioni di fatto, il Consiglio di Stato potrebbe al meglio assicurare l'esatta osservanza della legge e l'unificazione del diritto pubblico, adattandolo alle evoluzioni dell'amministrazione e alle incessanti esigenze della tutela dei cittadini. Sul modello di alcune Corti europee, il Consiglio di Stato potrebbe poi continuare a conoscere, in prima e unica istanza, alcune tipologie di controversie di estremo rilievo. Stante la loro rilevanza nel sistema amministrativo delle tutele, sarebbe opportuno garantire il ricorso per cassazione anche per le pronunce cautelari (sempreché, ovviamente, superino il filtro preliminare di ammissione), sul modello del Consiglio di Stato francese.

Ove invece – per motivi legati al contenimento della spesa, per un ossequio alla tradizione storica, oppure per l'esigenza di contenere i tempi del processo – si ritenesse preferibile conservare il modello duale attualmente vigente (articolato su tribunali amministrativi regionali e Consiglio di Stato), sarebbe necessario apportare alcuni correttivi che vadano nella direzione di:

1) potenziare il carattere impugnatorio dell'appello; 2) introdurre l'ordinanza di rigetto degli appelli "inconsistenti"; 3) prevedere, quantomeno per gli *small claims*, una procedura deflattiva di pre-contenzioso.

Il potenziamento del carattere impugnatorio dell'appello – di modo che lo stesso risulti strutturato come mezzo di eliminazione degli errori della sentenza di primo grado e non come reiterazione del giudizio sulla domanda di prime cure – potrebbe ad esempio essere realizzato attraverso:

i) l'introduzione di criteri di maggior rigore in ordine all'onere di indicare analiticamente le questioni e gli elementi concreti idonei a mettere in dubbio la correttezza e completezza degli accertamenti compiuti dalla sentenza impugnata, anche attraverso la razionalizzazione normativa della forma (e della lunghezza) dell'atto introduttivo dell'appello;

ii) una parziale "tipizzazione" dei motivi di gravame: l'appello dovrebbe restare mezzo di impugnazione a critica libera per quanto concerne le violazioni di diritto sostanziale o processuale; sulla *quaestio facti*, invece, si potrebbe circoscrivere l'impugnazione al solo "errore manifesto" del primo giudice.

Passando al secondo punto, rivestirebbe eccezionale utilità la previsione di una "ordinanza decisoria di rigetto", con cui procedere al vaglio di manifesta infondatezza degli appelli "inconsistenti", tali cioè da non meritare il dispendio di energie processuali.

Occorre partire dalla considerazione statistica che appena il trenta per cento degli appelli proposti innanzi al Consiglio di Stato conduce a una riforma della sentenza di primo grado<sup>27</sup>, con la conseguenza che, nella maggioranza dei casi, l'appellato, pur a fronte di appelli pretestuosi, si vede costretto ad attendere i tempi (a volte lunghi) del giudizio di appello prima di vedere confermata la decisione di prime cure, con inevitabile pregiudizio economico soprattutto per gli operatori economici.

Al fine di non allontanare l'appello dalla sua tradizionale configurazione di strumento concesso alle parti in vista del "perfezionamento della verità giudiziale", non dovrebbe trattarsi di un procedimento sommario di "non accettazione" dell'appello, basato cioè su un mero giudizio prognostico di successo dell'impugnazione. Dovrebbe trattarsi, invece, della possibilità di adottare, all'esito di un procedimento rapido in camera di consiglio, un'ordinanza – non di rito (in termini di inammissibilità) ma – di rigetto nel merito dell'appello (sarebbero così superati i rilievi mossi in dottrina al filtro introdotto recentemente per l'appello civile<sup>28</sup>).

26. Peralto, nel giudizio di Cassazione, il nuovo art. 360-bis (aggiunto con la l. 18 giugno 2009, n. 69, in vigore dal 4 luglio 2009), prevede che: «Il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa; 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo.

27. Il dato riferito al 2020 è precisamente del 29 per cento.

28. Nel settore civile, il legislatore ha recentemente optato (con il dl n. 83/2012, convertito, con modifiche, dalla l. n. 134/2012) per l'introduzione di un "filtro" d'accesso all'appello, prevedendo la possibilità di dichiarare con ordinanza l'inammissibilità dell'appello, ove questo sia ritenuto dal giudice di seconde cure privo di una «ragionevole probabilità» di essere accolto (art. 348-bis cpc). A tale dichiarazione di inammissibilità può seguire l'impugnazione in Cassazione della sentenza di primo grado, peraltro, soltanto per alcune delle censure di cui all'art. 360 cpc, nell'ipotesi in cui l'ordinanza poggia sulle stesse ragioni di quest'ultima (art. 348-ter cpc). Sulla soluzione domestica, introdotto dal cpc, il dibattito dottrinale ha evidenziato l'incoerenza sistematica della scelta italiana, che prevedendo il rigetto in rito – e non in merito – dell'appello privo di ragionevole probabilità di accoglimento, avrebbe inopportuno utilizzato l'inammissibilità per sanzionare non già difetti formali dell'atto di impugnazione o l'inesistenza, originaria o sopravvenuta, del diritto di impugnare, bensì l'infondatezza più o meno manifesta dell'appello. Il legislatore italiano ha infatti deciso di condizionare la pronuncia della cd. ordinanza-filtro alla

I criteri su cui dovrebbe basarsi la decisione di rigetto con ordinanza dovrebbero assicurare la contemporanea ricorrenza: i) dell'assenza di prospettiva di successo dell'impugnazione; ii) del carattere non fondamentale della causa, ai fini dell'evoluzione del diritto o della sua applicazione uniforme. L'interesse privatistico alla giustizia del caso singolo risulterebbe così coniugato con l'interesse pubblico legato all'amministrazione della giustizia<sup>29</sup>.

La cognizione, dunque, sarebbe piena e non sommaria, ma la motivazione dell'ordinanza potrebbe limitarsi a riscontrare semplicemente l'assenza degli anzidetti requisiti. Modalità assai meno dispendiose per la definizione delle impugnazioni "inconsistenti", consentirebbero di impiegare le risorse così risparmiate per la definizione più attenta e tempestiva degli appelli "consistenti".

L'ulteriore criticità da rimuovere è l'assenza di procedure alternative di risoluzione delle controversie. L'esperienza straniera insegna che le procedure ADR, anche nel capo delle controversie di diritto pubblico, possono migliorare l'efficienza della giustizia, riducendo il carico di lavoro dei tribunali e offrendo agli interessati l'opportunità di risolvere le controversie in modo assai più efficace sul piano dei costi<sup>30</sup>. Nel

più recente dibattito appaiono superate le tradizionali riserve teoriche basate sulla cd. "non negoziabilità del potere amministrativo"<sup>31</sup>.

Il rimedio giustiziale dovrebbe rispettare le coordinate tracciate dalla Corte di giustizia, secondo cui il principio della tutela giurisdizionale effettiva non osta alla mediazione obbligatoria, a condizione che sia soddisfatti determinati requisiti: (i) la procedura non deve condurre a una decisione vincolante; (ii) non deve comportare un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale; (iii) la prescrizione dei diritti in questione deve essere sospesa per la durata della procedura di conciliazione; (iv) non deve generare costi (o costi ingenti) per le parti; (v) la via elettronica non deve costituire l'unica modalità di accesso alla procedura di conciliazione e (vi) deve essere possibile disporre di provvedimenti provvisori in casi eccezionali (sentenza 18 marzo 2010, da C-317/08 a C-320/08, punto 67).

Il tentativo di mediazione amministrativa potrebbe essere sia preliminare rispetto all'accesso alla giurisdizione amministrativa (ad esempio, secondo il modello della negoziazione assistita<sup>32</sup>), sia endoprocessuale, ossia da svolgersi in corso di giudizio, su accordo delle parti o dietro invito del giudice.

verifica della sola mancanza di ragionevole probabilità per l'appello di essere accolto. Cfr. M. De Cristofaro, *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima "riforma urgente": quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 83/2012)*, in *Judicium*, 29 giugno 2012, [www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/324/M.%20De%20Cristofaro.pdf](http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/324/M.%20De%20Cristofaro.pdf).

29. Analogo meccanismo di filtro in appello è previsto nell'ordinamento tedesco, sia nel processo civile (§ 522, ZPO), sia nel processo amministrativo (il filtro è previsto dagli artt. 124, 124a del codice di procedura. I criteri di ammissione, nel testo inglese disponibile sul sito della Corte, sono: «1. if serious doubts exist as to the correctness of the judgment, 2. if the case has special factual or legal difficulties, 3. if the case is of fundamental significance, 4. if the judgment derogates from a ruling of the Higher Administrative Court, of the Federal Administrative Court, of the Joint Panel of the supreme courts of the Federation or of the Federal Constitutional Court, and is based on this derogation, or 5. if a procedural shortcoming subject to the judgment of the court of appeal on points of fact and law is claimed and applies on which the ruling can be based»). Il meccanismo tedesco ha superato il vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: *Rippe c. Germania*, ric. n. 5398/03, 2 febbraio 2006, in relazione all'art. 6, comma 1, CedU. Sul processo civile tedesco, utilissimi riferimenti di diritto comparato sono offerti da S. Dalla Bontà, *Contributo allo studio del filtro in appello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

30. In Francia, la recente legge 2016/1547, del 18 novembre 2016, consente la mediazione amministrativa nei rapporti con la pubblica amministrazione. A norma dell'art. L213.1, infatti, «la médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction». L'attivazione della procedura di mediazione amministrativa ha come effetto quello di interrompere i termini di proposizione del ricorso e di sospendere i termini prescrizionali. Nel 2018 sono state esperite 800 mediazioni e, nel 2019, 1000 mediazioni con il 68 per cento di esiti favorevoli. I principali ambiti di ricorso alla mediazione amministrativa sono stati: *marchés publics, fonction publique, domaine public, urbanisme*. In Germania, la legge sulla mediazione (anche amministrativa) del 2012 prevede l'introduzione di una mediazione precontenziosa e di una mediazione all'interno del processo con la creazione della figura del "güterichter", cioè del giudice-mediatore, ma non come componente del collegio giudicante.

31. Vale ricordare che, nel luglio 2020, l'Associazione «Lettera 150» ha avanzato alcune proposte tese all'inserimento di un apposito capo sulla mediazione amministrativa nel cpa del 2010 e alla connessa riforma del dm 10 marzo 2014, n. 55 (regolamento sui parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense), al fine di disciplinare in modo puntuale gli aspetti afferenti agli onorari dei mediatori.

32. Cfr. S. Tarullo, *Mediazione e negoziazione assistita nelle controversie con la p.a.: modelli a confronto* (relazione tenuta al webinar del 1 dicembre 2020 dal titolo «La mediazione amministrativa: introduzione del modello e possibile impatto in termini di efficienza della giurisdizione amministrativa», organizzato in collaborazione tra l'Ufficio Studi, massimario e formazione della giustizia amministrativa e il Gruppo di lavoro sulla giustizia amministrativa dell'Associazione «Lettera 150»), il quale suggerisce di adattare la disciplina di cui al dl n. 132 del 12 settembre 2014, convertito nella l. n. 162 del 10 novembre 2014 («Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile») al campo del diritto amministrativo.

Con riguardo agli *small claims*, potrebbe prendersi in considerazione anche l'esperienza del processo tributario, dove ha dato ottima prova di sé (in senso deflattivo) la procedura di reclamo e mediazione (prevista dall'art. 17-bis d.lgs n. 546/1992). Si potrebbe così prevedere che, per le controversie di valore non superiore a una certa soglia, il ricorso

produca anche gli effetti di un reclamo, con possibilità di contenere anche una proposta di mediazione. Il procedimento di reclamo/mediazione dovrebbe costituire condizione di procedibilità del ricorso, che diverrebbe esperibile decorso comunque un certo termine (novanta giorni nel processo tributario)<sup>33</sup>.

---

33. Favorevole alla introduzione delle ADR nel processo amministrativo V. Cerulli Irelli, *La responsabilità del giuspubblicista. Spunti critici*, in *Federalismi*, n. 30/2020.

# La dimensione soggettiva della giurisdizione amministrativa tra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea

di Lucia Gizzi

L'articolo affronta il tema della natura, di diritto soggettivo o di diritto oggettivo, del processo amministrativo, partendo dall'analisi – senza alcuna pretesa di esaustività – di alcuni istituti codicistici considerati episodi di giurisdizione oggettiva, per soffermarsi poi sul ruolo dell'interesse a ricorrere nel modello di giurisdizione di diritto soggettivo. Si esamina, in particolare, la dilatazione e la conseguente svalutazione che di questa condizione dell'azione hanno fatto la Corte costituzionale e la Corte di giustizia e le ripercussioni sulla natura, ormai pacificamente ritenuta soggettiva, della giurisdizione amministrativa.

## 1. La dimensione soggettiva della giurisdizione nel codice del processo amministrativo / 2. Giurisdizione soggettiva e interesse a ricorrere: nella giurisprudenza costituzionale... / 3. ... e nella giurisprudenza euro-unitaria

### 1. La dimensione soggettiva della giurisdizione nel codice del processo amministrativo

La dimensione soggettiva della giurisdizione amministrativa ha un solido fondamento positivo nel

codice del processo amministrativo<sup>1</sup>, governato anch'esso, come il processo civile, sia dal principio della domanda sia dal dovere di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, come si desume dal rinvio esterno alle «disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali» (art.

1. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 486, secondo cui il codice accoglie la concezione soggettiva della tutela giurisdizionale. Il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, infatti, esprime questa concezione, proprio perché il processo serve ad assicurare una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive azionate in giudizio; N. Paolantonio, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2020, pp. 237 ss., secondo cui la dimensione soggettiva del processo amministrativo trova fondamento anche nell'art. 44 della legge n. 69 del 2009, che, tra i principi direttivi della delega, indica il coordinamento con il codice di procedura civile, laddove esprime principi generali, tra cui appunto il principio della domanda, quello dell'iniziativa di parte e del divieto di ultrapetizione; F.G. Scoca, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Corr. giur.*, n. 12/2015, pp. 1600 ss., secondo cui il principio della domanda vigente nella disciplina del processo amministrativo discende dalla natura soggettiva della giurisdizione amministrativa e, quindi, dal carattere di processo di parti del processo amministrativo; M. Silvestri, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*. *L'Adunanza Plenaria n. 4 del 2015*, in *Foro amm.*, n. 9/2015, pp. 2210 ss., secondo cui nel cpa vi è una molteplicità di indici normativi della qualificazione in senso soggettivo della giurisdizione amministrativa, quali la piena disponibilità del ricorso (si pensi alla rinuncia ex art. 84 cpa), la vigenza del principio dispositivo nel campo istruttorio (art. 64 cpa), i requisiti ordinari di legittimazione al ricorso (la posizione soggettiva qualificata e differenziata del ricorrente); F. Francario, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa (introduzione al Convegno dedicato a Leopoldo Mazzarolli)*, in *L'amministrativista*, 13 maggio 2016, il quale osserva come il codice del processo amministrativo

39 cpa) e dalla previsione che il giudice si pronuncia «nei limiti della domanda» (art. 34, comma 1, cpa)<sup>2</sup>.

Il processo amministrativo, retto dal principio dispositivo e dell'impulso di parte, serve infatti alla tutela di interessi individuali e non al ripristino della legalità amministrativa, avendo ad oggetto, proprio come il processo civile, la tutela giurisdizionale di situazioni giuridiche soggettive, di cui si assume la lesione e di cui si invoca protezione<sup>3</sup>.

La natura soggettiva della giurisdizione amministrativa è, inoltre, consacrata a livello costituzionale: gli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione, infatti, delineano «la giurisdizione amministrativa, nelle controversie tra amministrati e pubblico potere, [come] primariamente rivolta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e solo mediatamente al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, legalità che pertanto può e deve essere processualmente perseguita entro e non oltre il perimetro dato dalle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini»<sup>4</sup>.

L'oggetto del processo amministrativo è insomma individuato dalla Costituzione nella tutela dell'interesse legittimo, e del diritto soggettivo nelle «particolari materie» devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e non già nella mera legittimità dell'azione amministrativa.

Come più volte ricordato dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>5</sup>, il principio della domanda

enunciato dall'art. 24 Cost. – che affianca le due situazioni soggettive attive del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo quali presupposti per l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale – rende impossibile considerare quella amministrativa una giurisdizione di diritto oggettivo<sup>6</sup>.

Proprio in forza della «natura della giustizia amministrativa quale giurisdizione soggettiva, pur con talune peculiarità – di stretta interpretazione – di tipo oggettivo», oltre che del «principio della domanda, che regola anche il processo amministrativo» e della «regola secondo la quale nel processo amministrativo debba darsi al ricorrente vittorioso tutto quello e soltanto quello che abbia chiesto ed a cui abbia titolo», l'adunanza plenaria ha, ad esempio, escluso che il giudice amministrativo possa accordare d'ufficio, alla parte vittoriosa, una tutela risarcitoria anziché caducatoria, ritenendola non già più soddisfattiva, bensì più congrua alla situazione concreta<sup>7</sup>.

Il giudice amministrativo non può cioè, in virtù dei principi che reggono il processo amministrativo, sostituire la forma di tutela richiesta dal ricorrente, preferendogliene, in mancanza di apposita domanda, una diversa e facendo recedere il suo interesse sulla base di valutazioni attinenti all'interesse dei controinteressati e agli effetti particolarmente pregiudizievoli dell'annullamento nei loro confronti, all'interesse pubblico, al tempo trascorso dalla emanazione degli

---

abbia spostato decisamente il confine verso l'esigenza di tutela dell'interesse privato, segnando l'abbandono definitivo della ricostruzione in termini oggettivi della tutela erogata dal giudice amministrativo, nonostante continui a offrire spunti in tal senso, come ad esempio la possibilità dell'adunanza plenaria di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge; M. Baldi, *La Corte UE ancora sul ricorso incidentale escludente: la concorrenza come bene della vita?*, in *Urb. app.*, n. 1/2020, p. 47. In generale sul tema, F. Francario e A. M. Sandulli (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzaroli*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

2. V. Domenichelli, *Il principio della domanda del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2020, p. 27.

3. V. Domenichelli, *op. ult. cit.*, p. 41; V. Cerulli Irelli, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2014, p. 342, secondo cui il processo amministrativo, attraverso le varie azioni che in esso possono essere esercitate, è strumento di tutela di situazioni soggettive (diritti o interessi legittimi) allo stesso modo del processo civile e, quindi, processo di tipo o a contenuto soggettivo; F. Cintioli, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2012, p. 255, il quale osserva che il processo amministrativo, sin dalla sua nascita, si è nettamente e sempre smarcato da una accezione oggettivistica pura. Il suo tratto caratterizzante, infatti, è sempre stato quello dell'applicazione del principio della domanda e della connessa disponibilità del diritto di azione in capo al ricorrente: a questi spetta il potere di rinunciare al ricorso; a questi spetta di indicare i motivi entro i quali resta circoscritto l'accertamento del giudice, al quale è sempre stato precluso di assumere iniziative officiose che vadano oltre tali confini; A.M. Sandulli, *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in *Federalismi*, n. 3/2017, la quale osserva che, ancorché tradizionalmente giudizio di parti, quello amministrativo si è arricchito nel tempo di alcuni elementi che costituiscono possibile espressione di una giurisdizione di tipo oggettivo, come la legittimazione di alcune amministrazioni ad agire in giudizio per l'annullamento di atti assunti da altre amministrazioni, il potere dell'adunanza plenaria di decidere nell'interesse della legge su questioni di diritto, le controversie in materia di sanzioni sostitutive dell'inefficacia del contratto.

4. Corte cost., n. 271/2019. Nel senso che l'evoluzione del processo amministrativo dopo la Costituzione repubblicana è stata all'insegna del modello della giurisdizione soggettiva, F. Cintioli, *Le innovazioni, op. cit.*, p. 255; M.C. Romano, *Crisi della distinzione tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2020, pp. 1 ss.

5. Tra le altre, Cons. Stato, ad. plen., nn. 4 e 5/2015, n. 9/2014, n. 7/2013, n. 4/2011.

6. La giurisdizione di diritto oggettivo si caratterizza perché il giudice è chiamato a curare un interesse pubblico, prima e oltre che l'interesse e le posizioni giuridiche soggettive delle parti in causa, vi provvede a prescindere dalla domanda di parte e, con specifico riferimento al processo amministrativo, non è vincolato ai motivi dedotti dal ricorrente. Così: F. Cintioli, *Le innovazioni, op. cit.*, p. 255.

7. Cons. Stato, ad. plen., n. 4/2015.



atti impugnati, a ragioni di opportunità, equità e proporzionalità<sup>8</sup>.

Anche nel processo amministrativo, insomma, la scelta della forma di tutela non può essere rimessa al

giudice, ma è di esclusivo appannaggio della parte che la invoca, essendo il processo uno strumento di tutela del ricorrente che lo promuove e non uno strumento di giustizia equitativa<sup>9</sup>.

8. La sentenza ha invece ammesso che il giudice amministrativo può modulare la forma di tutela richiesta, ad esempio determinando, «in relazione ai motivi sollevati e riscontrati e all'interesse del ricorrente, la portata dell'annullamento, con formule ben note alla prassi giurisprudenziale, come l'annullamento parziale; nella parte in cui prevede; o non prevede; oppure nei limiti di interesse del ricorrente; e così via». In altri casi, la giurisprudenza amministrativa ha ammesso che il giudice può modulare gli effetti caducatori della pronuncia giurisdizionale di annullamento dell'atto amministrativo, in funzione di una maggior tutela, o di un minor sacrificio, degli interessi in giudizio: così, ad esempio, Cons. Stato, n. 2755/2011, che ha annullato il piano faunistico venatorio della Regione Puglia, con effetto a far data dall'adozione del nuovo piano; nonché Cons. Stato, n. 1233/2020 (parere reso in sede di ricorso straordinario), che ha annullato il piano specifico di prevenzione antincendio boschivo, relativo a un tratto della pineta litoranea, lasciandolo in vigore per il periodo di 180 giorni per consentire alle amministrazioni di adottare le misure per mettere in sicurezza il sito. Sul tema, in termini per lo più critici: A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione del provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in *Urb. app.*, n. 8/2011, pp. 937 ss.; E. Follieri, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, n. 2/2012, p. 438 ss.; R. Villata, *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2011, pp. 1512 ss.; L. Bertonazzi, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2012, p. 1134; N. Paolantonio, *La dicotomia, op. cit.*, p. 241; A. Scognamiglio, *Annullamento "dalla data in cui"*, in *Giustizia insieme*, 3 agosto 2020, la quale si chiede se il potere di modulare gli effetti demolitori della sentenza sia esercitabile dal giudice d'ufficio oppure solamente su domanda di parte, e in particolare su domanda del solo ricorrente oppure anche dell'amministrazione resistente. L'Autrice ha concluso nel senso che è incompatibile «con i principi propri del processo amministrativo come processo di parti retto dal principio dispositivo proprio l'esercizio officioso del potere di modulare l'effetto caducatorio sull'"autentico interesse delle parti" come individuato dallo stesso giudice. Di detto interesse – invece – solo le parti sono interpreti. Perché il giudice possa pronunciare la decorrenza dell'annullamento *ex tunc, ex nunc* o "dalla data in cui" è essenziale che le parti manifestino un interesse in tal senso. Le parti, dunque la parte ricorrente o l'amministrazione resistente che – come nel caso di specie – ben potrebbe rappresentare al giudice l'eccessiva compromissione dell'interesse generale che l'annullamento retroattivo comporta e ne faccia però esplicita richiesta». In senso parzialmente contrario, F.G. Scoca, *Scioglimento di organi elettivi per condizionamento della criminalità organizzata*, in *Giur. it.*, n. 7/2016, pp. 1722 ss., secondo cui la limitazione temporale dell'efficacia dell'annullamento dev'essere espressamente chiesta dalla parte ricorrente, a cui solamente compete la delimitazione del *petitum*.

Ha parlato di visione anacronistica o pseudopaternalistica della giurisdizione amministrativa perché incentrata prevalentemente sulla tutela dell'interesse pubblico al rispetto della legalità, con riferimento sia alla somministrazione officiosa della tutela risarcitoria in luogo di quella caducatoria, sia alla modulabilità degli effetti temporali dell'annullamento, a prescindere dalla domanda di parte: P. Tomaiuoli, *Il diritto amministrativo nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2020, [www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-diritto-amministrativo-nella-piu-recente-giurisprudenza-della-corte-costituzionale](http://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-diritto-amministrativo-nella-piu-recente-giurisprudenza-della-corte-costituzionale).

9. F.G. Scoca, *Il principio della domanda, op. cit.*, p. 1602; N. Paolantonio, *La dicotomia, op. cit.*, p. 241, secondo cui il principio della domanda impedisce, oltre alla sostituzione dell'azione, ogni modifica del *petitum* operata d'ufficio dal giudice non in presenza di una ragione obiettivamente percepibile, ma sulla base di un apprezzamento personale circa l'idoneità della pronuncia richiesta a soddisfare l'interesse del ricorrente. Il fondamento del modello processuale di diritto soggettivo, infatti, richiede che la domanda sia pienamente disponibile, in via esclusiva, da parte del ricorrente.

È stato, però, osservato che l'adunanza plenaria ha accolto il principio della domanda in un'accezione forte in relazione alle forme di tutela e in un'accezione debole all'interno del processo impugnatorio: V. Domenichelli, *Il principio, op. cit.*, p. 34. Nella sentenza n. 5/2015, infatti, l'adunanza plenaria, dopo aver ribadito che la giurisdizione amministrativa è di diritto soggettivo e che «il principio della domanda e quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato hanno dignità di *Generalklausel* nel processo civile (...) ed in quello amministrativo», ha escluso che «l'obbligo del giudice amministrativo di pronunciare su tutti i vizi-motivi e le domande di annullamento» sia incondizionato. Premesso che la misura giudiziale chiesta, ad esempio l'annullamento di un provvedimento, costituisce il *petitum* e i vizi di legittimità dedotti la *causa petendi*, il giudice è vincolato non solo alla domanda proposta, ma anche alle ragioni poste a fondamento della stessa, in quanto non è lo stesso ottenere l'annullamento per un motivo o per un altro, ben potendo differire l'effetto satisfattivo e conformativo della sentenza. Tuttavia, «la graduazione dei motivi o delle domande [rappresenta] un limite al dovere del giudice di pronunciare per intero sopra di esse, prescindendo dall'ordine logico delle medesime o dalla loro pregnanza (e lo) vincola, sebbene la sua osservanza possa portare, in concreto, ad un risultato non in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico e della legalità». La graduazione dei motivi, consistendo in un'eccezione all'obbligo del giudice di esaminare tendenzialmente tutti i vizi di legittimità costitutivi del *thema decidendum*, trova fondamento nella disponibilità degli interessi dei soggetti che agiscono in giudizio. In mancanza di una espressa graduazione, però, «si rispande nella sua pienezza l'obbligo del giudice di primo grado di pronunciare, salvo precise deroghe, su tutti i motivi e le domande», tenendo conto, «in ragione del particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato al controllo sull'esercizio della funzione pubblica», «della loro consistenza oggettiva (radicalità del vizio) nonché del rapporto corrente fra le stesse sul piano logico-giuridico e diacronico procedimentale», «in vista della completa tutela dell'interesse legittimo ed al contempo della legalità e dell'interesse pubblico». Peraltro, «il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e il conseguente dovere del giudice di pronunciarsi su tutta la domanda, unitamente alle esigenze di miglior cura dell'interesse pubblico e della legalità, comportano che il c.d. assorbimento dei motivi sia, in linea di principio, da considerarsi vietato». Proprio il divieto di assorbimento dei motivi, e l'obbligo del giudice di esaminarli tutti, dovrebbero togliere rilievo all'ordine scelto dal giudice per esaminarli e accoglierli o rigettarli. Tuttavia, ha ammesso l'adunanza plenaria, può ritenersi legittima la tecnica dell'assorbimento dei motivi «quando è espressione consapevole del controllo esercitato dal giudice sull'esercizio della funzione pubblica e se è rigorosamente limitata ai soli casi disciplinati dalla legge ovvero quando sussista un rapporto di stretta e chiara continenza, pregiudizialità o implicazione logica tra la censura accolta e quella non esaminata». Proprio la decisione dell'adunanza plenaria di ammettere, seppur entro certi limiti, l'assorbimento dei motivi significa affidare al giudice la scelta discrezionale del motivo più radicale, inteso non già come motivo più satisfattivo dell'interesse del ricorrente, ma dell'interesse pubblico alla legalità dell'agire amministrativo, così facendo riaffiorare «i segni indelebili della giurisdizione oggettiva»: V. Domenichelli, *Il principio, op. cit.*, p. 33. In senso critico, anche N. Paolantonio, *La dicotomia, op. cit.*, p. 240.

Sotto questo profilo, la configurazione soggettiva del processo amministrativo non è contraddetta dall'istituto delineato dall'art. 34, comma 3, cpa, che consente al giudice di pronunciarsi solamente sull'accertamento dell'illegittimità, «quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente» e sempre che sussista «l'interesse ai fini risarcitori»<sup>10</sup>.

La disciplina codicistica, infatti – in omaggio al principio generale, anche nel sistema della giustizia amministrativa, secondo cui l'interesse a ricorrere, costituendo una condizione dell'azione, deve sussistere per tutta la durata del processo –, introduce un meccanismo di conversione dell'azione di annullamento in azione di accertamento, che, se da un lato inibisce la pronuncia caducatoria in caso di sopravvenuta inutilità per il ricorrente, dall'altro garantisce la tutela del suo interesse all'accertamento giudiziale dell'illegittimità dell'atto impugnato, se da esso sia derivato un danno rispetto al quale può proporsi azione risarcitoria.

La disposizione in esame, però, va pur sempre coniugata con il principio della domanda: non rientra tra i poteri d'ufficio del giudice valutare la sussistenza oggettiva, a fronte del venir meno dell'interesse all'annullamento, di un interesse risarcitorio<sup>11</sup>.

Anche altri istituti codicistici sono stati ritenuti non perfettamente aderenti alla configurazione soggettiva del processo amministrativo<sup>12</sup>: ad esempio, l'art. 32, comma 2, cpa, laddove attribuisce al giudice, sussistendone i presupposti, il potere di convertire sempre l'azione proposta.

Anche in tal caso, si è sottolineata l'esigenza di interpretare la disposizione in termini compatibili con il principio della domanda, ritenendo che essa attribuisca al giudice non già il potere di disporre *ad libitum* la conversione dell'azione proposta in un'altra, ma solamente di verificare la sussistenza dei presupposti per l'accoglimento di una domanda diversa da quella formulata, ove quest'ultima non sia esaminabile e sempre che quella accolta vi sia ricompresa<sup>13</sup>.

Dubbi sono stati sollevati anche con riferimento alla rilevanza della nullità del provvedimento amministrativo, che l'art. 31, comma 4, cpa consente espressamente al giudice di sollevare e sindacare, a prescindere dalla domanda di parte<sup>14</sup>.

Si è osservato, in proposito, che non si tratterebbe di un'ipotesi di giurisdizione oggettiva, ma piuttosto – analogamente a quanto avviene nel processo civile in caso di nullità del contratto – dell'esigenza di evitare ad un atto affetto da una così radicale patologia di produrre effetti nell'ordinamento giuri-

10. In tal senso, *ex multis*: V. Domenichelli, *Il principio*, op. cit., p. 30.

11. In tal senso, Cons. Stato, ad. plen., n. 4/2015. In dottrina, *ex multis*: V. Domenichelli, *Il principio*, op. cit., p. 31; F. G. Scoca, *Il principio della domanda*, op. cit., p. 1604.

In giurisprudenza, per quanto concerne i presupposti applicativi dell'art. 34, comma 3, cpa, secondo un primo orientamento è necessario, affinché la disposizione possa trovare applicazione, che la domanda risarcitoria sia stata proposta nello stesso giudizio, oppure che la parte ricorrente dimostri che ha già incardinato un separato giudizio di risarcimento o che è in procinto di farlo (Cons. Stato, nn. 8550/2010, 6541/2011, 6229/2012, 2626/2013; Tar Lombardia, Milano, nn. 2352/2011 e 2176/2013; Tar Sicilia, Catania, n. 2646/2012; Tar Lazio, Roma, nn. 8432/2013 e 688/2014). Altra giurisprudenza, invece, ritiene che il tenore testuale della norma e la circostanza che il *petitum* della domanda di annullamento contenga in sé, come presupposto necessario, l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento impugnato lascino intendere che non sia necessaria una specifica istanza dell'interessato, potendo il giudice procedere a una verifica d'ufficio della sussistenza oggettiva dell'interesse al risarcimento (Cons. Stato, nn. 2817/2011, 2916/2012, 646/2013, 3848 e 3939/2014; Tar Lazio, Roma, n. 10797/2014; Tar Campania, Napoli, n. 5460/2014 e 2571/2015). Ad avviso dell'orientamento intermedio, incombe sulla parte ricorrente, a fronte di sopravvenienze che abbiano reso inutile il chiesto annullamento, l'onere di prospettare al giudice, mediante una memoria depositata agli atti del fascicolo, ma anche nel corso della discussione orale della causa all'udienza pubblica, in termini dispositivi (impegnativi) e inequivoci, il proprio perdurante interesse ad avere comunque una decisione di merito sulla legittimità o illegittimità degli atti impugnati. In caso di inerzia della parte ricorrente, invece, il giudice resta autorizzato dalla legge senz'altro a dichiarare l'improcedibilità del ricorso (Cons. Stato, nn. 2979 e 1385/2015; Tar Campania, Napoli, nn. 3519 e 4915/2012; Tar Lombardia, Milano, nn. 730 e 2367/2013 e n. 606/2014; Tar Calabria, Reggio Calabria, n. 731/2013). Vi sono poi alcune pronunce che ritengono insufficiente la richiesta di accoglimento del ricorso a fini risarcitori con riserva di proporre domanda risarcitoria in separata sede, allorché non siano allegati i presupposti dell'eventuale azione risarcitoria e soprattutto la sussistenza del danno (in tal senso, Cons. Stato, n. 6703/2012; Tar Lombardia, Milano, n. 1443/2013; Tar Puglia, Bari, n. 649/2014 e Tar Trentino Alto-Adige, Bolzano, n. 284/2014).

12. Ci si limita all'analisi di alcuni istituti del codice del processo amministrativo, senza pretesa di esaminare, in modo esaustivo, gli episodi di giurisdizione oggettiva presenti nell'ordinamento. Si tralasciano, ad esempio, il tema della legittimazione di alcune amministrazioni ad agire in giudizio per l'annullamento di atti assunti da altre amministrazioni e il potere dell'adunanza plenaria di decidere nell'interesse della legge su questioni di diritto.

13. Così V. Domenichelli, *Il principio*, op. cit., p. 30. Il limite alla conversione dell'azione è la sussistenza dei presupposti, ossia il rispetto delle forme e dei termini non già dell'azione da convertire, ma di quella risultante dalla conversione. Inoltre, secondo la giurisprudenza, tra i presupposti per la conversione dell'azione deve sussistere quello della individuabilità di una presumibile volontà della parte diretta alla proposizione dell'azione risultante dalla conversione (Cons. Stato, n. 4267/2014).

14. N. Paolantonio, *La dicotomia*, op. cit., p. 245.

dico, ancorché la nullità non sia stata rilevata dalle parti in causa<sup>15</sup>.

La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, chiarito che la «declaratoria di ufficio della nullità da parte del giudice deve essere correlata al rispetto del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ex artt. 112 c.p.c. e 39 c.p.a., in modo non dissimile da quanto già elaborato dalla giurisprudenza con riferimento alla possibilità ed ai limiti della declaratoria di ufficio della nullità del contratto, ex art. 1421 c.c. (...). Ne consegue che il giudice amministrativo può di ufficio procedere a dichiarare la nullità di atti amministrativi (ovviamente in un giudizio diverso da quello ex art. 31, comma 4, c.p.a.), solo se tale declaratoria risulta funzionale alla pronuncia sulla domanda introdotta in giudizio (e quindi, nel giudizio impugnatorio, alla declaratoria di illegittimità dell'atto impugnato e al suo conseguente annullamento, ovvero, al contrario, al rigetto della domanda di annullamento)»<sup>16</sup>.

Ovviamente, ai sensi dell'art. 73, comma 3, cpa, il giudice, qualora rilevi d'ufficio la nullità dell'atto impugnato, dovrà stimolare il contraddittorio delle parti sulla questione, indicandola in udienza ovvero, se essa emerge dopo il passaggio in decisione, asse-

gnando un termine per memorie scritte<sup>17</sup>. Non sarà però possibile, invece, alle parti stimolare il potere di conversione dell'azione di annullamento in azione di nullità, ex art. 32, comma 2, cpa, essendo previsto un termine di decadenza per il suo esercizio<sup>18</sup>.

Espressione di una giurisdizione di tipo oggettivo appaiono invece, secondo taluni, le norme poste dagli artt. 121, 122 e 123 sulla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione e sulle sanzioni alternative, nel rito degli appalti<sup>19</sup>.

Il problema non è tanto quello della dichiarazione di inefficacia, totale o parziale, del contratto, che, nel caso delle gravi violazioni dell'art. 121, comma 1, cpa, è consequenziale e necessario effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione, salva l'ipotesi derogatoria di cui al comma 2, e, nel caso in cui non ricorrano le gravi violazioni, è rimessa al potere discrezionale del giudice<sup>20</sup>.

L'inefficacia del contratto – che non può essere oggetto di autonoma domanda, perché il giudice amministrativo ne conosce esclusivamente come effetto giuridico determinato dall'annullamento dell'aggiudicazione<sup>21</sup> – è, infatti, implicitamente compresa nella domanda di annullamento dell'aggiudicazione proposta dal ricorrente<sup>22</sup> o deve essere

15. V. Domenichelli, *Il principio*, op. cit., p. 37.

16. Cons. Stato, n. 28/2018, che cita a sua volta Cons. Stato, n. 5799/2011, anche se, rispetto a questa pronuncia, amplia il potere officioso del giudice. Preso atto che «la "opponibilità" della nullità ad opera della parte resistente deve essere fondata su un interesse concreto ed attuale (...) che va tenuto distinto da quello che legittimerebbe la parte all'azione di accertamento della nullità», in quanto «ciò che, in tal modo, la parte persegue non è la declaratoria della nullità dell'atto amministrativo (per il quale occorre la domanda entro il termine decadenziale), ma la paralisi dell'argomento della parte avversaria comunque fondato sull'atto nullo», la sentenza del 2018 ha però ritenuto che il giudice possa «procedere alla declaratoria di nullità dell'atto ritenuto nullo, potendo egli valutare – in ragione del caso concreto sottoposto al suo giudizio – se limitarsi ad accogliere l'eccezione di nullità, sufficiente a soddisfare la posizione dell'opponente, ovvero procedere alla declaratoria della nullità, in tal modo producendo l'effetto della scomparsa dell'atto amministrativo dal mondo giuridico (e non già la semplice "non consistenza" dello stesso nel singolo giudizio)».

17. Secondo N. Paolantonio, *La dicotomia*, op. cit., p. 245, l'art. 31, comma 4, cpa sarebbe una norma incompatibile con il modello processuale di diritto soggettivo, in quanto l'art. 73 cpa non garantisce, a differenza di quanto accade in caso di rilievo d'ufficio della nullità del contratto nel processo civile, l'armonizzazione del potere officioso del giudice con i principi del contraddittorio, della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Anzi, il termine di decadenza per l'esercizio dell'azione di nullità e la mancanza di un contraddittorio collaborativo renderebbero più profondo il solco tra giurisdizione oggettiva e soggettiva in materia.

18. N. Paolantonio, *La dicotomia*, op. cit., p. 245.

19. V. Domenichelli, *Il principio*, op. cit., p. 36; F. Francario, *Profili oggettivi e soggettivi*, op. cit.

20. E. Follieri, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, in *Urb. app.*, n. 10/2011, p. 1132; G. Cumin, *Annullamento dell'aggiudicazione definitiva e sorte del contratto*, *ivi*, n. 1/2016, p. 42.

21. E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2010, pp. 1067 ss., secondo cui il ricorrente deve necessariamente chiedere l'annullamento degli atti pubblicistici che precedono la conclusione del contratto e, dall'accoglimento di tale domanda, consegue (o può conseguire) la dichiarazione di inefficacia del contratto. Il giudice amministrativo, infatti, non svolge un'indagine sul rispetto delle norme di efficacia e validità del contratto, ma considera esclusivamente i vizi del procedimento di affidamento che, se portano all'annullamento dell'aggiudicazione, travolgono o possono travolgere l'efficacia del contratto. L'inefficacia del contratto, quindi, non è autonoma, per cui una domanda riguardante solo la dichiarazione di inefficacia non sarebbe ammissibile: priva del presupposto dell'annullamento, la domanda autonoma di dichiarazione di inefficacia del contratto non può avere alcun fondamento. F. Cintioli, *Le innovazioni*, op. cit., p. 250, il quale parla di appendice processuale della domanda giudiziale di annullamento dell'aggiudicazione.

22. E. Follieri, *Le sanzioni alternative*, op. cit., p. 1140; R. Caponigro, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in *Giust. amm.*, n. 6/2016, pp. 1-29, secondo cui la pronuncia di inefficacia del contratto costituisce un effetto, certo o possibile, dell'annullamento dell'aggiudicazione, non richiedendo alcuna altra specifica domanda. Il relativo potere decisorio non è, pertanto, idoneo ad attribuire alla giurisdizione amministrativa carattere oggettivo, essendo pur sempre preposto a tutela di un interesse individuale.

espressamente richiesta<sup>23</sup>, con conseguente rispetto del principio della domanda<sup>24</sup>.

Una fattispecie di giurisdizione di diritto oggettivo si configura, invece, in tema di sanzioni alternative, disciplinate dagli artt. 121 e 123 cpa, e applicabili in due ipotesi differenziate.

Ai sensi dell'art. 121, comma 4, cpa, quando ricorrono violazioni gravi e, quindi, sia stata annullata l'aggiudicazione perché illegittima, ma «il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata».

Ai sensi dell'art. 123, comma 3, cpa, quando «il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva», ma l'aggiudicazione è legittima in quanto la violazione non ha influito su di essa, assumendo carattere meramente formale.

In questo secondo caso, la sanzione non è collegata all'illegittimità dell'aggiudicazione e non presuppone l'accoglimento della domanda di annullamento, bensì è tesa a sanzionare, in funzione dissuasiva, il mancato rispetto dei termini che vanno osservati prima di sottoscrivere il contratto. Essa, pertanto, non è alternativa, perché non si sostituisce ad alcuna pronuncia, ma si pone come sanzione autonoma, collegata alla violazione, rilevante in sé per sé, delle norme che stabiliscono un tempo di attesa

per la stipulazione del contratto<sup>25</sup>. In tal caso, l'irrogazione della sanzione avviene a iniziativa d'ufficio, senza che il ricorrente riceva alcun vantaggio e senza che abbia interesse a lamentarne la mancata applicazione: la giurisdizione è pertanto di tipo oggettivo<sup>26</sup>.

Nel primo caso, invece, le sanzioni sono conseguenti alle gravi violazioni che rendono illegittima l'aggiudicazione: esse sono effettivamente alternative, cioè sostitutive della dichiarazione di inefficacia del contratto, eccezionalmente evitata o limitata temporalmente<sup>27</sup>.

È discusso in dottrina se sia necessaria o meno la domanda di parte<sup>28</sup>, ma in ogni caso la fase processuale diretta alla loro irrogazione è di giurisdizione oggettiva: quando il giudice ritiene di non dichiarare l'inefficacia del contratto, infatti, la tutela del ricorrente al bene della vita anelato – l'aggiudicazione e il subentro nel contratto appunto – si concentra sul risarcimento del danno per equivalente. Il ricorrente non vanta quindi alcun interesse all'applicazione della sanzione alternativa pecuniaria, che non gli attribuisce nessun vantaggio. Quanto alla sanzione alternativa della riduzione della durata residua del contratto, l'interesse del ricorrente è, invece, del tutto indiretto, eventuale e di mero fatto, in quanto può giovargli solamente se la stazione appaltante decida di indire una nuova gara per la parte non eseguita del contratto e il ricorrente, al pari di ogni altro operatore economico, vi partecipi<sup>29</sup>.

23. F. Cintioli, *Le innovazioni*, op. cit., p. 252, secondo cui per dichiarare l'inefficacia del contratto occorre una domanda giudiziale che presupponga ed involga un tale effetto, che dovrà essere proposta insieme a quella volta all'annullamento-conformazione dell'attività della p.a. e risentirà degli effetti dell'eventuale decadenza processuale. La legittimazione, di riflesso, rimane relativa e circoscritta in capo a colui che possa dirsi legittimato all'azione di annullamento. La dichiarazione di inefficacia del contratto, pertanto, è disposta nel segno dell'effettività della tutela dell'interesse individuale del ricorrente. Peraltro, secondo l'Autore, alcuni incerti dati testuali (ad esempio, il tenore dell'art. 121 cpa), che potrebbero incentivare a costruire un potere giudiziale officioso circa la declaratoria di inefficacia, devono soccombere rispetto alla forza del principio dispositivo quanto alla domanda, che si raccorda agli artt. 24 e 113 Cost., che permea di sé l'intero processo amministrativo e che è sicuramente parte integrante delle tradizioni costituzionali comuni dei Paesi membri dell'Unione europea. Nello stesso senso, P. De Nictolis, *Il punto sul rito abbreviato in materia di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture*, in *Urb. app.*, n. 3/2019, p. 326.

24. In senso contrario, V. Domenichelli, *Il principio*, op. cit., p. 36, secondo cui il giudice prescinde dalla domanda delle parti, che vengono ridotte a mere deduzioni da tenere in considerazione insieme alla gravità della condotta della stazione appaltante e alla situazione di fatto. Ancora più espressione di una giurisdizione di tipo oggettivo, per l'Autore, è la disciplina prevista dall'art. 121, comma 2, cpa, in cui il giudice è chiamato a valutare il mantenimento dell'efficacia del contratto per rispetto di «esigenze imperative connesse ad un interesse generale», nonostante la gravità delle violazioni, e quella dettata dall'art. 122 cpa, in cui il giudice deve stabilire se dichiarare o meno inefficace il contratto, tenendo conto di una serie di elementi che esorbitano dagli interessi di parte.

25. E. Follieri, *Le sanzioni alternative*, op. cit., p. 1129.

26. E. Follieri, op. ult. cit., p. 1132; F. Cintioli, *Le innovazioni*, op. cit., p. 255.

27. F. Cintioli, op. ult. cit., *ibid.*

28. Secondo l'orientamento dominante, le sanzioni sono sempre applicate dal giudice di sua iniziativa, d'ufficio, a prescindere da una domanda di parte: F. Cintioli, op. ult. cit., p. 256; V. Domenichelli, *Il principio*, op. cit., p. 41; G. Fonderico, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2010, p. 891; A. Bartolini - S. Fantini - F. Figorilli, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. app.*, n. 6/2010, p. 656. In senso contrario: E. Follieri, *Le sanzioni alternative*, op. cit., p. 1139, secondo il quale, nel caso di cui all'art. 121, comma 4, cpa, il giudice applica la sanzione come misura alternativa all'inefficacia del contratto, consequenziale all'accoglimento della domanda di annullamento, che non è rimessa quindi alla sua iniziativa d'ufficio.

29. E. Follieri, op. ult. cit., *ibid.*



Insomma, nell'uno come nell'altro caso, la pronuncia del giudice non tutela le situazioni giuridiche soggettive delle parti in causa, ma serve a sanzionare la violazione obiettiva di norme di legge preposte alla tutela di interessi pubblici, quali l'interesse alla concorrenza, alla *par condicio* e alla non discriminazione, alla trasparenza e alla pubblicità<sup>30</sup>.

Accentuano poi la caratterizzazione oggettivante del processo amministrativo, ad avviso di parte della dottrina, le norme in materia di tutela cautelare nel contenzioso sugli atti delle procedure a evidenza pubblica e sui provvedimenti dell'Anac, laddove impongono al giudice di tener conto «di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione» (art. 120, comma 8-ter, cpa) e, in materia di infrastrutture strategiche, «delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera» (art. 125, comma 2, cpa)<sup>31</sup>.

Si ritiene infatti che l'art. 120, comma 8-ter, cpa, da un lato, consentirebbe la tutela cautelare a prescindere da una domanda di parte di inefficacia del contratto; dall'altro, imporrebbe di valutare un'esigenza imperativa al mantenimento del rapporto contrattuale, senza alcun bilanciamento con l'interesse del ricorrente. Risulterebbe così violato l'obiettivo primo del processo di diritto soggettivo: quello di recare soddisfazione all'interesse sostanziale della parte.

La valutazione cautelare, insomma, non è limitata agli interessi, pubblico e privato, portati e difesi dalle parti nel processo, ma è doverosamente estesa alla sorte del contratto, alla luce delle violazioni che affliggono la procedura concorsuale e della loro gravità, e a un interesse qualificato e oggettivo<sup>32</sup>, perché privo di referente soggettivo nella dialettica processuale<sup>33</sup>. Questo interesse – ossia il cd. interesse generale all'esecuzione del contratto a cui rispondono esigenze imperative – va identificato con il bisogno della collettività, e non dell'amministrazione appaltante, che l'opera o il servizio è destinato a soddisfare<sup>34</sup>.

L'interesse generale di cui il giudice deve tener conto in sede di decisione cautelare è, quindi, altra cosa rispetto a quelli delle parti in causa e, in particolare, all'interesse “pubblico”, inteso come interesse dell'amministrazione all'esecuzione del contratto, proprio come il «preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera» di cui all'art. 125 cpa<sup>35</sup>.

## 2. Giurisdizione soggettiva e interesse a ricorrere: nella giurisprudenza costituzionale...

Nel modello di giurisdizione di diritto soggettivo, essendo il processo volto a tutelare l'interesse privato, più che a garantire la legittimità dell'azione amministrativa, assume un ruolo centrale l'interesse a ricorrere, quale condizione dell'azione<sup>36</sup>.

30. Nel senso dell'illegittimità costituzionale di questa ipotesi di giurisdizione, avente natura di diritto oggettivo, G. Greco, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, n. 3-4/2010, pp. 729 ss.; F. Cintioli, *Le innovazioni*, op. cit., p. 258. In senso contrario, E. Follieri, *Le sanzioni alternative*, op. cit., p. 1140, il quale, pur ammettendo che le sanzioni alternative connotano una giurisdizione di diritto oggettivo per la tutela dell'interesse pubblico, ritiene che i dubbi di costituzionalità per incompatibilità con l'art. 103 Cost. siano superabili. Nonostante sia ormai acquisito che il processo amministrativo sia diretto a tutelare situazioni giuridiche soggettive, infatti, non può escludersi che esso possa adattarsi a tutelare anche l'interesse pubblico, in presenza di norme di diritto positivo in questo senso.

31. N. Paolantonio, *La dicotomia*, op. cit., p. 243; G. Severini, *Tutela cautelare e interesse generale*, in M.A. Sandulli e F. Francario (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzaroli* (atti delle giornate di studio sulla giustizia amministrativa in ricordo di Leopoldo Mazzaroli, Siena, 13-14 maggio 2016), Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 17, secondo cui il comma 8-ter intacca la connotazione soggettiva del processo amministrativo, mettendo alla prova il concetto di fondo del processo di parti.

32. Si tratterebbe di un interesse oggettivo di nuovo conio e di immediata formulazione legislativa, espressivo di un'opzione politica a favore della prosecuzione del contratto, di cui si dubita della compatibilità con un sistema processuale di tipo soggettivo e privo di un ufficio portatore di un interesse generale di cui agli artt. 24 e 113 Cost. Così G. Severini, *Tutela cautelare*, op. cit., p. 32.

33. G. Severini, op. ult. cit., p. 18, il quale sottolinea come la norma crei un'asimmetria formale nuova tra tutela cautelare e decisoria definitiva, che ha natura ancora strettamente soggettiva, così rompendo il nesso di strumentalità tra la prima e la seconda. Con la conseguenza che, quando alla negazione della tutela cautelare seguirà l'annullamento dell'aggiudicazione in sede di merito, saranno ridotte le possibilità di una effettiva tutela in forma specifica, ormai tardiva rispetto all'esecuzione del contratto già avviata.

34. In tal senso, G. Severini, *Tutela cautelare*, op. cit., p. 38.

35. Peraltro, per il diritto eurounitario soltanto l'interesse generale, e non quello pubblico della stazione appaltante, può integrare quell'esigenza imperativa idonea a prevalere sulle garanzie della concorrenza e dell'accesso al mercato.

36. A. Berti Suman, *L'immediata impugnazione delle clausole del bando di gara e il ruolo dell'interesse strumentale nel (nuovo) contenzioso appalti*, in [www.sipotra.it](http://www.sipotra.it), 28 maggio 2018, [www.sipotra.it/old/wp-content/uploads/2018/05/L%E2%80%99immediata-impugnazione-delle-clausole-del-bando-di-gara-e-il-ruolo-dell%E2%80%99interesse-strumentale-nel-nuovo-contenzioso-appalti.pdf](http://www.sipotra.it/old/wp-content/uploads/2018/05/L%E2%80%99immediata-impugnazione-delle-clausole-del-bando-di-gara-e-il-ruolo-dell%E2%80%99interesse-strumentale-nel-nuovo-contenzioso-appalti.pdf).



Il processo amministrativo, come si è detto, serve alla tutela di interessi individuali e non al ripristino della legalità amministrativa, avendo ad oggetto la tutela giurisdizionale di situazioni giuridiche soggettive, di cui si assume la lesione e di cui si invoca protezione. È necessario, pertanto, che sussista un interesse personale, attuale e concreto in capo al ricorrente, il quale possa trarre, dalla pronuncia giurisdizionale invocata, un'utilità effettiva<sup>37</sup>.

Il giudice è, infatti, tenuto ad accertare la sussistenza non solo di una situazione protetta che legittimi il ricorrente alla proposizione del ricorso, ma altresì di uno specifico interesse a ottenere, tramite il processo, il risultato utile auspicato<sup>38</sup>. Solo in tal modo, può dirsi che il processo amministrativo sia realmente strumento di tutela di situazioni giuridiche soggettive.

Ciò è quanto di recente affermato dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 271 del 2019 avente ad oggetto il cd. rito super accelerato di cui all'art. 120, comma 2-bis, cpa, introdotto dall'art. 240 d.lgs n. 50/2016 e abrogato dalla l. n. 55/2019, di conversione del dl n. 32/2019<sup>39</sup>.

La disposizione era stata censurata dal Tar Puglia «nella parte in cui onera l'impresa partecipante alle procedure di affidamento dei contratti pubblici di impugnare nel termine decadenziale di trenta giorni il provvedimento che determina le ammissioni delle concorrenti all'esito della valutazione di requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali (primo periodo), a pena di preclusione della facoltà di fare valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure, anche con ricorso incidentale (secondo periodo)».

Ad avviso del giudice rimettente, essa sarebbe stata in contrasto, tra gli altri, con gli artt. 24, 103 e 113 Cost., in quanto il legislatore, imponendo l'attivazione processuale in un momento in cui il ricorrente non ha un interesse attuale e concreto all'impugnazione, avrebbe configurato un'ipotesi di giurisdizione oggettiva, «volta alla verifica della legalità dell'azione amministrativa e scollegata con la posizione soggettiva del ricorrente, che in tal modo verrebbe indebitamente gravato della tutela di un interesse pubblico».

La Corte costituzionale ha riconosciuto la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, ritenendo che essa sia volta, in via primaria e diretta, alla tutela di situazioni giuridiche soggettive e, solamente in via subordinata e mediata, al ripristino della legalità dell'azione amministrativa. Ella ha ravvisato, pertanto, il punto di equilibrio tra interesse pubblico e interesse del privato nel processo amministrativo, ritenendo che l'interesse pubblico alla legalità possa essere processualmente tutelato «entro e non oltre il perimetro dato dalle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini».

La sentenza n. 271 ha però escluso che, nel rito super accelerato di cui all'art. 120, comma 2-bis, cpa, «il legislatore [avesse] configurato una giurisdizione di tipo oggettivo volta a tutelare in via esclusiva o prioritaria l'interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di affidamento». A suo avviso, il processo amministrativo rimarrebbe, anche in tal caso, di tipo soggettivo, perché, come aveva già rilevato il Consiglio di Stato<sup>40</sup>, il rito super accelerato tutelerebbe pur sempre l'interesse proprio e personale del concorrente,

37. G. Severini, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni, ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 3 giugno 2016, p. 5 (vds. anche [www.news4market.it/wp-content/uploads/2016/06/IL-NUOVO-CONTENZIOSO-SUI-CONTRATTI-PUBBLICI-GIUSEPPE-SEVERINI.PDF](http://www.news4market.it/wp-content/uploads/2016/06/IL-NUOVO-CONTENZIOSO-SUI-CONTRATTI-PUBBLICI-GIUSEPPE-SEVERINI.PDF)), secondo cui «in un sistema di giurisdizione soggettiva come quello del processo amministrativo è essenziale, perché il giudice possa essere investito di una domanda giudiziale, che sussista la prima condizione dell'azione: per agire in giudizio è necessario avervi interesse, secondo il principio generale dell'art. 100 cod. proc. civ., valevole – come sempre si dice – anche per il processo amministrativo; ormai anche in virtù della regola generale dell'art. 39, comma 1, cod. proc. amm. (che rinvia ai principi generali espressi dal Codice di procedura civile); e come è presupposto dall'art. 35, comma 1, lett. b), che prevede che il ricorso è inammissibile quando è carente l'interesse. L'interesse, cioè il bisogno di tutela giurisdizionale indispensabile per rimuovere un atto lesivo, dev'essere concreto e attuale, non teorico o generico».

38. V. Cerulli Irelli, *Legittimazione*, op. cit., p. 342; V. Domenichelli, *Il rito "superaccelerato" nel sistema costituzionale ed eurounitario*, in *Il processo*, n. 1/2019, p. 13.

39. Sulla sentenza, P. Tomaiuoli, *Il diritto amministrativo*, op. cit.; L.S. Bertonazzi, *La Corte costituzionale si pronuncia sull'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2020, pp. 185 ss.; F.G. Scoca, *Rito superaccelerato e discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, n. 6/2019, pp. 3258 ss.; L. Salvemini, *Procedure ad evidenza pubblica, efficienza amministrativa e altri valori costituzionali: esigenze di bilanciamento. Riflessioni a margine di Corte cost. 271/2019*, in *Federalismi*, n. 14/2020, ([www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=43415](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=43415)). Sull'abrogazione del rito super accelerato, M. Lipari, *Il rito superspeciale in materia di ammissioni e di esclusioni (art. 120, co. 2-bis e 6-bis del cpa) va in soffitta. E, ora, quali conseguenze pratiche?*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 20 giugno 2019 ([www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/lipari-il-rito-superspeciale-in-materia-di-ammissioni-e-di-esclusioni-art-120-co-2-bis-e-6-bis-del-cpa-va-in-soffitta-e-ora-quali-conseguenze-pratiche](http://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/lipari-il-rito-superspeciale-in-materia-di-ammissioni-e-di-esclusioni-art-120-co-2-bis-e-6-bis-del-cpa-va-in-soffitta-e-ora-quali-conseguenze-pratiche)).

40. Cons. Stato, ad. plen., n. 4/2018, la quale ha appunto ritenuto che, con l'art. 120, comma 2-bis, cpa, «il legislatore abbia inteso espressamente riconoscere autonoma rilevanza ad un interesse procedimentale (quello legato alla corretta formazione della platea dei concorrenti) riconoscendo ad esso una rapida protezione giurisdizionale». Cons. Stato, ad. plen., n. 6/2018, secondo cui il «rito c.d. "superaccelerato" di cui ai commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 del c.p.a. introdotto dall'art. 204, comma 1, lett. d), del d. lgs. n. 50/2016 è volto, nella sua *ratio legis*, a consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione».

quello alla «corretta formazione della platea dei soggetti partecipanti alla gara», la cui maggiore o minore estensione incide oggettivamente sulla sua *chance* di aggiudicazione.

A sostegno della propria decisione, la Consulta ha invocato anche la Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>41</sup>, la quale, proprio con riferimento all'art. 120, comma 2-*bis*, cpa, aveva appunto ritenuto che il rischio che un provvedimento illegittimo di ammissione di un concorrente a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico possa cagionare un danno fosse «sufficiente a giustificare un immediato interesse ad impugnare detto provvedimento, indipendentemente dal pregiudizio che può inoltre derivare dall'assegnazione dell'appalto ad un altro candidato».

Secondo la sentenza n. 271, dunque, la giurisdizione resta di diritto soggettivo, perché l'interesse strumentale che viene in rilievo non è quello pubblicitario al rispetto della legalità della procedura di gara, ma quello privato del concorrente a consolidare la sua *chance* di aggiudicazione<sup>42</sup>.

Insomma, il processo amministrativo è di tipo soggettivo anche quando è diretto a tutelare non l'interesse finale, ossia l'interesse sostanziale al bene della vita, che ne dovrebbe costituire il centro, ma un interesse strumentale. Tuttavia, ha chiarito infine la Corte, affinché siano rispettati i precetti costituzionali (artt. 24, 103 e 113 Cost.), è necessario che «sussista un solido collegamento con l'interesse finale e non si tratti di un espediente per garantire la legalità in sé dell'azione amministrativa, anche al costo di alterare l'equilibrio del rapporto tra le parti proprio dei processi a carattere dispositivo».

Nel caso di specie, però, il «solido collegamento» tra interesse strumentale di cui si chiede la tutela e interesse finale, invocato dalla Corte costituzionale, è di difficile individuazione.

Il riconoscimento dell'interesse strumentale o procedimentale dovrebbe, infatti, risolversi comunque in un beneficio effettivo del ricorrente e in un'anticipazione non meramente ipotetica della sua tutela<sup>43</sup>.

Non si vede, invece, quale sia l'utilità che può trarre il ricorrente dall'accertamento della sussistenza di una causa di esclusione in capo a un concorrente che, ancora, non si sa se conseguirà l'aggiudicazione, a cui il ricorrente stesso aspira. In tal modo, si radica il diritto alla tutela giurisdizionale in presenza del mero rischio della lesione dell'interesse a conseguire l'aggiudicazione, ossia dell'interesse finale<sup>44</sup>. Mentre l'interesse ad agire deve risiedere non già nel rischio di un risultato sfavorevole, ma proprio nell'aspettativa di un risultato utile, che presuppone una lesione concreta e attuale di un diritto o di un interesse legittimo, una lesione cioè che sia reale ed effettiva<sup>45</sup>.

Il timore degli effetti dell'altrui ammissione, a fronte dell'esito ancora incerto della procedura concorsuale, non integra certo una lesione effettiva e attuale, la quale si produrrà solamente se e quando verrà attribuito il bene della vita per il quale si compete mediante la gara: l'aggiudicazione<sup>46</sup>.

Tramite l'emersione di un interesse di nuovo conio – diverso e strumentale rispetto a quello all'aggiudicazione – avente ad oggetto la «corretta formazione della platea dei soggetti partecipanti alla gara»,

41. Corte di giustizia, IV sezione, ord. 14 febbraio 2019, in causa C-54/18, *Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus*.

42. P. Tomaiuoli, *Il diritto amministrativo*, op. cit.

43. P. Tomaiuoli, op. ult. cit. In materia di evidenza pubblica, il bene della vita perseguito è, alternativamente, quello di divenire aggiudicatario del contratto ovvero quello di acquisire la possibilità di divenirlo, all'esito del rinnovato svolgimento della procedura di gara: l'interesse protetto, nel primo caso, è quello finale all'aggiudicazione del contratto; nel secondo caso, è quello alla riedizione del potere amministrativo illegittimamente esercitato dalla stazione appaltante; così G. Cumin, *Rito "superaccelerato", esecuzione anticipata e frammentazione dell'interesse a ricorrere*, in *Urb. app.*, n. 5/2017, p. 650. In senso analogo, G. Severini, *Il nuovo contenzioso*, op. cit., p. 7, il quale ribadisce che l'interesse strumentale, ossia l'opportunità di conseguire il bene della vita tramite la riedizione dell'azione amministrativa, è sufficiente a giustificare l'azione giudiziaria, purché le *chances* di ottenere il bene, cioè l'aggiudicazione, siano effettive.

44. Proprio come fa la Corte di giustizia dell'Unione europea, come si vedrà nel prossimo paragrafo. Sul punto: N. Paolantonio, *La dicotomia*, op. cit., p. 264; G. Cumin, *Rito "superaccelerato"*, op. cit., p. 653, il quale sottolinea come l'atto di ammissione alla procedura di gara del concorrente non ancora aggiudicatario ponga semplicemente in pericolo la posizione giuridica soggettiva dell'operatore economico che vi ha partecipato, anziché lederla in modo personale, attuale e concreto; R. Caponigro, *Il rapporto*, op. cit., p. 21, secondo cui l'onere di immediata impugnazione dell'altrui ammissione alla gara impone a qualunque partecipante, che in quel momento non soffre alcuna lesione della sua posizione giuridica protetta, di gravare un atto, rispetto al quale è terzo, prima che sia disposta l'aggiudicazione e, quindi, prima che la sua lesione si attualizzi con l'aggiudicazione a favore del concorrente della cui ammissione si discute.

45. N. Paolantonio, *La dicotomia*, op. cit., p. 262.

46. G. Severini, *Il nuovo contenzioso*, op. cit., p. 4, il quale osserva che, in assenza dell'attualità della lesione, non si ha interesse a ricorrere, con la conseguenza che l'abilitazione al ricorso avverso gli atti di ammissione alla procedura di gara degli altri operatori economici è frutto di una finzione giuridica, che opera come una tacita presunzione assoluta di lesività, la quale invece, finché non sia intervenuta l'esclusione ovvero l'aggiudicazione, è meramente indiziaria e potenziale. Si crea così un'azione anticipata e preventiva, in vista del premimente interesse generale alla speditezza e sicurezza della procedura di gara.

in realtà l'art. 120, comma 2-*bis*, cpa ha affievolito l'interesse a ricorrere, ancorandolo a una lesione futura e incerta, anziché attuale e concreta, perché condizionata all'eventualità che l'operatore illegittimamente ammesso si aggiudichi l'appalto<sup>47</sup>.

Ciò getta, secondo taluni<sup>48</sup>, «una cupa ombra di oggettività» sul processo amministrativo, che dimentica l'esigenza di assicurare una tutela individuale effettiva e utile, in favore dell'efficacia, speditezza ed economicità delle procedure di gara. Le condizioni dell'azione, a cominciare dall'interesse ad agire, rischiano così di essere contaminate dall'interesse pubblico al rispetto delle regole dettate per lo svolgimento delle procedure di appalto, che ne mettono in discussione alcuni pacifici elementi, come la concretezza e l'attualità della lesione, da un lato, e l'utilità ritraibile dalla pronuncia giurisdizionale, dall'altro<sup>49</sup>.

### 3. ... e nella giurisprudenza euro-unitaria

L'esigenza di assicurare tutela giurisdizionale a interessi pubblici – come l'interesse al funzionamento concorrenziale del mercato e quello alla correttezza delle procedure di gara che ad esso sono strumentali – a discapito di una rigorosa individuazione delle condizioni dell'azione e, conseguentemente, della connotazione soggettiva della giurisdizione amministrativa è emersa anche nel contrasto, tra Corte di giustizia e Consiglio di Stato, cui ha dato vita l'annosa questione dell'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale cd. escludente<sup>50</sup>.

Questo contrasto, quanto meno nella materia degli appalti pubblici, sottende infatti «una diversa idea della nozione di interesse (e legittimazione) al ricorso e, al fondo, una diversa visione della funzione della

47. L. Bertozzi, *La Corte costituzionale si pronuncia*, op. cit., p. 190; V. Domenichelli, *Il rito "superaccelerato"*, op. cit., p. 14, secondo cui l'art. 120, comma 2-*bis*, cpa persegue l'interesse pubblico alla celere definizione della platea dei concorrenti e alla deflazione del contenzioso, piuttosto che quello di tutela della posizione giuridica soggettiva dei concorrenti. Si tratta di una riforma, secondo l'Autore, volta a funzionalizzare la giustizia amministrativa alle esigenze di legalità e celerità dell'azione amministrativa più che a quelle di garanzia degli operatori; V. Zallocco, *Nuovo rito "super speciale": interesse a ricorrere dell'aggiudicatario e termine per la proposizione del ricorso incidentale*, in *L'amministrativista*, 22 marzo 2017; R. Caponigro, *Il rapporto*, op. cit., p. 20, il quale sottolinea come l'ammissione di un concorrente alla gara, finché non sia aggiudicato l'appalto, non lede, se non in via eventuale e potenziale, la sfera giuridica di alcun soggetto; E. Follieri, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, n. 8-9/2016, p. 889, il quale sottolinea che la lesione dell'interesse a ottenere l'aggiudicazione richiede l'emanazione di provvedimenti successivi collegati a un evento futuro e incerto: l'aggiudicazione a favore del concorrente di cui si contesta la legittima ammissione. Non a caso, l'Autore parla di presunzione di interesse a ricorrere, che potrebbe ravvisarsi nella giusta formazione della platea dei concorrenti alla gara, bene divenuto tutelabile autonomamente; G. Cumin, *Rito "superaccelerato"*, op. cit., p. 650, secondo cui l'interesse che sorregge l'impugnazione degli atti di ammissione di cui all'art. 120, comma 2-*bis*, cpa è il risultato di una *factio iuris* corrispondente a scelte di opportunità politica; G. Severini, *Il nuovo contenzioso*, op. cit., p. 4, il quale osserva come, nel rito *ex art.* 120, comma 2-*bis*, cpa, l'utilità finale resterebbe sotto condizione di un'aggiudicazione futura e incerta. Tuttavia, l'Autore rileva come l'innovazione processuale si rifletta sul piano sostanziale, configurando una pretesa sostanziale nuova e autonoma, avente ad oggetto l'interesse alla legittima formazione dei concorrenti al successivo sviluppo procedimentale, il che darebbe attualità e concretezza all'interesse a ricorrere.

48. N. Paolantonio, *La dicotomia*, op. cit., p. 264. In senso conforme, L. Bertozzi, *La Corte costituzionale si pronuncia*, op. cit., p. 190, ad avviso del quale però, pur essendo la funzione costituzionale del processo amministrativo la tutela delle situazioni giuridiche soggettive, la configurazione di circoscritte ipotesi di giurisdizione di diritto oggettivo non viola di per sé la Costituzione. Sarebbe assente, infatti, nel panorama della giustizia amministrativa, un divieto costituzionale di inserire segmenti di giurisdizione oggettiva; V. Domenichelli, *Il rito "superaccelerato"*, op. cit., p. 22, che ha criticato il tentativo del Consiglio di Stato (ad. plen., n. 4/2018) di mantenere questo rito nell'ambito della giurisdizione in senso soggettivo, essendo volto a tutelare non già un interesse personale del concorrente, ma l'interesse dell'amministrazione alla celere definizione della platea dei concorrenti; R. Caponigro, *Il rapporto*, op. cit., p. 20, secondo cui, prima dell'aggiudicazione della gara, non si identificano situazioni giuridiche soggettive di interesse protetto in posizione antagonista rispetto a chi è ammesso alla gara o contesti la propria esclusione. Solamente con l'aggiudicazione, infatti, la stazione appaltante attribuisce il bene della vita a un concorrente e lo nega agli altri. Al contrario, l'interesse a confrontarsi con una platea più ristretta di candidati è un interesse non qualificato e, pertanto, non tutelabile, ossia un interesse di mero fatto, che non coincide né con l'interesse finale all'aggiudicazione della gara, né con quello strumentale alla partecipazione alla stessa, ma con l'interesse pubblico o generale alla speditezza della procedura concorsuale, con conseguente deriva oggettivistica della giurisdizione amministrativa. *Contra*, G. Severini, *Il nuovo contenzioso*, op. cit., p. 13, secondo cui l'interesse legittimo, di nuovo conio, alla giusta formazione della platea dei concorrenti in gara esclude che si versi in un'ipotesi di giurisdizione oggettiva, che sarebbe tale solo se guardata dal punto di vista del bene finale dell'aggiudicazione.

49. Cons. Stato, ad. plen., n. 9/2014, secondo cui «l'interesse ad agire è scolpito nella sua tradizionale definizione di "bisogno di tutela giurisdizionale", nel senso che il ricorso al giudice deve presentarsi come indispensabile per porre rimedio allo stato di fatto lesivo; è dunque espressione di economia processuale, manifestando l'esigenza che il ricorso alla giustizia rappresenti *extrema ratio*; da qui i suoi caratteri essenziali costituiti dalla concretezza ed attualità del danno (anche in termini di probabilità), alla posizione soggettiva di cui si invoca tutela; esso resta logicamente escluso quando sia strumentale alla definizione di questioni correlate a situazioni future e incerte perché meramente ipotetiche».

50. Sul punto, M.C. Romano, *Crisi della distinzione*, op. cit., p. 306.

giurisdizione amministrativa: tendenzialmente soggettiva, perché incentrata sulla tutela delle situazioni giuridiche facenti capo ai consociati, per la giurisprudenza nazionale, e oggettivizzante, perché più attenta alla tutela della legalità dell'azione amministrativa (recte, al corretto impiego di denaro pubblico e ai suoi effetti concorrenziali), per il giudice europeo»<sup>51</sup>.

L'ultima pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea intervenuta sul tema<sup>52</sup> ha statuito che l'articolo 1, par. 1, terzo comma, e par. 3 della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, «deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, e inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi»<sup>53</sup>.

La sentenza del 2019 ha esteso il principio sancito dai precedenti *Fastweb* (2013) e *Puligienica* (2016) – secondo cui gli interessi perseguiti nell'ambito di ricorsi intesi alla reciproca esclusione sono equivalenti e, quindi, il giudice ha l'obbligo di esaminarli entrambi<sup>54</sup> – anche all'ipotesi in cui «altri offerenti abbiano presentato offerte nell'ambito della procedura di af-

fidamento e i ricorsi intesi alla reciproca esclusione non riguardino offerte siffatte classificate alle spalle delle offerte costituenti l'oggetto dei suddetti ricorsi per esclusione».

Ciò perché «non si può escludere» che la stazione appaltante, riesaminando e annullando d'ufficio le ammissioni dei concorrenti collocati in posizione deteriore rispetto al concorrente principale, «sia indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e proceda di conseguenza all'organizzazione di una nuova procedura di gara». Inoltre, in caso di accoglimento del ricorso principale proposto dal concorrente non aggiudicatario, l'amministrazione «potrebbe prendere la decisione di annullare la procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa». Questa possibilità è considerata sufficiente a fondare l'interesse al ricorso, senza bisogno che il ricorrente ne fornisca la relativa prova.

Così facendo, però, la Corte di giustizia ha eccessivamente dilatato l'interesse a ricorrere, fondandolo su un'eventualità, o meglio su una serie di eventualità, sconnesse dall'esito favorevole dell'iniziativa processuale<sup>55</sup>.

In particolare, il soddisfacimento dell'interesse strumentale del concorrente, che ha proposto il ricorso principale, è condizionato alla mera possibilità che la stazione appaltante – dopo aver riscontrato che le offerte in gara, non esaminate in giudizio, presentino gli stessi o altri vizi – decida non già di scorrere la graduatoria, ma di annullare, in autotutela, la procedura di gara e, successivamente, di bandirne un'altra, a cui il concorrente stesso partecipi,

51. Così P. Tomaiuoli, *Il diritto amministrativo*, op. cit.

52. Non è questa la sede per ripercorrere la dibattuta questione dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente nel contenzioso in materia di appalti. Sia consentito rinviare, per una sintetica, ma completa ricostruzione della giurisprudenza europea nazionale in tema, a P. Tomaiuoli, op. ult. cit., nota 25.

53. Corte di giustizia, X sezione, sentenza del 5 settembre 2019, in causa C-333/2018, *Lombardi*, che ha risposto ai quesiti pregiudiziali posti da Cons. Stato, ad. plen., n. 6/2018. Sulla sentenza si vedano, tra gli altri: A. Cacciari, *Morte dell'incidentale paralizzante*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2019, p. 9 ([www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/375087/caccaria.docx/345a549a-26e4-6b74-b050-8cb1783936e4](http://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/375087/caccaria.docx/345a549a-26e4-6b74-b050-8cb1783936e4)); A. De Zotti, *Evoluzione, requiem ed epitaffio del ricorso incidentale escludente dopo la sentenza della Corte di giustizia 5 settembre 2019, n. C-133/18*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 6/2019, pp. 823 ss.; D. Capotorto, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso amministrativo in materia di appalti: "l'interesse meramente potenziale" nuovo paradigma dell'ordinamento processuale?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2020, pp. 665 ss.; M. Baldi, *La Corte UE*, op. cit., p. 45.

54. Di conseguenza, «il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente escluso, qualora la regolarità dell'offerta di ciascuno degli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, dato che, in una situazione del genere, ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare».

55. L. Bertozzi, *La giurisprudenza europea in tema di ricorso incidentale escludente*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2020, p. 532; anche D. Capotorto, *Le condizioni dell'azione*, op. cit., p. 680, il quale rileva come gli ultimi approdi della giurisprudenza europea producano il sicuro superamento degli attributi dell'interesse a ricorrere, garantendo tutela anche a interessi meramente indiretti, potenziali e astratti, la cui realizzazione richiede il verificarsi di plurimi eventi futuri e incerti.



con conseguente *chance* di aggiudicarsi l'appalto<sup>56</sup>. *Chance* che – è evidente – è mediata da un evento del tutto futuro e incerto, che peraltro non è imposto dalla pronuncia giudiziale di annullamento degli atti di gara gravati, ma semplicemente occasionato da essa: l'intervento in autotutela dell'amministrazione<sup>57</sup>.

Ancorare l'interesse ad agire a un evento meramente ipotetico e aleatorio, come l'annullamento d'ufficio, da parte della stazione appaltante, dell'ammissione di tutti gli altri concorrenti in gara oppure la decisione di non aggiudicare l'appalto perché le offerte regolari non la soddisfano sufficientemente, significa, in sostanza, prescindere del tutto e consentire la proposizione del ricorso per il semplice fatto storico dell'avvenuta partecipazione alla gara<sup>58</sup>.

Sembrerebbe, allora, non sussistere quel «solido collegamento» tra interesse strumentale di cui si chiede la tutela e interesse finale, imposto dalla Corte costituzionale per garantire la conformità dell'assetto

processuale ai parametri costituzionali dettati dagli artt. 24, 103 e 113 Cost.<sup>59</sup>.

Al contrario, l'interesse strumentale alla riedizione della gara, riconosciuto in capo a qualsiasi concorrente che contesti l'altrui ammissione, senza alcuna indagine sulla concreta utilità che questi possa trarre dall'accoglimento del ricorso, in virtù della possibilità, meramente ipotetica ed eventuale, che l'amministrazione decida, invece di affidare l'appalto a uno degli operatori la cui offerta non è stata contestata in giudizio, di avviare una nuova procedura, si traduce in un vero e proprio «espedito per garantire la legalità in sé dell'azione amministrativa»<sup>60</sup>.

L'interesse tutelato, cioè, non è più l'interesse dell'operatore economico all'aggiudicazione, anche mediante la riedizione della procedura di gara, bensì l'interesse a una corretta competizione concorrenziale, coincidente con il rispetto della disciplina europea e nazionale in materia di appalti pubblici<sup>61</sup>.

56. P. Tomaiuoli, *Il diritto amministrativo*, op. cit., che parla di un interesse al ricorso ipotetico di quarto grado. Nel senso che una astratta *chance* di ripetizione della gara non rientri nella nozione di interesse strumentale processualmente rilevante ex art. 100 cpc, A. Berti Suman, *Il ricorso incidentale e l'interesse ad agire alla luce delle sentenze Puligienica, GesmbH e Archus*, in *Italiappalti*, 6 settembre 2017, p. 8, secondo cui la nozione di interesse strumentale non può estendersi a ricomprendere le ipotesi in cui, dall'accoglimento del ricorso, non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura di gara, in quanto altrimenti il ricorrente non potrebbe trarre, con assoluta certezza, alcuna utilità da esso. Si cadrebbe così in una giurisdizione di tipo oggettivo.

57. Si veda anche D. Capotorto, *Le condizioni dell'azione*, op. cit., p. 682.

58. In tal senso, L. Bertonazzi, *La giurisprudenza europea*, op. cit., p. 533. Nel senso che la Corte di giustizia, nel riconoscere rilevanza all'interesse generale che l'impresa aggiudicataria non riceva un'ingiustificata forma di vantaggio dalla precedenza accordata in sede processuale dalla sua posizione di aggiudicataria, acquisita peraltro in modo illegittimo, finisce per preordinare il ricorso in materia di appalti alla tutela della legalità, oltre che all'interesse di cui è portatore il singolo concorrente. Si finisce così per stravolgere la funzione giurisdizionale, ponendola a presidio della legalità delle procedure di gara: A. Amore, *Il ricorso all'istituto dell'autonomia processuale in materia di rapporto tra ricorso incidentale e principale: "scacco al re", alla Corte di Giustizia europea?*, in *Foro amm.*, n. 7-8/2018, c. 1406. Vds. anche D. Capotorto, *Le condizioni dell'azione*, op. cit., p. 682, il quale sottolinea come la sentenza imponga di garantire piena tutela a interessi meramente ipotetici, in quanto collegati all'eventualità che l'amministrazione proceda con interventi in autotutela successivamente all'adozione di pronunce giurisdizionali tra imprese che hanno ottenuto la reciproca esclusione, senza intaccare la posizione di altri concorrenti utilmente collocati in graduatoria. Vds. anche D. Capotorto, *Le condizioni dell'azione*, op. cit., p. 680, secondo cui la giurisprudenza europea finisce per accontentarsi di una remota possibilità che la riedizione del potere produca un vantaggio per il ricorrente, così segnando il superamento dei corollari dell'interesse a ricorrere e un'oggettivizzazione del processo amministrativo.

59. Si chiedono se l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza *Lombardi* sia conforme a Costituzione e, soprattutto, se possa giustificare l'attivazione dei cd. controlimiti da parte della Consulta: L. Bertonazzi, *La giurisprudenza europea*, op. cit., p. 534; G. Tulumello, *L'evoluzione della causa del provvedimento amministrativo di scelta del contraente e le sue principali conseguenze ordinarie: l'influsso del diritto UE sulla disciplina, sostanziale e processuale, dei contratti della pubblica amministrazione (anche a margine di Corte cost. n. 271/2019)*, in *Consulta online*, n. 3/2019 (dicembre); A. Amore, *Il ricorso all'istituto dell'autonomia processuale*, op. cit., p. 1415; P. Tomaiuoli, *Il diritto amministrativo*, op. cit., il quale, nel fornire risposta positiva, osserva come ad essere in gioco non sono solamente gli interessi economici delle imprese, ma anche e soprattutto quello all'effettività della tutela giurisdizionale. Ad avviso dell'Autore, infatti, non può dimenticarsi che, nella dimensione costituzionale, il diritto di agire in giudizio è necessariamente limitato alla sussistenza di un bisogno di tutela giurisdizionale, perché altrimenti perde la sua funzione di strumento di garanzia dei diritti e finisce con il compromettere il funzionamento del sistema giudiziario.

60. D. Capotorto, *Le condizioni dell'azione*, op. cit., p. 683, secondo cui la connotazione meramente potenziale dell'interesse, che sussisterebbe anche in presenza della mera astratta possibilità che, a seguito dell'accoglimento del ricorso, l'amministrazione riapra la procedura di gara, comporta che il ricorso sia considerato ammissibile anche in assenza di qualsivoglia prova di un vantaggio, diretto e concreto, che il ricorrente possa trarre.

61. A. Amore, *Il ricorso all'istituto dell'autonomia processuale*, op. cit., p. 1407. M. Baldi, *La Corte UE*, op. cit., p. 61, il quale osserva però che la Corte di giustizia, lungi dal privilegiare una logica di giurisdizione oggettiva, ha in realtà ampliato l'ambito sostanziale dell'interesse legittimo, riconoscendo rilevanza non solamente all'interesse alla rinnovazione della gara, ma anche all'interesse generale a evitare posizioni di vantaggio a favore di un'impresa concorrente, che abbia acquisito in violazione del diritto europeo. Sarebbe proprio l'interesse legittimo ad avere un'estensione diversa rispetto all'interesse al bene della vita costituito dall'aggiudicazione, giungendo la giurisprudenza europea a individuarlo nel rispetto delle regole di svolgimento delle gare. Insomma, si rimarrebbe nel perimetro della giurisdizione soggettiva, perché i concorrenti vengono considerati portatori di un interesse, non solo di quello finale all'aggiudicazione e di quello strumentale alla rinnovazione della gara, ma anche dell'interesse alla parità di condizioni e alla concorrenza, che si porrebbero come beni intermedi.



## Spigolature su riparto di giurisdizione e diritti fondamentali

di *Alberto Giusti*

Le pronunce del giudice amministrativo concernono sempre più spesso i diritti fondamentali coinvolti nell'esercizio dell'azione amministrativa, ma il giudice ordinario conserva il ruolo di giudice naturale dei diritti soggettivi coperti da garanzia costituzionale. Al di là delle attribuzioni di ciascun plesso giurisdizionale, si profila il contributo del "servizio-giustizia" nel suo complesso, con il pluralismo delle giurisdizioni, nella direzione dell'effettività della tutela.

**1.** La tutela dei diritti fondamentali non rappresenta un'attribuzione esclusiva della giurisdizione del giudice civile ordinario: è il "servizio-giustizia" nel suo complesso, con il pluralismo delle giurisdizioni, che ne assume il compito e la responsabilità.

La giurisprudenza più recente consente di cogliere questa prospettiva, mostrando all'interprete che, quando si trovano di fronte all'esercizio di un potere pubblico, le situazioni soggettive riconosciute dalla Costituzione e dalle Carte dei diritti reclamano sempre più spesso la loro garanzia di effettività anche dinanzi al giudice amministrativo.

L'indagine "sul campo" ci consegna almeno due dati significativi.

Per un verso, l'ampiezza dell'ambito degli interventi del giudice amministrativo: dalla salute, nei suoi diversi aspetti e declinazioni, ai diritti degli stranieri nelle nuove dimensioni della cittadinanza, al diritto alle prestazioni sociali che gli individui pretendono dai pubblici poteri, sempre più erogatori di servizi nello Stato sociale, al bilanciamento tra diritti inviolabili e doveri inderogabili attraverso il collante della solidarietà.

Per l'altro verso, il senso complessivo delle pronunce, che va nella direzione dell'estensione delle tutele e dell'ampliamento delle garanzie.

**2.** Così, intervenendo sul seguito pubblicistico del caso Englaro, il Consiglio di Stato (sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460) si è posto l'interrogativo

se – a fronte del diritto inviolabile, riconosciuto da una sentenza del giudice ordinario, che il paziente ha di rifiutare le cure, interrompendo il trattamento sanitario non più voluto – l'amministrazione sanitaria regionale in concreto possa o meno qualificare, in termini organizzativi, la relativa richiesta come estranea al Servizio sanitario nazionale e al novero delle sue prestazioni. Il giudice amministrativo ha escluso questa possibilità, rilevando che il diritto alla salute, oltre ad essere assoluto e inviolabile, è anche un diritto soggettivo pubblico o diritto sociale che, nella dinamica del suo svolgersi e del suo concreto attuarsi, ha per oggetto una prestazione medica con necessari e primari interlocutori le strutture sanitarie del Servizio sanitario. E ne ha fatto discendere l'obbligo dell'amministrazione sanitaria di attivarsi e attrezzarsi perché tale diritto possa essere concretamente esercitato, escludendo che essa abbia la possibilità di sottrarsi adducendo una propria e autoritativa visione della cura o della prestazione sanitaria che contempra e consenta solo la prosecuzione della vita e non, invece, l'accettazione della morte da parte del paziente consapevole. Ma il giudice amministrativo non ha mancato di dichiarare la propria giurisdizione nella controversia, affermando che, quando l'amministrazione pretenda di incidere sul rapporto mediante l'esercizio di un potere pubblicistico, la situazione del privato che "dialoga" col potere e vi si contrappone assume la configurazione dell'interesse legittimo. Il Consiglio di Stato (sez. III, 21 giugno

2017, n. 3058) ha completato il suo intervento nella vicenda pronunciandosi sulla risarcibilità del danno non patrimoniale subito a causa dell'omessa interruzione delle cure: il rifiuto della Regione di prestare la propria collaborazione all'esecuzione del provvedimento del giudice civile – si afferma – viola il diritto all'autodeterminazione terapeutica e all'effettività della tutela giurisdizionale.

**2.1.** Con un'altra decisione (sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4487), il Consiglio di Stato ha dichiarato l'illegittimità del decreto ministeriale che ha fissato gli oneri contributivi per il rilascio e per il rinnovo dei permessi di soggiorno. Di questa pronuncia preme sottolineare la configurazione data all'interesse collettivo di cui il sindacato dei lavoratori è portatore: esso consiste, tra l'altro, nella rimozione di quegli ostacoli sociali ed economici che impediscono ai lavoratori stranieri – sulla base di pari diritti e opportunità con i lavoratori "nativi" – di poter orientare le proprie scelte di vita e di lavoro senza subire sperequazioni e discriminazioni, eventualmente derivanti anche dall'imposizione, da parte del Ministero, di un contributo eccessivamente oneroso e sproporzionato per ottenere e rinnovare il permesso di soggiorno.

**2.2.** La tutela più avanzata della disabilità è alla base di un'altra decisione del giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 838), recante l'annullamento di un dPCm nella parte in cui, nel regolamentare l'indicatore della situazione economica equivalente (Isee), ricomprende, tra i trattamenti fiscalmente esenti ma rilevanti, l'indennità o il risarcimento a favore delle situazioni di disabilità, quali le indennità di accompagnamento, le pensioni Inps alle persone che versano in stato di disabilità e bisogno economico, gli indennizzi da danno biologico invalidante, di carattere risarcitorio e gli assegni mensili da indennizzo.

**2.3.** I giudici di Palazzo Spada (Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2501) sono stati richiesti di stabilire se, in assenza di un criterio fissato a livello nazionale, una distinzione tra le patologie neurodegenerative possa essere ragionevolmente individuata mediante l'esercizio di una scelta discrezionale da parte delle Regioni, competenti a gestire una certa sovvenzione.

Affermata la propria giurisdizione (sul rilievo che la *potestas decidendi* del giudice amministrativo nella materia dei servizi pubblici comprende anche la tutela dei diritti soggettivi, in ragione della natura esclusiva della giurisdizione ai sensi dell'art. 133 cpa, e che la cognizione e la tutela dei diritti fondamentali non è estranea a tale ambito, nella misura in cui il loro concreto esercizio implica e incontra l'espletamento di

poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali), il Consiglio di Stato riconosce che la Regione gode di un'ampia discrezionalità nel graduire gli assegni di cura sulla base di criteri oggettivi e scientificamente fondati e in relazione alla diversità delle situazioni dei percettori, ma pone ad essa un limite. L'amministrazione regionale non può discriminare i destinatari dei sussidi o delle prestazioni, a parità di condizioni di infermità o di non autosufficienza, solo per ragioni di carattere finanziario, legate agli stringenti vincoli della finanza pubblica, dovendo garantire ragionevolmente il medesimo trattamento a tutti i soggetti che versino nella stessa sostanziale situazione di bisogno, a tutela del nucleo irriducibile del diritto alla salute, quale diritto dell'individuo e interesse della collettività, o di altri valori costituzionalmente rilevanti e in applicazione, comunque, del superiore principio di eguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3, secondo comma, Cost.

**2.4.** Nelle conclusioni della «*Relazione sull'attività della giustizia amministrativa*» (Palazzo Spada, 2 febbraio 2021), il presidente del Consiglio di Stato, Filippo Patroni Griffi, ha affermato che «la solidarietà, intesa come bene collettivo, rende possibile la dignità, intesa come bene individuale, personale, ma richiede comportamenti responsabili come fondamento della comunità, come patto che lega i consociati» (ivi, p. 29). Questo pensiero guida la decisione assunta nel decreto della III sezione del Consiglio di Stato, 30 marzo 2020, n. 1553, in tema di disposizioni adottate per ragioni sanitarie legate all'emergenza epidemiologica da Covid-19: il giudice amministrativo dà atto che sono state definite e applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona – dal libero movimento, al lavoro, alla *privacy* – ma in nome di un valore ancor più primario e generale, di rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo.

**2.5.** Con la sentenza 24 novembre 2020, n. 7343, la III sezione del Consiglio di Stato ha dichiarato illegittima la delibera di giunta che introduce una disciplina differenziata per la procreazione medicalmente assistita eterologa, a carico del Servizio sanitario regionale, rispetto a quella omologa, essendo irragionevole e discriminante la previsione, per la prima, del

limite del quarantatreesimo anno di età e del tetto massimo di tre cicli. Se ha una sua plausibilità logica l'affermazione di principio secondo cui i rischi connessi alla gravidanza aumentano con l'avanzare dell'età della donna e possono ragionevolmente incrementarsi nel caso di ovodonazione, allo stesso tempo non può dirsi sufficientemente dimostrato che il limite di età, fissato nel quarantatreesimo anno, costituisca la soglia limite oltre la quale le tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo perdano la loro efficacia ovvero si rivelino finanche pericolose sì da poter ancorare, in modo rigido, a tale soglia di età la previsione più elastica mutuabile dal dato normativo di riferimento, che recepisce come criterio discrezionale quello dell'età potenzialmente fertile dei soggetti.

**3.** Le pronunce passate in rassegna offrono l'immagine di un giudice amministrativo oramai "ordinario" per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive nei confronti dei poteri pubblici, secondo il principio fissato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004. Il giudice amministrativo si pone come garante del corretto bilanciamento tra diritti individuali, anche di rilevanza costituzionale, e doveri derivanti dall'appartenenza a una comunità.

**4.** Quali sono i fattori che hanno contribuito a questa evoluzione?

**4.1.** Innanzitutto, una nuova consapevolezza culturale.

Si è progressivamente affermata l'idea che la categoria dei diritti fondamentali non delimita un'area impenetrabile all'intervento di pubblici poteri autoritativi: questi sono sempre più spesso chiamati, non solo all'assolvimento dei compiti rivolti ad attuare i diritti costituzionalmente garantiti, ma anche a offrire ad essi una tutela sistemica, nel bilanciamento con le esigenze di funzionalità del servizio pubblico.

I diritti sociali, in particolare, hanno un contenuto di natura pretensiva: necessitano, là dove invocano una prestazione pubblica, di una mediazione amministrativa. Una volta che il potere è stato attribuito, è al corretto esercizio di questo che deve aversi riguardo per fornire piena tutela al titolare dell'interesse sostanziale, senza che possa darsi rilievo alla natura "fondamentale" o "sociale" della situazione giuridica (Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371).

Come ha scritto Massimo Luciani, «non ha senso proclamare diritti se non vi è potere che li protegga e consenta di farli valere».

«Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che

abbia la prevalenza assoluta sugli altri» (Corte cost., sent. n. 85/2013).

Enrico Scoditti suggerisce un approccio laico al tema del riparto di giurisdizione sui diritti fondamentali. I beni della vita sono sempre proiezione, in modo più o meno prossimo, di un qualche diritto fondamentale. Diritti soggettivi e interessi legittimi sono le tecniche apprestate dall'ordinamento mediante cui si provvede alla tutela in forma specifica del bene della vita, riconducibile secondo diverse gradazioni al principio costituzionale, all'esito del bilanciamento con altri valori costituzionali.

Nicola Pignatelli condivide questo ragionamento. Ciò che esiste come un *prius* rispetto alla relazionalità in concreto dell'ordinamento è un interesse materiale, intimamente connesso a un singolo bene della vita, anche di rilevanza costituzionale; tale interesse è qualificabile come interesse legittimo o diritto soggettivo, alla luce dell'esistenza (o dell'inesistenza) di una norma attributiva e fondativa di un potere pubblico.

**4.2.** Il secondo fattore è rappresentato dal formante legislativo: la progressiva estensione, in questi ultimi anni, della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Se in origine era da considerare eccezionale il fatto che la tutela dei diritti soggettivi ricadesse nella giurisdizione del giudice amministrativo, gli interventi del legislatore dell'ultimo ventennio, culminati nel codice del processo amministrativo, hanno devoluto intere aree dell'ordinamento alla cognizione di quel giudice, profondamente trasformando il sistema della giurisdizione amministrativa delineato dal Costituente.

I diritti costituzionalmente tutelati non rappresentano più un confine insuperabile tra le due giurisdizioni. È espressamente prevista la loro compatibilità con la giurisdizione amministrativa.

Così, il cpa esclude che la concessione o il diniego della misura cautelare possa essere subordinata a cauzione quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale (art. 55). Inoltre, esso affida alla giurisdizione esclusiva del giudice speciale le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati (art. 133, comma 1, lett. p).

A loro volta, le situazioni giuridiche fondamentali godono, nell'ambito del processo amministrativo, di una tutela pienamente satisfattiva dell'interesse del privato. Come si legge in una recente sentenza del giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321), «all'esito dell'evoluzione

giurisprudenziale e normativa culminata con il nuovo codice del processo amministrativo, il sistema delle tutele è stato segnato» da importanti sviluppi, «che si pongono tutti in direzione di una maggiore “effettività” del sindacato del giudice amministrativo in grado di approntare un rimedio adeguato al bisogno di tutela, rendendo concretamente tangibile l’evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali, come delineata dal suddetto nuovo codice del processo amministrativo».

**4.3.** *Last but not least*, la giurisprudenza costituzionale.

La sussistenza di poteri conferiti dalla legge alla pubblica amministrazione, anche quando il bene della vita coinvolto è proiezione di un diritto fondamentale, trova conferma nel riconoscimento, a opera della Corte costituzionale, della idoneità del giudice amministrativo «ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell’esercizio della funzione amministrativa». Non vi è «alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti» (sent. n. 140/2007).

**5.** Il giudice del riparto riconosce, e non da oggi, la compatibilità della figura dei diritti costituzionalmente tutelati con la giurisdizione amministrativa.

In una vicenda relativa a un diritto inviolabile quale la libertà religiosa, le sezioni unite (con l’ord. 10 luglio 2006, n. 15614) affermano che la controversia avente ad oggetto la contestazione della legittimità dell’affissione del crocifisso nelle aule scolastiche rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell’art. 33 d.lgs n. 80/1998, e successive modificazioni, venendo in discussione provvedimenti dell’autorità scolastica che, attuativi di disposizioni di carattere generale adottate nell’esercizio del potere amministrativo, sono riconducibili alla pubblica amministrazione-autorità. «Nel contesto esistente in questo momento storico – e nel rapporto che ne consegue tra il principio di laicità dello Stato, il potere organizzatorio dell’amministrazione scolastica e la posizione soggettiva dei singoli fruitori del servizio – certamente suscettibile di evoluzione sul piano legislativo in ragione delle sempre più pressanti esigenze di tutela delle minoranze religiose, etniche e culturali in un ordinamento ispirato ai valori della tolleranza, della solidarietà, della non discriminazione e del rispetto del pluralismo, appare condivisibile l’orientamento espresso dal Consiglio di Stato nella recente sentenza n. 556 del 2006, che in analogia con-

troversia ha ritenuto la propria giurisdizione, come in ogni ipotesi in cui la vertenza abbia ad oggetto la contestazione della legittimità dell’esercizio del potere amministrativo, ossia quando l’atto amministrativo sia assunto nel giudizio non come fatto materiale o come semplice espressione di una condotta illecita, ma sia considerato nel ricorso quale attuazione illegittima di un potere amministrativo, di cui si chiede l’annullamento».

A sua volta, Cass., sez. unite, 29 aprile 2009, n. 9956, riconosce la giurisdizione del giudice speciale sulla domanda risarcitoria promossa da cittadini nei confronti del comune, in relazione alla reiterata omissione della raccolta dei rifiuti urbani. La controversia, che investe il potere dell’amministrazione relativamente all’organizzazione e alle modalità di attuazione dello smaltimento dei rifiuti urbani, ricade nella materia dei pubblici servizi, attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo ove si sia in presenza dell’esercizio di potestà pubblicistiche; tale giurisdizione si estende alle connesse domande risarcitorie, eventualmente proposte in via autonoma, pur se con esse si invochi la tutela di diritti fondamentali, come quello alla salute, stante l’inesistenza nell’ordinamento di un principio che riservi esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti.

**6.** Che cosa rimane, allora, della “difesa a tutta oltranza contro ogni iniziativa ostile, da chiunque provenga”, dei diritti fondamentali, tradizionalmente riservata alla giurisdizione del giudice ordinario?

**7.** È bene ricordare che con due storiche pronunce, nel 1979, la Corte di cassazione (Cass., sez. unite, 9 marzo 1979, n. 1463, e sez. unite, 6 ottobre 1979, n. 5172, concernenti la localizzazione di una centrale nucleare e l’impianto per il disinquinamento del Golfo di Napoli) ha introdotto la formula dei *diritti soggettivi inaffievolibili*, con essa riferendosi ai diritti fondamentali della persona non suscettibili di essere compressi o affievoliti dall’esercizio del potere amministrativo.

Il presupposto di partenza è che – accanto ai diritti personalissimi (diritto all’integrità personale, al nome, etc.), sui quali l’amministrazione per definizione non può incidere perché non è mai titolare di un potere – vi sono altri diritti particolarmente importanti sul piano costituzionale (come quello alla salute e all’ambiente salubre), dotati dall’ordinamento di una protezione giuridica rafforzata, che ne comporta l’immodificabilità a opera del potere amministrativo. Come evidenzia Antonio Carratta, la particolare configurazione di tali diritti soggettivi non consente che essi siano suscettibili di essere degradati a meri



interessi legittimi nemmeno quando siano in qualche modo attaccati dalla emanazione di provvedimenti amministrativi. Di conseguenza, nelle controversie che hanno per oggetto la tutela del diritto alla salute, la pubblica amministrazione, quand'anche agisca per motivi di interesse pubblico, non può affievolire la relativa posizione giuridica e la giurisdizione spetta al giudice ordinario anche in presenza di atti amministrativi efficaci. Allorquando incida sui diritti fondamentali, l'amministrazione agisce non già in veste di autorità, ma nel fatto, in situazione di assoluta carenza di potere.

**8.** Le pronunce del 1979 non appartengono soltanto al bagaglio culturale di ogni giudice. Esse continuano a orientare l'interprete, tracciando il cammino della giurisprudenza delle sezioni unite. La circostanza che la controversia involga diritti costituzionalmente tutelati o protetti continua, infatti, ad avere un significato importante ai fini delle decisioni in tema di riparto.

In materia di raccolta e smaltimento dei rifiuti, nonostante sussista la giurisdizione esclusiva amministrativa, appartiene alla giurisdizione ordinaria la domanda del privato che si dolga delle concrete modalità di esercizio del relativo ciclo produttivo, assumendone la pericolosità per la salute o altri diritti fondamentali della persona e chiedendo l'adozione delle misure necessarie per eliminare i danni attuali e potenziali e le immissioni intollerabili. La condotta contestata integra difatti la materiale estrinsecazione di un'ordinaria attività di impresa, allorquando non siano dettate particolari regole esecutive o applicative di natura tecnica direttamente nei provvedimenti amministrativi, sicché non risulta in alcun modo coinvolto il pubblico potere (Cass., sez. unite, 8 maggio 2017, n. 11142). Ancora, appartiene al giudice ordinario la domanda con cui il privato chieda la cessazione degli effetti pregiudizievoli alla salute derivanti dalle immissioni prodotte dagli aerogeneratori di un parco eolico, quando a essere in gioco non sia l'annullamento del provvedimento amministrativo di autorizzazione all'installazione e gestione dell'impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica, ma la violazione dei limiti di tollerabilità previsti dall'art. 844 cc (Cass., sez. unite, 12 novembre 2020, n. 25578). Spetta al giudice ordinario l'opposizione avverso il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno in favore del cittadino straniero vittima di sfruttamento lavorativo (Cass., sez. unite, 11 dicembre 2018, n. 32044), come pure la cognizione della controversia sul respingimento alla frontiera di uno straniero (Cass., sez. unite, 17 giugno 2013, n. 15115). Il giudice dei diritti soggettivi è competente a conoscere in ordine al diniego dell'autorizzazione

a effettuare cure specialistiche presso centri di altissima specializzazione all'estero (Cass., sez. unite, 6 settembre 2013, n. 20577), e così pure sulla domanda promossa dai genitori di un bambino disabile per lamentare la discriminazione consistente nella mancata predisposizione, da parte dell'amministrazione scolastica, delle ore di sostegno nella misura che, in sede di formulazione del piano educativo individualizzato, era stata individuata come necessaria per l'integrazione e l'assistenza dell'alunno (Cass., sez. unite, 25 novembre 2014, n. 25011).

**9.** La giurisdizione amministrativa sui diritti fondamentali si esprime nelle particolari materie nelle quali il legislatore attribuisce al giudice amministrativo la cognizione anche dei diritti soggettivi.

Si profila, inoltre, una tendenza a riconoscere l'idoneità dell'interesse legittimo a partecipare della tutela di posizioni soggettive riconducibili ai diritti fondamentali.

Non c'è più incomunicabilità tra diritto fondamentale e potere.

**10.** Nondimeno, il giudice ordinario conserva il ruolo, ad esso assegnato dall'assetto costituzionale della giurisdizione, di giudice naturale dei diritti soggettivi coperti da garanzia costituzionale, anche quando la controversia si svolge nei confronti della pubblica amministrazione.

Il giudice ordinario è, innanzitutto, il giudice che assicura la tutela contro il divieto di discriminazioni anche quando la pubblica amministrazione ha attuato la discriminazione in relazione a prestazioni rispetto alle quali il privato non fruisce di una posizione di diritto soggettivo. In presenza di una procedura di stabilizzazione che potrebbe essere scrutinata dal giudice amministrativo, quando l'esclusione di un candidato avvenga sulla base di una norma del bando discriminatoria con riguardo alla nazionalità, la controversia deve essere esaminata dal giudice ordinario in quanto attinente alla violazione dei diritti fondamentali (Cass., sez. unite, 30 marzo 2011, n. 7086).

La tutela dei diritti fondamentali è inoltre affidata al giudice ordinario ogniquale volta all'amministrazione è attribuito, non un potere discrezionale rivolto a bilanciare interessi confliggenti, ma un potere vincolato o meramente ricognitivo dell'esistenza dei presupposti di legge. La controversia avverso il provvedimento di respingimento alla frontiera dello straniero che chieda la protezione di cui all'art. 10 Cost. ricade nella giurisdizione del giudice ordinario perché il relativo provvedimento incide su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo, essendo rivolto, senza margini di ponderazione di interessi in gioco da parte dell'amministrazione, all'accertamento



positivo di circostanze-presupposti di fatto esaustivamente individuate dalla legge e a quello negativo della insussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni vigenti che disciplinano la protezione internazionale (Cass., sez. unite, 17 giugno 2013, n. 15115, cit.). Allo stesso modo, la controversia sul rimborso delle spese sanitarie sostenute dai cittadini residenti in Italia presso centri di altissima specializzazione all'estero, per prestazioni che non siano ottenibili in Italia tempestivamente o in forma adeguata alla particolarità del caso clinico, spetta alla giurisdizione del giudice ordinario, anche nel caso in cui l'autorizzazione sia stata chiesta e si assuma illegittimamente negata, giacché il diritto fondamentale alla salute ha di fronte a sé una discrezionalità meramente tecnica della p.a. in ordine all'apprezzamento dei presupposti per l'erogazione delle prestazioni (Cass., sez. unite, 6 febbraio 2009, n. 2867). La giurisdizione sulla controversia avente ad oggetto il provvedimento di revoca della patente di guida nei confronti dei soggetti che sono stati sottoposti a misure di prevenzione ai sensi del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, continua a spettare al giudice ordinario, secondo la regola generale di riparto, anche a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 99 del 2020, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2 del codice della strada, nella parte in cui dispone che il prefetto «provvede» – anziché «può provvedere» – alla revoca. La ragione è, ancora una volta, da ricercare nella circostanza che la revoca della patente – la quale incide direttamente su una modalità di esercizio di una libertà fondamentale – dà luogo all'esercizio non già di discrezionalità amministrativa, ma di un potere che non affievolisce la posizione di diritto soggettivo del privato (Cass., sez. unite, 19 novembre 2020, n. 26391).

Ancora, la giurisdizione del giudice ordinario è configurabile tutte le volte in cui il diritto fondamentale si presenta nella sua veste di posizione soggettiva a nucleo rigido, il quale, in mancanza dell'intervento richiesto alla p.a., sarebbe esposto al rischio di un grave pregiudizio. In relazione al bene-salute è individuabile – ha affermato Cass., sez. unite, 1° agosto 2006, n. 17461, in una fattispecie di richiesta di ripristino di un parcheggio prossimo al luogo di cura a favore di un gruppo di invalidi emodializzati – un «nucleo essenziale», in ordine al quale si sostanzia un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura allorquando ricorrano condizioni di indispensabilità, di gravità e di urgenza non altrimenti sopperibili, a fronte delle quali è configurabile soltanto un potere accertativo della p.a. in punto di apprezzamento della sola ricorrenza di dette condizioni.

Infine, se manca un collegamento, anche indi-

retto, con l'esercizio del potere amministrativo, la controversia è sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo, anche là dove il legislatore ordinario l'abbia configurata come esclusiva. Se la condotta dell'amministrazione è priva di connotati di autoritatività ed è riconducibile a una condizione di mera obbligatorietà, la giurisdizione appartiene all'autorità giudiziaria ordinaria: così in tema di sostegno scolastico, dove, definito il piano educativo individualizzato, l'amministrazione scolastica è priva di un potere discrezionale di rimodulare o di sacrificare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili, la misura del supporto integrativo individuato dal piano, ma ha il dovere di assicurare l'assegnazione, in favore dell'alunno, del personale docente specializzato (Cass., sez. unite, 25 novembre 2014, n. 25011, cit.). Allo stesso modo, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario allorché il comportamento della pubblica amministrazione che fronteggia il diritto fondamentale sia espressione di una mera attività materiale e dell'omissione di condotte doverose in violazione del generale principio del *neminem laedere*, senza che vengano in rilievo atti e provvedimenti amministrativi (Cass., sez. unite, 3 febbraio 2016, n. 2052 e 12 ottobre 2020, n. 21993). Così, in una fattispecie in cui il privato denunciava la lesione del diritto alla salute, conseguente alla cattiva gestione e all'omessa manutenzione di un bene da parte di un comune che aveva determinato il proliferare di ratti e volatili rendendo l'ambiente circostante insalubre, le sezioni unite (Cass., sez. unite, 22 ottobre 2010, n. 25982) hanno affermato che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la domanda di risarcimento del danno causato dall'inosservanza da parte dell'amministrazione, nella sistemazione e manutenzione di aree o beni pubblici, delle regole tecniche ovvero dei comuni canoni di diligenza e prudenza, integranti il precetto di cui all'art. 2043 cc, per cui l'amministrazione è tenuta a far sì che i beni pubblici non costituiscano fonte di danno per il privato. In tal caso non può essere invocata la giurisdizione esclusiva in materia urbanistica, che rimanda ad attività che esprimono l'esercizio del potere amministrativo, mentre nell'ipotesi in questione non viene in rilievo alcuna attività autoritativa.

**11.** Come insegna Renato Rordorf, il riparto evoca, per sua natura, l'idea del confine, di un confine talora incerto «su cui si sono combattute molte battaglie, sono state talvolta anche stipulate importanti tregue, ma al quale resta pur sempre fatalmente conaturato un rilevante grado d'incertezza».

Eppure, il riparto si presenta anche come un aiuto a distinguere e a orientarsi, a offrire ciascuno nel suo ambito il proprio contributo; soprattutto, ci consegna

– in un «assetto di *separated institutions sharing power*» (secondo l'espressione di Enrico Scoditti e Giancarlo Montedoro) – un'esperienza positiva di concorso nella direzione dell'effettività della tutela e della garanzia dei diritti fondamentali.

Questo, del resto, è l'approccio metodologico che le giurisdizioni devono coltivare e mantenere vivo: la «cultura del confronto» e «l'impegno ad operare» – come ha ricordato il primo presidente della Corte di cassazione, Pietro Curzio, nella *Relazione* inaugurale di quest'anno – affinché il pluralismo contribuisca ad «arricchire una cultura giuridica condivisa». Particolarmente in un periodo nel quale la vita delle persone

affronta le ferite di nuove diseguaglianze e povertà e i poteri pubblici sono chiamati a una ricostruzione che non lasci indietro nessuno, ma sappia coniugare sviluppo, solidarietà e inclusione sociale.

Senza rivendicare primazie, nella sentenza delle sezioni unite del 1979, estensore Aldo Corasaniti, c'è un messaggio culturale che continua a guidarci ancora oggi: il diritto fondamentale dell'individuo richiede il superamento di ogni «considerazione atomistica, asociale, separata dell'uomo» e presenta «un contenuto di socialità e di sicurezza» legato all'essere «partecipe delle varie comunità (...) nelle quali si svolge la sua personalità».

# I diritti fondamentali nel pluralismo delle giurisdizioni

di *Elisa Scotti*

L'ampia attribuzione di giurisdizione al giudice amministrativo in materia di diritti fondamentali ha creato un'indubbia rottura rispetto al sistema costituzionale. La ricucitura sembra correre sulla linea argomentativa dell'efficienza rimediabile del servizio giustizia in uno con la dequotazione della rilevanza della regola di riparto, a fronte di una rinnovata identità del giudice amministrativo dotato oggi, sulla carta, di tutti gli strumenti astrattamente idonei a consentire una tutela effettiva.

## 1. Premessa. Giurisdizione ordinaria e amministrativa ed equiordinazione delle tutele / 2. Il contenimento della tutela e la devoluzione dei diritti fondamentali al giudice amministrativo / 3. Diritti fondamentali e dualità delle giurisdizioni. Regressione o avanzamento della tutela?

### 1. Premessa. Giurisdizione ordinaria e amministrativa ed equiordinazione delle tutele

Il giudice amministrativo, per una parte significativa di controversie in cui è parte la pubblica amministrazione, è ormai giudice dei diritti. E di diritti fondamentali. È questo un nuovo ed essenziale baricentro che, nel nuovo millennio globalizzato, destrutturato e delle crisi, si affianca alla precedente fisionomia della giurisdizione amministrativa, divenuta in prevalenza contesto giudiziario dell'intervento pubblico nell'economia, sin dalle riforme avviate con il d.lgs n. 80/98.

Lo ricordano Enrico Scoditti e Giancarlo Montedoro<sup>1</sup> che, nell'invitare a una riflessione sul pluralismo delle giurisdizioni che caratterizza il nostro sistema di tutela nei confronti della pubblica amministrazione, ne individuano in modo lucido i punti di evoluzione

e insieme di crisi ed evidenziano l'esigenza di un recupero di coordinate atte a preservare la ricchezza e il senso logico di un modello duale.

In effetti, tale senso logico sembra, in certa misura, perdersi di fronte a una molteplicità di affermate equiordinazioni. Equiordinati sono i diritti soggettivi (anche fondamentali) e gli interessi legittimi. Equiordinati sono i sistemi di tutela, nel quadro delle riforme della giustizia amministrativa dell'ultimo trentennio. Equiordinati sono i valori costituzionali, scambiabili e bilanciabili nelle arene deliberative nell'ambito di scelte politico-legislative e nell'esercizio della discrezionalità amministrativa.

In questo contesto, il moderno costituzionalismo per principi, tra aspirazioni e aporie<sup>2</sup>, parrebbe vanificare il discorrere dell'incomprimibilità dei diritti fondamentali e della giurisdizione ordinaria come sede naturale della loro tutela, secondo una grammatica ad oggi superata dall'inevitabilità del bilanciamento.

1. G. Montedoro ed E. Scoditti, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in questo fascicolo.

2. G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2017.

I diritti fondamentali, si sa, potrebbero così indifferentemente incarnarsi in diritti soggettivi perfetti, di libertà o di pretesa di prestazione, o in interessi legittimi, ed essere tutelati innanzi al giudice ordinario o amministrativo, secondo diverse possibili opzioni conformative del legislatore e della giurisprudenza. Le quali non sarebbero espressione di scelte valoriali né di caratteri fondanti un determinato sistema istituzionale, ma incarnerebbero mere *tecniche di tutela*, tutte astrattamente fruibili e che derivano la loro validità, in una prospettiva pragmatico-rimediale, dalla loro concreta capacità di assicurare l'effettività della tutela e, secondo un binomio non privo di antinomie, l'efficienza del *servizio giustizia*, quale tassello di efficienza del complessivo sistema pubblico, soprattutto nella sua incidenza sul mercato<sup>3</sup>. Come osservato dalla Corte di cassazione «il valore costituzionale del giudice precostituito per legge (...) va bilanciato con quello dell'ordine e della speditezza del processo» sicché il corretto riparto di giurisdizione, pur di interesse superindividuale «non esprime più un valore processuale assolutamente imperativo»<sup>4</sup> a fronte di ordini giurisdizionali del pari efficienti.

È questa la linea di ragionamento sposata, come noto, dalla Corte costituzionale, nel ritenere compatibili con il dettato costituzionale le ampie devoluzioni al giudice amministrativo di diritti fondamentali operate dal legislatore tra il 2005 al 2008 in materia di localizzazioni di opere pubbliche, di infrastrutture energetiche, di emergenza e di rifiuti, in risposta alla teoria dei diritti indegradabili, con tutti i corollari in termini di negazione del potere pubblico e di riserva alla giurisdizione ordinaria senza, peraltro, le limitazioni previste dagli artt. 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (Lac)<sup>5</sup>. «Il giudizio amministrativo, infatti, in questi casi assicura la tutela di ogni diritto: e ciò non soltanto per effetto dell'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma

anche perché quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa»<sup>6</sup>.

Tale devoluzione, comprendendo *ratione materiae* anche i poteri emergenziali, si riaccende in tutta la sua problematicità oggi nell'amministrazione pandemica; e, nell'attuale scenario di riespansione dell'autorità, anche nel governo dell'economia, evidenzia l'importanza di un sindacato forte sul potere pubblico e sulla ragionevolezza di non facili bilanciamenti tra diritti fondamentali e tra dimensione individuale e collettiva degli interessi protetti.

In effetti se l'equiordinazione (tra le situazioni giuridiche soggettive e tra le giurisdizioni) fosse effettivamente la nuova chiave di lettura del sistema, lecito sarebbe prospettare l'esperibilità del ricorso straordinario in Cassazione *ex art. 111, comma 7, Cost.* avverso le pronunce del giudice amministrativo in materia di diritti fondamentali, su cui non a caso torna a interrogarsi il saggio di apertura dell'odierno simposio; la prospettiva ulteriore potrebbe poi essere quella di un superamento della dualità delle giurisdizioni e del radicamento della giurisdizione amministrativa in materia di diritti «sulla presenza del soggetto pubblico quale parte della controversia»<sup>7</sup>. In questa tendenza si inserisce l'ordinanza delle sezioni unite n. 19598/2020 che ha chiesto alla Corte di giustizia europea di pronunciarsi sulla mancata estensione del ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione alle sentenze del Consiglio di Stato che violino il diritto dell'Unione europea.

Muovendo da tale constatazione, si è indotti in qualche misura a riflettere nuovamente sulla prospettata equiparazione e a domandarsi se vi è una effettiva interscambiabilità delle tecniche di tutela e dei giudici dei diritti fondamentali per verificare se in realtà non vi siano, nella giurisdizione ordinaria e amministrativa, diversità di apporti che ancora rendano il senso della dualità e della ricchezza di un sistema policentrico, non solo in chiave pragmatista ma anche in chiave valoriale e sistemica.

3. L'efficienza del mercato spesso milita infatti per l'arretramento della tutela, non solo in materia di contratti pubblici, ma anche di diritti fondamentali rispetto ai prevalenti interessi pubblici alla realizzazione, ad esempio, di infrastrutture. Sul punto vds. A. Macchiati e G. Napolitano (a cura di), *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Il Mulino, Bologna, 2010.

4. Così Cass., sez. unite, n. 21260/2016. Cfr. G. Serra, *Intangibilità della giurisdizione, giusto processo ed effettività della tutela. Domande connesse e derogabilità della giurisdizione*, in questa *Rivista online*, 19 giugno 2018, che evidenzia la progressiva erosione del principio di intangibilità della giurisdizione a fronte di esigenze di tutela della ragionevole durata del processo e dell'effettività della tutela.

5. Sul punto si tornerà nel prossimo paragrafo.

6. Corte cost., n. 140/2007

7. A. Romano, *Prefazione alla seconda edizione*, in A. Romano e R. Villata, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 2009, p. XXXVII.

## 2. Il contenimento della tutela e la devoluzione dei diritti fondamentali al giudice amministrativo

Difficile sostenere che il passaggio della tutela dei diritti fondamentali nei confronti del potere pubblico dal giudice amministrativo al giudice ordinario e viceversa sia stato, nel tempo, privo di valore accrescitivo o regressivo dei livelli di tutela.

È infatti noto che la teoria dell'indegradabilità dei diritti fondamentali, collocati da una giurisprudenza pretoria oltre il confine delle prerogative pubbliche e condotti nell'alveo della giurisdizione del giudice ordinario<sup>8</sup>, non possa considerarsi una mera ridefinizione dei confini delle giurisdizioni, ma abbia avuto precise implicazioni in termini di accrescimento della protezione dei diritti individuali, assolutizzati nella loro garanzia rispetto ai contrapposti interessi pubblici<sup>9</sup>.

Lo dimostrano le affermazioni a lungo ricorrenti secondo cui, con riferimento al diritto alla salute, diritto soggettivo incompressibile, perfetto, primario e fondamentale della persona, non potrebbero sussistere poteri pubblici e vicende di affievolimento e di degradazione<sup>10</sup>. Riferite innanzitutto nella dimensione oppositiva del diritto alla salute, tali connotazioni saranno estese alla sua dimensione pretensiva e poi anche ad altri diritti sociali, che, da diritti condizionati dalle disponibilità finanziarie<sup>11</sup> od organizzative, assurgono così al rango di pretese condizionanti le gerarchie della spesa pubblica, afferenti al «nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto»<sup>12</sup>.

L'idea del diritto incompressibile ha vissuto, non incontrastata, per circa un trentennio in un ordinamento con una scala gerarchica di valori chiara e tendenzialmente condivisa.

Tuttavia, l'acme dell'era dei diritti, in uno con il rafforzamento della prospettiva individualistica a scapito di quella sociale ben espressa dalla parabola dell'indennizzo in materia proprietaria, mostrava già in sé il germe della sua debolezza. L'emergere della prospettiva dei doveri, il rafforzamento della dimensione sociale su quella individuale e, in questa più ampia prospettiva, il progressivo rafforzamento di valori collettivi, come la tutela dell'ambiente e le generazioni future, dotati di una forte connotazione etica e aggravati dai contesti di crisi economica ed ecosistemica, è il sostrato su cui si innesta un cambio di approccio alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

La presa di coscienza che «i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri»<sup>13</sup> conduce a una tutela che si realizza, in un quadro pluralistico, attraverso il bilanciamento, ragionevole e proporzionato, con gli altri valori costituzionali, ferma l'incompressibilità del – a tratti chimerico – nucleo essenziale del diritto fondamentale<sup>14</sup>.

In questo percorso si iscrive la riconduzione della tutela dei diritti fondamentali innanzi al giudice amministrativo, avvenuta non per via giurisprudenziale ma attraverso una pluralità di interventi normativi, risposta pragmatica di un legislatore forse «*allarmato da talune posizioni eccessivamente intransigenti assunte dal giudice ordinario*»<sup>15</sup> che non ha esitato a bloccare la localizzazione di opere pubbliche a fronte di rischi per la salute individuale<sup>16</sup>. L'intento è stato dunque di ricondurre la tutela delle posizioni individuali nella dinamica del bilanciamento con il complesso dei contrapposti interessi generali, di fronte al giudice in grado di svolgere la sua funzione di tutela

8. Il riferimento è all'orientamento inaugurato dalla ben note sentenze delle sezioni unite del 1979, nn. 1463 e 5172, aventi ad oggetto il diritto alla salute attentato dalla costruzione di un impianto di depurazione nel Golfo di Napoli.

9. Così L. Coraggio, *La teoria dei diritti indegradabili: origine ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2010, p. 483.

10. Così, ancora per la dimensione oppositiva del diritto alla salute, Cass., sez. unite, 27 febbraio 2013, n. 4848; 8 marzo 2006, n. 4908; per la dimensione pretensiva, Cass., sez. unite, 27 febbraio 2012, n. 2923.

11. Secondo l'efficace formula dei «*diritti finanziariamente condizionati*» per la quale vds. F. Merusi, *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Quad. reg.*, 1985, p. 39.

12. Corte cost., nn. 275/2016 e 169/2017.

13. Per un chiaro approccio chimerico/declamatorio, Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85 in relazione al noto caso Ilva di Taranto. Approccio poi rivisto con sentenza n. 58 del 23 marzo 2018.

14. Ancora Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85; e, in relazione ai controllimiti opponibili al diritto internazionale, Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264.

15. Così L. Coraggio, *La teoria dei diritti indegradabili*, *op. cit.*

16. In senso decisamente critico per l'assolutizzazione della tutela e il mancato bilanciamento, F. Caringella, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, in *Teoria e storia del dir. priv.*, 2008 ([www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=43](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=43)).



attraverso il prisma del potere, della mediazione degli interessi e della sua correttezza.

Il primo intervento si è avuto in materia di energia: innanzitutto con la previsione, nel 2005, della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie aventi ad oggetto le procedure e i provvedimenti in materia di impianti di generazione di energia elettrica<sup>17</sup>: opzione poi rafforzata con l'attribuzione alla competenza del Tar Lazio di tutte le controversie comunque attinenti alle procedure e ai provvedimenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati concernenti la produzione di energia elettrica, anche in relazione alla fase cautelare e alle eventuali questioni risarcitorie<sup>18</sup>.

Proseguendo nella sua opera di spostamento dalla giurisdizione ordinaria a quella amministrativa di segmenti particolarmente *conflittuali* riguardanti le opere pubbliche, il legislatore ha poi investito tutte le situazioni di emergenza: anche per esse è stata affermata, in via esclusiva, la competenza in primo grado del Tar Lazio, estesa espressamente non solo al sindacato sulla legittimità delle ordinanze adottate e dei consequenziali provvedimenti commissariali, ma anche all'emanazione di misure cautelari<sup>19</sup>.

Chiesta di pronunciarsi su tale norma, la Corte costituzionale ne ha affermato la legittimità costituzionale, sottolineando che non sussiste «alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario escludendone il giudice amministrativo la tutela dei diritti costituzionalmente protetti»<sup>20</sup>.

Con il l dl n. 90/2008 («Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile»)<sup>21</sup>, sono state poi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azio-

ne di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati», aggiungendosi che «la giurisdizione di cui sopra si intende estesa anche alle controversie relative ai diritti costituzionalmente garantiti». Anche tale norma supererà il vaglio di costituzionalità<sup>22</sup>.

L'approccio, da ontologico, diviene così di stretto diritto positivo<sup>23</sup> e l'ordine giustificativo che immediatamente prevale è una lettura della Costituzione intesa a dequotare la differenziazione delle tutele e, dunque, a negare che il passaggio di giurisdizione possa tradursi in un arretramento della garanzia dei diritti. Ma è chiaro che l'idea (definita da Corte cost., n. 204/2004<sup>24</sup>) di una giurisdizione amministrativa, anche esclusiva, fondata sul potere (e sul doppio binomio potere/provvedimento e potere/comportamento) anche in relazione a diritti fondamentali, non può che tradursi in una nuova degradazione; nel riconoscimento, cioè, della persistenza del potere pur a fronte della lesione di un diritto fondamentale che non costituisce più un argine invalicabile rispetto al perseguimento di interessi generali attraverso strumenti autoritativi.

Che non sia stata l'equiparazione, ma anzi proprio la differenziazione (se non l'arretramento) delle tutele a condurre i diritti fondamentali innanzi al giudice amministrativo, e che alla base vi sia un ancoraggio di ordine sostanziale – la riconduzione del diritto fondamentale nella sfera di azione del potere pubblico – è immediatamente riconosciuto dalla stessa Cassazione che, allineandosi alle posizioni della Corte costituzionale, evoca in modo esplicito e con un lessico di rottura rispetto al passato «diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 Cost.)», lesi da un «comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della Pubblica Amministrazione di cui sia denunciata l'illegittimità». È riconosciuta in tali casi non solo la giurisdizione del

17. Vds. art. 1, comma 552, l. n. 311/2005 (finanziaria 2005).

18. Vds. art. 41, l. n. 99/2009.

19. Vds. art. 3, comma 2-bis, dl n. 245/2005, conv. con mod. con l. n. 21/2006 (ma ora vds. art. 133, lett. p, cpa).

20. Corte cost., n. 140/2007.

21. Convertito con l. n. 123/2008 (ma ora vds. art. 133, lett. p, cpa).

22. Vds. Corte cost., n. 35/2010, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale anche con riguardo all'inclusione nella giurisdizione esclusiva dei comportamenti meramente materiali posti in essere dalla p.a., specificandosi che «comportamenti» ha riferimento a quelli «costituenti espressione di un potere amministrativo e non anche quelli meramente materiali posti in essere dall'amministrazione al di fuori dell'esercizio di una attività autoritativa» (la decisione è poi stata confermata con le ordinanze nn. 371/2010 e 54/2011).

23. Lo nota E. Scoditti, *Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi: una questione aperta*, in *Foro it.*, n. 6/2014, V, c. 159.

24. Corte cost., n. 35/2010, in riferimento ai comportamenti meramente materiali posti in essere dalla p.a., ha poi specificato che per «comportamenti» si intendono quelli «costituenti espressione di un potere amministrativo e non anche quelli meramente materiali posti in essere dall'amministrazione al di fuori dell'esercizio di una attività autoritativa» (così anche le ordinanze nn. 371/2010 e 54/2011).

giudice amministrativo ma, abbandonate prospettive assolutizzanti, si ammette la possibilità del bilanciamento dei diritti fondamentali con l'interesse generale: «compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie in ordine alla sussistenza in concreto dei diritti vantati, al contemperamento o alla limitazione di tali diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre, nonché all'emissione dei relativi provvedimenti cautelari che siano necessari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie e eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti»<sup>25</sup>.

Il punto di partenza non è più il diritto ma il potere o, meglio, l'interpretazione della norma per comprendere se sia stato effettivamente attribuito alla pubblica amministrazione il potere di incidere su un diritto costituzionale, operando una mediazione tra interessi, o se la norma non abbia predefinito l'assetto di interessi e conferito un diritto con un correlativo obbligo in capo all'amministrazione.

Che questa operazione non sia del tutto neutrale e possa condurre a contrasti interpretativi attraverso opzioni ermeneutiche atte ad affermare o a negare la sussistenza del potere, anche restituendo margini di indegradabilità ai diritti o, più spesso, ipostatizzando l'onnipresenza del potere, lo mostrano le incertezze applicative in relazione alla riconduzione del compor-

tamento al potere<sup>26</sup> ovvero in ordine alla configurazione di doveri funzionali o di veri e propri obblighi in capo all'amministrazione<sup>27</sup>.

### 3. Diritti fondamentali e dualità delle giurisdizioni. Regressione o avanzamento della tutela?

Non convince dunque l'idea che i diritti fondamentali possano albergare nella giurisdizione amministrativa solo perché il giudice amministrativo ha oggi, al pari del giudice ordinario, strumenti per assicurare tutela effettiva laddove la configurazione dei diritti indegradabili costituiva una risposta alla mancanza di adeguati poteri decisori, istruttori e cautelari in capo al medesimo giudice amministrativo.

Innanzitutto l'equiparazione non è piena né per quanto attiene all'istruttoria<sup>28</sup> né per la tutela risarcitoria<sup>29</sup>, né tantomeno per la struttura del giudizio, incentrato non sull'accertamento del diritto ma sul potere e in cui, in ogni caso, campeggia l'interesse pubblico e la mediazione tra gli opposti interessi<sup>30</sup>.

È comunque la prospettiva rimediabile, ispirata all'effettività, che, nel suo empirismo e nella sua pretesa negazionista di ogni sistematicità e del suo valore, sembra in ultima istanza inaccettabile<sup>31</sup>, se non quando parrebbe tradursi, di fatto, in una sorta di utile riproposizione della teoria della doppia tutela<sup>32</sup>.

25. Cass., sez. unite, 28 dicembre 2007, n. 27187.

26. Al riguardo vds. R. Chieppa (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2018, sub. art. 7.

27. Vds. ad esempio, Cons. Stato, ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7 sull'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizio scolastico e di diritti del disabile all'insegnante di sostegno, che individua nella formalizzazione del cd. Pei (Piano educativo individualizzato) il discrimine tra le giurisdizioni. Nella fase anteriore alla emanazione del Pei, la giurisdizione spetterebbe così al giudice amministrativo, nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva, confinandosi l'orientamento opposto delle sezioni unite della Corte di cassazione (25 novembre 2014, n. 25011) alle sole controversie riguardanti l'attuazione di tale piano, l'amministrazione essendo priva del potere di ridurre il numero delle ore di sostegno ed essendosi in presenza di un diritto già pienamente conformato. Ne deriva l'obbligo per l'amministrazione di assumere le misure necessarie a fronteggiare le ore previste dal Pei.

28. M.A. Sandulli, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. società*, n. 2/2020, pp. 203 ss.

29. Consiglio di giustizia amministrativa, sez. giur., 15 dicembre 2020, n. 1136; per un inquadramento, F. Francario, *Giurisdizione amministrativa e risarcimento del danno*, in *Aa. Vv.*, *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. III, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 2231 ss.

30. A. Romano, *Prefazione*, op. cit.; R. Villata, *Pluralità delle azioni ed effettività della tutela*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2020 (relazione al convegno tenuto a Palazzo Spada il 20 novembre 2019, dedicato a i 130 anni della IV sezione del Consiglio di Stato), [www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/villata-pluralita-delle-azioni-ed-effettivita-della-tutela](http://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/villata-pluralita-delle-azioni-ed-effettivita-della-tutela).

31. M. Midiri, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, in *Riv. AIC*, n. 3/2015 ([www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3\\_2015\\_Midiri.pdf](http://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2015_Midiri.pdf)).

32. Secondo la nota posizione di V. Scialoja, *La competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Foro it.*, 1891, I, cc. 35 ss., il quale rilevava: «Quando tra gli oggetti delle domande che si possono proporre dinanzi a diverse autorità vi è assoluta incompatibilità (come avviene nel caso nostro, ove all'autorità giudiziaria può domandarsi solo il riconoscimento del diritto leso e il risarcimento per le conseguenze della lesione ma non l'annullamento dell'atto amministrativo, laddove alla IV sezione può domandarsi solo l'annullamento dell'atto amministrativo), la competenza deve necessariamente determinarsi in base all'oggetto della domanda, e non già in base alla causa della domanda stessa». Questo parrebbe in qualche misura l'approdo, ad esempio, di Cons. Stato, 13 febbraio 2006, n. 556, sulla questione del crocifisso nelle aule scolastiche, secondo cui, «rispetto a situazioni di interesse che sono in relazione con diritti fondamentali della persona non si può e non si deve escludere a priori la sussistenza della giurisdizione amministrativa (...) Quando la vertenza ha come oggetto la contestazione della legittimità dell'esercizio del potere, ossia quando l'atto sia assunto nel giudizio non come fatto materiale o come semplice espressione di una condotta illecita ma sia considerato nel ricorso quale attuazione illegittima di un potere amministrativo, di cui si chiede l'annullamento, la posizione del cittadino si concreta in un interesse legittimo».

I diritti fondamentali sono e devono essere ricondotti al giudice amministrativo esclusivamente nella misura in cui afferiscano alla sfera di un potere e siano lesi da atti e comportamenti che di tale potere costituiscono esercizio. In questi termini, laddove il diritto fondamentale dipenda per la sua soddisfazione dall'esercizio del potere pubblico o la sua lesione sia in connessione con tale potere, la giurisdizione amministrativa costituisce un esito necessitato da un assetto sostanziale centrato sull'intermediazione amministrativa<sup>33</sup>. E, ciò, innanzitutto per evidenti ragioni sistematiche relative al ruolo istituzionale del giudice amministrativo, nato proprio per assicurare una tutela "ulteriore" a fronte del potere e dell'autonomia dell'amministrazione<sup>34</sup>. E poi per la peculiare (e potenziale) forza e incisività del suo sindacato non solo e non tanto attraverso la tutela demolitoria, ma anche e soprattutto conformativa, nell'ambito del sindacato sulla ragionevolezza del bilanciamento degli interessi e, più in generale, dell'esercizio dei poteri discrezionali.

Vi sono e persistono tuttavia ambiti nei quali, per tutelare pienamente i diritti fondamentali, occorre affiancare al giudice amministrativo il giudice ordinario. Il criterio discretivo della linea di confine è il punto problematico su cui lavorare in futuro. Si tratta di questioni di notevole complessità.

Ad esempio, affidare al giudice ordinario controversie in materia di diritti fondamentali concatenati all'esercizio di un potere pubblico conduce a una tutela che, se può apparire fisiologica, si rivela più complessa nella fase attuativa, come la vicenda del diritto all'assistenza scolastica dei disabili mostra, laddove collegata a scelte organizzative della p.a.<sup>35</sup>.

Per converso, dovrebbe spettare al giudice ordinario ogni controversia in cui si faccia questione del nucleo duro dei diritti fondamentali<sup>36</sup> (o del supera-

mento del margine di apprezzamento ammissibile secondo il lessico della Corte Edu).

Così ancora, e più in generale, può dirsi che tutto ciò che esula dalla connessione o dalla dipendenza tra diritto fondamentale e potere pubblico appare come un corpo estraneo alla giurisdizione amministrativa che, se incluso in essa, segna un depotenziamento della tutela, una perdita di specificità del giudice amministrativo e una perdita di coordinate sostanziali e di chiari confini nel rapporto tra autorità e diritti fondamentali dei cittadini.

Il punto è comprendere quando e in che misura il diritto fondamentale, che può dar luogo a ventagli di situazioni giuridiche soggettive – dal diritto perfetto di libertà alla pretesa di prestazione, all'interesse legittimo pretensivo o oppositivo – rientra nello spazio di azione del potere.

Ciò avviene innanzitutto attraverso un'interpretazione del dato normativo, che non esclude margini di adattamento giurisprudenziale della linea di confine e che richiede, per evitare incertezze nell'individuazione del giudice competente, prassi concordate e uniformi. A tal fine, come il giudice ordinario, anche il giudice amministrativo è chiamato a bilanciare principi costituzionali per l'accertamento del diritto fondamentale facendo diretta applicazione delle norme costituzionali, e questo sia dove manchi un'apposita previsione legislativa<sup>37</sup> sia in chiave di interpretazione costituzionalmente orientata di disposizioni apparentemente prive di limiti derivanti dal rispetto dei diritti fondamentali.

Nel definire in che limiti il diritto possa esser fatto rientrare nello spazio di azione del potere, si deve anche tenere conto della prospettiva multilivello in cui i diritti fondamentali si inseriscono. Questo chiama in causa non solo il nucleo duro dei diritti fondamentali, evocato dalla nostra Corte costituzionale

33. F. Patroni Griffi, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, in *Federalismi*, n. 24/2011 ([www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=19267&content=&content\\_author=](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=19267&content=&content_author=)); E. Scoditti, *Ricorribilità*, op. cit.

34. A. Romano, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/1994, p. 635.

35. Sul punto, in materia di diritto all'insegnante di sostegno, vds. ad. plen., n. 7/2016, che, nelle controversie aventi ad oggetto le domande di attribuzione di un numero congruo di ore di sostegno, segna il discrimine tra g.o. e g.a. facendo riferimento all'adozione del Piano educativo individualizzato (Pei) e alla nascita, da tale piano, di precisi obblighi in capo all'amministrazione. Anche Cass., sez. unite, n. 25011/2014 attribuisce controversie afferenti alla fase successiva all'adozione del Pei alla giurisdizione ordinaria, in quanto l'omessa, puntuale attuazione del Pei integra gli estremi di una discriminazione indiretta azionabile secondo il rito definito dalla l. n. 67/2006 e dal d.lgs n. 150/2011 (art. 28). Ma, sulla difficoltà per il giudice ordinario di assicurare una tutela effettiva a fronte di possibili residui poteri organizzativi anche dopo l'approvazione del Pei, per tutti, Tar Salerno, 13 febbraio 2017, n. 266 e Tar Palermo, 5 dicembre 2016, n. 2810, che affermano la giurisdizione amministrativa.

36. G. Montedoro, *Prospettive di riforma della giustizia amministrativa*, in P.L. Portaluri (a cura di), *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 170, che sottolinea la capacità del giudice ordinario, in quanto «assolutamente separato dalle sfere degli altri poteri circostanti nella società», di tutelare «il dissidente contro il potere» il quale «deve sempre avere ingresso in una democrazia, anche quello che ha avuto un danno alla salute».

37. E. Scoditti, *Ricorribilità*, op. cit.

anche nel noto caso Ilva a controbilanciare la sua massima apertura nella relativizzazione dei valori costituzionali<sup>38</sup>, ma anche il limite del margine di apprezzamento prospettato dalla Corte Edu, oltre il

quale i diritti fondamentali non entrano nel conflitto e nella mediazione con gli interessi generali e recuperano la loro dimensione, ridotta ma non depotenziata, di incomprimibilità<sup>39</sup>.

---

38. Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85; ma, per il successivo approdo, Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58.

39. Corte Edu, sez. I, *Cordella e altri c. Italia*, ricc. nn. 54414/13 e 54264/15, 24 gennaio 2019.

# Giudice amministrativo e giurisdizione esclusiva sui diritti fondamentali: il caso del sostegno scolastico ai disabili e i dubbi sul criterio di riparto di giurisdizione seguito dalla Cassazione

di Riccardo Giani

Il presente contributo ha l'obiettivo di indagare il ruolo del giudice amministrativo come giudice dei diritti, in seno alla giurisdizione esclusiva, e in particolare dei diritti fondamentali di rango costituzionale. L'analisi viene svolta prendendo in esame un settore specifico dell'attività amministrativa, quello del sostegno scolastico agli alunni disabili, osservato sia dal punto di vista generale della tematica dei rapporti tra potere pubblico, diritti fondamentali e tutela dinanzi al giudice amministrativo, sia dal punto di vista della giurisprudenza, ivi compresa una lettura critica dei criteri di riparto di giurisdizione elaborati dalle sezioni unite della Cassazione.

1. La sfida proposta nel *position paper* elaborato da Enrico Scoditti e Giancarlo Montedoro, ed eloquentemente riassunta nell'idea del «*giudice amministrativo come risorsa*» (in questo fascicolo), nel suo evocare una rinnovata riflessione sul pluralismo delle giurisdizioni e una concentrazione degli sforzi teorici sul di più di efficacia e di tutela che il nostro sistema giudiziario può dare, proprio in quanto plurale, merita di essere raccolta in un momento storico, come l'attuale, caratterizzato da grandi difficoltà e dalla conseguente necessità di rivitalizzare il nostro sistema istituzionale.

Ve ne sono peraltro le condizioni storiche, una volta che risulti chiaro, in esito agli sviluppi giurisprudenziali dell'ultimo ventennio, consolidati dall'emanazione del codice del processo amministrativo, che il giudice amministrativo ha, non solo la «piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle

situazioni soggettive» ad esso attribuite, ma è altresì un giudice in grado di garantire «agli interessi legittimi – la cui tutela l'art. 103 riserva al giudice amministrativo – le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare»<sup>1</sup>; nella stessa ottica possono richiamarsi le affermazioni della Corte costituzionale sul risarcimento del danno come strumento di tutela, la cui attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo «costituisce attuazione del precetto dell'art. 24 Cost. laddove questo esige che la tutela giurisdizionale sia effettiva e sia resa in tempi ragionevoli»<sup>2</sup>. La pari dignità e idoneità a offrire una tutela piena, che connota i due ordini giurisdizionali, vale anche con riferimento alla giurisdizione esclusiva quando il giudice amministrativo è chiamato a conoscere di diritti soggettivi, secondo la previsione dell'art. 103, comma 1, Cost., che ben possono anche

1. Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2594, con note di S. Benini, A. Travi e F. Fracchia.

2. Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1625, con note di A. Travi e G. De Marzo.



essere diritti fondamentali, avendo la Corte costituzionale evidenziato come il giudice amministrativo «è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa»<sup>3</sup>. La richiamata giurisprudenza ha costituito il substrato sul quale è stato elaborato il codice del processo amministrativo, con l'ampia devoluzione di competenza al giudice amministrativo, anche in sede di giurisdizione esclusiva, e con l'ampio spettro di azioni decisorie ad esso riservate. Dunque equiordinazione tra i due ordini giudiziari, che è poi il risvolto processuale della lunga riflessione dottrinale e giurisprudenziale sulla portata sostantiva dell'interesse legittimo, svincolato da una posizione di minorità rispetto al diritto soggettivo.

È in questo quadro di fondo che possono collocarsi gli sforzi richiesti di una rinnovata lettura del pluralismo giurisdizionale, funzionale a esaltarne i profili positivi, di coesistenza dei due giudici, che rafforza la funzione di tutela offerta alla collettività. In tale contesto, se il sistema dualistico e anche il meccanismo generale di riparto di giurisdizione vengono a costituire un dato consolidato, resta da interrogarsi sui singoli orientamenti elaborati dalla giurisprudenza delle sezioni unite della Cassazione, per valutare se essi, in alcuni casi, non possano essere rivisitati in un'ottica volta ad offrire ai cittadini e alle imprese un sistema il più possibile semplice e unitario di tutela, allorché ciò sia possibile in coerenza con le regole del sistema, evitando che il confine tra le due giurisdizioni passi all'interno del singolo episodio della vita, in contrasto con le esigenze di concentrazione delle tutele e con l'efficacia del sistema.

Nel presente contributo, in un'ottica, per così dire, dal basso e operativa, si intende prendere ad esempio uno specifico settore – quello del sostegno scolastico agli alunni disabili – che ben si presta a una triplice riflessione. In primo luogo, pone in evidenza una concreta fattispecie in cui si hanno diritti fondamentali conformati da poteri pubblicistici e attribuiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, inverando l'affermazione teorica della compatibilità tra diritti fondamentali e tutela giurisdizionale amministrativa. In secondo luogo, consente di sperimentare in concreto l'operatività del giudice amministrativo quale giudice di diritti, in un settore peraltro di grande importanza e incisività sociale, con l'obiet-

tivo di focalizzare lo strumentario utilizzato e la tutela somministrata. In terzo luogo, e soprattutto, impone di provare a interrogarsi se l'articolazione del riparto di giurisdizione proposta dalle sezioni unite in relazione a quest'ambito, e in parte seguita dalla stessa giurisprudenza amministrativa, con qualche distinguo e qualche voce dottrinale dissonante, e che tende a dividere in due aree il sostegno scolastico, con assegnazione l'una al giudice amministrativo e l'altra al giudice ordinario, sia quella più idonea a garantire un buon servizio giustizia, ovvero se sia possibile, in coerenza con le regole del sistema, proporre un diverso assetto, nello sforzo di riflessione sopra richiamato.

**2.** La prima delle tre segnalate riflessioni evoca la complessa e affascinante tematica dei diritti inviolabili, del loro rapporto con il potere pubblico, della rilevanza della suddetta categoria, costruita intorno alla specifica valenza assiologica delle situazioni giuridiche soggettive di forte impronta costituzionale, al fine della ricognizione del riparto tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa. Non può qui che richiamarsi, in sintesi estrema, il lungo e noto cammino percorso dalla riflessione teorica, dall'elaborazione giurisprudenziale e dallo stesso legislatore. Alla fine degli anni settanta del Novecento, con due fondamentali sentenze delle sezioni unite della Cassazione che hanno segnato un'epoca<sup>4</sup>, veniva elaborata una teorica in base alla quale i diritti inviolabili di rango costituzionale (quello alla salute in modo particolare) non potevano che vivere nella dimensione del diritto soggettivo, senza entrare quindi in una relazione dinamica con il potere pubblico, quasi ci fosse una incompatibilità ontologica tra diritto fondamentale e potere; da tale premessa concettuale discendeva il precipitato logico, in ambito giurisdizionale, della attribuzione della cognizione di tali diritti al giudice ordinario e la conseguente esclusione della giurisdizione del giudice amministrativo, anche allorché vi fossero norme attributive di poteri correlati ai diritti medesimi. Il tema è di estrema complessità, come detto, e non ancora del tutto conformi sono le posizioni in argomento dei due plessi giurisdizionali<sup>5</sup>. Quello che è certo ad oggi, allo stato di sviluppo della riflessione cui si è pervenuti, è che non esiste alcuna incompatibilità logica tra diritti fondamentali e potere pubblico<sup>6</sup>, i primi non potendo in molte fattispecie

3. Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro it.*, 2008, I, c. 435, con nota di G. Verde.

4. Si tratta delle notissime sentenze nn. 1463 e 5172 del 1979.

5. Cfr. N. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in *Federalismi*, n. 12/2020, pp. 177 ss. ([www.sipotra.it/wp-content/uploads/2020/05/I-diritti-inviolabili-nel-riparto-di-giurisdizione-la-resistenza-di-un-%E2%80%9Cfalso%E2%80%9D-costituzionale.pdf](http://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2020/05/I-diritti-inviolabili-nel-riparto-di-giurisdizione-la-resistenza-di-un-%E2%80%9Cfalso%E2%80%9D-costituzionale.pdf)).

6. Cfr. E. Scoditti, *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, I, c. 961.

trovare la loro concreta soddisfazione se non nell'esercizio della funzione amministrativa<sup>7</sup>; così come è sicuro che non esiste alcuna riserva a favore del giudice ordinario della tutela dei diritti costituzionalmente protetti, avendo la Corte costituzionale dichiarato legittime costituzionalmente le disposizioni normative che attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la relativa cognizione<sup>8</sup>. Il risultato è condiviso dalle sezioni unite della Cassazione, che hanno riconosciuto la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche in materia di diritti fondamentali<sup>9</sup>, e dal giudice amministrativo<sup>10</sup>. Tale approdo giurisprudenziale trova poi suggello nella disciplina introdotta nel 2010 dal codice del processo amministrativo, che, agli artt. 133, comma 1, lett. p e 55, comma 2, esplicitamente afferma la compatibilità tra tutela giurisdizionale amministrativa e diritti fondamentali.

La disciplina sostanziale del sostegno scolastico ci mostra in maniera plastica come anche un diritto di rango costituzionale viva concretamente nella dinamica con il potere pubblico e come esso abbia bisogno del potere<sup>11</sup> e pretenda il potere<sup>12</sup>, giacché il concreto esercizio anche dei diritti fondamentali «implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali»<sup>13</sup>. È vero che la Corte costituzionale, del tutto condivisibilmente, proprio con riferimento alla tutela dei disabili in ambito scolastico, ha individuato un «nucleo indefettibile di garanzie» che non possono essere comprese per la sal-

vanguardia di altre esigenze, ad esempio finanziarie<sup>14</sup>, e che si impongono quindi tanto al legislatore quanto all'amministrazione; ciò, tuttavia, attiene alla dinamica del potere e al merito del bilanciamento, ponendo un limite all'esercizio della discrezionalità, senza elidere il potere amministrativo, che c'è ed entra in relazione con le situazioni giuridiche che incontra, così che dall'esistenza del richiamato nucleo indefettibile di garanzie non possono ricavarsi conseguenze in termini di riparto di giurisdizione<sup>15</sup>.

Nella evocata fattispecie del sostegno scolastico, il potere pubblico, che interviene a conformare e dar corpo al diritto fondamentale, e che è potere-dovere, cioè funzione pubblica, viene esercitato attraverso l'intervento di una pluralità di soggetti, spesso di composizione collegiale, e si estrinseca in una serie di passaggi procedurali di importanza fondamentale, soprattutto nell'ottica della possibile lesione delle situazioni giuridiche coinvolte e, quindi, della eventuale tutela giurisdizionale. Emerge in primo luogo la predisposizione, a cura delle istituzioni scolastiche e su richiesta delle famiglie interessate, del Piano educativo individualizzato (il cd. Pei, disciplinato dall'art. 12 l. n. 104/1992), che provvede all'assegnazione delle ore di sostegno conformi alle esigenze proprie di ciascun alunno disabile e del personale docente specializzato; a valle vi è poi l'individuazione dei posti di sostegno necessari, che è effettuata dal dirigente scolastico, sulla base del Pei, con conseguente richiesta all'ufficio scolastico regionale (art. 10 d.lgs n. 66/2017). Intorno a questi due atti amministrativi ruota la gran mole di contenzioso amministrativo e le relative controversie possono posizionarsi a monte

7. Si pensi alla complessa e delicata vicenda di Eluana Englaro; cfr. sul punto M. Nocelli, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, 20 febbraio 2018, [www.sipotra.it/old/wp-content/uploads/2018/02/Il-giudice-amministrativo-e-la-tutela-dei-diritti-fondamentali.pdf](http://www.sipotra.it/old/wp-content/uploads/2018/02/Il-giudice-amministrativo-e-la-tutela-dei-diritti-fondamentali.pdf).

8. Cfr. Corte cost., n. 140/2007, cit., e Corte costituzionale, 5 febbraio 2010, n. 35, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2975.

9. Cass., sez. unite, 7 settembre 2016, n. 17674 in *Corr. giur.*, n. 5/2017, pp. 649 ss., con nota di F. Urbani, *La Cassazione torna a occuparsi del rapporto tra riparto di giurisdizioni e diritti fondamentali*.

10. Cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460 sul cd. caso Englaro.

11. L'espressione è di N. Pignatelli, *I diritti inviolabili*, op. cit.

12. L'espressione è di F. Patroni Griffi, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, 5 giugno 2017, ([www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/261561/nsiga\\_4376415.pdf/5ebd693d-449e-6c08-325e-6c46ac33b002](http://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/261561/nsiga_4376415.pdf/5ebd693d-449e-6c08-325e-6c46ac33b002)).

13. Cons. Stato, ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7, in *Foro it.*, 2016, III, c. 585, proprio in materia di sostegno scolastico.

14. Di «nucleo indefettibile di garanzie» parla Corte costituzionale nella sentenza 26 febbraio 2010, n. 80, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1066 (sulla assunzione di insegnanti di sostegno a tempo determinato, anche in deroga al numero massimo legislativamente stabilito), nonché Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2591 e in *Giur. cost.*, 2016, c. 2330, con note di L. Carlassare e A. Lucarelli (sul trasporto degli alunni disabili). Cfr. anche G. Tulumello, *L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 3/2018, pp. 93 ss., [www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/l-effettivita-della-tutela-dei-diritti-fondamentali\\_563.php](http://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/l-effettivita-della-tutela-dei-diritti-fondamentali_563.php).

15. M. Mazzamuto, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, 13 gennaio 2020, [www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/mazzamuto-la-discrezionalita-come-criterio-di-riparto-della-giurisdizione-e-gli-interessi-legittimi-fondamentali](http://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/mazzamuto-la-discrezionalita-come-criterio-di-riparto-della-giurisdizione-e-gli-interessi-legittimi-fondamentali).

oppure a valle del Pei: rientrano tra le prime la mancata predisposizione del Pei ovvero il riconoscimento, nello stesso, di un numero di ore inadeguate alle esigenze dell'alunno; rientrano tra le seconde la non attuazione di quanto previsto nel Pei e le determinazioni del dirigente scolastico assunte in difformità dal Pei. Vedremo in prosieguo di analisi che, sulla base dell'orientamento delle sezioni unite della Cassazione, il primo gruppo di questioni (a monte del Pei) è attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre il secondo (a valle del Pei) alla giurisdizione del giudice ordinario.

Il sostegno scolastico ai disabili ci pone dunque di fronte a un diritto fondamentale che pretende l'esercizio del potere e dell'attività amministrativa correlata, in funzione attuativa e conformativa del diritto stesso, nel rispetto della disciplina sostanziale di quel diritto, connotato da un nucleo di tutela indefettibile, e al quale si correla una tutela giurisdizionale che, almeno fino alla formazione del Pei, appartiene sicuramente alla giurisdizione esclusiva sui pubblici servizi del giudice amministrativo (su ciò, *infra*).

**3.** Il secondo percorso da seguire è quello che attiene all'osservazione di come il giudice amministrativo abbia operato, nello specifico settore in considerazione, quale giudice di diritti, focalizzando quindi lo sguardo sullo strumentario utilizzato e sulla tutela somministrata. Si tratta di analisi complessa, che deve essere tuttavia tentata, concentrando l'attenzione sulla giurisprudenza e lasciando da parte opzioni teoriche di fondo, che individuino, *a priori* e in generale, nel giudice amministrativo<sup>16</sup> ovvero nel giudice ordinario<sup>17</sup> il plesso giurisdizionale in grado di somministrare la mi-

gliore tutela. Pare anzi corretto partire dalla premessa secondo cui «sia il giudice ordinario sia il giudice amministrativo sono stati dotati di strumenti processuali adeguati ed efficaci per tutelare giurisdizionalmente il diritto leso»<sup>18</sup>, per cercare di cogliere se il primo, nell'esercizio della giurisdizione esclusiva in materia di sostegno scolastico, ne abbia fatto buon uso.

La mole di pronunce del giudice amministrativo in materia di sostegno scolastico, anche concentrando l'attenzione solo su quelle degli ultimi anni, è assai notevole, soprattutto in primo grado e in alcuni ambiti regionali, e ne può essere tentata una prima lettura incentrata sui tre passaggi fondamentali della tutela cautelare, della tutela decisoria e della tutela esecutiva.

L'ambito cautelare si presenta di particolare rilevanza, tenuto conto della necessità di un tempestivo intervento giudiziario in caso di mancata adozione del Pei o di assegnazione di un numero di ore inadeguato alla situazione personale dell'alunno, incompatibile con la tutela decisoria<sup>19</sup>. L'esame giurisprudenziale evidenzia la tendenza del giudice amministrativo, già in sede cautelare, a intervenire in maniera penetrante nelle singole fattispecie. Si registrano numerosissime ordinanze cautelari che, nei casi in cui le scuole abbiano omesso di predisporre il Piano educativo individualizzato, ordinano alle istituzioni scolastiche di redigere il Pei per l'anno in corso ovvero di integrare quello predisposto ma incompleto e di darvi immediata esecuzione, secondo la tecnica del *remand*<sup>20</sup>; talvolta si danno, ai fini del riesame, anche specifiche indicazioni con riferimento alle risultanze degli anni pregressi e alla necessità di dar conto di eventuali riduzioni delle ore di sostegno<sup>21</sup>; in altre pronunce, nelle more del riesame, l'ordinanza cautelare già dispone

16. M. Mazzamuto, *op. ult. cit.*, secondo cui è «il giudice amministrativo ad apprestare naturalmente la miglior tutela nei rapporti di diritto pubblico» (p. 4).

17. Il riferimento è alla dottrina che ha avanzato dubbi sulla effettiva capacità del giudice amministrativo di tutelare i diritti fondamentali: A. Proto Pisani, *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2015, V, cc. 184 ss.; G. Verde, *Il riparto di giurisdizione secondo Riccardo Villata*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2016, pp. 696 ss.; A. Carratta, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, n. 1/2010, pp. 27 ss.

18. M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2020, pp. 275 ss.

19. Ma vds. *infra*, in tema di ricorso alla sentenza in forma semplificata ex art. 60 cpa.

20. Tar Campania, Napoli, sez. IV, ord. 26 gennaio 2021, n. 170; *id.*, ord. 13 gennaio 2021, n. 91; Tar Molise, sez. I, ord. 16 gennaio 2021, n. 28; Tar Campania, Napoli, sez. IV, ord. 9 aprile 2020, n. 768 (ove si richiama la necessità di «provvedere, entro il termine di ripresa, in modalità ordinaria, delle attività didattiche del corrente anno scolastico, ad integrare il Piano Educativo Individuale (PEI) adottato per il corrente anno scolastico, peraltro privo di specifica indicazione delle ore di sostegno scolastico da assegnare alla minore»); *id.*, ord. 24 ottobre 2019, n. 1739; *id.* ord. 2 ottobre 2019, n. 1587; *id.*, ord. 12 settembre 2019, n. 1442; Tar Campania, Salerno, sez. I, ord. 22 ottobre 2020, n. 521; Tar Lombardia, Milano, sez. III, ord. 9 aprile 2020, n. 501; Tar Veneto, sez. I, ord. 7 maggio 2020, n. 259; Tar Toscana, sez. I, ord. 11 ottobre 2017, n. 590.

21. Tar Lazio, Roma, sez. III *bis*, ord. 15 gennaio 2020, n. 215, ove si evidenzia che «dovrà essere elaborato un nuovo PEI sulla scorta di analitica disamina delle condizioni di salute della minore *de qua* e di motivata individuazione del fabbisogno orario di sostegno e di assistenza educativa in rapporto alla gravità della patologia sofferta, dovendo altresì essere adeguatamente esternate le ragioni che, in considerazione della predetta patologia e della sua evoluzione, possano, eventualmente, indurre a prescrivere un monte ore di sostegno ed assistenza differente rispetto a quello di 22 ore di sostegno e 7 di assistenza individuato e prescritto con il PEI» dell'anno precedente.

«l'attribuzione delle ore di sostegno nella misura indicata nella documentazione sanitaria depositata agli atti e a conoscenza dell'Amministrazione»<sup>22</sup>; altre volte ancora, la pronuncia cautelare assegna *tout court* le ore di sostegno in conformità al Pei<sup>23</sup>. Non mancano neppure decreti cautelari monocratici volti ad assicurare l'intervento cautelare nelle more della pronuncia collegiale, ai sensi dell'art. 56 cpa, ove l'intervento di massima urgenza viene in vario modo giustificato, richiamando le disposizioni che «escludono espressamente dalla sospensione dell'attività didattica "in presenza" gli alunni disabili»<sup>24</sup>, ovvero evocando la necessità di anticipare già in sede monocratica l'ordine di riesame delle ore assegnate<sup>25</sup>. Si registrano, infine, pronunce in appello sulle ordinanze cautelari dei tribunali amministrativi, talvolta a seguito di richiesta al Consiglio di Stato di intervenire con decreti cautelari su ordinanze di primo grado<sup>26</sup>, ovvero in esito all'ordinaria procedura collegiale<sup>27</sup>.

Venendo alla tutela decisoria, dall'esame della giurisprudenza emergono alcune caratteristiche peculiari del contenzioso in oggetto. In primo luogo, si evidenzia un ampio ricorso, soprattutto nei tribunali amministrativi ove le controversie sono più numerose, alla decisione delle cause direttamente all'udienza cautelare, con emanazione di sentenze in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 cpa, con massima contrazione dei tempi di decisione delle stesse<sup>28</sup>. In secondo luogo, la già evidenziata cospicua adozione

di ordinanze cautelari che dispongono il riesame, imponendo quindi agli istituti scolastici di adottare o rivedere il Pei, magari sulla base di indirizzi forniti dall'ordinanza di *remand*, ha l'effetto che, al momento della pubblica udienza, il contendere risulti già risolto, essendosi l'amministrazione adeguata alle prescrizioni giudiziarie, potendo quindi essere adottata una sentenza di improcedibilità o cessata materia del contendere. Entrambe le evenienze dimostrano l'idoneità dello strumentario processuale amministrativo a garantire una pronta e proficua soluzione delle controversie. Quanto alla tipologia di decisioni assunte dal giudice amministrativo, si registra una marginalizzazione delle mere decisioni di annullamento del provvedimento impugnato<sup>29</sup> a favore di un più incisivo ricorso a tipologie di pronunce aventi una diretta portata conformativa e dispositiva. In primo luogo emerge, in modo netto, un ampio utilizzo di pronunce di condanna al rilascio di provvedimenti, la cd. azione di adempimento di cui all'art. 34, comma 1, lett. c, cpa, cioè in particolare alla «tempestiva redazione ed esecuzione del PEI per l'anno scolastico in corso in favore dell'alunno disabile»<sup>30</sup>; talvolta con vincolo penetrante a «emanare un nuovo Piano educativo personalizzato e (...) assegnare al minore le ore di sostegno previste in rapporto di 1/1»<sup>31</sup> ovvero a «emanare un nuovo Piano educativo personalizzato e (...) assegnare al minore le ore di sostegno previste in numero di 25

22. Tar Campania, Napoli, sez. IV, ord. 21 dicembre 2018, n. 1958; *id.*, ordinanza 20 dicembre 2018, n. 1936.

23. Tar Lombardia, Milano, sez. III, ord. 21 marzo 2018, n. 399 («accoglie l'istanza cautelare e, per l'effetto, dispone che in favore del minore siano assicurate diciotto ore di sostegno»).

24. Tar Campania, Salerno, decreto cautelare 15 dicembre 2020, n. 595, ove si legge che «l'assegnazione, nel caso di specie, della docenza di sostegno per sole 18 ore settimanali anziché per l'intero orario scolastico (e per un rapporto 1/1) sia fonte di grave pregiudizio per il minore (anche in considerazione delle previsioni di cui al punto 1.2 dell'Ordinanza regionale n. 95 del 7 dicembre 2020, che escludono espressamente dalla sospensione dell'attività didattica "in presenza" gli alunni disabili, previa valutazione da parte degli Istituti scolastici delle condizioni di contesto».

25. Tar Lombardia, Milano, decreto cautelare 25 marzo 2020, n. 383, ove si legge che «il PEI impugnato non indica il criterio utilizzato per la determinazione delle ore di sostegno e di assistenza educativa e, per questo aspetto, appare privo di idonea motivazione» e che appare «pertanto necessario che l'Amministrazione riesami la situazione dell'alunno tenendo conto della certificazione che parte ricorrente ha prodotto in giudizio e che dovrà essere trasmessa alla scuola, a cura di parte ricorrente». Nello stesso senso anche Tar Campania, Napoli, sez. IV, decreto cautelare 28 gennaio 2021, n. 222. Per un caso di rigetto *cf.* Tar Lazio, Roma, sez. III *bis*, decreto cautelare 5 novembre 2020, n. 6815.

26. Cons. Stato, sez. VI, decreto cautelare 21 settembre 2020, n. 5610.

27. Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, ordinanza 22 marzo 2019, n. 2010, che «accoglie l'appello e per l'effetto, dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo, accoglie la domanda cautelare di primo grado e ordina alle Amministrazioni appellate di provvedere all'assegnazione delle ore di sostegno disposte dal PEI in favore dell'alunno disabile».

28. La gran parte delle sentenze dei tribunali amministrativi che saranno citate nella presente analisi sono rese in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 cpa.

29. Pur presenti nel panorama giurisprudenziale: *cf.*, fra le altre, Tar Lazio, Roma, sez. III *bis*, 28 gennaio 2021, n. 1173; Tar Molise, sez. I, 21 febbraio 2020, n. 57.

30. Tar Campania, Napoli, sez. IV, 26 gennaio 2021, n. 524; *id.*, 26 gennaio 2021, n. 560; *id.*, 13 gennaio 2021, n. 242; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 14 novembre 2017, n. 2581.

31. Tar Lazio, Roma, sez. III *bis*, 16 febbraio 2018, n. 1861.



ore»<sup>32</sup>; altre volte ancora, la condanna è a «provvedere all'immediata attribuzione del numero di ore di sostegno determinate dal P.E.I. in corso di validità»<sup>33</sup>. In secondo luogo, si registra una costante tendenza a sorreggere l'ordine di *facere* con la contestuale nomina, già in sede di pronuncia di cognizione, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e, cpa, di un commissario *ad acta* che provveda in luogo dell'amministrazione, in ipotesi di sua perdurante inadempienza all'ordine impartito<sup>34</sup>. In terzo luogo, non mancano, anche se in termini assai più contenuti, pronunce di condanna al risarcimento dei danni subiti dagli alunni per la temporanea mancanza di insegnanti di sostegno, equitativamente quantificati, secondo un indirizzo che ha assunto una certa consistenza, in euro mille per ogni mese di mancata fruizione del sostegno<sup>35</sup>.

Quanto alla tutela esecutiva, si segnalano interventi del giudice amministrativo per garantire la concreta ottemperanza soprattutto delle proprie pronunce cautelari, con sostituzione all'amministrazione a mezzo di commissari *ad acta*<sup>36</sup>; è già stato evidenziato che, nelle sentenze di merito, spesso il giudice amministrativo anticipa la nomina commissariale già in sede di cognizione.

Il quadro complessivo che ne emerge è quello di un giudice amministrativo impegnato a dare rapida e piena garanzia ai diritti rimessi alla sua cognizione, e che a tal uopo impiega in modo ricco e completo l'ampio strumentario processuale a sua disposizione.

4. La terza riflessione oggetto della presente analisi, partendo dalla ripartizione della giurisdizione in materia di sostegno scolastico elaborata dalle sezioni unite della Cassazione, mira a evidenziarne la problematicità in termini operativi, soprattutto nell'ottica della funzionalità per gli utenti, e a interrogarsi se, nel rispetto delle regole di riparto, non sia ipotizzabile un diverso assetto, che eviti di fissare un labile confine interno al sostegno scolastico, dividendolo in due aree ciascuna di pertinenza di un diverso ordine giurisdizionale.

In termini generali, non possono esserci dubbi che le questioni inerenti al sostegno scolastico evocino «le controversie in materia di pubblici servizi», che l'art. 133, comma 1, lett. c, cpa (e, prima del codice, l'art. 33 d.lgs n. 80/1998) attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. E infatti, fino al 2013, vi era concordia tra i due ordini giudiziari nel ricondurre l'intero contenzioso al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva<sup>37</sup>. La svolta avviene nel 2014<sup>38</sup>, allorché la Cassazione, con orientamento seguito sino ad oggi<sup>39</sup>, individua un confine interno alla vicenda amministrativa del sostegno scolastico, come in precedenza descritta, con l'effetto di creare due ambiti distinti di controversie: l'uno rientrando nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e l'altro in quella del giudice ordinario. Il suddetto confine è stabilito dalle sezioni unite nella redazione del Pei: le contestazioni a monte di tale atto (ad esempio, mancata o illegittima

32. Tar Lazio, Roma, sez. III *bis*, 30 maggio 2018, n. 6045; in termini analoghi, Tar Campania, Salerno, sez. I, 11 marzo 2020, n. 357, «condanna l'Amministrazione scolastica competente alla tempestiva revisione del PEI per l'anno scolastico in corso in favore del disabile indicato in epigrafe, e alla conseguente attribuzione all'alunno disabile di un insegnante per il numero di ore di sostegno scolastico, ivi quantificate, pari a venticinque».

33. Tar Toscana, sez. I, 7 febbraio 2017, n. 198.

34. Tra le tantissime: Tar Campania, Napoli, sez. IV, 26 gennaio 2021, n. 560; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 2 maggio 2018, n. 977; Tar Toscana, sez. I, 7 febbraio 2017, n. 198.

35. Tar Toscana, sez. I, 18 aprile 2012, n. 746; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 14 ottobre 2013, n. 1818 ove si afferma che tale danno «può essere quantificato, in via equitativa, in € 1000,00 (euro mille/00) per ogni mese (con riduzione proporzionale per la frazione) di mancanza dell'insegnante di sostegno nel rapporto 1/1, con decorrenza dalla notifica del ricorso in epigrafe e sino all'effettiva assegnazione dell'insegnante nel rapporto 1/1»; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 17 dicembre 2018, n. 1903; Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, 24 aprile 2020, n. 266 che afferma che «la tempestiva erogazione di un numero adeguato di ore di assistenza avrebbe, dunque, costituito certamente una strategia atta a migliorare le possibilità di apprendimento e di socializzazione del minore, di evitare taluni «comportamenti-problema» e di garantire la dignità del minore» e quantifica il danno in via equitativa in euro duemila; Cons. Stato, sez. VI, 24 luglio 2020, n. 4741 che riconosce «a favore degli appellanti in via equitativa, tenendo conto della reiterazione dell'omesso integrale sostegno a fronte di una situazione di grave disabilità e di tutti gli altri elementi evidenziati negli atti di causa, un risarcimento complessivo di euro 3000 a carico dell'amministrazione appellata».

36. Tar Campania, Napoli, sez. IV, ord. 6 febbraio 2020, n. 574 (in materia di esecuzione di ordinanza cautelare); *id.*, ord. 24 gennaio 2018, n. 509 (sempre per eseguire ordinanza cautelare).

37. In termini Cass., sez. unite, ord. 25 marzo 2009, n. 7103, nonché Cass., sez. unite, ord. 19 luglio 2013, n. 17664.

38. Cass., sez. unite, 25 novembre 2014, n. 25011, in *Foro it.*, n. 3/2015, I, c. 951, con nota di E. Scoditti, *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, e in *Giur. cost.*, n. 4/2015, p. 1475, con nota di F. Girelli, *Quale giudice per gli alunni con disabilità?*

39. Cass., sez. unite, ord. 28 febbraio 2017, n. 5060; Cass., sez. unite, 20 aprile 2017, n. 9966; Cass., sez. unite, 8 ottobre 2019, n. 25101; Cass., sez. unite, 19 giugno 2019, n. 16420.



predisposizione del Pei) devono essere mosse dinanzi al giudice amministrativo; quelle a valle di tale atto (relative, quindi, alla concreta attuazione del piano e ai conseguenti atti del dirigente scolastico) rientrano invece nella giurisdizione del giudice ordinario.

Questa sistemática, che «frantuma la tutela giurisdizionale della persona con disabilità, spezzandola tra i due diversi plessi giudiziari»<sup>40</sup>, deve essere valutata proprio nell'ottica qui assunta del dualismo giurisdizionale come una risorsa e non come un'inutile complicazione, domandandosi se essa risulti soddisfacente e ben funzionante. Si tratta, cioè, di raccogliere la sfida di un approccio ai criteri di riparto che sia funzionale al soddisfacimento dei bisogni di tutela e che risponda alla domanda «non più “chi è il giudice competente”, ma “come si realizza il migliore sistema di tutela delle posizioni soggettive dei cittadini (e non solo)”»<sup>41</sup>. La disarticolazione di un microcosmo come quello in esame in due ambiti distinti, affidati alla cognizione di giudici diversi, non pare a chi scrive che possa costituire la migliore possibile configurazione del sistema di tutela. Soprattutto perché il confine è tutt'altro che netto e spesso le vicende concrete portate all'attenzione del giudice si pongono a cavallo tra programmi educativi individualizzati relativi a periodi diversi, ingenerando il dubbio se si faccia valere l'inesecuzione del Pei preesistente o la mancata o illegittima adozione del nuovo<sup>42</sup>. Tra l'altro l'art. 7, comma 2, lett. g, d.lgs n. 66/2017 prevede che il Pei abbia una doppia genesi, venendo «redatto in via provvisoria entro giugno e in via definitiva, di norma, non oltre il mese di ottobre», non essendo dubbio quindi che esso non acquisti una specifica definitività e che, al contrario, l'amministrazione scolastica conservi il potere di modificarlo, il che impedisce di individuare in modo certo un momento a partire dal quale vi dovrebbe essere il passaggio di competenza giurisdizionale. In termini di operatività sfugge, quindi, la logica per la quale i soggetti lesi nei loro diritti dovrebbero essere costretti a ricercare il giudice competente attraverso un criterio così complesso e sfuggente. E ciò per fronteggiare situazioni del tutto accomunabili di cattivo esercizio del potere, sia esso consistente nella mancata predisposizione del Pei ovvero nella concreta attribuzione, da parte del dirigente scolastico, di un numero di ore di sostegno diverso da quello previsto dal Pei medesimo.

Non vi è dubbio che le evidenziate disfunzioni operative non possano in alcun modo elidere il neces-

sario rispetto delle regole di riparto, e verrebbero di fatto a perdere molta della loro forza evocativa allorché il criterio che fissa il discrimine tra le due giurisdizioni nell'avvenuta redazione del Pei risultasse il pacifico invero di tali regole. Ma di ciò appare legittimo dubitare. È incontrovertibile, come già rilevato, che il sostegno scolastico rientri nelle «controversie in materia di pubblici servizi» di cui all'art. 133, comma 1, lett. c, cpa, costituendo quindi un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, nella quale il giudice amministrativo conosce anche dei diritti soggettivi, il che porta ad attrarre al plesso giurisdizionale amministrativo l'intero servizio scolastico e le vicende del sostegno agli alunni disabili nel loro completo dispiegarsi. Ciò soprattutto dopo che sia chiarito, come si è cercato di ricostruire nelle precedenti pagine, da un lato, che la natura di diritto fondamentale non è di ostacolo al riconoscimento della giurisdizione esclusiva del g.a. e, dall'altro lato, che la giurisdizione del giudice amministrativo è ben compatibile con la presenza di un «nucleo indefettibile di garanzie», che non possono essere in alcun modo compresse, e che costituiscono un limite all'esercizio del potere amministrativo di cui il giudice amministrativo deve essere garante.

La Cassazione disegna un'*enclave* di pertinenza del giudice ordinario, pur in presenza di materia assegnata *tout court* dal legislatore alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, richiamando congiuntamente la natura vincolata del potere pubblico, una volta che il diritto dell'alunno disabile sia stato conformato dall'emanazione dal Pei, e la conseguente natura discriminatoria che verrebbero ad assumere gli atti dell'amministrazione scolastica che si pongano in contrasto con il Pei adottato. Si tratta di tematiche complesse, che sono state ampiamente esaminate dalla giurisprudenza dei due plessi e dalla dottrina, e che non possono trovare in questa sede la compiuta trattazione che meritano. Appare sufficiente qui rilevare come i suddetti argomenti, nel concreto della vicenda amministrativa esaminata, appaiano non così preclari da precludere un supplemento di analisi e da imporre di mettere da parte le disfunzioni operative già evidenziate.

La valorizzazione della natura vincolata dell'attività ai fini del riparto di giurisdizione è argomento discusso, soprattutto se funzionale a spaccettare tra i due plessi giudiziari la giurisdizione pur assegnata alla giurisdizione esclusiva del g.a. Ma ancor prima

40. Sono parole di M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri*, op. cit.

41. F. Patroni Griffi, *Diritti fondamentali*, op. cit.

42. Cfr. ad esempio, Tar Campania, Salerno, sez. I, ord. 22 ottobre 2020, n. 521 ove «il Profilo dinamico funzionale e il P.E.I. oggetto di contestazione risultano riferiti all'anno scolastico 2019/2020 e, non risultando adottato il nuovo P.E.I., l'Istituto scolastico provvede ai bisogni della minore, allo stato, sulla base di quello riferito all'anno scolastico appena trascorso».

viene qui da chiedersi se sia così certa la natura vincolata del potere che si appunta in capo al dirigente scolastico, chiamato a dare esecuzione al predisposto Pei. La giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che non può qualificarsi l'agire del dirigente scolastico come integralmente vincolato, alla stregua di un atto dovuto in un rapporto paritetico, poiché residua in capo allo stesso un margine di apprezzamento di «ragioni obiettive che possono consistere nella manifesta irragionevolezza, erroneità, contraddittorietà della suddetta documentazione [dei competenti organi sanitari o scolastici], o nella possibilità che a fronte di due o più alunni disabili nella stessa classe, sia concretamente sufficiente un unico insegnante di sostegno per tutti»<sup>43</sup>. Ma gli spazi valutativi in capo al dirigente scolastico si sono ben più incrementati in esito all'intervento normativo di cui al d.lgs 7 agosto 2019, n. 96, che ha riscritto l'art. 10 d.lgs n. 66/2017. Nel testo vigente, l'art. 10 cit. stabilisce che «il dirigente scolastico, sulla base del PEI di ciascun alunno, raccolte le osservazioni e i pareri del GLI, sentito il GIT, tenendo conto delle risorse didattiche, strumentali, strutturali presenti nella scuola, nonché della presenza di altre misure di sostegno, al fine di realizzare un ambiente di apprendimento favorevole allo sviluppo dell'autonomia delle bambine e dei bambini, delle alunne e degli alunni, delle studentesse e degli studenti con accertata condizione di disabilità in età evolutiva ai fini dell'inclusione scolastica, invia all'ufficio scolastico regionale la richiesta complessiva dei posti di sostegno». La previsione normativa correla la richiesta complessiva dei posti di sostegno, tra l'altro, alla valutazione da parte del dirigente scolastico «delle risorse didattiche, strumentali, strutturali presenti nella scuola, nonché della presenza di altre misure di sostegno», quindi introducendo un ampio profilo valutativo, che nella prima lettura giurisprudenziale è stato qualificato in termini di vera e propria discrezionalità amministrativa. La modifica disciplinare non è infatti sfuggita alla giurispruden-

za amministrativa, che ne ha evidenziato il possibile pregiudizio del «nucleo indefettibile di garanzie» del diritto dell'alunno disabile e, quindi, la possibile incostituzionalità<sup>44</sup>. Quel che è certo è che la costruzione del riparto di giurisdizione sulla pretesa già integrale conformazione del diritto dopo il Pei e sulla portata integralmente vincolata dell'agire del dirigente scolastico dopo la sua emanazione appare riferita a previsioni legislative equivoche e suscettibili di diversa lettura. Né a risultati del tutto solidi e incontrovertibili appare condurre il richiamo alla discriminazione indiretta, vietata dall'art. 2, comma 3, l. n. 67/2006. Essa è evocata al fine di scardinare, ma solo in parte e pur in assenza di una certezza del ricorrere dei suoi presupposti, la giurisdizione esclusiva del g.a. sancita dalla legge. Il superamento della giurisdizione amministrativa esclusiva viene ad essere solo parziale, giacché riferito solo alla discriminazione che si realizza dopo la predisposizione del Pei, dal che discende che, ove condotte discriminatorie siano poste in essere nella fase anteriore, e quindi nella predisposizione del piano, la giurisdizione rimarrebbe comunque in capo al giudice amministrativo. Secondo la Cassazione, poi, la giurisdizione del giudice ordinario dopo il Pei sussisterebbe, fondandosi sulla discriminazione indiretta, ancorché la parte non abbia addotto profili discriminatori<sup>45</sup> e quindi anche se gli stessi non si rinverrebbero e concretamente non sussistano. Ma perché se il giudice amministrativo, in giurisdizione esclusiva, è chiamato a conoscere del diritto dei disabili in ambito scolastico, non può esaminare i profili discriminatori emergenti in sede di esecuzione del Pei, così come li conosce sicuramente, anche secondo la tesi della Cassazione, allorquando essi emergano in sede di predisposizione dello stesso Pei?

Se gli argomenti sui quali si fonda la *enclave* a favore del giudice ordinario non appaiono granitici, si consolida la forza dei profili disfunzionali in precedenza evocati e si rafforza l'interrogativo se abbia senso l'individuazione di un confine interno a una

43. Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, 27 marzo 2019, n. 262; M. Ramaioli, *Sui molteplici criteri*, op. cit.

44. Tar Lazio, Roma, sez. III bis, 3 settembre 2020, n. 9312, ove si rileva che «la norma sembrerebbe attribuire al dirigente un potere di quantificazione del numero complessivo dei posti di sostegno necessari per garantire l'inclusione scolastica e l'apprendimento degli alunni con condizione di disabilità non più attenendosi strettamente al PEI, bensì “sulla base del PEI di ciascun alunno, raccolte le osservazioni e i pareri del GLI, sentito il GIT” e soprattutto “tenendo conto delle risorse didattiche, strumentali, strutturali presenti nella scuola, nonché della presenza di altre misure di sostegno”»; si aggiunge che «i criteri richiamati nel ridetto art. 10 si prestano ad essere intesi nel senso che la limitatezza delle risorse a disposizione della scuola possa scalfire quel “nucleo indefettibile di garanzie” a tutela di diritti fondamentali del disabile, sul quale la stessa Corte costituzionale ha già avuto modo di esprimersi (sentenza n. 80/2010), e conseguentemente il dirigente possa richiedere un numero di ore di sostegno inferiori rispetto a quelle previste nel PEI (tanto più se si considera che il comma 2bis dell'art. 7 fa oggi esplicito riferimento al fatto che le misure attuative del PEI debbano avvenire ad “invarianza di spesa e nel rispetto del limite dell'organico docente ed ATA assegnato”)»; la novella legislativa non era tuttavia applicabile *ratione temporis* alla fattispecie esaminata.

45. Questo è profilo che divide le letture dei due ordini giudiziari. Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023 ammette la giurisdizione del giudice ordinario a condizione che vi sia nella domanda la deduzione “esplicita” di un comportamento discriminatorio; al contrario, Cassazione, sez. unite, ord. 8 ottobre 2019, n. 25101, afferma che «subordinare alla qualificazione giuridica della domanda la questione della giurisdizione appare una opzione interpretativa che affida sostanzialmente al ricorrente la scelta del giudice competente».

vicenda della vita unitaria, come quella del sostegno scolastico a favore degli alunni disabili. Ad avviso dello scrivente, una rimeditazione dell'orientamento della Cassazione si imporrebbe, in aderenza all'idea, sopra espressa, che il dualismo giurisdizionale (e quindi il riparto tra i due giudici) deve essere soprattutto funzionale a realizzare il migliore sistema di tutela delle posizioni soggettive dei cittadini, evitando

di contraddire il senso della giurisdizione esclusiva (snaturata dalla riattribuzione al giudice ordinario di parte della materia assegnata dal legislatore al giudice amministrativo) ed esaltando «il principio di semplificazione e di concentrazione della tutela giurisdizionale, che è tra i principali precipitati del principio di effettività della tutela stessa (artt. 1 e 7 del c.p.a.)»<sup>46</sup>.

---

46. M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri*, op. cit.

## Attualità e qualità della giustizia amministrativa tra trasformazioni del potere pubblico e strumentazioni processuali

di Giuseppe Severini

Di là dalle origini storiche del modello di giustizia amministrativa, vengono oggi in primo piano il mutamento delle forme di esercizio del potere pubblico e, fermo il rispetto del principio di separazione dei poteri, l'evoluzione della giurisdizione amministrativa nella direzione di un apprezzamento sostanziale e commisurato alla realtà dell'azione amministrativa.

Benché sia al fondamento del dualismo giurisdizionale, il dibattito pubblico italiano poco usa rammentare che il giudice amministrativo esprime il temperamento possibile del principio di separazione dei poteri. Lo è dalla nascita, per offrire un rimedio di giustizia contro l'attività amministrativa contraria a leggi o – come poi la giurisprudenza avrebbe precisato sull'eccesso di potere – distorta per mezzi o per fini. Come già nel 1872 in Francia, nacque da noi nel 1889 per rimediare al vuoto di giustizia che l'accezione stretta del principio (secondo il rigido modello belga a giurisdizione unica del 1831) aveva generato nel 1865 abolendo i “tribunali speciali del contenzioso amministrativo”. Per il cittadino che non vantasse un intangibile “diritto civile o politico”, il previsto risultato era – lo disse nel 1864 alla Camera Pasquale Stanislao Mancini alle viste di quella legge – il «ch'ei si rassegni»: il diniego di tutela in giustizia dalle prevaricazioni da mala amministrazione. Il nuovo organo “per la giustizia amministrativa”, dallo speciale potere di annullamento di atti e provvedimenti ha caratterizzato la svolta. E nel tempo, in una progressione di oltre centotrenta anni, la giurisdizione amministrativa si è perfezionata. È un equilibrio raggiunto gradualmente, ma un risultato che offre al cittadino uno strumento efficace e affidabile a difesa della pretesa alla legalità dell'azione pubblica.

Di quell'origine rimane lo schema elaborato mediante la creazione concettuale, con lessico da pan-

dettistica, dell’*“interesse legittimo”*: appunto il diritto alla legalità dei comportamenti amministrativi. Tre volte la Costituzione lo menziona (artt. 24, 103 e 113) configurandone la tutela mediante un differenziato giudice (artt. 103, 108 e 125): rappresentazione italiana, giustapposta al diritto soggettivo da cui ontologicamente si distingue per dire quanto invece compete al giudice civile. È singolare tanta dignità offerta al concetto di base del nostro dualismo: non per soggetti del rapporto, come nell'archetipo francese, ma per la oggettiva posizione davanti all'esercizio titolato del potere pubblico.

Dopo oltre centotrent'anni, quella svolta mostra una straordinaria attualità. Leggi e pratica hanno ormai marcato la connotazione professionale del giudice amministrativo, la sua specializzazione, la capacità soddisfattiva delle sue decisioni, esempio di pienezza ed efficacia di tutela. Il tutto sotto l'egida della collegialità quasi totale (salva l'estrema urgenza): forma organizzativa che ha mantenuto questa giustizia al riparo da personalizzazioni e protagonismi e che ha contribuito a garantire ponderazione, autorevolezza e costanza delle decisioni.

Sicché l'evoluzione di questo giudice, specie negli ultimi decenni, lo connota – a usare le parole della Corte costituzionale – per «piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive» diverse da quelle sui “diritti” (Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204).

Al tempo stesso, il potere pubblico è mutato e continua a mutare. I suoi confini sono diventati malcerti a causa della sua trasformazione; ma anche a causa della dispersione della sovranità, della moltiplicazione morfologica delle capacità pubbliche in ragione dei settori e della forza intrinseca dei relativi destinatari. Constatato questo panorama mobile e il proliferare degli ordinamenti di settore, si potrebbe rilevare che forse non esiste più un unitario diritto amministrativo e che si hanno tanti diritti amministrativi distinti per settori di intervento: per ognuno la cura degli interessi pubblici assume forme e modi propri. È da riflettere su quanto l'idea di codificazione mediante una legge generale sul procedimento, la legge n. 241 del 1990, attesa ma anche novellata, esprima un'idea ancora unitaria del diritto amministrativo; e quanto quest'idea sia costretta a confrontarsi, nell'accelerazione storica, con questa crescente pluralità introdotta dalla grande trasformazione delle istituzioni e delle variegate loro *governances*.

Deriva da questi fenomeni che la tradizionale verticalità dell'espressione del potere, l'universale provvedimento amministrativo, cede il passo a forme diversificate di intervento, a negoziazioni o a coinvolgimenti decisionali, pur senza abdicare alla cura di interessi della generalità: che permane a distinguere il pubblico amministrare. E senza contare, per le forme, che spesso il potere assume modi non pubblicistici, pur rimanendo connessi alla funzione o al servizio pubblico.

Si tace qui delle nuove sfide di giustizia che la tecnologia impone, come la sindacabilità degli atti di governo "privato" della nuova, digitale, *platea magna civitatis*: a partire dall'identificazione della congrua istanza di giustizia riguardo a tale forma privata di incidenza pubblica, che al più si tempera con modelli di *oversight*, cioè di giustizia interna e nel proprio nome.

Insomma, oggi da un lato si ha un giudice che, in questo lungo tempo, ha raggiunto un alto livello di capacità e che – sollecitato dal dialogo europeo – ha imparato a presentarsi come improntato ai canoni del diritto al giudice indipendente e imparziale, del processo celere e ad eguaglianza di armi, dell'esecuzione piena delle sue decisioni: vale a dire al trittico di *standard* in cui comunemente – sul piano internazionale, convenzionale e costituzionale – si esprime il *fair trial*; da un altro, una fenomenologia del potere – sulle cui mutevoli prevaricazioni deve dire il diritto – sempre più nuova, complessa, variegata.

Se quella era la ragione primigenia della giustizia amministrativa, oggi va considerato che – fermo il punto d'equilibrio nella separazione dei poteri, che sempre ne identifica l'*ubi consistam* – è ormai la particolare *expertise* del giudice amministrativo e la sua strumentazione che, nella concretezza dell'ordinamento, ne avvalorano la legittimazione sostanziale:

in linea con le connotazioni pretese dall'opinione pubblica e che oggi debbono caratterizzare qualsiasi giurisdizione.

Vi contribuiscono la ricordata collegialità, che rende impersonali e credibili le sue decisioni, e la capacità di una risposta celere. Il tempo è bene giuridico e questa consapevolezza è entrata nell'organizzazione del processo. Così, la tempistica di esaurimento dei gradi in tema di contratti pubblici è ormai la più sollecitata in Europa, inferiore all'anno e mezzo. Vi contribuisce poi la strumentazione servente all'effettività delle decisioni, messa a punto con il *codice del processo amministrativo* del 2010: dai poteri incisivi sull'azione amministrativa, come il porre nel nulla gli effetti di contratti pubblici già stipulati accordando una tutela specifica; o il sostituire, in ottemperanza, alle amministrazioni inadempienti l'incisiva *longa manus* sostitutiva del commissario *ad acta*. Si tratta di affinati strumenti che danno effettività alla giurisdizione. Quanto a efficienza, un ruolo primario – lo constatiamo nell'emergenza sanitaria – è quello della digitalizzazione integrale da *processo amministrativo telematico*, in atto da quattro anni: non lascia spazio a differimenti.

Ma soprattutto è il parametro del giudicare che ha registrato un'incisiva evoluzione. Per *spill-over* di formule di derivazione eurolingua, il nostro giudice pratica ormai un sindacato dell'operato amministrativo che rileva l'eccesso di potere nella irragionevolezza dell'agire amministrativo o nella violazione del principio di proporzionalità, sulla base del noto triplice test (idoneità all'obiettivo; necessità ovvero minor sacrificio rispetto allo scopo; adeguatezza ovvero tollerabilità per stretta proporzionalità). È un sindacato ulteriore rispetto al parametro, tradizionale e formale, della violazione di legge, proprio del giudice civile (lo mostra l'esperienza del sindacato sulle ordinanze-ingiunzione per illeciti amministrativi): tanto più incisivo quando la lite si presenta, più che triangolare (cioè tra parti contendenti l'uso di un potere pubblico, come sui contratti pubblici, dalla valutazione "algoritmica" delle evenienze procedurali), come bilaterale, dove il fronteggiarsi con l'azione pubblica postula la ricerca della giusta misura. Sicché all'apprezzamento formale dell'eccesso di potere, che si usava inferire da figure sintomatiche di discontinuità o torsione dell'azione pubblica, si va ormai affiancando un apprezzamento sostanziale e commisurato alla realtà dell'azione amministrativa. Il che fa del sindacato sull'eccesso di potere il più attuale *proprium* del giudice amministrativo: corrisponde alla comune percezione dell'esigenza di giustizia, discostandolo dai formalismi che ne indebolivano il modo di valutare e, soprattutto, lo rendevano dall'esterno non comprensibile. Ne viene un'estensione della qualità della giustizia amministrativa.



Insomma, le trasformazioni degli ultimi lustri da un lato guardano a un panorama diverso: ma dall'altro disegnano anche una riconsiderazione sul ruolo del giudice che lo mette in condizione di affrontare la sfide della giuridificazione e della giurisdizionalizzazione. Naturalmente, restano latenti rischi che si è visto seriamente emergere per il giudice ordinario, come collateralismi o, peggio, il biasimevole fenomeno delle *porte girevoli* tra giustizia e politica: per questo giudice più impattanti perché capaci di compromettere i risultati di una lunga evoluzione nel tempo verso quegli *standard* che vogliono la *iurisdictio* ben distinta dal livello politico del *gubernaculum*, i cui atti egli giudica. Sta alla capacità e responsabilità di chi ha il *munus* del governo autonomo evitarli.

Ma una volta accettato che, nell'interesse del cittadino, a fronte delle declinazioni del potere non possa che esserci un attrezzato giudice, e constatato

che il mito risalente della giurisdizione unica sottrae tutele anziché garantirne e urta contro la realtà che porta le giurisdizioni a moltiplicarsi finanche nel *common law*, si richiedono ponderati ma solleciti interventi. L'alternativo riparto di giurisdizione per materie anziché per situazioni riflette quelle frammentazioni del potere. Ma dovrebbe indurre a considerare i rischi della moltiplicazione delle insicurezze giuridiche: perché, ricorda quella sentenza n. 204 del 2004, anche la giurisdizione esclusiva non può che riguardare controversie riferite a un pubblico potere. Sicché saggezza e sensibilità dovrebbero indurre a riprendere gli indirizzi aperti dal lungimirante *Memorandum* tra i vertici delle giurisdizioni del 15 maggio 2017 per identificare una via italiana a una ragionata partecipazione alle decisioni sul riparto, alla luce di una comune cultura della giurisdizione.

# Noterelle sparse su giudice amministrativo e pubblico potere

di Marco Bignami

L'A. si sofferma brevemente sulla crisi della dimensione pubblica del potere statale, per poi svolgere alcune osservazioni sullo sviamento del potere e il giudizio di proporzionalità.

**1. Il tramonto del potere / 2. Il paradosso del giudice amministrativo / 3. Gli effetti della pandemia / 4. Eccesso di potere e sindacato di proporzionalità / 4.1. Penetrazione del sindacato e sua formalizzazione / 5. Sinergia delle tutele e controllo di legalità / 5.1. Una digressione sulla giustizia costituzionale / 6. Conclusioni**

## 1. Il tramonto del potere

Enrico Scoditti e Giancarlo Montedoro, nell'introdurre il presente numero di *Questione giustizia*, avvertono che la terribile crisi innescata dalla pandemia da Covid-19 porterà con sé un'inevitabile espansione del potere pubblico, a fronte della quale il giudice amministrativo, che ne è il naturale referente, dovrà trovarsi pronto.

È un'osservazione largamente condivisibile. Ma di quale potere si discute?

Da più di mezzo secolo è intonato il canto funebre della sovranità statale.

Da parte di alcuni, con la nostalgia schmittiana per quello *ius publicum europaeum* disperso dalla moltitudine delle vicende storiche.

Da parte di altri, con la rassegnata presa d'atto dell'impotenza politica di chi non abbia saputo coltivare il predominio della forza (penso al bel volume riassuntivo di Alessandro Aresu: «*Potenze del capitalismo politico. Stati Uniti e Cina*»).

Per altri ancora, con la compiaciuta voluttà di liquefare il potere nel prisma della sussidiarietà, sia che ciò accada in omaggio a una nobile filosofia della libertà ovvero per adesione alla teoria sociale cattolica inaugurata dalla *Rerum novarum*, sia che, più

brutalmente, si intraveda l'occasione perché prolifichi il *particulare*, detto in termini secchi l'interesse capitalista oramai assai meglio organizzato, e certamente più combattivo, rispetto alla macchina burocratica statale.

Se tutto ciò affolla la riflessione giuspubblicista dal Secondo dopoguerra a oggi, resta il fatto che la pandemia ha avuto se non altro il merito di divulgare un messaggio fino ad ora per lo più accademico, sprigionandone lo spirito sul nostro mondo quotidiano.

Mai i cittadini europei hanno assistito a spettacolo più misero, ma allo stesso tempo più scabrosamente vero, dell'inginocchiamento del vecchio, attempato Leviatano di fronte alla superiore logica dei mercati privatizzati (ma con denaro pubblico, naturalmente). La capitolazione statale nelle politiche di approvvigionamento dei vaccini, dall'impiego di moduli rigidamente contrattuali nel rapporto con le società farmaceutiche, alla vana ricerca di strumenti parimenti "sinallagmatici" al fine di rimediare all'"inadempimento" di queste ultime, ma nel rispetto della sacra proprietà intellettuale, scoperchia la vanità autocelebrativa della "nuova" potenza europea, e mette a nudo la vacuità di un potere oramai ideologicamente dimentico del vecchio insegnamento weberiano sul monopolio legittimo della forza.

## 2. Il paradosso del giudice amministrativo

Eccoci, dunque, tornati al potere o, meglio, a ciò che ne resta, dopo il bombardamento neoliberale che esso ha subito negli ultimi quarant'anni.

Ed eccoci al "suo" giudice naturale, il giudice amministrativo, che inevitabilmente si trova a inseguire ciò che il potere gli offre, sia perché quello è il campo che gli tocca di arare, sia perché le bombe ideologiche non possono certamente averlo preservato, come una monade nell'universo pubblicista in dissoluzione.

Si insegna che il giudice è cerniera tra società e Stato. Ma se nel campo dei "nuovi" diritti, e in particolare della bioetica, egli si nutre fruttuosamente della prima, altrove, e quanto agli interessi "duri" del capitalismo finanziario soprattutto, a mancare finisce spesso per essere il secondo. Non si è voluto, infatti, dagli anni ottanta in poi, "affamare la bestia"? Non si è insegnato che il modulo privatistico è comunque preferibile alla tradizionale forma di esercizio del potere pubblico?

Da ciò un paradosso di non poco conto. Nel mentre il potere si contraeva, vergognandosi di sé, là il giudice amministrativo non ha mai smesso di crescere, sia nella consapevolezza del proprio ruolo istituzionale di garante della legalità dell'azione pubblica, in condizioni di piena indipendenza e imparzialità; sia nell'affinamento costante dei propri strumenti di incisione sulla realtà fenomenica, che è ormai pronta a modellarsi secondo pronunce davvero capaci di assicurare una efficace e rapida tutela.

L'abisso che separa il diritto amministrativo "classico" dal diritto amministrativo contemporaneo, anche per effetto dell'evoluzione compiuta dal suo interprete giudiziale, non ha pari in altri settori dell'ordinamento, per quanto anch'essi ovviamente mutati.

Come ciò sia potuto succedere, e proprio in un'epoca così sfavorevole alla dimensione pubblica del potere, è cosa che travalica le ambizioni di queste noterelle.

Tuttavia, vi è almeno il sospetto che tra i due termini della questione vi sia un nesso.

Perché è certamente più agevole svilupparsi, rendendo il proprio sindacato giurisdizionale davvero ficcante (anche in tema di diritti fondamentali), se, al contempo, non si prova a urtare quegli interessi forti o, meglio, fortissimi, che avrebbero invece la capacità perlomeno di opporsi, nel vuoto della politica, alla ambizione del giudice di imbrigliarli nei lacci della legalità, o perlomeno di formalizzarli nel modulo del processo.

Non perché il giudice amministrativo questi interessi li voglia sfuggire, o finga di non percepirli. Ma, più semplicemente, perché essi hanno saputo appro-

ffittare della contrazione del potere per mimetizzarsi, diluendosi per di più in una dimensione sovranazionale che non si riesce più a governare da un solo centro statale di azione.

Insomma, fenomeni di ristrutturazione delle società contemporanee, rispetto ai quali la magistratura resta al margine, generano il paradosso al quale si è accennato: *un grande giudice per un piccolo potere*.

## 3. Gli effetti della pandemia

La pandemia potrebbe cambiare le cose? Certamente, non vi è da essere ottimisti se gli Stati si limiteranno all'espansione della spesa, senza allo stesso tempo governarla con un progetto di riconfigurazione profonda degli assetti sociali, e di ribaltamento delle profonde diseguaglianze economiche che pongono larga parte dei cittadini in una condizione di larvato servaggio nei confronti del capitale internazionale.

In quest'ultimo caso, invece, è prezioso l'invito di Scoditti e Montedoro a recuperare la dimensione pubblica del potere, senza cedere alle sirene di un diritto comune ove la diseguaglianza è codificata, anziché combattuta con gli strumenti "unilaterali" del diritto pubblico "autoritativo".

Né si dovrebbe temere che l'espansione del potere lasci nudi individui e corpi intermedi innanzi all'arbitrio del potere. Perché, come si è detto, e per una astuzia della storia, nel mentre lo Stato si indeboliva, il giudice amministrativo ne ha approfittato per irrobustirsi, sicché, ad oggi, anche un grande potere potrà trovare il proprio correttivo in un giudice di uguale stazza, del tutto idoneo a ricondurlo a legalità e mitezza.

Non si può tornare indietro sul cammino faticosamente compiuto finora. E che il giudice amministrativo sia attrezzato per un controllo effettivo sulle devianze del potere è dimostrato dalla parabola del sindacato sullo sviamento, nel punto in cui essa si è congiunta al test di proporzionalità sull'agire pubblico. Come subito si vedrà, sia pure in termini forse eccessivamente sintetici, il giudice si mostra non solo pronto all'esercizio di un sindacato pieno ed efficace, ma anche dotato di strumenti che, nel porre in essere quest'ultimo, allo stesso tempo lo preservino dall'accusa di un'ingerenza nel merito delle scelte politico-amministrative. Perché è ovvio che, alzando il tiro, ci si trova innanzi a resistenze più convinte, alle quali i giudici (anche quelli costituzionali) non possono opporre che una legittimazione fondata sul tecnicismo delle proprie decisioni, per quanto dubbio possa poi essere che il giudizio sia davvero l'effetto di quest'ultimo soltanto.

#### 4. Eccesso di potere e sindacato di proporzionalità

Eccesso di potere e sindacato di proporzionalità sono nozioni polisensu, la cui applicazione tocca pressoché ogni area del diritto pubblico.

Non è un caso, in particolare, che ci si confronti con istituti oramai riconosciuti e praticati, pur nella specificità di ciascun ordinamento, pressoché da ogni corte, costituzionale o comune, nazionale o internazionale, che possa attribuirsi al novero di ciò che Cappelletti, con una definizione ormai celebre, definiva le «*giurisdizioni di libertà*». Il controllo del pubblico potere, quale che sia la veste con cui si manifesta, la repressione dei suoi abusi, e la conformazione di esso per mezzo di regole di giudizio che sappiano imporgli mitezza è, in altri termini, la stella polare di un processo di allargamento delle forme di tutela delle libertà, da parte del giudice, che al contempo si vale di strumenti flessibili e altamente tecnicizzati, ovvero basati su formule applicative (le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, ma, soprattutto, il giudizio trifasico di proporzionalità). Esse si prefiggono, non senza una certa dose di ambizione, di oggettivare il sindacato giurisdizionale, attraendolo quanto più possibile in una sfera di predicata neutralità, che serva da cuscinetto rispetto alla tensione che esso può ingenerare a causa dell'interferenza con l'esercizio della discrezionalità legislativa o amministrativa.

In termini più espliciti: ciò che si guadagna sul piano dello spazio acquisito alla giurisdizione deve trovare compensazione, nell'ottica dell'equilibrio tra i poteri dello Stato, nell'impiego di processi decisionali squisitamente formalizzati, perlomeno nelle premesse teoriche, che possano assicurare sul *self-restraint* praticato dalle corti, giungendo a un compromesso tra istanze di attivismo e contro-istanze di deferenza giudiziale nei confronti dei decisori politici.

Da qui la propensione a sintetizzare con formule quasi geometriche, e persino a quantificare in unità di misura i termini del controllo giurisdizionale, così evidente quando si ragiona di scrutinio di proporzionalità, scomponendolo nelle fasi della verifica di idoneità, necessità e bilanciamento dell'atto oggetto di scrutinio.

È infatti questo il *proprium* del controllo di proporzionalità in senso stretto, rispetto alla necessità, da sempre avvertita, che l'attività dei pubblici poteri sia proporzionata, ovvero armonica e coerente: che nel primo caso soltanto si offre al giudice una specifica tecnica di decisione, diversa dall'apprezzamento intuitivo della sproporzione.

#### 4.1. Penetrazione del sindacato e sua formalizzazione

Questa tendenza bifronte a una maggiore incisività del sindacato giurisdizionale, tuttavia realizzata attraverso un'accentuata formalizzazione del *modus decidendi*, è ben evidente nella giustizia amministrativa. Qui, è cosa risaputa che l'affinamento del controllo giurisdizionale, dalla riprovazione dello sviamento di potere fino all'indirizzo dell'azione amministrativa attraverso lo scrutinio di proporzionalità, può considerarsi una delle tappe importanti di un più generale fenomeno, ampiamente rimarcato, e costituito dal passaggio dal sindacato sull'atto al sindacato sul rapporto ad esso sotteso.

Verificando che la potestà amministrativa si sia manifestata attraverso un provvedimento che persegue effettivamente le finalità per le quali la legge l'ha istituita e conformata (cd. sviamento), il giudice non esce dalla logica intrinseca all'atto oggetto del suo sindacato, una logica necessariamente ordinamentale. Invece, espandendo la propria vigilanza alla efficacia dell'azione intrapresa rispetto all'obiettivo e, soprattutto, alla sussistenza di alternative di minor sacrificio per gli interessi compressi (proporzionalità), è il mondo fenomenico stesso che opera il suo ingresso nel processo, fiaccando la stessa riserva di discrezionalità amministrativa, quanto alla predisposizione dei mezzi opportuni per conseguire lo scopo legale.

#### 5. Sinergia delle tutele e controllo di legalità

Non si deve, tuttavia, pensare che, nella sostanza, corra uno iato così profondo tra sindacato sull'eccesso di potere e controllo di proporzionalità da fare in modo che quest'ultimo, anziché un ulteriore strumento di indagine e controllo, segni il tracollo del primo a fronte di una tecnica qualitativamente incomparabile per pregio ed effetti. Piuttosto, è più prudente confidare in un effetto sinergico, che valga a completare le forme di tutela ammissibili. Perché, in ogni caso, entrambi i concetti si originano dall'ambizione del sindacato giurisdizionale di rendersi più effettivo e adeguato alle sollecitazioni dei consociati.

Non può sfuggire, in particolare, che storicamente anche il vizio di eccesso di potere, introdotto normativamente dalla legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato a raffigurare l'ipotesi dell'incompetenza assoluta, sia stato poi adattato da quello stesso giudice alle esigenze della tutela giurisdizionale, evolvendosi nello sviamento della funzione rispetto alla finalità assegnata dalla legge. E, del resto, ove si

riconosca autonomia concettuale alle cd. figure sintomatiche di eccesso di potere, rispetto allo sviamento in senso proprio, ne vien fuori che talune di esse hanno di per sé già la capacità di attivare una componente di proporzionalità nell'agire amministrativo. Perché un atto manifestamente illogico, ingiusto, o anche basato su un palese travisamento dei fatti, disvela con ciò stesso la propria sproporzione.

### 5.1. Una digressione sulla giustizia costituzionale

Può peraltro essere di interesse osservare anche, per alimentare almeno un dubbio sulla linea di sviluppo qualitativo che assisterebbe in modo diacronico il passaggio dall'eccesso di potere alla proporzionalità, che nella giustizia costituzionale il test di proporzionalità esordisce ben presto, ibridandosi con la non pacifica figura dell'eccesso di potere legislativo. È, in particolare, la nota sentenza n. 14 del 1964 sulla legge di nazionalizzazione delle imprese elettriche che si impegna in una verifica sulla congruità dei mezzi impiegati rispetto allo scopo perseguito dalla legge, avviando un percorso che giungerà, con l'altrettanto conosciuta sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale, ad applicare esplicitamente il criterio cd. del minor sacrificio. Nella giurisprudenza costituzionale, del resto, un'esigenza di "proporzione" è sempre stata affermata con riferimento ai trattamenti *lato sensu* sanzionatori, o comunque pregiudizievoli per le libertà della persona, perché «adeguatezza e proporzionalità (...) costituiscono vincoli generali dell'attività legislativa intesa a comprimere diritti» (sentenza n. 1 del 1997).

Che la proporzionalità di una legge, corollario della ragionevolezza, sia stata oggetto, alle origini del giudizio costituzionale, di maggior attenzione che non il suo presunto sviamento dalla funzione legislativa, e che il contrario sia accaduto nel processo amministrativo, quanto ai provvedimenti, non si spiega solo con la frequente osservazione per la quale la legge è libera nei fini, diversamente che l'attività amministrativa, e dunque incontrollabile sotto il profilo della deviazione funzionale. Sul punto, si potrebbe infatti osservare che, quand'anche si neghi la integrale funzionalizzazione dell'attività legislativa, vi sono pur sempre in Costituzione specifiche riserve di legge di scopo (si pensi all'art. 43 Cost.), mentre, in taluni settori (la decretazione d'urgenza, in sede di controllo dei requisiti straordinari di necessità e urgenza; la cd. chiamata in sussidiarietà), persino il tradizionale principio per il quale la legge non richiede motivazione è posto in dubbio.

Piuttosto, opera qui uno specifico *humus* culturale, che colloca nella legge la sede delle garanzie, e teme invece l'arbitrio nell'azione esecutiva dei pubblici poteri. Il canone della proporzionalità, allora, con

la sua capacità di modellare le regole legislative, in sé sottratte a un preliminare sospetto di abuso funzionale, secondo un modulo di maggior adeguatezza e maggior equilibrio rispetto allo stato di (pur minore) adeguatezza ed equilibrio dal quale comunque si muove, appare più efficace di una occhiuta sorveglianza sulla frode alla Costituzione. Mentre, di fronte all'amministrazione, è anzitutto a quest'ultimo profilo di sviamento, rispetto alla legge, che si volge lo sguardo quando l'atto giunge all'attenzione del giudice.

## 6. Conclusioni

Anche su questo terreno, peraltro, le carte sono destinate a mescolarsi nuovamente. Perché, come il nuovo afflato garantista impresso alla funzione pubblica conforta l'amministrativista e lo conduce a privilegiare il controllo di proporzionalità, così il costituzionalista è reso sospettoso nei confronti del legislatore, e rinnova l'interesse per una nuova stagione del pur contestato "eccesso di potere legislativo", non estranea, a sua volta, alla fattualità del giudizio imposta dalla Cedu (si pensi solo alle leggi che, con l'apparenza di dettare una normativa astratta, in realtà si propongono di risolvere una certa controversia particolare).

Insomma, controllo sullo sviamento di potere e scrutinio di proporzionalità appaiono parti integranti, ed entrambe necessarie, di un'efficace tutela giurisdizionale a fronte dell'esercizio di una pubblica potestà, nella forma della legge, ovvero dell'atto amministrativo.

Né si può troppo confidare sulle virtù di contenimento della discrezionalità giudiziaria mediante formule decisorie poggiate su basi empiriche. È vero, infatti, che sotto tale profilo le fasi del controllo sulla idoneità e sulla necessità dell'atto, nell'ambito del controllo di proporzionalità, ammiccano fortemente alle scienze dure. Ma, ove il test sia risolto positivamente, resta ineludibile concludere il giudizio mediante quel *balancing* di cui molti denunciano da tempo la precaria solidità e l'inadeguato tasso di predittività, pur a fronte della natura "esterna" del controllo giudiziale e delle correzioni oggettiviste implicate dall'invito a commisurare, acquisita la meritevolezza degli interessi, il grado di sacrificio imposto agli uni con il grado di beneficio assicurato ai secondi (Alexy).

La verità è che, talvolta, al di là della formalizzazione delle tecniche decisorie, non si può, né forse si deve, evitare che il giudice resti nudo innanzi al compito suo proprio di decidere le controversie fondamentali nell'abbraccio con i valori propri dell'umanesimo costituzionale, impedendo che l'uno diventi tiranno sull'altro.

Il giudice amministrativo è pronto alla sfida.



# L'azione amministrativa e il suo sindacato: brevi riflessioni, in un'epoca di algoritmi e crisi

di *Diana-Urania Galetta*

Nel momento attuale, di enorme incertezza sul futuro, c'è il rischio di coltivare l'illusione che la decisione per algoritmo "stia all'amministrazione come il principio di proporzionalità sta al giudice". In ambo i casi, l'errore sul piano cognitivo/concettuale potrebbe essere il medesimo: pensare che quella "X", frutto dell'incertezza derivante da una situazione oggettivamente complessa e dai contorni difficilmente definibili, possa essere sostituita da qualcuno con un dato certo. Occorre dunque, da un lato, che la p.a. non tenti di sfuggire alla responsabilità connessa alla decisione adattata al caso di specie, delegandola all'algoritmo; dall'altro, che il giudice (amministrativo) non dimentichi che, almeno in linea di principio, è la p.a. a possedere quella competenza tecnica (per materia) che consente la "proporzionata ponderazione" applicata al caso di specie, traendone le relative conseguenze in termini di limiti al suo sindacato giurisdizionale.

**1. Risikogesellschaft, law in context e pubblica amministrazione: notazioni introduttive / 2. Assenza di certezze e tentativi di "semplificazione": l'esempio dell'algoritmo del Ministero della salute per classificare le Regioni sulla base dei 21 indicatori di rischio / 3. Il giudice (amministrativo) e il principio di proporzionalità di fronte alla complessità dell'emergenza: da ciò che legittimamente potrebbe essere, a ciò che il giudice avrebbe voluto che fosse? L'esempio della decisione della Corte costituzionale federale tedesca nel caso Weiss / 4. La decisione per algoritmo sta all'amministrazione come il principio di proporzionalità sta al giudice? Riflessioni conclusive**

## **1. Risikogesellschaft, law in context e pubblica amministrazione: notazioni introduttive**

Ci troviamo, oggi, nel bel mezzo di una drammatica emergenza sanitaria causata dal virus Covid-19; una crisi sanitaria di durata ancora imprevedibile e che è stata anticipata, pochi anni orsono, da quella provocata (in alcune parti del mondo) dalla cd. influenza aviaria.

Questa emergenza sanitaria è da tempo affiancata da una crisi ambientale (almeno sin dall'epoca del

disastro ambientale di Chernobyl) i cui nefasti effetti sono sempre più evidenti anche in Italia.

Per non parlare, poi, dell'emergenza sociale provocata dalla grave crisi economica scoppiata fra il 2007 e il 2013 e dalla quale ancora non siamo usciti, mentre già se ne affaccia all'orizzonte una nuova, quale effetto inevitabile dell'attuale crisi sanitaria: in un circolo vizioso che rischia di essere senza via d'uscita.

In un contesto siffatto occorre prendere coscienza di un fatto socialmente innegabile, di cui si era fatto già portavoce, a metà degli anni ottanta, il noto sociologo tedesco Ulrich Beck<sup>1</sup>, col suo «*Risikogesellschaft*»,

1. Vds. <https://webarchiv-ulrich-beck.soziologie.uni-muenchen.de/biography/>.

pubblicato nel 1986<sup>2</sup>, poco dopo il disastro nucleare di Chernobyl.

Si tratta della circostanza che la “società del rischio” è diventata ormai la condizione stessa del vivere e del decidere umano. E, se questo vale per l’agire privato di ognuno di noi, vale ovviamente *a fortiori* per l’agire amministrativo: sicché la pubblica amministrazione opera oramai costantemente al di fuori della *comfort zone* di una normale prevedibilità, foss’anche solo di breve periodo.

Questo ha certamente delle conseguenze importanti sul modo di decidere delle pubbliche amministrazioni oggi. E non può non averlo, di conseguenza – ed è questa la tesi che intendo qui sostenere – sulla maniera con la quale il giudice amministrativo opera il suo sindacato, *ex post*, sulla correttezza del loro operato.

Nel contesto della *Risikogesellschaft* testé descritta, che da società del rischio si è rapidamente tramutata in vera e propria “società dell’emergenza”, la pubblica amministrazione si trova perciò specialmente a mal partito: stretta come è fra un legislatore “ordinario” che è largamente assente dalla scena e una società civile composta di singoli individui che, travolti dal peso psicologico e materiale di una situazione di crisi permanente, richiede sempre più il suo intervento, a supporto e sostegno.

L’obiettivo di una progressiva riduzione dell’ambito di intervento pubblico, perseguito con convinzione dal legislatore italiano – e osannato da molta dottrina soprattutto negli anni Novanta, epoca d’oro delle cd. “privatizzazioni” – si allontana dunque sempre di più dall’orizzonte reale.

Lungi, infatti, dal vedere il suo ambito di azione ridotto, e il suo intervento nelle dinamiche della società e del mercato limitato al minimo essenziale, la pubblica amministrazione è sempre più chiamata ad agire di nuovo in prima persona, in contesti caratterizzati da enorme incertezza sugli sviluppi futuri.

Sicché, oggi più che mai, diventa urgente adeguare lo schema di ragionamento del gius-amministrativista alle circostanze concrete che caratterizzano il contesto decisionale della pubblica amministrazione e alle conseguenze che queste inevitabilmente determinano sul decisore stesso.

Essendo infatti il diritto una scienza sociale, le soluzioni che esso propone (o intende proporre) devono potersi applicare adeguatamente all’essere umano: con i suoi difetti e le sue virtù, le sue potenzialità e i suoi limiti.

Disconoscere questa circostanza, significa depotenziare totalmente lo strumento; e condannare la scienza giuridica a soccombere, nella competizione con le altre scienze sociali: con il rischio di scenari futuri dove la cd. “*law in context*”, da importante riflessione dottrina<sup>3</sup>, rischia invece di ridursi a una pericolosa retorica, che ci conduce ineluttabilmente verso uno scenario futuro di “*context without law*”<sup>4</sup>.

In questo contesto particolare, occorre inevitabilmente interrogarsi anche sul ruolo e la funzione del giudice amministrativo e del suo sindacato giurisdizionale: alla ricerca di un punto di equilibrio nel contesto di un gioco che rischia, altrimenti, di essere inevitabilmente a somma zero.

## 2. Assenza di certezze e tentativi di “semplificazione”: l’esempio dell’algoritmo del Ministero della salute per classificare le Regioni sulla base dei 21 indicatori di rischio

Non intendo soffermarmi, tuttavia, sul tema delle fonti *extra ordinem*, che è stato ampiamente trattato in dottrina, anche di recente<sup>5</sup>. Piuttosto che concentrarmi sul “cosa” (quale atto viene adottato), vorrei focalizzare infatti l’attenzione sul “come” dell’adozione del relativo atto.

A questo riguardo, è interessante richiamare l’attenzione sulla vicenda dell’algoritmo del Ministero della salute, che viene tuttora<sup>6</sup> utilizzato per classificare le Regioni sulla base dei 21 indicatori di rischio identificati rispetto alla pandemia da Covid-19. Questa vicenda rappresenta infatti, dalla mia prospettiva, un ottimo esempio di come la pubblica amministrazione possa tentare di reagire alla situazione sopra descritta.

Sicché, di fronte alla crisi e all’emergenza, vengono adottati provvedimenti che, indipendentemente dalla forma che assumono, nei contenuti paiono

2. Il volume è stato tradotto anche in italiano: U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000.

3. Di cui è matura espressione, ad esempio, il volume di S. Bottomley e S. Bronitt, *Law in Context*, The Federation Press, Alexandria (NSW, Australia), 2006.

4. In un mondo dove le “linee-guida” la fanno ormai da padrone, e le cd. FAQ (noto acronimo dell’espressione in lingua inglese “Frequent Asked Questions”) prendono il posto di quella normazione a carattere esecutivo che dovrebbe essere appannaggio di regolamenti *ex art.* 17 l. n. 400/1988.

5. Vds. da ultimo S. Budelli, *La società del rischio e il governo dell’emergenza. Le ordinanze extra ordinem*, in *AmbienteDiritto*, n. 2/2019 ([www.ambientediritto.it/wp-content/uploads/2020/10/Ordinanze-extra-ordinem\\_Budelli.pdf](http://www.ambientediritto.it/wp-content/uploads/2020/10/Ordinanze-extra-ordinem_Budelli.pdf)), e dottrina ivi ampiamente richiamata.

6. Il presente contributo è stato chiuso e consegnato per la pubblicazione in data 12 febbraio 2021.

basarsi su certezze di tipo scientifico-matematico: quelle prodotte da un algoritmo.

Per spiegare meglio il ragionamento occorre precisare che – come è ormai noto – l’identificazione delle aree con relativa “colorazione” (corrispondenti al territorio delle diverse Regioni e Province autonome) è determinata dal risultato (indice o livello di rischio) che consegnano al decisore pubblico (il Ministero della salute) gli algoritmi applicati per rielaborare i dati che scaturiscono dalla combinazione di ben 21 elementi di rischio. Gli indicatori (16 più 5 opzionali) permettono infatti di valutare i tre aspetti che sono stati identificati come di interesse per la valutazione del rischio da Covid-19: la probabilità di diffusione, l’impatto e la resilienza territoriale.

La questione è tecnicamente piuttosto complessa. Il tutto si basa su quanto disposto dal decreto del Ministero della salute del 30 aprile 2020<sup>7</sup>. L’attività di raccolta dei dati che esso prevede è attiva, infatti, sin dallo scorso mese di maggio.

Una volta raccolti i dati necessari tramite le Regioni e le Province autonome, la loro analisi viene effettuata per mezzo di due algoritmi che si riferiscono, rispettivamente, alla probabilità e all’impatto. Combinando i risultati di questi due elementi all’interno di una cd. “matrice di rischio” – allegata al dm – viene calcolato, su base settimanale, il livello di rischio per la singola Regione/Provincia autonoma.

Questa è la ragione per cui varie ordinanze si sono susseguite, in modo frenetico, nelle diverse aree del territorio della Repubblica<sup>8</sup>, in un vero e proprio delirio di “cambi cromatici”, connotati da regole (sulla mobilità, sulla didattica e per le attività economiche, tra le altre) diverse. Il che, se è dubbio che abbia realmente contribuito a consentire un efficace contenimento della pandemia, ha certamente aumentato la percezione di incertezza e mancanza di prevedibilità sul proprio futuro da parte dei destinatari dell’azione amministrativa.

Sicché, se può certamente dirsi che, ad oggi, il tentativo di ridurre la complessità (e controllare il rischio legato alla pandemia) grazie all’algoritmo si è rivelato

come una missione impossibile, dal punto di vista della pubblica amministrazione responsabile di adottare le decisioni del caso concreto si è tuttavia osservato (e si osserva), da parte delle medesima amministrazione, un tentativo di sottrarsi, grazie alla decisione per algoritmo, al peso che deriva dalla drammaticità del contesto decisionale tipico del cd. *risk management*.

Il decisore pubblico, in fin dei conti, invece di accettare a testa alta la sfida a cui lo sottopone la inevitabile complessità – e che gli imporrebbe di adottare coraggiose decisioni di “politica pubblica”, come tali largamente *insindacabili*, anche oltre e al di là dell’emergenza –, tenta di semplificare: e si affida dunque alla decisione amministrativa per algoritmo.

Tuttavia, la decisione amministrativa per algoritmo non solo non è ovviamente la migliore sul piano del bilanciamento degli interessi in gioco: tale bilanciamento è infatti “prodotto” sulla base della rielaborazione pura e semplice dei dati e sulla base delle “istruzioni” ricevute<sup>9</sup>; ma neppure è certo – nonostante l’aura di “matematica correttezza” che naturalmente la avvolge – che la decisione amministrativa per algoritmo sia migliore sul piano delle cd. valutazioni fattuali. Basti pensare a quanto è successo, ad esempio, lo scorso 16 gennaio: data in cui il Ministero della salute ha adottato la ben nota ordinanza 16 gennaio 2021<sup>10</sup>, che ha collocato anche la Lombardia in zona rossa (insieme a Sicilia e Provincia autonoma di Bolzano) sulla base dei dati parzialmente errati forniti da Regione Lombardia, e che l’algoritmo, a propria volta, ha poi mal combinato, producendo il classico scenario noto in informatica con il significativo acronimo di GIGO (“*garbage in, garbage out*”<sup>11</sup>).

La certezza matematica dell’algoritmo può infatti riguardare, al massimo, il suo funzionamento; ma certamente non il suo risultato: se i dati sono scorretti, o combinati in modo errato dall’algoritmo medesimo, altrettanto scorretta sarà, infatti, la decisione finale che è il risultato della sua applicazione: non esiste cioè qui, per intenderci, un possibile scenario “*garbage in, gospel out*”<sup>12</sup>!

7. Ministero della salute, decreto 30 aprile 2020: «Adozione dei criteri relativi alle attività di monitoraggio del rischio sanitario di cui all’allegato 10 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 26 aprile 2020 (20A02444)», in *GU*, Serie generale, n. 112, 2 maggio 2020 ([www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/05/02/20A02444/sg](http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/05/02/20A02444/sg)).

8. Per la situazione in Lombardia, vds. la documentazione pubblicata sul sito del CERIDAP: <https://ceridap.eu/materiali-sullemergenza-covid-19/>.

9. Vds. il commento, assai critico, in [www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/lalgoritmo-che-non-e-un-algoritmo-perche-21-parametri-sono-troppi-per-determinare-le-zone-di-rischio-covid/](http://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/lalgoritmo-che-non-e-un-algoritmo-perche-21-parametri-sono-troppi-per-determinare-le-zone-di-rischio-covid/).

10. Ministero della salute, ord. 16 gennaio 2021: «Ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19 per la Regione Lombardia (21A00225)», in *GU*, Serie generale, n. 12, 16 gennaio 2021 ([www.trovanorme.salute.gov.it/norme/dettaglioAtto?id=78459](http://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/dettaglioAtto?id=78459)).

11. Vds. <https://dictionary.cambridge.org/it/dizionario/inglese/garbage-in-garbage-out>.

12. L’espressione si riferisce evidentemente alla tendenza a riporre un’infondata fiducia nell’accuratezza dei dati generati in questa maniera: vds. M.R. Ault, *Combating the Garbage-In, Gospel-Out Syndrome*, in *Radiation Protection Management*, n. 6/2003, pp. 26-30 ([www.researchgate.net/publication/268357767\\_Combating\\_the\\_Garbage-In\\_Gospel-Out\\_Syndrome](http://www.researchgate.net/publication/268357767_Combating_the_Garbage-In_Gospel-Out_Syndrome)).

### 3. Il giudice (amministrativo) e il principio di proporzionalità di fronte alla complessità dell'emergenza: da ciò che legittimamente potrebbe essere, a ciò che il giudice avrebbe voluto che fosse? L'esempio della decisione della Corte costituzionale federale tedesca nel caso *Weiss*

Quanto al problema del sindacato del giudice di fronte alla complessità derivante dalla crisi e dall'emergenza, a fronte di questo inevitabile allargamento dell'ambito dell'azione amministrativa che, come si è detto, si registra in queste peculiari situazioni, vale senz'altro la riflessione di Montedoro e Scoditti nel loro saggio introduttivo a questo fascicolo: e cioè che, «A fronte di un'estensione da parte della funzione amministrativa delle proprie maglie, il diritto e la giustizia amministrativa dovrebbero diventare scienza e controllo del potere ancora più pregnanti e penetranti»<sup>13</sup>.

Pur tuttavia, è necessario anche domandarsi quale sia il limite e, soprattutto, lo strumento con il quale può raggiungersi, in contesti siffatti, questo traguardo di maggiore pregnanza del controllo giurisdizionale sull'azione amministrativa. Il decisore della crisi e dell'emergenza si trova infatti, per definizione, di fronte a situazioni caratterizzate da estrema incertezza (e quindi imprevedibilità sugli sviluppi futuri), e in cui il fattore tempo appare come una variabile decisiva e rispetto alla quale, come si usa dire, l'ottimo è certamente nemico del bene.

Sicché, nella ricorrenza di dette circostanze, anche il dovere di istruttoria e l'obbligo di motivazione debbono necessariamente adeguarsi all'esigenza primaria di decidere rapidamente: perché il non decidere sarebbe di gran lunga più nocivo per quell'interesse pubblico (primario) che la p.a. deve per suo statuto (giuridico e ontologico) sempre perseguire!

L'inazione, nell'amministrazione dell'emergenza e nella crisi, è infatti certamente da considerarsi come il nemico numero uno dell'interesse pubblico; se si condivide l'idea di partenza, ovviamente: e cioè che, in situazioni di emergenza e crisi, la p.a. (ri)trova tutta la propria centralità (*rectius* essenzialità).

Un esempio dei problemi che possono derivare da un approccio eccessivamente "a gamba tesa" da parte del giudice, in un contesto decisionale siffatto, è rappresentato dal sindacato sulla proporzionalità evocato dalla Corte costituzionale federale tedesca nella sentenza *Weiss* del 5 maggio scorso.

Brevemente, la vicenda che fa da sfondo alle due pronunce nel caso *Weiss* – quella della Corte di giustizia Ue, in causa C-493/17<sup>14</sup>, da un lato, e quella della Corte costituzionale federale tedesca del 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15<sup>15</sup>, dall'altro – merita anzitutto di essere riassunta. E lo si può fare bene facendo riferimento anzitutto alla frase, ormai iconica, "*whatever it takes*"! Come è infatti noto, Mario Draghi la pronunciò nel 2012: nel bel mezzo di uno scenario drammatico di crisi economica, con i mercati in fermento e l'euro sotto attacco. «Nell'ambito del suo mandato la BCE è pronta a fare tutto ciò che è necessario per preservare l'euro. E credetemi, sarà abbastanza», disse (in inglese) l'allora presidente della Banca centrale europea<sup>16</sup>.

È in questo contesto specifico (storico-sociale) che deve inquadrarsi la decisione 2015/774/UE<sup>17</sup>, con cui la Bce ha autorizzato un programma di acquisto sui mercati secondari (il cd. programma "Pssp", «Programma di acquisto di titoli pubblici e privati dell'Eurosistema»<sup>18</sup>), nell'ambito del quale le banche centrali nazionali, in proporzione alle rispettive quote nello schema di capitale della Bce, e la Bce stessa, possono effettuare acquisti di titoli di debito negoziabili sui mercati secondari.

La decisione in questione è (seppure indirettamente) oggetto della sentenza del *zweiter Senat* del

13. G. Montedoro ed E. Scoditti, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in questo fascicolo.

14. Cgue [GS], *Weiss*, C493/17, 11 dicembre 2018, ECLI:EU:C:2018:1000, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=FoB693F580881A543D8EC04360306637?text=&docid=208741&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3347013>.

15. *BVerfG*, Urteil des Zweiten Senats, 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15, Rn. (1-237), in [http://www.BVerfG.de/e/rs20200505\\_2bvro85915.html](http://www.BVerfG.de/e/rs20200505_2bvro85915.html) (in tema di ammissibilità del *quantitative easing*). Per un utile riassunto dei contenuti della pronuncia, si rinvia al comunicato stampa, tradotto in italiano a cura di A. Caravita, *Corte costituzionale federale tedesca (BVerfG) – Le decisioni della BCE sul programma di acquisti di titoli di Stato eccedono le competenze* (c.s. n. 32/2020, 5 maggio 2020), in *Federalismi*, n. 14/2020, [www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=42375](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=42375).

16. Vds. ad esempio, [www.huffingtonpost.it/entry/quando-draghi-disse-la-bce-e-pronta-a-fare-il-necessario-per-preservare-leuro-e-sar-abbastanza\\_it\\_5db1c6e1e4b0bc7f96fda902](http://www.huffingtonpost.it/entry/quando-draghi-disse-la-bce-e-pronta-a-fare-il-necessario-per-preservare-leuro-e-sar-abbastanza_it_5db1c6e1e4b0bc7f96fda902).

17. Decisione 2015/774/UE della Bce, 4 marzo 2015, su un programma di acquisto di attività del settore pubblico sui mercati secondari (BCE/2015/10), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015D0010&from=IT>.

18. Vds. [www.bancaditalia.it/compiti/polmon-garanzie/pspp/index.html](http://www.bancaditalia.it/compiti/polmon-garanzie/pspp/index.html).

5 maggio scorso<sup>19</sup>, in tema di ammissibilità del cd. “*quantitative easing*” (QE)<sup>20</sup>. Sentenza in cui la Corte costituzionale federale tedesca offre un interessantissimo esempio di come un giudice possa essere tentato di utilizzare il principio di proporzionalità per, di fatto, travalicare la sua funzione, esercitando (nel caso di specie) prerogative che sono invece proprie della pubblica amministrazione.

Questo nella misura in cui il suo sindacato, da un mero sindacato su ciò che legittimamente avrebbe potuto essere (la decisione legittimamente possibile all’interno di quel margine di valutazione riservato alla p.a.), diviene invece un sindacato parametrato su quello che il giudice avrebbe voluto/preferito che fosse.

Ed ecco che, da utilissimo strumento per operare un sindacato sull’uso del potere discrezionale da parte della pa, che non si limiti a un mera verifica circa il rispetto di parametri unicamente formali, nella sentenza *Weiss* (del *BVerfG*) il principio di proporzionalità si trasforma, invece, nello strumento usato dal giudice per invadere quell’ambito di azione che è riservato alla p.a.; e che gli altri poteri non potrebbero né dovrebbero dunque mai conculcare. Si tratta, notoriamente, della cd. riserva di provvedimento nei confronti del potere legislativo; e della riserva nelle scelte di “merito” nei confronti del potere giurisdizionale.

In questo senso la pronuncia dei giudici di *Karlsruhe* del 5 maggio 2020 è evidentemente paradossale: i giudici del *zweiter Senat* rivolgono infatti un’aperta censura all’operato dei giudici della Corte di giustizia di Lussemburgo che, secondo la loro opinione, sarebbero “colpevoli” di avere operato un sindacato giurisdizionale della proporzionalità inadeguato. E questo per il fatto che i giudici di Lussemburgo si sono rifiutati di fare quel che nessun giudice dovrebbe fare: sostituire, attraverso il proprio sindacato *ex post*, la valutazione (di merito) operata a suo tempo dalla p.a. (qui la Bce), e per di più in un contesto di totale incertezza e relativa imprevedibilità circa le possibili evoluzioni del contesto di riferimento<sup>21</sup>.

La Corte di giustizia Ue, nella pronuncia della sua Grande Sezione dell’11 dicembre 2018<sup>22</sup>, aveva infatti osservato, a proposito della decisione 2015/774/UE della Bce:

a) che, in tema di “idoneità” della misura adottata (il primo gradino del sindacato di proporzionalità),

nell’adottare le sue decisioni «la BCE ha fatto riferimento alla prassi di altre banche centrali e a diversi studi, i quali testimoniano che l’acquisto massiccio di titoli del debito pubblico è idoneo a contribuire alla realizzazione dell’obiettivo suddetto» (punto 77); sicché «non risulta che l’analisi economica del SEBC, secondo cui il PSPP era idoneo, nelle condizioni monetarie e finanziarie della zona euro, a contribuire alla realizzazione dell’obiettivo di mantenimento della stabilità dei prezzi, sia viziata da un manifesto errore di valutazione» (punti 77-78);

b) che, in tema di “necessarietà” della misura adottata (il secondo gradino del sindacato sulla proporzionalità), «tenuto conto dei prevedibili effetti del PSPP e poiché non consta che l’obiettivo perseguito dal SEBC avrebbe potuto essere realizzato mediante un altro tipo di misure di politica monetaria, implicante un’azione più limitata del SEBC medesimo, occorre affermare che, nella sua natura stessa, il PSPP non va manifestamente al di là di quanto è necessario per raggiungere detto obiettivo» (punto 81);

c) infine che, quanto alla “proporzionalità in senso stretto”, «il SEBC ha effettuato un bilanciamento dei diversi interessi in gioco in modo da evitare concretamente che potessero prodursi, in sede di attuazione del PSPP, inconvenienti manifestamente sproporzionati rispetto all’obiettivo perseguito da quest’ultimo» (punto 93).

E ne aveva dunque concluso che la decisione 2015/774/UE non violasse il principio di proporzionalità.

La Corte di giustizia di Lussemburgo non si era dunque sottratta al proprio dovere di giudice: che consisteva, nel caso di specie, nel dovere valutare che la misura prescelta dalla Bce per fare fronte alla cd. crisi del debito sovrano fosse stata, oltre che in linea con i parametri normativi di riferimento, anche rispettosa di quei principi che guidano l’esercizio della discrezionalità amministrativa e, in particolare, del principio di proporzionalità.

Quello che la Corte di giustizia di Lussemburgo si era (correttamente) rifiutata di fare lo fanno, invece, i giudici tedeschi del *zweiter Senat*: che, con la loro sentenza del 5 maggio, operano un sindacato di proporzionalità sulla decisione della Bce che consiste essenzialmente nel censurare la decisione adottata dalla Bce sulla base di proprie valutazioni di politica

19. *BVerfG*, 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15, cit.

20. Vds. [www.ecb.europa.eu/explainers/show-me/html/app\\_infographic.it.html](http://www.ecb.europa.eu/explainers/show-me/html/app_infographic.it.html).

21. Per approfondimenti, si rinvia per tutti a D.U. Galetta e J. Ziller, *Karlsruhe über alles? Riflessioni a margine di una pronuncia “assolutamente non comprensibile” e “arbitraria” (commento a BVerfG 05.05.2020, 2 BvR 859/15, Weiss)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 4/2020, pp. 301-345.

22. In causa C493/17, *Weiss*, ECLI:EU:C:2018:1000, cit.



economica, che mettono in discussione direttamente l'opportunità delle scelte compiute.

Negli ordinamenti nazionali, non a caso, si parla in un caso del genere di riesame nel merito di un atto amministrativo. Attività che è solitamente consentita, oltre che alla stessa amministrazione che abbia emesso l'atto medesimo, unicamente all'organo gerarchicamente superiore e che abbia poteri sostitutivi rispetto alla prima.

La Corte costituzionale federale tedesca ritiene invece, a torto, che la Corte di giustizia Ue, in quanto giudice amministrativo della legittimità, avrebbe dovuto di fatto – e per di più “ora per allora” – sostituire la propria valutazione a quella della Banca centrale europea operando, attraverso il prisma della proporzionalità, un giudizio di maggiore o minore opportunità, convenienza o congruità – quello che invece, e giustamente, aveva evitato di fare la Corte di Lussemburgo.

A questo si aggiunge il fatto che oggetto della decisione adottata dalla Bce erano misure destinate a contenere gli effetti negativi non già di alcuni fatti acclarati in modo certo, ma di un processo in continua e imprevedibile evoluzione: la crisi finanziaria del 2008 e la crisi dei titoli sovrani del 2010.

Sicché il sindacato giurisdizionale di legittimità qui tutto poteva essere tranne che un sindacato che – sulla base di elementi di valutazione di cui il decisore (amministrativo) non poteva in alcun modo disporre *ex ante* – giudicasse *ex post* se una misura poteva qualificarsi come contraria al principio di proporzionalità.

Ritengo, infatti, di tutta evidenza che il sindacato giurisdizionale di un'azione amministrativa venuta in essere a fronte di un quadro di estrema complessità, aggravato per di più dall'emergenza, non può trasformarsi, da giudizio su ciò che legittimamente avrebbe potuto essere, in una valutazione autonoma di ciò che il giudice avrebbe voluto che fosse.

#### **4. La decisione per algoritmo sta all'amministrazione come il principio di proporzionalità sta al giudice? Riflessioni conclusive**

Criticare – come hanno fatto i giudici tedeschi del *zweiter Senat* con la loro sentenza *Weiss* del maggio scorso – le scelte a suo tempo fatte dalla Bce per i presumibili effetti negativi che queste avrebbero avuto

sull'economia è senz'altro un'operazione culturalmente inaccettabile ed errata sotto vari profili<sup>23</sup>.

Ma, quello che più conta qui, è che si tratta di un'operazione errata sul piano squisitamente giuridico, poiché è pacifico che la cd. “*prognostische Entscheidungen wertenden Charakters*” (decisione prognostica a carattere valutativo) non può spettare al giudice (amministrativo). E che, in tema di “*Prognosenentscheidung und Risikobewertung*” (decisione previsionale e valutazione del rischio), esiste un problema di “*Wertungsspielraum*”, insindacabile anche da parte del giudice tedesco<sup>24</sup>.

Il problema, tuttavia, va ben oltre e al di là della questione (pur cruciale) dei confini tra sindacato della discrezionalità e sindacato del merito della decisione amministrativa. E va anche al di là della interessante discussione sull'atteggiamento di quelle Corti supreme che, sempre di più, indulgono nella tentazione di voler essere loro a dire l'ultima parola sulle questioni più tecnicamente e talora ideologicamente/eticamente complesse: con o senza l'assenso implicito di un legislatore che ha oramai largamente abdicato al suo ruolo, lasciando sovente la pubblica amministrazione “col cerino in mano”.

Da (solo) giuridico-politico, il problema diventa qui di tipo psico-sociologico: di fronte all'inestricabile complessità che deriva dall'emergenza e dalla relativa crisi (delle certezze, anzitutto!), il giudice, invece di fare un passo indietro e riconoscere che il margine di rischio rispetto alla scelta errata è appannaggio del legislatore nel fissare gli obiettivi dell'azione, e della p.a. nel tentare di perseguirli, si trincerava invece dietro l'illusione di poter conoscere meglio egli stesso quale fosse/dovesse essere la decisione giusta. E per fare questo semplifica artificiosamente la realtà: ad esempio disconoscendo, come è avvenuto nel caso *Weiss*, che vi sono opinioni del tutto diverse tra gli economisti, con riguardo agli effetti legati al mantenimento di un tasso d'interesse basso<sup>25</sup>.

È chiaro invece che, in condizioni di simile incertezza, la scelta ultima è una scelta non sindacabile da parte del giudice se non travalicando quello che è il cd. “merito” della decisione sindacata: un ambito che necessariamente è, e deve essere, sottratto al sindacato giurisdizionale, per la semplice ragione che la relativa scelta è ancorata non già a parametri oggettivi di giudizio, ma a parametri soggettivi. Sicché si impone che sia il decisore pubblico ad adottarla, e non già il

23. Si rinvia, in merito, ai molti contributi critici sinora pubblicati. In particolare vds. il “fascicolo monografico” della *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* n. 4/2020, nonché i vari contributi pubblicati in *CERIDAP*, [https://ceridap.eu/?s=weiss&post\\_type=post](https://ceridap.eu/?s=weiss&post_type=post).

24. Cfr. E. Pache, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2001, pp. 141 ss., e dottrina e giurisprudenza ivi citate.

25. Vds. la letteratura ampiamente citata, al riguardo, in D.U. Galetta e J. Ziller, *Karlsruhe über alles?*, op. cit.

giudice. A meno di voler negare l'esistenza e il valore stesso di quel principio di separazione dei poteri che rappresenta uno dei capisaldi fondamentali dello Stato di diritto e della democrazia liberale.

Vorrei dunque concludere tentando di riassumere quella che è la mia percezione della situazione. E, per farlo, prenderei a prestito il quadro concettuale (e la terminologia) che sta dietro alla proporzione, intesa come formula matematica.

Nel momento attuale, di enorme (e sempre crescente) incertezza sul futuro, mi pare vi sia il rischio di coltivare l'illusione che la decisione per algoritmo "stia all'amministrazione come il principio di proporzionalità sta al giudice". Laddove però, in ambo i casi, l'errore sul piano cognitivo/concettuale potrebbe essere il medesimo: e cioè di pensare che quella "X", che è la tradizionale incognita frutto dell'incertezza derivante da una situazione oggettivamente complessa, e dai contorni indefiniti e difficilmente definibili – e che implica dunque il cd. giudizio prognostico incerto –, possa essere sostituita da qualcuno con un dato certo.

Così non è, purtroppo. E questo è il grosso problema del *risk management* che è indubbiamente chiamata a fare la pubblica amministrazione in epoca moderna. Esso è infatti composto concettualmente (e sul piano lessicale) di due elementi: il rischio e la sua gestione. Entrambi ineludibili. Entrambi non facilmente semplificabili. Entrambi certamente non sindacabili attraverso il prisma del principio di proporzionalità. A meno che non si voglia concludere che la distinzione fra valutazione discrezionale sindacabile e merito amministrativo insindacabile è morta; e che nell'agire amministrativo vi è solo la prima, che risulta tanto più sindacabile quanto maggiore è l'incertezza rispetto al quadro di riferimento e, soprattutto, rispetto agli sviluppi futuri.

Ma allora, o l'amministrare diventa davvero una mera equazione matematica, risolvibile grazie all'applicazione di oscuri algoritmi che diano una parvenza (che tale rimane, ovviamente!) di matematica certezza; oppure, è meglio che l'amministrazione si doti della famosa "sfera di cristallo". Viceversa la sua azione, in un contesto di incertezza e (perenne) crisi quale quello attuale, sarà inevitabilmente condannata a essere costantemente travolta da quella valanga che può rappresentare un sindacato giurisdizionale sulla proporzionalità inteso e applicato alla maniera della sentenza *Weiss del BVerfG*.

Vero è, per concludere, che entrambi esercitano un fascino magnetico. Rispettivamente l'algoritmo (meglio ancora se di intelligenza artificiale) sulla p.a.: che in contesti di enorme e crescente complessità rappresenta una promessa di intrinseca, "matematica" obiettività. E, quindi, di possibile "messa al riparo" non solo rispetto ai successivi annullamenti, ma anche e soprattutto rispetto ai possibili (e temutissimi) giudizi di responsabilità.

Sicché, sempre più, quando si trova a dover assumere decisioni in un contesto caratterizzato dalla complessità (e in cui occorre anche gestire una enorme quantità di dati e informazioni), la p.a. è tentata dalla facile via d'uscita della decisione per algoritmo: basti pensare (come si è detto nel par. 2.) all'algoritmo usato per classificare le Regioni italiane, attribuendo ad esse un colore diverso per zone di rischio, a seconda della rielaborazione dei dati relativi al contagio da Covid-19 che il relativo algoritmo opera di volta in volta.

Lo stesso avviene per il giudice (amministrativo), quando questi si trova a dover sindacare della legittimità di provvedimenti amministrativi adottati in condizioni di incertezza e complessità: più il contesto nel quale il decisore amministrativo si è trovato ad agire risulta(va) complesso e imprevedibile nei suoi sviluppi futuri, più il giudice amministrativo tenderà a ricorrere al sindacato di proporzionalità, nascondendosi dietro la promessa di matematica incontestabilità degli esiti che derivano dalla sua applicazione al caso concreto. O meglio dietro l'idea che, se la valutazione a suo tempo fatta dalla p.a. non risulta essere totalmente inconfutabile sotto il profilo dell'idoneità allo scopo, della necessità e addirittura della proporzionalità in senso stretto, allora il giudice potrà e dovrà annullarla.

Idea pericolosa questa, che nasconde anche un meccanismo di *probatio diabolica* (ora per allora) ai danni di una p.a. costretta ad adottare decisioni in contesti via via più complessi e dove le certezze matematiche stanno, in verità, a zero!

Il rischio, inutile dirlo, potrebbe essere la paralisi/inazione. Con un danno, in questo caso, più che mai certo e inconfutabile a quell'interesse pubblico che il legislatore (e la Costituzione) hanno affidato alla cura concreta della pubblica amministrazione<sup>26</sup>, confidando proprio in quella competenza tecnica (per "materie") che è suo tipico appannaggio. E che non è invece condivisa dagli altri poteri; certamente non dal giudice.

26. Cfr. le recenti e interessanti riflessioni di B. Mameli, *Efficienza amministrativa e discrezionalità ai tempi della pandemia*, in *Persona e amministrazione*, n. 2/2020, pp. 193 ss. (spec. pp. 198 ss.), <http://ojs.uniurb.it/index.php/pea/article/view/2331>.

# Il possibile contributo della giurisprudenza per una pubblica amministrazione all'altezza del cd. *Recovery Fund*

di *Lucia Tria*

Da tempo in ambito Ue si afferma che gli elementi principali per misurare la qualità delle amministrazioni pubbliche degli Stati membri sono il capitale umano e la capacità di creare “benessere sociale”. Nel nostro ordinamento, le quattro importanti riforme della p.a. varate nell'ultimo trentennio avevano tutte i suddetti obiettivi, il cui raggiungimento però non può dirsi pienamente ottenuto, perché “le leggi camminano sulle gambe degli uomini”. Ora tale raggiungimento è improcrastinabile e per la sua realizzazione può essere utile anche il contributo della giurisprudenza, purché basato su un proficuo dialogo tra giudici ordinari e giudici amministrativi che consenta anche di prevenire i conflitti di giurisdizione. Come è avvenuto per il lavoro pubblico.

**1. Assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.) / 2. La cd. *maladministration* / 3. La “cultura del cambiamento” basata sulla fiducia circolare / 4. La sfida del *Recovery Fund* / 5. Alla ricerca di un linguaggio comune tra giudici ordinari e amministrativi**

## **1. Assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.)**

Da tempo accade che la Commissione europea rivolga reiterate raccomandazioni agli Stati membri Ue perché rendano le rispettive pubbliche amministrazioni più efficienti e trasparenti.

Del resto, dalle rilevazioni Ue risulta che il settore pubblico è il comparto più grande dell'Unione. Occupa circa 75 milioni di persone, ossia il 25 per cento circa della forza lavoro totale, con una spesa pubblica che rappresenta quasi il 50 per cento del Pil.

In questo ambito si è più volte sottolineato che le riforme attuate negli Stati membri a partire dalla metà degli anni novanta del Novecento, se per certi versi, hanno migliorato l'efficacia in termini di costi e l'efficienza delle pubbliche amministrazioni, per

contro hanno prodotto un progressivo peggioramento della fiducia dei cittadini nei poteri pubblici, della coesione sociale e dell'attrattiva del pubblico impiego.

La principale ragione di questi risultati deludenti viene individuata nel fatto che ci si sia preoccupati soprattutto della riorganizzazione delle strutture e delle procedure formali – spesso gestite dall'alto, seguendo una logica politica o di bilancio –, dimenticando di sviluppare il potenziale umano, di ripensare il funzionamento della pubblica amministrazione o di cambiare la cultura amministrativa.

In linea generale, per la maggioranza degli studiosi del settore, un reale miglioramento della qualità dei servizi pubblici presuppone che si focalizzi l'attenzione prioritariamente sullo sviluppo delle potenzialità dei dipendenti, mentre nella maggior parte degli Stati Ue ci si concentra prevalentemente sulle

prestazioni, sicché la gestione dei processi prevale sulla gestione delle persone.

Inoltre, in alcuni Stati Ue (compresa l'Italia) gli approcci a livello centrale e periferico spesso non sono coerenti sicché, considerato il ruolo fondamentale del livello regionale e locale nella fornitura di servizi (e, in alcuni casi, nella regolamentazione), onde assicurare una funzione pubblica più qualificata ed efficiente, sarebbe necessario un migliore coordinamento tra i tutti i livelli di governo.

Si aggiunge che, in molti Paesi, la ristrutturazione formale prolungata e intensiva ha portato a una generale “stanchezza da riforme”, che ha avuto – e ha tuttora in molti ordinamenti, compreso il nostro – effetti di avvertita mortificazione nel loro ruolo da parte dei dipendenti, che oltre a poter generare comportamenti sbagliati (di varia intensità), soprattutto rende estremamente arduo riscoprire il senso, il valore e la dignità del pubblico impiego, considerato il fondamentale fattore produttivo in grado di incidere significativamente sulla qualità dei servizi resi ai cittadini.

Questo si è verificato anche nel nostro Paese, nel quale, a partire dalla fondamentale legge n. 241 del 1990, si sono avute ben quattro grandi riforme della p.a.<sup>1</sup> con la diffusione, anche in questo settore, di forme di lavoro flessibile (spesso oltre i limiti consentiti), sulla scia del famoso rapporto («*Job Study*») dell'Ocse sull'occupazione, del 1994<sup>2</sup>, e l'insieme di questi interventi legislativi non è riuscito a cambiare significativamente il funzionamento della p.a. nel senso di orientarlo al servizio e alla ricerca del bene comune.

Quanto al lavoro flessibile, la sua “abusiva” utilizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni può considerarsi un effetto perverso dell'applicazione della logica del profitto anche in questo ambito, nell'idea originaria di aumentare l'efficienza delle amministrazioni stesse, mentre si tratta di una logica sicuramente impropria, specialmente per i settori-chiave del lavoro pubblico, quali le scuole pubbliche e le università, gli uffici giudiziari e le aziende sanitarie.

Infatti le pubbliche amministrazioni, specialmente nei suddetti settori, sono chiamate a operare per

creare “valore”, sicché le loro strategie e capacità di gestione devono essere valutate proprio in quest'ottica, che è l'unica che può consentire un reale miglioramento del servizio.

Solo da un'adeguata creazione di “valore” possono – indirettamente – prodursi profitti e quindi benessere sociale, che è uno degli elementi per misurare la qualità delle amministrazioni pubbliche degli Stati membri in sede Ue.

Del resto, a questo risultato puntavano i nostri Costituenti quando hanno stabilito che i pubblici uffici devono essere organizzati «in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione» e l'aggiunta del primo comma, a opera dell'art. 2 della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, certamente non ha modificato questa impostazione ma forse l'ha rafforzata.

Infatti, come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 247 del 2018, nell'articolazione teleologica del precetto costituzionale come modificato, l'equilibrio di bilancio *ex post* corrisponde all'assenza di un disavanzo al termine dell'esercizio finanziario, ma «il buon andamento presuppone anche che al positivo risultato finanziario faccia riscontro una corretta e ottimale erogazione dei servizi e delle prestazioni sociali rese alla collettività».

Sotto tale profilo, «il miglior rapporto tra equilibrio del bilancio e buon andamento dell'azione amministrativa risiede in un armonico perseguimento delle finalità pubbliche attraverso il minor impiego possibile delle risorse acquisite mediante i contributi e il prelievo fiscale; in sostanza, un ottimale rapporto tra efficienza ed equità».

## 2. La cd. “maladministration”

Anche in un quadro costituzionale chiaro, si è comunque preferito perseguire in modo persistente la suindicata logica di tipo aziendalistico, emblematicamente dimostrata dalla sostituzione, a opera del d.lgs 30 dicembre 1992, n. 502, delle «Unità sanitarie locali» con le «Aziende sanitarie locali».

1. Nell'indicato arco temporale, come prima grande riforma della p.a. si ricorda quella guidata dal ministro Cassese; come seconda riforma, quella guidata dal ministro Bassanini; come terza riforma rilevante, quella del ministro Brunetta e come quarta riforma quella che stiamo vivendo, avviata con l'approvazione della legge delega n. 124/2015, che prende il nome dal ministro Madia. A queste riforme vanno aggiunti numerosi ulteriori interventi legislativi, che hanno avuto il sicuro effetto di introdurre principi di riferimento e possibili idee di cambiamento. Per un interessante approfondimento sulle ragioni del mancato raggiungimento dell'obiettivo – sempre condiviso – del “cambiamento culturale” della p.a., vds. per tutti: *25 anni di riforme della PA: troppe norme, pochi traguardi*, ricerca coordinata da C. Mochi Sismondi e curata da V. Piersanti, dicembre 2016, [www.astrid-online.it/static/upload/fpa\\_/fpa\\_25-anni-di-riforme\\_19\\_12\\_16.pdf](http://www.astrid-online.it/static/upload/fpa_/fpa_25-anni-di-riforme_19_12_16.pdf).

2. In tale rapporto si sosteneva che, per risolvere la crisi occupazionale dell'epoca nella Ue, lo strumento migliore sarebbe stato quello di rendere il lavoro “flessibile” nell'ambito di un “mercato del lavoro più libero” da pressioni sindacali e da normative a protezione dei lavoratori. In realtà, tale strategia – poco dopo modificata dalla stessa Ocse – ha soltanto portato a un grande aumento del lavoro flessibile e precario nell'ambito sia del lavoro privato sia di quello pubblico soprattutto “contrattualizzato”, le cui conseguenze non sono state di tipo espansivo, ma anzi hanno determinato molti guasti nella società e nell'economia, che a volte si ripropongono oggi nell'economia delle piattaforme digitali, visto che sono tuttora considerate un portato della globalizzazione.

E per avere immediata contezza dei guasti dell'applicazione della logica del profitto al settore dei servizi pubblici essenziali e, in particolare, alla Sanità, può essere sufficiente considerare le recenti gravi difficoltà riscontratesi in molte Regioni da parte del Servizio sanitario per poter far fronte – pur con medici, infermieri e personale sanitario in genere di preparazione elevata e di grande dedizione, nonostante il trattamento retributivo inadeguato alle loro importanti e difficili funzioni – alla gestione della pandemia, specialmente nella fase iniziale.

Va anche detto che, per un fenomeno di eterogeneità dei fini, la logica aziendalistica – unita al nostro prevalente individualismo –, anziché portare a una razionalizzazione dei costi, ha favorito l'aumento dei casi di cattiva amministrazione (che, anche se non assurgono a livello di reati, creano comunque dei danni) oltre a quelli di corruzione intesa in senso ampio e in senso stretto, tutti fenomeni che hanno costi elevati umani e materiali.

Secondo i dati della Corte dei conti, gli effetti distorsivi delle irregolarità e degli illeciti penali nel pubblico impiego sono particolarmente incisivi nei settori in cui è più alto il livello della spesa, tra i quali quello della Sanità, oltre a quelli della realizzazione di opere pubbliche e della prestazione di altri servizi.

Anche senza arrivare a comportamenti penalmente rilevanti, va sottolineato che, nell'ambito della gestione del rapporto di lavoro pubblico, il ruolo della giurisprudenza sia ordinaria (del lavoro) sia amministrativa è stato ed è significativo al fine di porre l'attenzione sui fenomeni di cd. “*maladministration*” – “cattiva amministrazione” –, consistenti in condotte che, pur non essendo fonte di responsabilità penale ma di altro tipo o, addirittura, non essendo sanzionabili, tuttavia contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico e pregiudicano l'affidamento dei cittadini nell'imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse, generando situazioni di contrasto con l'ordinamento giuridico: conflitti di interessi, nepotismo, clientelismo, partigianeria, occupazione di cariche pubbliche, assenteismo, sprechi, inutili lungaggini e così via.

Tali comportamenti possono essere realizzati sia dai dipendenti in moltissimi modi (ad esempio, nelle forme dell'assenteismo, dell'utilizzo scorretto del tesserino marcatempo, della cd. “burocrazia difensiva” oppure della violazione della normativa in materia di

incompatibilità e cumulo di impieghi e incarichi oltre che di inconfiribilità degli incarichi stessi, fattispecie di recente esaminata da Cass., sez. unite, 11 novembre 2020, n. 25369) sia dalle pubbliche amministrazioni, alle quali, nel loro ruolo di datrici di lavoro, è imposto di fare in modo che nell'ambiente di lavoro vi sia la serenità necessaria per il corretto espletamento delle prestazioni lavorative, sicché il giudice può valutare la relativa condotta al fine di escludere che i provvedimenti adottati abbiano avuto il solo fine di mortificare la personalità e la dignità del dipendente (fra le tante: Cass., 19 febbraio 2016, n. 3291; Cass., 14 luglio 2016, n. 14388; Cass., 10 novembre 2017, n. 26684; Cass., 27 aprile 2018, n. 10285, nonché, *mutatis mutandis*, Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, di cui si dirà più avanti).

Le cause delle indicate “deviazioni” sono molteplici, ma per la relativa prevenzione – che rappresenta, anche per l'Ue, la strategia vincente – la strada principale da seguire è quella di porre al centro i valori e i principi professionali tipici della pubblica amministrazione, che ne dovrebbero proprio costituire le fondamenta.

Per il nostro ordinamento ciò significa che, in tutto il pubblico impiego – contrattualizzato e non –, i dipendenti si possano realmente sentire al servizio della Nazione, come recita, d'altronde, il primo comma dell'art. 98 Cost., e così rispettare il dovere di adempiere le loro funzioni «con disciplina ed onore» (art. 54, comma 2, Cost.) e al contempo essere di esempio per gli utenti in modo che questi, a loro volta, uniformino la loro condotta al «dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi» (art. 54, comma 1, Cost.).

Tutto questo, ovviamente, salva restando la preparazione tecnica che rappresenta una pre-condizione ineliminabile e che, per chi ha compiti di coordinamento o dirigenziali, dovrebbe essere affiancata da una specifica preparazione per lo svolgimento di tali compiti, come accade in molti Stati Ue, visto che la dirigenza pubblica è «l'attore centrale del processo riformatore e motore della gestione del mutamento», sia esso in atto o atteso<sup>3</sup>.

Di conseguenza, anche la problematica del diritto al risarcimento del danno arrecato da un comportamento della p.a. lesivo di canoni della buona fede e correttezza<sup>4</sup> sarebbe ridimensionata – se non superata –, in quanto i dirigenti degli apparati, inseriti in

3. Vds. V. Piersanti (a cura di), *25 anni di riforme della PA*, op. cit.

4. Questa problematica è stata, di recente, analizzata a seguito della sentenza delle sezioni unite, n. 8236 del 28 aprile 2020, che ha stabilito che: «Spetta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria la controversia relativa ad una pretesa risarcitoria fondata sulla lesione dell'affidamento del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede, atteso che la responsabilità della P.A. per il danno prodotto al privato quale conseguenza della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa sorge da



un contesto lavorativo diverso e più conforme nei fatti al “buon andamento”, sarebbero portati a uniformare i loro comportamenti ai suddetti canoni (di buona fede e correttezza) piuttosto che ricorrere alla cd. “burocrazia difensiva”<sup>5</sup>, in quanto sarebbe proprio quest’ultima pratica a poterli esporre al rischio di essere chiamati a rispondere dei danni cagionati da un comportamento che – sia se scorporato dal contesto in cui si inserisce, sia se valutato all’interno di tale contesto – potrebbe essere ritenuto di *maladministration* perché in contrasto con la necessaria cura dell’interesse pubblico e pregiudizievole per l’affidamento dei cittadini nell’imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse.

### 3. La “cultura del cambiamento” basata sulla fiducia circolare

La qualità dei servizi erogati dalle pubbliche amministrazioni è anche un indicatore valido del buon funzionamento generale di uno Stato.

Per la maggioranza degli studiosi del settore, e anche per la Ue, per assicurare servizi di qualità a costi contenuti le amministrazioni pubbliche devono poter contare sull’apporto dei dipendenti, oltre ad adottare nuove procedure e strumenti di gestione tra i quali oggi si pone in primo piano la digitalizzazione.

La *performance* dei dipendenti e la loro motivazione a continuare a fornire adeguati contributi deve essere sostenuta e riconosciuta, e questo richiede una forte assunzione di responsabilità da parte della dirigenza, che deve essere consapevole che la qualità dei risultati dell’ente è fortemente influenzata dalla qualità dell’impegno e delle competenze possedute dal personale.

Tutto questo è strettamente correlato al livello di fiducia dei cittadini nella p.a. e nella sua capacità di produrre benessere sociale.

Per suscitare – o risvegliare – la fiducia dei cittadini nella p.a., è necessario che le pubbliche amministrazioni e, per esse, i loro dipendenti abbiano fiducia in loro stessi.

Questa fiducia “circolare” è alla base della democrazia.

Basta ricordare che Pericle, nel famoso discorso ricordato come «*Elogio della democrazia ateniese*»<sup>6</sup>, affermava che uno dei capisaldi di quella democrazia era che: «ogni ateniese cresce sviluppando in sé una felice versatilità, la fiducia in se stesso, la prontezza a fronteggiare qualsiasi situazione; ed è per questo che la nostra città è aperta al mondo e noi non cacciamo mai uno straniero».

Nelle moderne democrazie rappresentative, e in quelle europee in particolare, si parla di *solidarietà* e si dice che l’essenza della democrazia è rappresentata dal fatto che il benessere di ciascuno è la misura del benessere dell’intero corpo sociale di appartenenza<sup>7</sup>.

---

un rapporto tra soggetti (la pubblica amministrazione ed il privato che con questa sia entrato in relazione) inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da “contatto sociale qualificato”, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni *ex art.* 1173 c.c., e ciò non solo nel caso in cui tale danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell’amministrazione».

Fra i molteplici commenti si segnalano: G. Tulumello, *Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale: la “resistibile ascesa” del contatto sociale*, 2020, [www.giustizia-amministrativa.it/-/tulumello-le-sezioni-unite-e-il-danno-da-affidamento-procedimentale-la-resistibile-ascensione-del-contatto-sociale](http://www.giustizia-amministrativa.it/-/tulumello-le-sezioni-unite-e-il-danno-da-affidamento-procedimentale-la-resistibile-ascensione-del-contatto-sociale); V. Neri, *La tutela dell’affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urb. app.*, n. 6/2020, pp. 794 ss.; G. Tropea, *Comportamento procedimentale, lesione dell’affidamento e giurisdizione del g.o.*, in *Giustizia insieme*, 15 maggio 2020; M. Filippi, *Il principio dell’affidamento nei confronti della pubblica amministrazione riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce dei nuovi orientamenti della giurisprudenza*, *ivi*, 11 febbraio 2021.

5. Per “burocrazia difensiva” si intende la prassi secondo cui, per evitare di essere chiamati a rispondere delle proprie scelte in un quadro dominato dall’incertezza normativa, sia meglio rimanere immobili piuttosto che assumere iniziative rischiose.

Il possibile ricorso a tale prassi è stato paventato da M. Filippi, *Il principio dell’affidamento*, *op. cit.*, come conseguenza dell’attribuzione all’ago della giurisdizione in materia di risarcimento del danno domandato dal destinatario di un provvedimento illegittimo, ampliativo della sua sfera giuridica, a causa dell’emanazione dell’atto favorevole (illegittimo) e del successivo (legittimo) annullamento di tale provvedimento, in sede giurisdizionale o a seguito dell’esercizio del potere di annullamento d’ufficio da parte dell’amministrazione che ha emanato l’atto (vds. Cass., sez. unite, n. 8236/2020, cit. nonché sez. unite, nn. 6594, 6595 e 6596/2011).

6. Tenuto da Pericle nell’inverno tra il 431 e il 430 a.C., in onore dei caduti ateniesi nel primo anno della guerra del Peloponneso, il discorso è riportato da Tucidide nella poderosa opera che i grammatici intitolarono «*Ιστορίαι*» o «*Συγγραφή*». Sull’importanza della fiducia tra i consociati, vds. L. Tria, *Un impegno comune per tutte le giurisdizioni: dare ai consociati fiducia nelle Pubbliche Amministrazioni*, 20 maggio 2017, Giornate di studio sulla giustizia amministrativa, Castello di Modanella, Rapolano Terme/Siena, 19 e 20 maggio 2017, (in [www.sipotra.it](http://www.sipotra.it)).

7. Sul punto vds. G. Vettori, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Persona e mercato*, 1° dicembre 2019, [www.personaemercato.it/principi-comuni-di-diritto-europeo/](http://www.personaemercato.it/principi-comuni-di-diritto-europeo/), nonché G. Raimondi, *L’esperienza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, intervento alla tavola rotonda, *Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali*, Perugia, 25 e 26 marzo 2011, ove viene posto l’accento sul diverso approccio, rispettivamente della Corte di Strasburgo e di quella di Lussemburgo, alla tecnica della proporzionalità e del bilanciamento applicate da entrambe.

Di conseguenza, si proclama come principio fondante dell'Ue e delle democrazie del continente quello del riconoscimento della pari dignità di tutti gli esseri umani, sulla scorta della Dichiarazione universale dei diritti umani, promulgata dall'Assemblea generale Onu nel 1948 (e dalle molteplici Convenzioni settoriali che ad essa hanno fatto seguito<sup>8</sup>), e nel ricordo delle parole pronunciate da Winston Churchill nel famoso «*Discorso alla gioventù accademica*», tenuto all'Università di Zurigo il 19 settembre 1946, che ha dato l'avvio al processo con il quale si è giunti all'attuale Ue<sup>9</sup>.

Lo stesso principio, come sappiamo, è solennemente contemplato dalla Cedu, dal Trattato di Lisbona e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (per restare in ambito europeo).

Né va omissso di sottolineare che l'effettività della tutela dei diritti fondamentali, da sempre, è considerata il presupposto della legittimità democratica del “progetto europeo” e il suo tratto caratteristico in ogni settore.

La nostra Costituzione – nella quale la persona e il rispetto della persona hanno un ruolo centrale –, per una precisa scelta, ha seguito una diversa impostazione, che si è tradotta nella solenne proclamazione, al primo comma dell'art. 1, che «l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro». In tal modo è stato creato un profondo collegamento tra democrazia e lavoro, configurandosi la questione democratica come questione del lavoro, come è stato acutamente osservato da Gustavo Zagrebelsky<sup>10</sup>.

In base al disegno dei Costituenti, il fondamentale principio della pari dignità di tutte le persone umane poggia su imponenti colonne, rappresentate dal

diritto al lavoro dignitoso e dalla tutela della salute.

A tali diritti, sia nelle Carte internazionali ed europee, sia nella nostra Costituzione, è stata data una configurazione simile, nel senso che entrambi sono stati delineati in una duplice dimensione individuale – cioè come diritti fondamentali delle singole persone –, ma anche sociale.

Così, per quel che concerne il diritto al lavoro dignitoso: a) nel primo comma dell'art. 1 della nostra Costituzione, solennemente si proclama che «l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro», nell'ottica di considerare il lavoro tutto dei singoli consociati (come risulta anche dalla combinazione con i successivi artt. 2 e 4 Cost.) non solo come il mezzo con cui mettere a frutto i propri talenti e procurarsi un reddito, ma soprattutto come il principale strumento di integrazione sociale; b) quindi il lavoro dignitoso è riconosciuto come un diritto che inerisce a ogni persona, ma allo stesso tempo è collettivo, in quanto dalla sua attuazione dipende il miglioramento del benessere dei singoli e contemporaneamente del corpo sociale in cui sono inseriti e, quindi, il futuro di entrambi; c) la medesima impostazione – sia pure in termini non del tutto coincidenti – si rinviene in molte Carte internazionali, a cominciare dall'art. 23 della Dichiarazione universale dei diritti umani, promulgata dall'Assemblea generale Onu nel 1948 e dalle molteplici Convenzioni settoriali che ad essa hanno fatto seguito; d) per tale ragione, dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, si desume che il settore del lavoro non può essere lasciato al libero arbitrio del mercato, ma deve costituire oggetto di politiche pubbliche nel quadro di una più ampia programmazione di Stato sociale.

8. Il contenuto del citato art. 23 è ulteriormente specificato dagli artt. 6, 7 e 8 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, dove è innanzitutto stabilito che le misure che gli Stati sono obbligati a prendere «per dare piena attuazione a tale diritto», dovranno comprendere «programmi di orientamento e di formazione tecnica e professionale, nonché l'elaborazione di politiche e di tecniche atte ad assicurare un costante sviluppo economico, sociale e culturale ed un pieno impiego produttivo».

Il diritto umano al lavoro trova riconoscimento anche nella Convenzione internazionale contro la discriminazione razziale, nella Convenzione internazionale contro ogni forma di discriminazione nei riguardi delle donne, nella Convenzione internazionale sui diritti dei bambini, nella Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, nella Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli e in tanti altri strumenti giuridici, internazionali e regionali-continentali.

Inoltre, per il Comitato delle Nazioni Unite per i diritti economici, sociali e culturali, il diritto al lavoro – che comprende tutte le forme legittime di lavoro, dipendente o non – è un diritto che inerisce a ogni persona ed è allo stesso tempo un diritto collettivo.

Né va dimenticato che la produzione di norme giuridiche internazionali in materia di lavoro ha il suo principale laboratorio nell'Organizzazione internazionale del lavoro, OIL, con sede a Vienna. La sua Conferenza è formata da delegazioni nazionali “tripartite”, comprendenti i rappresentanti dei governi, dei sindacati dei lavoratori, delle organizzazioni padronali. Alcuni organi interni di controllo sull'applicazione della normativa sono formati da persone indipendenti dagli Stati. Tra le molte Convenzioni OIL, si segnala la n. 22, fondamentale per la politica dell'occupazione, nella quale si fa espresso riferimento al diritto a una «occupazione piena, produttiva e liberamente scelta», prospettiva che però rimane molto lontana per milioni di esseri umani (vds., in materia: A. Papisca, *Articolo 23 – Per un lavoro dignitoso*, in *Id., La Dichiarazione universale dei diritti umani commentata da Antonio Papisca*, Castelvechi, Roma, 2018 (<https://unipd-centrodirittiumani.it/it/schede/Articolo-23-Per-un-lavoro-dignitoso/27>)).

9. Questo discorso è considerato come la prima tappa del percorso che portò alla firma del Trattato di Londra (oggi conosciuto come Statuto del Consiglio d'Europa), che il 5 maggio 1949 istituì il Consiglio d'Europa.

Poco dopo, il ministro degli esteri francese Robert Schuman, in collaborazione con Jean Monnet, redasse il famoso “Piano Schuman”, pubblicato il 9 maggio 1950, giorno che oggi è considerato la data di nascita dell'Unione europea.

10. G. Zagrebelsky, *“Fondata sul lavoro”. La solitudine dell'articolo 1*, Einaudi, Torino, 2013.

Analogamente, per quanto riguarda la tutela della salute: a) nel Preambolo della Costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità (Oms) o *World Health Organization* (Who), entrata in vigore il 7 aprile 1948, la salute viene definita come «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale» e non come «semplice assenza dello stato di malattia o di infermità»; b) in armonia con tale definizione, nell'art. 32 della nostra Costituzione la tutela della salute è configurata non solo come fondamentale diritto dell'individuo, ma anche come interesse della collettività. E proprio per dare migliore attuazione a questo precetto, con legge 23 dicembre 1978, n. 833, è stato istituito il nostro Servizio sanitario nazionale (operativo dal 1° luglio 1980), che è tuttora considerato uno dei migliori sistemi sanitari del mondo in termini di efficienza di spesa e accesso alle cure pubbliche per i cittadini.

La duplice valenza attribuita a entrambi i suddetti diritti – tutti e due finalizzati, in modo diverso, al benessere dell'individuo e, al contempo, della società – rende evidente come essi siano stati intesi sia dai nostri Costituenti sia dai Padri fondatori del “progetto europeo” come gli “elementi portanti” dello Stato democratico contemporaneo.

Tale configurazione è tuttora valida, a prescindere dal tipo di assetto costituzionale – centralizzato o decentralizzato – che il singolo Stato si è dato perché, in ogni caso, l'attuazione del diritto alla salute, così come quella del diritto al lavoro, devono essere conformi ai principi fondamentali di pari dignità degli individui, uguaglianza e solidarietà che regolano la partecipazione del singolo alla comunità di appartenenza, in base al principio democratico sul quale sono fondati il nostro Stato e la stessa Unione europea.

Del resto, non va dimenticato che, nella medesima ottica, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: a) all'art. 31, par. 1, ha stabilito che: «ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose»; b) all'art. 35 («Protezione della salute») ha previsto che: «ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana».

Ed essendo più recente, al riconoscimento di questi diritti la Carta Ue ha aggiunto anche, all'art. 37, la tutela dell'ambiente, affermando che: «un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

#### 4. La sfida del *Recovery Fund*

Questo riconoscimento è conforme a quanto da tempo si sostiene in sede Onu<sup>11</sup> e, in particolare, nell'Oil (Organizzazione internazionale del lavoro), nel senso che per l'Europa – e, specialmente, per l'Italia – il tema in concreto più importante (anche alla luce della Costituzione italiana), collegato agli squilibri delle disuguaglianze, è quello di puntare su progressi duraturi in termini di creazione netta di lavoro dignitoso, su un'adeguata tutela della salute in un'ottica universalistica nonché sulla tutela di un ambiente salubre. Si deve, cioè, puntare al trinomio ambiente-salute-lavoro dignitoso, che è essenziale per ottenere uno sviluppo equo e sostenibile.

Questi principi – che, in realtà, da tempo sono in uno stato di “latenza” in tutta la Ue e quindi nel nostro Paese – devono ricevere piena applicazione anche nel lavoro pubblico e, nel particolare momento storico che stiamo vivendo, caratterizzato dalla pandemia da Covid-19, sono da rivitalizzare perché molti studiosi ed economisti invocano la “fiducia” come elemento determinante per sanare le profonde cicatrici economiche, sociali e psicologiche della pandemia che ci assale.

Del resto, la fiducia in se stessi, negli altri, ma soprattutto nelle pubbliche amministrazioni è un elemento determinante per la buona reputazione di uno Stato e, a sua volta, la buona reputazione ha un peso notevole anche negli scambi commerciali.

Questo risulta confermato anche dal *Country RepTrak*, l'annuale classifica del *Reputation Institute* – società Usa di *advisory* che studia e vende agli investitori privati una specie di *rating* dell'onorabilità internazionale del Paesi del mondo con il Pil più alto (oltre che delle società commerciali più affidabili).

In questa classifica, tradizionalmente, risulta che l'Italia gode di una buona “reputazione esterna”, benché emergano come elementi critici l'instabilità politica e il carico fiscale, la burocrazia e i tempi della giustizia civile, tutte questioni che chiamano in causa la pubblica amministrazione.

E questo trova riscontro anche nell'AIBE Index, l'indice che misura l'attrattività del sistema-Italia, realizzato dal Censis con l'Associazione italiana delle banche estere.

Ma quel che più colpisce gli osservatori è che l'Italia, da sempre, ha un indice molto basso di “reputazione interna”, cioè di “autostima”, anzi il nostro Paese è quello in cui si registra il maggior divario fra la reputazione interna e quella esterna.

Molti sostengono che la causa principale del suddetto sentimento negativo degli italiani sarebbe da

11. Vds. al riguardo: M. Zupi, *Agenda di sviluppo post 2015 e l'accordo sui cambiamenti climatici*, approfondimento a cura del CeSPI, in *Osservatorio di politica internazionale (Approfondimenti)*, n. 99, 14 settembre 2014.

individuare nel fatto che il nostro Stato si è costituito nella sua unità relativamente di recente: da questo deriverebbe l'assenza diffusa del senso dell'orgoglio nazionale.

Altri ritengono che, invece, sia una questione di cultura, che porta a non percepire che è necessario un "soprassalto di dignità" per comprendere che un basso senso dell'identità nazionale – che è alla base della poca autostima della nostra popolazione – lede gli interessi fondamentali dei singoli e prosciuga il futuro dei giovani, oltre a favorire comportamenti illegali quali quelli corruttivi.

Poiché è indubbio che le pubbliche amministrazioni – e, in particolare, quelle che offrono servizi essenziali come le scuole pubbliche, le università, gli uffici giudiziari e le aziende sanitarie – siano lo specchio dello Stato, è evidente che il loro corretto funzionamento ha un ruolo primario per la "reputazione" interna ed esterna del Paese.

Nell'attuale momento tutto questo ha un'importanza nevralgica, sia per affrontare la pandemia sia per la migliore gestione degli ingenti fondi Ue che arriveranno nel nostro Paese per effetto del *Recovery and Resilience Facility* (Rrf), il regolamento approvato con ampia maggioranza in via definitiva l'11 febbraio 2021 dal Parlamento europeo per stabilire gli obiettivi, le regole di accesso e di finanziamento che governano il *Recovery Fund*.

Come ha detto il Commissario Ue per l'economia, Paolo Gentiloni, si tratta di un «passo storico», una «opportunità unica da cogliere per cambiare le nostre economie per il bene di tutti i cittadini europei».

Ebbene, per affrontare questa sfida sarebbe in primo luogo opportuno ricordare che, da parte dell'Ocse, da molti anni si afferma che nel nostro Paese, il più delle volte, le riforme varate non hanno avuto nel corso del tempo l'efficacia sperata, soprattutto a causa di una non soddisfacente «elaborazione e formulazione scritta delle leggi e delle norme attuative». E che, nello stesso ordine di idee, la Cepej («Commission européenne pour l'efficacité de la justice», «Commissione europea per l'efficienza della giustizia», istituita nell'ambito del sistema del Consiglio d'Europa) nei suoi rapporti annuali ha sottolineato che l'elemento che maggiormente determina la lunghezza dei tempi processuali della nostra giustizia civile è rappresentato dalla "selva oscura" e invadente di disposizioni normative di vario livello, il cui coordinamento con le norme di fonte sovranazionale e/o internazionale ri-

sulta, fra l'altro, particolarmente complesso. È questa la vera e propria "zavorra sull'attività economica" del nostro Paese che scoraggia gli investitori esteri, genera contenzioso e crea, inevitabilmente, confusioni interpretative, oltretutto rischiando di indebolire dal suo interno lo Stato sociale democratico, con un'inutile dispersione delle energie umane e materiali.

Viene anche sottolineato che gli effetti negativi di questa "bulimia normativa" si rinvengono soprattutto nei settori di maggiore rilievo del sistema-Italia, sicché il raggiungimento dell'obiettivo della crescita del sistema – sia pure rapportata alla presente congiuntura internazionale – dipende principalmente dalla "cura" di questa patologia.

Sono affermazioni che si collegano a quanto da tempo sostengono economisti, anche stranieri, e giuristi in merito alla corruzione – in senso ampio – come primo fattore di danno per la crescita economica del Paese, aggiungendo che la principale ragione del diffondersi dell'illegalità e della corruzione è rappresentata dal "caos legislativo" che caratterizza il nostro ordinamento, nel quale, secondo alcune stime, vi è il decuplo delle leggi (intese in senso a-tecnico e ampio) degli altri Stati dell'Ue<sup>12</sup>.

Non si può certo dire che sia un problema nuovo, visto che, già ai tempi della dinastia Flavia, Publio Cornelio Tacito stigmatizzò il problema della corruzione e del disfacimento morale della società nella famosa frase «*corruptissima res publica plurimae leges*» («quando lo Stato è corrotto, le leggi sono moltissime»).

Ma è chiaro che alla base anche di una buona riuscita del *Recovery Fund* vi è la soluzione di questo problema: razionalizzare la nostra legislazione, possibilmente attraverso dei testi unici, come si è fatto, ad esempio, per l'espropriazione di pubblica utilità e per i beni culturali.

## 5. Alla ricerca di un linguaggio comune tra giudici ordinari e amministrativi

Questo vale, in primo luogo, per la disciplina del lavoro pubblico e delle pubbliche amministrazioni in genere.

In questo campo, come si detto, si sono susseguite plurime riforme fatte da ottimi tecnici, ma nessuna ha avuto il tempo di sedimentare i risultati, senza contare le resistenze interne spesso legate al fenomeno della "stanchezza da riforme".

12. Al riguardo, la Banca mondiale ha sottolineato come in Italia un'efficace lotta alla corruzione produrrebbe un aumento del reddito superiore al 2,4% e un incremento della crescita annua delle imprese pari al 3%, e ha sottolineato che la corruzione frena gli investimenti esteri perché rappresenta una tassa del 20%. Anche per Transparency International Italia, se il nostro Paese riuscisse a migliorare gli indici di propensione alla corruzione – raggiungendo il livello *standard* di deviazione (2,38 punti) – potrebbe ottenere un incremento degli investimenti di oltre quattro punti, e quindi un aumento di oltre mezzo punto del Pil *pro capite*.



Ne deriva che, pur essendo necessari, soprattutto in vista del *Recovery Fund*, alcuni interventi legislativi specialmente sul fronte della digitalizzazione, è auspicabile che non si pensi a una nuova grande riforma della pubblica amministrazione e che, piuttosto, ci si concentri sull'ottimizzazione e la motivazione del capitale umano a disposizione.

In questo percorso possono risultare utili i principi affermati – ciascuno nel suo ambito – dal giudice ordinario e dal giudice amministrativo, in anni di paziente lavoro.

Da quando, ai fini del riparto della giurisdizione, è stato introdotto il criterio dei “blocchi di materie”, superando così la tradizionale dicotomia diritti soggettivi/interessi legittimi<sup>13</sup>, le occasioni di interferenza tra i giudici ordinari e quelli amministrativi sono sensibilmente aumentate.

Tali occasioni sono state molto frequenti nell'ambito del lavoro pubblico a partire dall'entrata in vigore del d.lgs n. 29/1993 che, “rivoluzionando” il criterio di riparto di giurisdizione nella materia, ha considerato come generale nell'ambito del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato la giurisdizione del giudice ordinario, considerando in questo ambito come eccezionale la sopravvivenza di quella del giudice amministrativo e, al contempo, mantenendo ferma tale ultima giurisdizione per le controversie attinenti ai rapporti di lavoro pubblico non contrattualizzati di cui all'art. 3 del decreto, ivi comprese quelle relative ai diritti patrimoniali connessi.

Questa situazione sicuramente si è rivelata come un'opportunità, che ci ha spinto a cercare di parlare un linguaggio sempre più simile tra giudici ordinari e amministrativi, nella consapevolezza della necessità di adottare come comune l'obiettivo di puntare – nei limiti propri del momento giurisdizionale – a un cambiamento dei rapporti tra il cittadino e le pubbliche amministrazioni che può essere benefico per la nostra economia – come si è detto – ma che può verificarsi solo a condizione che le amministrazioni diano esempi virtuosi e conformino nei fatti la loro attività al principio del giusto procedimento, anche al fine di contribuire al deflazionamento del contenzioso in materia di violazioni dei diritti fondamentali dei dipendenti e degli utenti, che è sempre molto abbondante, sia presso le corti europee “centrali” sia presso i giudici nazionali.

Del resto, non va dimenticato che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 310 del 2010, ha ribadito con forza che il rispetto dei principi del giusto procedimento è intrinseco ai principi di buon andamento e d'imparzialità e, al contempo, tutela altri interessi

costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti delle stesse amministrazioni (artt. 24 e 113 Cost.; sul principio di pubblicità, sentenza n. 104 del 2006, punto 3.2 del *Considerato in diritto*).

In altri termini, uniformandosi a tali principi, la p.a. potrebbe favorire il “cambiamento culturale” che è l'elemento di base per poter affrontare in modo nuovo i rapporti con la popolazione.

E se i giudici chiamati a valutarne i comportamenti – nel loro ruolo di datori di lavoro – hanno linguaggi e obiettivi comuni, è più facile che questa svolta si realizzi.

Va anche detto che, per il lavoro pubblico, questo cammino complesso ma virtuoso ancora in corso è stato ed è possibile soprattutto perché la disciplina di base sul riparto di giurisdizione è formulata in modo tale da consentire, attraverso l'interpretazione giurisprudenziale, di attribuirle un significato piuttosto preciso, tale per cui oggi i contrasti di giurisdizioni in questa materia sono poco numerosi e mediamente di agevole soluzione.

Per molti degli altri ambiti interessati dall'applicazione del criterio dei “blocchi di materie”, questo non è avvenuto principalmente per la mancanza o la scarsa chiarezza della disciplina sul riparto di giurisdizione.

Allora, prima ancora di pensare alla composizione dell'organo giurisdizionale che deve decidere sui conflitti di giurisdizione, sarebbe più utile e forse anche meno complicato puntare alla razionalizzazione della normativa di base dei vari settori, con una chiara ripartizione delle giurisdizioni in ciascuno di essi.

Questo, infatti, equivarrebbe a puntare sulla prevenzione dei conflitti e a garantire una tutela piena ed effettiva dei cittadini, evitando che si determini una crisi di cooperazione tra p.a. e cittadino che possa risolversi in un defatigante passaggio tra giudici di plessi diversi con il rischio di non riuscire ad addivenire a una soluzione positiva e con grave dispendio di risorse pubbliche e private.

Nella nota sentenza 25 febbraio 2019, n. 1321 della VI sezione del Consiglio di Stato (sulla quale vds. Cass., sez. unite, 7 luglio 2020, n. 18592) è stato mirabilmente sottolineato – con riferimento alle situazioni di alternanza tra procedimento e processo amministrativo nell'ipotesi del susseguirsi di una pluralità di giudicati amministrativi di annullamento cui non sia stata data corretta attuazione – che il sistema della giustizia amministrativa deve dimostrarsi in grado di approntare un rimedio adeguato al bisogno di tutela, rendendo concretamente tangibile l'evoluzione della giustizia amministrativa

13. Vedi, per tutte: Corte cost., sentenze nn. 204/2004, 191/2006 e 140/2007.



da strumento di garanzia della legalità dell'azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali, come delineata dal nuovo codice del processo amministrativo.

Per le medesime ragioni, il giudice amministrativo, insieme con quello ordinario, potrebbero puntare a un'indicazione chiara dei criteri di riparto di giurisdizione.

Questo comune obiettivo non solo aumenterebbe la reciproca comprensione tra giudici ordinari e amministrativi, ma renderebbe più agevole l'esercizio del «diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice» (art. 47 Carta Ue e art. 6 Cedu) da parte

dei cittadini, ridurrebbe i tempi processuali e renderebbe il nostro complicato ordinamento più comprensibile anche in ambito Ue nonché conforme maggiormente – rispetto all'attuale sistema che può produrre “peregrinazioni” reiterate davanti a giudici diversi che possono pure risultare prive di utilità<sup>14</sup> – ai principi della Costituzione e del diritto europeo, che sono alla base anche del cpa (Cons. Stato, n. 1321/2019, cit.).

Intraprendere questo cammino potrebbe essere un effetto positivo di questa terribile pandemia e potrebbe contribuire in modo significativo alla *salus rei publicae*.

---

14. Peregrinazioni che possono anche tradursi in un totale diniego di tutela giurisdizionale, come si è verificato per la famosa vicenda dei cd. “medici gettonati” (cioè svolgenti attività professionale remunerata a gettone), esaminata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 6 del 2018, sentenza che tuttavia viene ricordata e commentata specialmente per la parte relativa all'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost.

# Il controllo giurisdizionale delle misure di contrasto all'epidemia Covid-19 in Francia\*

di Jacques Ziller

Il controllo giudiziario sul regime giuridico dello stato di emergenza sanitaria, sulle misure adottate durante la sua applicazione e il periodo di uscita si è effettuato con le procedure di diritto comune dinanzi al *Conseil constitutionnel*, per il controllo di costituzionalità delle misure legislative, e dinanzi alle giurisdizioni amministrative e ordinarie, per le decisioni regolamentari e individuali dei poteri pubblici. Anche se lo scritto riguarda l'attività del giudice amministrativo, l'A. ritiene necessario anche qualche cenno all'organizzazione giurisdizionale francese, alle fonti e alla sostanza delle misure adottate, nonché all'attività dei giudici costituzionale e ordinario, in modo che il lettore italiano abbia conoscenza di un contesto spesso diverso di quello italiano.

**1. Premessa: brevi cenni sull'organizzazione giurisdizionale in Francia / 2. Le fonti del diritto applicabile alle misure contro il contagio da Covid-19 / 3. Le misure di contrasto all'epidemia Covid-19 / 4. Controllo giurisdizionale / 4.1. Il Conseil constitutionnel / 4.2. La giurisdizione amministrativa / 4.3. La giurisdizione ordinaria**

## 1. Premessa: brevi cenni sull'organizzazione giurisdizionale in Francia

In via di premessa, si rammenta che vi sono in Francia tre rami di giurisdizione separati – costituzionale, “giudiziaria” (*judiciaire*) o “ordinaria” (*ordinaire*), e amministrativa – e che la *Cour de cassation* (di seguito: “*C. cass.*”) non esercita nessun tipo di potere riguardo alla giurisdizione amministrativa: eventuali conflitti di giurisdizione sono infatti risolti dal *Tribunal des conflits*, composto a parità di giudici della *C. cass* e del *Conseil d'État* (di seguito: “*C.É.*”).

Il *Conseil constitutionnel* (di seguito: “*C. cons.*”) ha, tra l'altro, competenza esclusiva per il controllo della costituzionalità delle leggi. Il sistema francese di controllo di costituzionalità è particolarmente adatto alle situazioni emergenziali. Prima di tutto, occorre sottolineare che il sistema di controllo *a priori* permette di impedire la promulgazione di una legge contraria alla Costituzione, senza aspettare che le sue disposizioni abbiano potuto produrre effetto (il presupposto abituale del controllo *a posteriori*). In secondo luogo, il fatto che il termine – di un mese – per il giudizio del *C. cons.* possa essere ridotto a otto giorni, su richiesta del Governo, è particolarmente

\* Tutte le sentenze e decisioni qui analizzate sono reperibili sui siti internet del *Conseil constitutionnel* ([www.conseil-constitutionnel.fr/recherche?sort\\_by=cc\\_date&text=Covid](http://www.conseil-constitutionnel.fr/recherche?sort_by=cc_date&text=Covid)), del *Conseil d'État* ([www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/dernieres-decisions-referes-en-lien-avec-l-epidemie-de-covid-19](http://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/dernieres-decisions-referes-en-lien-avec-l-epidemie-de-covid-19)) e della *Cour de cassation* ([www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/decisions\\_relatives\\_8004/situation\\_urgence\\_9734/](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/decisions_relatives_8004/situation_urgence_9734/)). Il discorso del vicepresidente del *Conseil d'État* (vds. par. 4.2.) è reperibile sotto al seguente link: [www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-face-a-la-crise-sanitaire-du-covid-19-par-bruno-lasserre-vice-president-du-conseil-d-etat](http://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-face-a-la-crise-sanitaire-du-covid-19-par-bruno-lasserre-vice-president-du-conseil-d-etat).

appropriato in circostanze eccezionali. Nel quadro della lotta contro l'epidemia Covid-19, il *C. Cons.* si è pronunciato il 26 marzo 2020 su una richiesta del Primo ministro del 23 marzo, il 9 luglio su un rinvio parlamentare del 4 luglio e il 13 novembre su un rinvio parlamentare del 7 novembre.

Il *C. Cons.* può anche essere investito di una «questione prioritaria di costituzionalità» («*question prioritaire de constitutionnalité*» – *QPC*), nel corso di un procedimento pendente dinanzi a qualsiasi giurisdizione francese, riguardo a una disposizione legislativa «che viola i diritti e le libertà garantiti dalla Costituzione». Tale rinvio passa attraverso il filtro del *C.É.* o della *C. cass.*, il che evita che il *C. cons.* sia inflazionato di ricorsi. Le Corti supreme hanno tre mesi di tempo per pronunciarsi, e rinviare o meno la questione al *C. cons.*, che ha a sua volta tre mesi di tempo per pronunciarsi, conformemente alla legge organica che disciplina la *QPC*. La legge organica n. 2020-365, del 30 marzo 2020, ha introdotto una deroga temporanea, sospendendo questi termini fino alla data ultima del 30 giugno, per evitare che il rallentamento delle attività delle due Corti supreme, a causa dell'epidemia, impedisse il rinvio al *C. cons.* In particolare, era prevedibile che, oltre agli effetti del *lockdown* sul lavoro dei magistrati e delle cancellerie, le misure di lotta contro l'epidemia avrebbero portato a un crescente afflusso di procedimenti.

Il *C.É.* è la Corte suprema della giurisdizione amministrativa, con competenza di ultimo grado su tutte le sentenze delle otto *Cours administratives d'appel*, competenti per l'appello di diritto comune sulle sentenze dei 42 *Tribunaux administratifs (TA)*. Il *C.É.* ha competenza d'appello su alcune tipologie di decisioni di prima istanza dei *TA*, tra cui i *référé-liberté*, di seguito richiamati. È anche giurisdizione di prima istanza in taluni casi, in particolare per quanto riguarda l'annullamento dei decreti del Governo, nonché delle decisioni del Presidente della Repubblica, così come delle *ordonnances* non ancora ratificate dal Parlamento. Il *C.É.* ha anche una funzione consultiva fondamentale nel funzionamento dello Stato, poiché deve necessariamente essere consultato dal Governo sui disegni di legge da esso proposti, nonché sui più importanti decreti del Governo.

Chiunque denunci una violazione grave e manifestamente illegittima di una libertà fondamentale da parte del Governo, degli enti pubblici o della pubblica amministrazione, può rivolgersi al *TA* competente con un *référé-liberté* (“rito abbreviato-libertà”). La *legge d'emergenza del 23 marzo 2020*, emanata per far fronte all'epidemia Covid-19, rammenta espressamente che l'applicazione di uno stato di emergenza sanitaria pubblica può essere oggetto di questi riti abbreviati. Il giudice (monocratico) deve

decidere entro 48 ore. Esso può anche sospendere il provvedimento impugnato o ingiungere al convenuto di adottare una misura specifica; la sentenza può essere appellata direttamente al *C.É.*, che decide in composizione monocratica e in ultima istanza. Il rito abbreviato si applica anche alla giurisdizione di prima istanza del *C.É.*, che può così essere investito di una domanda di annullamento di un decreto del Governo, nonché di una decisione del Presidente della Repubblica, e può anche emettere ingiunzioni contro quest'ultimo o il Governo.

Tra il 10 marzo 2020 e la fine di giugno, il *C.É.* ha così registrato 382 ricorsi relativi a Covid-19, 230 dei quali per riti abbreviati, cioè il 60 per cento in più rispetto al periodo normale. Al 13 ottobre, erano state presentate un totale di 552 domande, di cui 320 per riti abbreviati. La maggior parte delle decisioni sono state emanate in meno di 48 ore. Dal 30 ottobre 2020 al 31 gennaio 2021, il *C.É.* ha emesso otto decisioni particolarmente importanti sui seguenti temi: esercizio del culto religioso (7 novembre), chiusura di librerie (13 novembre), videoconferenza durante le udienze davanti ai tribunali penali (27 novembre), limite di 30 persone negli edifici di culto (29 novembre), chiusura di bar e ristoranti (8 dicembre), chiusura di luoghi di cultura (cinema, teatri, sale da concerto – 23 dicembre), chiusura di impianti di risalita sciistica (11 dicembre), rilascio di visti di ricongiungimento familiare (22 gennaio).

La Costituzione dedica un breve titolo alla cd. “*Autorité judiciaire*” (cioè la giurisdizione “giudiziarica” o “ordinaria”): il Titolo VIII, il cui art. 66 dispone che «Nessuno può essere detenuto arbitrariamente. L'Autorità Giudiziaria, custode della libertà individuale, assicura il rispetto di questo principio alle condizioni stabilite dalla legge». Ciò significa che pene detentive possono essere irrogate solo dai giudici ordinari, ma non impedisce tuttavia alla giurisdizione amministrativa di avere competenza riguardo alle misure amministrative che limitano comunque la libertà di circolazione. Da quando la giurisdizione amministrativa ha ricevuto poteri ingiuntivi nel 1995, essa ha poteri simili a quelli dei giudici ordinari per ordinare il rilascio di una persona trattenuta (“fermata”) dall'amministrazione; il giudice penale e i procuratori mantengono ovviamente un ruolo essenziale, così come ha spesso sottolineato il *C.É.* nelle proprie decisioni, emanate nel contesto della lotta contro l'epidemia Covid-19.

Per quanto riguarda la giurisdizione ordinaria nel contesto dell'emergenza sanitaria, i *Tribunaux d'instance* in materia penale sono particolarmente importanti perché hanno competenza per pronunciare “*contraventions*” – sanzioni di primo livello – che sono sanzioni comuni per violazione delle misure di

polizia amministrativa. In particolare, i sindaci hanno il potere di redigere processi verbali di accertamento per le violazioni delle loro misure di polizia. La l. 23 marzo 2020, a questo proposito, contiene una serie di chiarimenti e integrazioni, tra cui termini più lunghi per la presentazione dei ricorsi. Le misure di confinamento non equivalgono a una privazione della libertà ai sensi del diritto penale, e nemmeno a una privazione provvisoria della libertà, in virtù dei poteri di polizia giudiziaria.

Occorre sottolineare che, a differenza della legislazione sullo stato d'emergenza (*état d'urgence*) che si è applicata dal 2015 al 2017 per la lotta al terrorismo, la lotta contro l'epidemia Covid-19 non comporta disposizioni diverse dal diritto comune, per quanto riguarda l'applicazione di pene detentive, anche se la l. 23 marzo istituisce la disciplina del cd. «stato di emergenza sanitaria» (*état d'urgence sanitaire*).

## 2. Le fonti del diritto applicabile alle misure contro il contagio da Covid-19

Si devono rammentare alcune importanti differenze tra Francia e Italia, in merito allo svolgimento del controllo giurisdizionale, sin dall'inizio dell'epidemia.

La definizione formale della riserva di legge, nella Costituzione del 1958, ha come effetto principale una ripartizione delle materie tra potere legislativo ed esecutivo. Inoltre, la Costituzione riserva un certo numero di materie alla legge organica, che ha una posizione più alta nella gerarchia delle norme rispetto alla legge ordinaria.

L'articolo 34 della Costituzione riserva alla legge «adottata dal Parlamento» le materie più importanti, in particolare per quanto riguarda le libertà e i diritti fondamentali. Tra queste materie figurano le seguenti: diritti civili e garanzie fondamentali per l'esercizio delle libertà pubbliche; sistema elettorale; indipendenza della magistratura; determinazione di crimini e reati, procedura penale; libertà, pluralismo e indipendenza dei *media*; servizio militare e organizzazione della difesa; libera amministrazione degli enti territoriali; diritto del lavoro, diritto sindacale e sicurezza sociale. Per alcune materie la competenza del legislatore si estende sino alla emanazione di norme di dettaglio, mentre per altre il legislatore si limita a stabilire principi fondamentali: la giurisprudenza ha tuttavia progressivamente esteso, nel tempo, la nozione di principi fondamentali. Oltre al predetto art. 34, occorre aggiungere altre disposizioni della Costituzione, che richiedono l'adozione di una legge organica: la maggior parte di esse riguardano il funzionamento delle istituzioni.

La grande innovazione concernente il cd. «parlamentarismo razionalizzato», introdotta dalla Costituzione del 1958, è la creazione, con l'articolo 37, di un sistema di «decreti autonomi» del Governo («*décrets autonomes*»): mediante essi, la regolamentazione delle materie non riservate alla legge può essere effettuata con decreti del Governo aventi direttamente base legale nella Costituzione, anziché in una legge. L'obiettivo di questo sistema è stato quello di alleggerire la quantità del lavoro parlamentare, e di permettere un'adozione più rapida delle regolamentazioni che non assumono natura fondamentale. L'articolo 37 stabilisce anche un meccanismo che permette al Governo di chiedere al *C. cons.* di dichiarare che una determinata disposizione legislativa vigente appartiene al «*domaine réglementaire*», e che quindi può essere fatta oggetto di modificazione mediante un successivo decreto governativo.

In conformità ai principi comuni alle democrazie moderne, le leggi contengono di solito anche disposizioni che permettono al Governo di emanare disposizioni integrative – ma non anche modificative – mediante atti regolamentari (cosiddetti «decreti attuativi» del Governo, *décrets*) nonché, se del caso, anche attraverso decreti ministeriali (*arrêtés ministériels*).

Nella pratica, il Governo tuttavia preferisce spesso proporre al Parlamento disegni di legge per l'adozione di norme che potrebbero essere comunque adottate con decreto, sia perché i deputati e i senatori hanno così la possibilità di emendare i testi legislativi, sia perché la legge riveste una carica simbolica certamente più forte del decreto.

Se, invece, il Governo adotta per decreto misure riservate al dominio della legge, il *C.É.*, investito di un ricorso per eccesso di potere, può annullare queste misure: in punto di proposizione del ricorso, il *C.É.* ha una concezione molto ampia dell'interesse ad agire di persone fisiche e giuridiche. Inoltre, i tribunali amministrativi e penali possono avvalersi della cd. «eccezione d'illegalità», al fine di disapplicare misure regolamentari, e decisioni individuali, applicabili nelle controversie loro sottoposte.

La Costituzione del 1958 risolve anche la questione, molto controversa in dottrina e in politica, durante la Terza (1875-1940) e la Quarta Repubblica (1946-1958), concernente il dibattito riguardante i «decreti legge» (*décrets-lois*): cioè la possibilità o meno di una sostituzione temporanea, del potere esecutivo, al Parlamento. Si tratta dell'articolo 38, in materia di ordinanze (*ordonnances*): il Governo può, per l'esecuzione del suo programma, chiedere l'autorizzazione del Parlamento di adottare con un'ordinanza, per un periodo di tempo limitato, misure che normalmente rientrano nell'ambito della legge. Le ordinanze sono emanate dal Consiglio dei ministri, previo parere del

Consiglio di Stato. Entrano in vigore dal momento della loro pubblicazione, ma decadono se il disegno di legge di ratifica non viene presentato al Parlamento prima della data fissata dalla legge che abilita il Governo a esercitare il potere di ordinanza. La ratifica può avvenire soltanto espressamente e, dopo la scadenza del termine di durata delle ordinanze, queste possono essere modificate per legge soltanto nelle materie che rientrano nel dominio legislativo. Non esiste, nel diritto costituzionale francese, nessuna possibilità di adottare decreti di emergenza in sostituzione della legge senza previa autorizzazione del Parlamento.

Sia l'autorizzazione a adottare ordinanze che il loro contenuto sono soggetti a controllo giurisdizionale. La legge di autorizzazione e la legge di ratifica possono essere deferite al *C. cons.*, così come il contenuto delle ordinanze una volta che esse siano state ratificate, ovvero dopo la scadenza del termine di presentazione del progetto di ratifica. Il *C.É.* può essere investito di un'azione di annullamento delle ordinanze, nella misura in cui non sono sottoposte al controllo del *C. cons.* e, più in generale, i tribunali amministrativi e penali possono utilizzare l'eccezione di illegittimità per impedire l'applicazione di disposizioni specifiche che non sono state ancora sottoposte al controllo del *C. cons.* Sarebbe dunque errato ritenere che l'art. 38 permette l'introduzione di un "diritto di eccezione", in materia di libertà pubbliche e diritti fondamentali.

La procedura legislativa è regolata dagli artt. 42, 45 e 48 della Costituzione. Il bicameralismo francese, a differenza di quello italiano, non è paritario: in caso di disaccordo tra le due Camere, su iniziativa del Governo, l'Assemblea nazionale adotta definitivamente il testo di legge. I dettagli della procedura legislativa sono stabiliti dalla legge organica e dai regolamenti delle assemblee parlamentari, testi sempre soggetti al controllo preventivo del *C. cons.*

In linea con la tradizione costituzionale delle procedure legislative in Francia, sin dall'Ottocento, il Governo può chiedere al Parlamento di deliberare con una procedura accelerata, che permette di limitare l'esame dei testi a una sola lettura invece di due. Se le conferenze dei presidenti delle due assemblee si oppongono, la procedura accelerata non può comunque essere avviata. Inoltre, all'interno della procedura accelerata, non trovano applicazione né il periodo di sei settimane che deve normalmente trascorrere tra la presentazione di un disegno di legge da parte del Governo, o di un progetto di legge da parte di un membro del Parlamento, né il periodo di quattro settimane tra l'adozione di un testo da parte di un'Assemblea e la sua discussione in sessione plenaria nell'altra. Infine, il Governo può richiedere che tali testi siano messi all'ordine del giorno delle assemblee in via prioritaria.

Ai sensi dell'art. 46 della Costituzione, le «leggi organiche» («*lois organiques*») sono adottate con una procedura più articolata delle leggi ordinarie, il che le pone al di sopra di queste ultime nella gerarchia delle fonti. L'approvazione definitiva delle leggi organiche spetta comunque all'Assemblea nazionale, a maggioranza assoluta e non relativa. Le leggi organiche sono automaticamente soggette al controllo di costituzionalità. Il Senato ha, tuttavia, lo stesso potere dell'Assemblea nazionale per l'emanazione di leggi organiche riguardanti la sua organizzazione e il suo funzionamento.

Dato il loro possibile impatto sulle libertà civili, così come su altre materie riservate alla legge, l'adozione di discipline specifiche per affrontare l'epidemia Covid-19 ha richiesto l'intervento del Parlamento, sia per adottare leggi che per dare al Governo l'autorizzazione ad adottare ordinanze.

### 3. Le misure di contrasto all'epidemia Covid-19

L'elaborazione e l'adozione della legislazione d'urgenza per affrontare l'epidemia Covid-19 è stata particolarmente rapida, grazie alle disposizioni della Costituzione relative, tra l'altro, alla procedura legislativa accelerata.

Dopo un primo discorso ai Francesi martedì 12 marzo, nel quale spiegava la progressione del contagio e le sue prime conseguenze, il Presidente della Repubblica Macron ha annunciato la prossima emanazione di una specifica legge nel suo discorso di domenica 16 marzo. Il 17 marzo, il Governo ha presentato al *C.É.* un disegno di «*legge d'urgenza per far fronte all'epidemia di Covid-19*» insieme a un progetto di legge organica concernente il prolungamento dei termini della questione prioritaria di costituzionalità (QPC). Il parere del *C.É.* è stato emesso il 18 marzo: lo stesso giorno, i relativi disegni di legge sono stati adottati dal Consiglio dei ministri e depositati al Senato, con richiesta di procedura accelerata. Il giorno seguente, il Senato – ove l'opposizione al Governo è maggioritaria – ha adottato i disegni di legge in sessione plenaria, con alcuni emendamenti introdotti dopo l'esame in commissione. Il giorno dopo, 20 marzo, i disegni di legge sono stati depositati all'Assemblea nazionale, che ne ha iniziato l'esame in commissione e ha adottato i testi in sessione plenaria sabato 21 marzo, in una formulazione leggermente diversa da quella del Senato. Domenica 22 marzo la commissione mista "Assemblea nazionale - Senato" si è riunita e ha concordato un testo che è stato poi esaminato e votato da un'ampia maggioranza, in ciascuna assemblea, lo stesso giorno. Sono state seguite



tutte le fasi normali dell'esame in commissione e in sessione plenaria. Si può sottolineare che il lavoro sia stato particolarmente rapido: le due assemblee hanno tenute le loro sedute in presenza, come di consueto, per un numero considerevole di ore, compresi, in via del tutto eccezionale, il sabato e la domenica. La legge di emergenza è stata promulgata il giorno dopo e pubblicata nella Gazzetta ufficiale il 24 marzo. La legge organica, invece è stata pubblicata il 31 marzo, poiché il *C. cons.* ha dovuto prima pronunciarsi su di essa, il che è avvenuto il 26 marzo.

La l. 23 marzo è stata successivamente modificata da l. n. 2020-760 del 22 giugno 2020, per assicurare l'organizzazione del secondo turno delle elezioni comunali, nonché dalle diverse leggi che hanno prolungato lo stato di emergenza sanitaria, l'ultima delle quali lo prolunga fino al primo giugno 2021.

La l. 23 marzo 2020 e le leggi successive hanno, tra l'altro, autorizzato il Governo ad adottare ordinanze sia durante lo stato di emergenza sanitaria sia nel percorso di uscita da tale stato. In conformità all'art. 34 della Costituzione, è stato il Parlamento a dichiarare per la prima volta lo stato di emergenza sanitaria, la cui disciplina è stata disposta dalla stessa legge 23 marzo: tale legge autorizza da allora il Governo a dichiarare lo stato di emergenza sanitaria per decreto, ma specifica che solo il Parlamento può decidere di estenderlo oltre il periodo inizialmente stabilito e fissarne la nuova durata.

La l. 23 marzo 2020 comprende quattro titoli: il primo è dedicato allo stato di emergenza sanitaria, che ha completato e modificato il «Codice della sanità pubblica» («*Code de la santé publique*»), specificando i poteri del Governo, del Ministro della sanità e dei prefetti nella lotta contro l'epidemia. Il titolo II è dedicato alle misure di emergenza economica e di adattamento per combattere l'epidemia Covid-19, e include le deleghe per adottare misure tramite ordinanza. Si tratta principalmente di misure economiche e sociali: sostegno alla liquidità delle imprese, aiuti diretti o indiretti alle imprese, limitazione della possibilità di mettere fine ai contratti di lavoro, ricorso a ferie pagate, semplificazione della legge sulle procedure collettive, differimento delle bollette dell'acqua e dell'elettricità per le imprese più piccole, etc. In secondo luogo, tale titolo comprende varie misure amministrative o giurisdizionali per adattare i termini legali, le regole di procedura penale e la convocazione delle assemblee generali delle società o dei condomini. In terzo luogo, la legge include deleghe per facilitare l'assistenza all'infanzia nel contesto della chiusura di strutture a ciò dedicate: un'attenzione speciale è rivolta alle persone più vulnerabili, per esempio con l'estensione della sospensione invernale in materia di proroga degli sfratti. Allo stesso modo, la legge include misure per

le persone con disabilità, che permettono di adattare le relative condizioni di organizzazione delle prestazioni medico-sociali. Infine, sono previste ulteriori disposizioni per assicurare la continuità del funzionamento degli enti locali. Il titolo III è dedicato al rinvio del secondo turno delle elezioni comunali. Il titolo IV riguarda il controllo parlamentare sulle commissioni d'inchiesta istituite prima della pubblicazione della legge, e la cui relazione non è stata ancora presentata: il termine è esteso a otto mesi, senza tuttavia che i lavori delle medesime commissioni d'inchiesta possano proseguire oltre il 30 settembre 2020.

Le disposizioni dei titoli III e IV, e la dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria per un periodo di due mesi (contenuta nell'art. 4 della legge), così come la legge sull'organizzazione delle prestazioni medico-sociali, costituiscono misure specificamente rivolte ad affrontare l'epidemia Covid-19; le altre misure adottate non sono invece recate nella legge stessa, ma nei suoi decreti governativi di attuazione, nonché nei decreti ministeriali e dei prefetti adottati sulla base della stessa l. 23 marzo, delle relative ordinanze e decreti attuativi.

Le disposizioni del codice della sanità pubblica, introdotte dalla l. 23 marzo, sono state integrate e modificate dapprima dalla l. n. 2020-546 dell'11 maggio 2020, che proroga lo stato di emergenza sanitaria e ne completa le disposizioni, e poi dalla l. n. 2020-1379 del 14 novembre 2020, che autorizza l'estensione dello stato di emergenza sanitaria e introduce ulteriori misure di gestione delle crisi sanitarie.

#### 4. Controllo giurisdizionale

Il controllo giudiziario sul regime giuridico dello stato di emergenza sanitaria e sulle misure adottate durante la sua applicazione e il periodo di uscita, è stato effettuato con le procedure di diritto comune dinanzi al *C. cons.* per il controllo di costituzionalità delle misure legislative, e dinanzi alle giurisdizioni amministrative e ordinarie per le decisioni regolamentari e individuali dei poteri pubblici. Anche se lo scritto riguarda l'attività del giudice amministrativo, appare necessario svolgere anche qualche cenno al giudice costituzionale e al giudice ordinario, in modo che il lettore italiano abbia conoscenza di un contesto spesso diverso di quello italiano.

##### 4.1. Il Conseil constitutionnel

Al 31 gennaio 2021, il *C. cons.* aveva emesso 14 decisioni nel quadro dell'emergenza sanitaria, di cui 7 su questioni prioritarie di costituzionalità. Le altre sono state pronunciate su rinvio di sessanta deputati

e/o senatori - tra cui una anche su rinvio del Presidente della Repubblica e una su rinvio del Presidente del Senato - e due su rinvio automatico del Primo ministro, con riferimento a le leggi organiche. Dodici decisioni hanno dichiarato la conformità della legge o della legge organica in questione con la Costituzione e, tra di esse, una decisione ne ha affermato la costituzionalità con "riserva di interpretazione"; due decisioni hanno infine dichiarato la non conformità parziale, e tre la non conformità totale, delle disposizioni impugnate.

La l. 23 marzo non è stata invece assoggettata al controllo preventivo di costituzionalità, diversamente dalla legge organica. Le leggi che hanno prorogato lo stato di emergenza sanitaria, così come la legge che organizza l'uscita dallo stato di emergenza sanitaria, sono state assoggettate a tale controllo (la prima anche su rinvio del Presidente della Repubblica). Alcune disposizioni della l. 23 marzo sono già state sottoposte a controllo su QPC: si tratta della modifica del calendario delle elezioni comunali, e di una modifica del codice della sanità pubblica volta a sanzionare - con multe - la violazione delle misure di contenimento.

Data la tradizionale brevità delle motivazioni delle decisioni del *C. cons.*, accresciuta dalla necessità di una risposta urgente all'epidemia Covid-19, è poco prudente cercare di analizzare e commentare le decisioni di conformità a Costituzione, emanate senza "riserve", quando esse riguardano un testo completo, come nel caso delle leggi che prorogano o pongono fine allo stato di emergenza sanitaria. D'altra parte, le decisioni su questioni prioritarie di costituzionalità possono essere motivate più facilmente in maniera sintetica, poiché trattano un numero limitato di disposizioni. In particolare, alcune di queste decisioni mostrano come il *C. cons.* ha proceduto ad applicare espressamente il principio di proporzionalità.

Nella decisione 26 giugno 2020 (*Oussman G. e altri*), relativa alla violazione delle misure di contenimento, il *C. cons.* ha convalidato le disposizioni impugnate in quanto non violavano né il principio di legalità dei reati e delle pene né il diritto a un ricorso giudiziario effettivo, né alcun altro diritto o libertà garantiti dalla Costituzione. La motivazione è molto dettagliata sulla questione riguardante la formulazione delle disposizioni normative inerenti ai poteri delle autorità di polizia giudiziaria di contestare infrazioni. Invece, la motivazione è molto meno dettagliata nell'affermare che le disposizioni relative all'accertamento della violazione ripetuta delle misure di contenimento non stabiliscono alcuna presunzione di colpevolezza, non ignorano la presunzione di innocenza o i diritti della difesa e non violano il principio di proporzionalità delle pene. A questo proposito, vale la pena sottolineare che il *C. cons.* così testualmen-

te afferma: «l'obiettivo delle norme penali è quello di assicurare il rispetto delle misure adottate per garantire la salute pubblica, durante lo stato di emergenza sanitaria, che può essere dichiarato in caso di disastro sanitario e che, per la sua natura e gravità, mette in pericolo la salute della popolazione», aggiungendo altresì che, «tenuto conto dei rischi indotti durante tale periodo dal comportamento punito, le sanzioni imposte non sono manifestamente sproporzionate».

La decisione 4 dicembre (*Pierre-Chanel T. e altri*) riguardava il riparto delle competenze tra lo Stato e la Nuova Caledonia, in particolare perché quest'ultima è competente in materia di salute, a differenza delle Regioni appartenenti alla Francia continentale e d'Oltremare. Il *C. cons.* stabilisce a questo proposito che, «pur perseguendo l'obiettivo di proteggere la salute pubblica, queste misure eccezionali e temporanee, limitate alla misura strettamente necessaria per rispondere a una catastrofe sanitaria e alle sue conseguenze, sono legate alla garanzia delle libertà pubbliche e non rientrano quindi nella competenza della Nuova Caledonia».

Due decisioni successive sono altrettanto interessanti, in quanto sono le uniche che sino ad ora hanno stabilito la totale illegittimità costituzionale delle misure impugnate attraverso una questione prioritaria di costituzionalità. Esse sono particolarmente importanti perché, nonostante la brevità delle motivazioni, fanno vedere come il *C. cons.* applica il principio di proporzionalità a circostanze eccezionali, e quali limiti ritiene di dover porre al legislatore. È da sottolineare che queste due decisioni riguardano disposizioni di procedura penale applicabili alle persone che sono o rischiano di essere detenute sulla base delle disposizioni ordinarie del codice penale; non riguardano invece misure di lotta all'epidemia e le loro conseguenze, come la quarantena o il collocamento/mantenimento in isolamento.

Nella decisione del 15 gennaio 2021 (*Krzysztof B.*), la disposizione impugnata era l'art. 5 dell'ordinanza n. 2020-303 del 25 marzo 2020, che adatta le norme di procedura penale sulla base della l. 23 marzo. Queste disposizioni permettevano, durante lo stato di emergenza sanitaria e per un mese dopo la sua fine, l'uso, senza l'accordo delle parti, di un mezzo di telecomunicazione audiovisiva per le udienze svolte innanzi a tutti i tribunali penali diversi da quelli competenti in materia di delitti (*juridictions criminelles*). La decisione ricorda, innanzitutto, che: «Queste disposizioni sono destinate a promuovere la continuità dell'attività dei tribunali penali nonostante le misure di emergenza sanitaria adottate per combattere la diffusione dell'epidemia Covid-19. Esse perseguono così l'obiettivo di valore costituzionale della protezione della salute, e contribuiscono all'attuazione del

principio costituzionale della continuità del funzionamento della giustizia». La decisione prosegue ricordando altresì che: queste disposizioni si estendono a tutti i tribunali penali, per contravvenzioni e reati (non anche per delitti), in particolare per la comparizione dei testimoni, e anche per il processo innanzi ai tribunali minorili; che la telecomunicazione audiovisiva può essere imposta durante il contraddittorio prima del collocamento o del mantenimento della detenzione preventiva e che, «sebbene l'uso della telecomunicazione audiovisiva sia solo una facoltà del giudice, le disposizioni impugnate non subordinano il suo esercizio ad alcuna condizione legale e (...) non prevedono alcun criterio per il suo utilizzo». Il *C. cons.* conclude, pertanto, così: «tenuto conto dell'importanza della garanzia che può essere attribuita alla presentazione fisica dell'interessato davanti al giudice penale (...) e allo stato delle condizioni in cui si esercita il ricorso a questi mezzi di telecomunicazione, queste disposizioni ledono i diritti della difesa, che non potrebbero essere giustificati dal particolare contesto risultante dall'epidemia Covid-19, durante tutto il periodo della loro applicazione. Esse devono quindi essere dichiarate contrarie alla Costituzione».

Nella decisione del 29 gennaio 2021 (*Ion Andronie R. e altri*), si trattava dell'art. 16 della stessa ordinanza, che prevedeva la proroga, di diritto e per tempi variabili a seconda della pena comminata, delle detenzioni preventive in corso, ovvero iniziate tra il 26 marzo 2020 e la fine dello stato di emergenza sanitaria. La decisione ricorda anzitutto che «le disposizioni impugnate hanno lo scopo di evitare che le difficoltà di funzionamento della giustizia, causate dalle misure di emergenza sanitaria adottate per combattere la diffusione dell'epidemia Covid-19, portino alla liberazione di persone poste in detenzione preventiva prima che l'inchiesta possa essere completata o che si tenga un'udienza del processo. Tali norme perseguono così l'obiettivo di valore costituzionale di salvaguardia dell'ordine pubblico e della ricerca degli autori di reati». La decisione continua sottolineando che queste disposizioni «mantengono automaticamente in detenzione le persone la cui carcerazione preventiva doveva terminare perché aveva raggiunto la sua durata massima, ovvero perché la sua eventuale proroga richiedeva una nuova decisione del giudice e che, sebbene le disposizioni stabiliscano la possibilità per il tribunale competente di ordinare la liberazione d'ufficio in qualsiasi momento, su richiesta del pubblico ministero o su richiesta dell'interessato, non prevedono alcun intervento sistematico del giudice ordinario, tranne nel caso della detenzione preventiva, che è stata prolungata per sei mesi». Il *C. cons.* conclude pertanto che l'obiettivo perseguito «non è tale da giustificare, durante questi periodi, l'esenzione, relativa alla valutazione della necessità della con-

tinuazione della detenzione, dal controllo sistematico del giudice ordinario». Inoltre, ancora secondo il *C. cons.*, «l'intervento del giudice ordinario potrebbe, se necessario, essere soggetto ad aggiustamenti procedurali, il che porta all'annullamento immediato di queste disposizioni».

Nella decisione dell'11 maggio 2020 sulla legge che proroga lo stato di emergenza sanitaria e ne completa le disposizioni, il *C. cons.* ricorda innanzitutto che queste misure costituiscono una privazione della libertà in caso di divieto di qualsiasi uscita, ovvero quando precludono qualsiasi libertà di circolazione, alla persona interessata, per più di dodici ore al giorno. Il *C. cons.* analizza poi la proporzionalità delle misure, ricordando innanzitutto che «lo scopo delle misure di quarantena e di isolamento è di assicurare che le persone soggette a tali misure siano isolate dal resto della popolazione, sottoponendole a un isolamento, se necessario, completo, al fine di prevenire la diffusione della malattia che è all'origine del disastro sanitario. Adottando queste disposizioni, il legislatore ha così perseguito l'obiettivo di valore costituzionale della protezione della salute». La decisione continua, inoltre, ricordando che le misure «possono essere emanate e applicate soltanto nel contesto di uno stato di emergenza sanitaria, e possono riferirsi solo alle persone che hanno soggiornato, durante il mese precedente, in una zona in cui l'infezione circolava, e che entravano nel territorio nazionale, o arrivavano in Corsica o in una collettività d'Oltremare». Tutto ciò, insieme alle condizioni previste dalla legge per la quarantena o l'isolamento, porta a concludere che «il legislatore ha previsto delle prescrizioni volte a garantire che queste misure siano attuate solo nei casi in cui sono appropriate, necessarie e proporzionate alla condizione delle persone colpite, o che possono essere colpite dalla malattia che causa il disastro sanitario». Infine, sulla questione dell'intervento di un giudice nel più breve tempo possibile, essenziale per la protezione della libertà individuale, il *C. cons.* ha inserito una «riserva d'interpretazione» secondo la quale, oltre un periodo di quattordici giorni, il prolungamento delle misure di quarantena, ovvero il collocamento in isolamento per un periodo superiore a dodici ore, richiede pur sempre l'autorizzazione del giudice ordinario.

#### 4.2. La giurisdizione amministrativa

La sezione della giurisdizione amministrativa (*section du contentieux*) del *C.É.*, in quanto Corte suprema amministrativa, ha svolto una notevole attività sin dall'inizio dell'epidemia, al punto che è particolarmente difficile stilare un elenco aggiornato delle decisioni pertinenti e più importanti: al 31 gennaio 2021,

la banca dati della giurisprudenza del *C.É.* conteneva 491 decisioni riferite al Covid-19. La pagina *internet* del *C.É.* – «Ultime decisioni (riti abbreviati) relative all'epidemia di Covid-19» –, al 31 gennaio 2021, presenta con più dettagli una scelta di 50 decisioni adottate in riti abbreviati, tra cui una del 22 marzo 2020, il giorno prima della dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria, contenente una serie di indicazioni dettagliate.

Secondo il vicepresidente del *C.É.* (che svolge le funzioni di presidente, poiché il Primo ministro lo presiede formalmente, in modo meramente protocol-lare), con il rito abbreviato di diritto comune, il *C.É.* «è stato l'interlocutore privilegiato, se non l'unico, di tutti i cittadini che hanno voluto mettere in discussione determinati aspetti della gestione dell'epidemia. Inoltre, ha messo costantemente sotto pressione l'amministrazione, in particolare durante le udienze, durante le quali ha sempre cercato di adoperarsi per il meglio, recando il minor danno possibile alle libertà fondamentali, pur garantendo l'efficacia della lotta contro il virus. Infine, non c'è stata una giustizia eccezionale, segno di una forma di continuità dello Stato di diritto, nonostante le circostanze: le procedure e i metodi di controllo del giudice amministrativo non sono variati, la loro pertinenza e flessibilità sono diventate chiare. (...) anche il giudice si è trovato al centro di aspettative spesso contrastanti, alle quali è stato attento a rispondere rimanendo consapevole del ruolo che esso occupa nelle istituzioni. In particolare, è stato attento a non invadere aree politiche e scientifiche (...). Quello che il giudice poteva fare – e ha fatto – era identificare alcune incongruenze nell'approccio del Governo e chiedergli di porvi rimedio: ha così ingiunto al Primo ministro di chiarire la portata di diverse esenzioni al divieto di viaggiare fuori casa – “viaggi per motivi di salute”, e “viaggi legati all'esercizio fisico individuale” (...). I concetti di diritto alla vita e di diritto alla salute, che vengono sistematicamente mobilitati, e per quanto simbolici, sono ben lungi dall'essere univoci, soprattutto quando il diritto alla vita di alcuni deve essere conciliato con quello di tutti».

Le decisioni nei riti abbreviati sono particolarmente interessanti, sia perché illustrano le ragioni che hanno portato i ricorrenti a rivolgersi ai tribunali amministrativi, sia per capire come ragiona il *C.É.* Alcuni di questi ricorsi riguardano decisioni adottate in riti abbreviati dai tribunali amministrativi; altri, invece, decisioni che riguardano la competenza in prima istanza dello stesso *C.É.* in materia di decisioni (o di loro assenza) del Governo. Ci sono inoltre casi in cui i ricorrenti non hanno chiesto l'annullamento di una misura, ma hanno chiesto al giudice di ingiungere al Governo di adottare misure più restrit-

tive, o di fornire attrezzature mediche a certe categorie professionali.

Le richieste di cancellazione o sospensione riguardano, tra l'altro:

- un decreto del sindaco di Sceaux che impone l'uso della «protezione della bocca e del naso» per gli spostamenti all'interno del Comune, decreto sospeso dal *TA* su richiesta della Lega dei diritti dell'uomo; sospensione confermata dal *C.É.*;

- una richiesta di sospensione del divieto di raduni, riunioni o attività che riuniscono più di dieci persone nello spazio pubblico adibito alle manifestazioni: richiesta accolta, perché la libertà di manifestare è una libertà fondamentale e quindi, salvo circostanze particolari, il divieto di manifestazioni sulla pubblica via è giustificato dai rischi per la salute solo quando le “misure di contenimento” non possono essere rispettate, ovvero quando l'evento può riunire più di 5.000 persone ;

- una richiesta al *C.É.* di sospendere la nuova versione del decreto del 31 maggio 2020, emanato dal Primo ministro, e dedicato alle misure generali per far fronte all'epidemia Covid-19, che prevede che l'organizzazione di manifestazioni debba essere preventivamente autorizzata dal prefetto, il quale controlla che le “misure di contenimento” possano essere rispettate; la sospensione è stata concessa perché l'obbligo è stato ritenuto eccessivo, conducendo a un'inversione della normale logica dell'autorizzazione, e poiché qualsiasi manifestazione sarebbe rimasta vietata fino a quando il prefetto non l'avesse autorizzata, stante altresì il fatto che il decreto non fissava un termine per la decisione del prefetto;

- una richiesta al *C.É.* per sospensione di misure del 21 giugno e del 10 luglio 2020, che tengono chiuse le discoteche e le sale da ballo; respinta perché, per il *C.É.*, la chiusura non è sproporzionata ed è giustificata dal carattere chiuso degli stabilimenti, dalla natura dell'attività fisica della danza e dalla difficoltà di garantire il rispetto delle misure di contenimento, o l'uso di mascherine sanitarie, in un contesto festivo; inoltre, a causa degli orari di apertura e della disposizione dei locali, non sembra possibile garantire il rispetto di una tale restrizione mediante controlli efficaci; di conseguenza, la violazione delle libertà d'impresa, di commercio e d'industria da parte di questa misura, non è manifestamente illegittima;

- una richiesta al *TA* di Marsiglia di sospendere la decisione del prefetto di chiudere gli impianti sportivi coperti fino al 27 ottobre; in appello, il *C.É.* ha confermato il rifiuto del *TA* perché Marsiglia e Aix-en-Provence sono state classificate come “zona di massima allerta”, a causa dell'intensità dell'epidemia e perché, secondo lo stato attuale delle conoscenze scientifiche, la pratica di attività fisiche in



luoghi chiusi crea un rischio maggiore di trasmissione del virus;

- una richiesta al *C.É.* di sospendere il decreto del Primo ministro che impone ai prefetti di 16 dipartimenti di introdurre un coprifuoco tra le ore 21 e le 6 del mattino, o di limitarne la portata riducendo la fascia oraria e prevedendo nuovi motivi di deroga; respinta perché la circolazione del virus nella Francia metropolitana è aumentata, e la situazione sanitaria è particolarmente grave nelle nove metropoli dei dipartimenti interessati.

Le questioni dei raduni nei luoghi di culto e le chiusure o limitazioni delle attività commerciali sono state oggetto di una serie di altre decisioni, che sono anche pubblicate sul sito del *C.É.*

La sentenza più recente è la richiesta al *C.É.* di sospendere la decisione del Governo di non rilasciare più visti di ricongiungimento familiare, e di imporre a questi soggetti l'ottenimento di una apposita autorizzazione; questa richiesta è stata accolta perché il numero di persone che beneficiano del ricongiungimento familiare è normalmente equivalente a sessanta persone al giorno, e l'amministrazione non fornisce alcuna prova per dimostrare che un tale flusso potrebbe contribuire significativamente ad aumentare il rischio di diffusione dell'epidemia; il provvedimento impugnato lede così gravemente il diritto a una vita familiare normale di tutte le persone coinvolte, e l'interesse superiore dei bambini interessati, che dura oramai da più di dieci mesi; il *Conseil d'État* afferma che, sebbene il diritto dell'Unione non osti alla limitazione temporanea dell'ingresso nel territorio nazionale a causa dell'epidemia, la decisione impugnata non è proporzionata, poiché essa non prevede deroghe per i possibili beneficiari del ricongiungimento familiare.

Le richieste di provvedimenti ingiuntivi includevano queste fattispecie:

- una richiesta al *C.É.* di ingiungere al Governo di pronunciare un confinamento totale della popolazione, presentata prima dell'entrata in vigore del primo stato di emergenza sanitaria dai sindacati dei medici e dal Consiglio nazionale dell'ordine dei medici: richiesta respinta, ma sostituita da altrettante ingiunzioni adottate su iniziativa del *C.É.*;

- una richiesta di ingiungere al Governo di autorizzare nuovamente lo svolgimento di mercati alimentari, coperti e all'aperto: respinta;

- una richiesta al *C.É.* di ordinare al Governo di indicare espressamente che la bicicletta poteva essere usata durante il confinamento, di riaprire le piste ciclabili chiuse, e di ingiungere alla Procura di non perseguire nelle verbalizzazioni aventi come motivo l'uso della bicicletta; il *C.É.* ha ordinato al Governo di indicare pubblicamente e diffusamente che la bicicletta

può essere utilizzata per gli spostamenti autorizzati durante il confinamento, poiché l'uso della bicicletta è una questione di libertà concernente il diritto di ogni persona al rispetto della sua libertà personale, e che la mancanza di chiarezza nelle posizioni del Governo era una violazione grave e manifestamente illegittima di questo diritto;

- una richiesta al *TA* di Parigi per ordinare la cessazione della sorveglianza da parte dei droni, istituita dalla Prefettura di polizia, per far rispettare le misure di contenimento; in appello, il *C.É.* ha ingiunto allo Stato di cessare immediatamente la sorveglianza con i droni, poiché questi sono dotati di uno *zoom* ottico e possono volare al di sotto degli 80 metri, misura spaziale che permette la raccolta di dati d'identificazione, e inoltre non sono dotati di alcun dispositivo tecnico per garantire che le informazioni raccolte non possano portare all'identificazione delle persone filmate, nel rispetto della legge sulla protezione dei dati personali, del 6 gennaio 1978;

- due ricorsi ai tribunali amministrativi di Strasburgo e Lione che contestano l'obbligo di indossare mascherine sanitarie sulla pubblica via, e che impongono tale obbligo in luoghi e orari caratterizzati da un'alta densità di popolazione; in appello, il *C.É.* ha precisato che l'obbligo può essere imposto su grandi aree, in modo che sia coerente e facile da applicare per i cittadini, ma che questi perimetri estesi devono essere delimitati – e giustificati – dall'esistenza di diverse aree ad alto rischio di contaminazione.

Inoltre, tutta una serie di domande di ingiunzione era stata presentata all'inizio dell'epidemia da diverse categorie professionali, che volevano che le mascherine sanitarie e gli altri dispositivi medici di protezione (in particolare i test per il rilevamento del virus) fossero forniti dallo Stato. Il *C.É.* li ha respinti, ricordando in particolare che il Governo aveva ordinato requisizioni, e richiesto diverse centinaia di milioni di mascherine da consegnare a breve termine, e che la limitazione dei test epidemiologici era dovuta unicamente alla disponibilità insufficiente di materiale.

Tutte le decisioni relative a domande di annullamento in riti abbreviati, e alcune relative a domande di ingiunzione, mostrano in modo esemplare come il *C.É.* applichi i principi relativi alle decisioni d'urgenza, cioè la gravità del rischio e l'esistenza di un'illegittimità manifesta, effettuando allo stesso tempo un controllo di proporzionalità delle misure. Il *C.É.* ricorda sempre l'obiettivo perseguito mediante le misure impuginate, e sottolinea che tali misure corrispondono a un obbligo fondamentale di protezione della salute delle persone, prima ancora di precisare le ragioni per cui le considera proporzionate o meno alla situazione concreta. Quando le misure impuginate sono adottate dalle autorità locali, il *C.É.* verifica



sempre che esse corrispondano ai poteri conferiti loro dalla legge, e ricorda spesso che se i sindaci possono contribuire alla buona esecuzione delle misure decise dallo Stato, non possono tuttavia adottare altre misure specifiche a meno che, da un lato, ragioni impellenti legate alle circostanze locali le rendano indispensabili e a condizione, dall'altro, che non compromettano la coerenza e l'efficacia delle misure dello Stato.

Una decisione del *C.É.*, che non è stata però adottata in rito abbreviato, è interessante perché riguardava una domanda di annullamento del decreto n. 2020-293 del 23 marzo 2020, che prescrive le misure generali necessarie per far fronte all'epidemia Covid-19, nell'ambito dello stato di emergenza sanitaria: si tratta della decisione del 22 dicembre 2020 (*M. A... B... C.E.*). Le motivazioni della sentenza sono molto brevi, ma un passaggio merita di essere testualmente menzionato per il modo in cui il controllo di proporzionalità viene effettuato in circostanze eccezionali: «Considerando, da un lato, le circostanze eccezionali in cui il decreto impugnato è stato adottato, caratterizzate da un rapido aumento della circolazione del virus, una possibile saturazione, a breve termine, delle strutture ospedaliere su scala nazionale, che ha portato al trasferimento di pazienti tra le regioni e nei paesi vicini e alla de-programmazione dei ricoveri non urgenti, nonché a difficoltà nel trattamento delle catene di contaminazione nel rispetto delle misure di contenimento a causa del numero insufficiente di test, che non ha permesso di identificare le persone asintomatiche, e la carenza di maschere chirurgiche e FFP2 e, dall'altro lato, considerando le esenzioni previste per i viaggi in risposta a necessità di base, il carattere strettamente limitato nel tempo del divieto di uscire, così come l'obbligo di portare un kit medico per qualsiasi viaggio, di un documento che giustifichi che rientra nelle eccezioni previste, le misure adottate, alla data in cui sono state emanate e alla luce dell'obiettivo di protezione della salute pubblica perseguito, non risultano sproporzionate, nonostante la gravità della violazione della libertà circolazione».

Infine, occorre notare che il *C.É.* ha sottoposto al *C. cons.* tre questioni prioritarie di costituzionalità, per le quali era indispensabile un'interpretazione della portata delle disposizioni costituzionali applicabili. D'altra parte, il *C.É.* ha ritenuto, con una motivazione molto dettagliata, che una serie di richieste di rinvio non erano giustificate, sia perché riguardavano disposizioni di ordinanze relative a questioni di natura regolamentare, sia perché il *C.É.* era esso stesso in grado di stabilire, nel merito, se vi fosse o meno una violazione di un diritto o di una libertà fondamentale,

in particolare perché la questione non era fondamentalmente nuova.

#### 4.3. La giurisdizione ordinaria

Per quanto riguarda la giurisdizione ordinaria, decisioni adottate dai tribunali penali sono le più rilevanti, a causa delle misure che limitano la libertà di movimento e le misure di contenimento.

In due decisioni del 26 maggio 2020, la *C. cass.* ha rinviato due casi al *C. cons.*, con questione prioritaria di costituzionalità, poiché la l. 23 marzo autorizzava il Governo a prendere misure per ordinanza, in particolare nei procedimenti penali. Il *C. cons.* ha risposto, con decisione 2020-851/852 QPC del 3 luglio 2020, che la legge non era contraria alla Costituzione perché: le sue disposizioni «non escludono alcun intervento del giudice nella proroga di un'ordinanza di custodia cautelare che scade durante il periodo di applicazione dello stato di emergenza sanitaria»; e «le disposizioni di una legge delega non possono avere per oggetto o per effetto di esonerare il Governo, nell'esercizio dei poteri conferitigli in virtù dell'art. 38 della Costituzione, dal rispetto delle regole e dei principi di valore costituzionale, in particolare delle esigenze derivanti dall'art. 66 della stessa [Costituzione], per quanto riguarda le modalità di intervento del giudice ordinario in caso di proroga di una misura di detenzione provvisoria».

D'altra parte, la stessa *C. cass.* si è pronunciata su una disposizione specifica che presentava una grande difficoltà di interpretazione, dando luogo a differenze applicative da parte delle varie Corti di primo grado e di appello: si tratta dell'art. 16 dell'ordinanza n. 202-303 del 25 marzo 2020, che prevedeva la proroga automatica della detenzione preventiva. La *C. cass.* non ha rinviato la questione al *C. cons.*, ma ha esaminato direttamente la compatibilità di queste disposizioni con la Cedu. Nelle sue sentenze nn. 974 e 977 del 26 maggio 2020, la Corte ha ritenuto che il sistema – così istituito nel contesto di uno stato di emergenza sanitaria – fosse compatibile con la Convenzione solo a condizione che un giudice ordinario esaminasse a breve termine, se non lo avesse già fatto, la necessità della detenzione preventiva. In tutti i casi in cui tale controllo giudiziario non è stato o non può più essere esercitato, la persona detenuta deve essere rilasciata. Questa dichiarazione, anche se non ha la stessa portata formalmente vincolante di una decisione del *C. cons.*, ha in pratica nei confronti dei tribunali, e in particolare nei confronti dei tribunali penali, lo stesso effetto di una “riserva d'interpretazione” adottata dal *Conseil*.

# La pretesa di giustizia del diritto: a partire da un recente saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi

di *Enrico Scoditti*

Nella sfera dell'applicazione ed osservanza il diritto è identificato in base alla fonte della sua produzione, come afferma il positivismo giuridico. La pretesa di giustizia del diritto insorge nella sfera della creazione, che riguarda non solo la legislazione ma, a date condizioni, anche la giurisdizione e l'amministrazione. La filosofia del diritto può ritrovare senso per la comunità dei pratici se è in grado di innervare nei processi di creazione del diritto, ai diversi livelli in cui essi si sviluppano, strutture regolative di carattere ideale su ciò che corrisponde a giustizia.

**1. Giurisdizione e filosofia del diritto / 2. Il diritto fra giuspositivismo e argomento morale / 3. Ai confini del positivismo giuridico / 4. Sulle spalle di Kelsen / 5. Il diritto fra positivismo giuridico e giusnaturalismo / 6. Per una teoria della produzione giuridica**

## 1. Giurisdizione e filosofia del diritto

Quale può essere oggi il contributo della filosofia del diritto per la vasta comunità dei pratici del diritto? E anche allo stesso legislatore, cosa può dire oggi la filosofia del diritto? Vi è stata un'epoca d'oro per la filosofia del diritto nella quale lo statuto epistemologico dei saperi giuridici particolari era condizionato dalle assunzioni filosofiche. Un'opera come i «*Lineamenti di filosofia del diritto*» di Hegel è la migliore espressione della configurazione degli istituti giuridici mediante una specifica logica filosofica. Qui non si ha una filosofia *del* o *sul* diritto, ma *nel* diritto. Come scriverà un esponente dell'idealismo giuridico italiano, Angelo Ermanno Cammarata, la filosofia «non può agire che *ab intra*»<sup>1</sup>. Non è un caso che la prima traduzione italiana dell'opera hegeliana si deve a un giurista positivo quale Francesco Messineo. Lo svi-

luppo della dogmatica giuridica quale sistema, nella sua epoca classica, è debitrice di determinati impianti filosofici. C'è stato dunque un tempo nel quale la filosofia del diritto rivestiva un ruolo centrale nell'organizzazione del sapere giuridico e dunque, sia pure in via indiretta e attraverso una serie di mediazioni, nel campo della pratica del diritto.

A quell'epoca ha poi fatto seguito la consumazione anche nel campo del sapere giuridico della vicenda che, seguendo Max Weber, possiamo definire di razionalizzazione tecnica. Il sapere si è specializzato, si sono eretti confini più marcati fra le discipline, con suddivisioni più nette anche all'interno delle stesse partizioni del sapere, e la filosofia del diritto ha acquistato la fisionomia di una tecnica separata dagli altri contesti disciplinari. A suo modo, anche la filosofia del diritto è diventata tecnica specialistica. In Italia ha contribuito in modo rilevante a questa

1. A.E. Cammarata, *Formalismo e sapere giuridico*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 355.

formalizzazione di uno statuto disciplinare speciale il particolare peso della filosofia analitica del diritto, a partire dall'atto fondativo di questo movimento teorico, lo scritto di Norberto Bobbio «*Scienza del diritto e analisi del linguaggio*» (1950). Un ponte di collegamento fra diritto e filosofia, che non è mai venuto meno, è quello della teoria ermeneutica, che negli ultimi decenni ha acquistato particolare visibilità nel diritto costituzionale e nel diritto civile. Questo legame si comprende alla luce della centralità della sfera dell'interpretazione nell'esperienza giuridica. L'ermeneutica ha poi rappresentato, più di recente, uno dei canali attraverso i quali si è avuto un ritorno più diretto della filosofia del diritto nel campo pratico. Il riferimento è a quel vasto ed eterogeneo movimento che va sotto il nome di "neo-costituzionalismo".

Il neo-costituzionalismo è espressione di una stagione che qualcuno ha definito, riprendendo il titolo del celebre libro di Ronald Dworkin, come l'epoca dell'impero delle corti. L'attuazione per via giurisdizionale della costituzione, cui il neo-costituzionalismo fornisce una serie di strumenti operativi, evoca una delle caratteristiche del nostro tempo, la giurisprudenzialità del diritto. Principi costituzionali e clausole generali hanno ormai larga diffusione nella pratica del diritto, aprendo le porte a un lato attivo del giudicare che pare lontano dalla passività che sembra connotare la classica operazione della sussunzione della fattispecie concreta in quella legale. Il rilievo dell'interpretazione, per la verità, non rende così passivo il giudicare per fattispecie legali, ma indubbiamente dirimere una controversia mediante principi o clausole generali significa attribuire al giudice il potere di porre il diritto del caso concreto. Si apre qui il grande interrogativo su cosa significhi dire un diritto che non viene dal potere legislativo. È un diritto che è nelle cose e che si tratta solo di scoprire o che il giudice artificialmente crea? E se di artificio si tratta, quel diritto è il risultato dei valori soggettivi di cui il giudice è portatore o può aspirare a un'oggettività? È necessario attingere agli algoritmi al fine di rendere omogenee e prevedibili (calcolabili) le decisioni dei giudici o il caso concreto ha una durezza che sfugge ad astratte geometrie?

Queste domande ci fanno comprendere come navighiamo in mare aperto e l'assenza di una stella polare è probabilmente sintomo di una criticità della versione neo-costituzionalistica della filosofia del diritto. A differenza di un tempo nel quale la filosofia costituiva dall'interno i saperi particolari mediante una concezione generale della ragione, con il neo-costituzionalismo la filosofia del diritto diventa sapere

regionale perché ambisce a un'immediata funzione pratica. Un aspetto del neo-costituzionalismo, complessivamente considerato, è proprio l'ingresso della filosofia del diritto direttamente nell'*agone* della pratica giuridica quale dottrina che si confronta con altre dottrine. Restano però inevase le domande di cui sopra e c'è allora da chiedersi se il tempo giurisprudenziale del diritto non abbia bisogno soprattutto di una teoria che torni a fornire una concezione generale di ragione, piuttosto che uno strumento operativo di carattere regionale.

## 2. Il diritto fra giuspositivismo e argomento morale

È in questo contesto problematico che interviene il recente volume di Massimo La Torre, «*Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*»<sup>2</sup>. Più che una riflessione sul diritto, si tratta di un viaggio nella filosofia del diritto contemporanea. Il libro di La Torre è una mappa dell'odierno pensiero giusfilosofico, ma sarebbe grandemente riduttivo definirlo una mappa ragionata, perché si tratta piuttosto dell'identificazione di una linea teorica attraverso la decostruzione dall'interno delle diverse posizioni che si contendono il campo. Il diritto contro se stesso è il diritto che, ridotto a fatto, dimentica l'aspirazione alla normatività che dovrebbe contraddistinguere.

Per il positivismo giuridico il diritto è un fatto, sia quale esistenza di una norma (il dover essere qui corrisponde a un essere), sia quale fonte alla cui produzione si deve quella norma. Riconosciamo il diritto in base al fatto storico mediante cui è stato posto, fatto che può essere una procedura legislativa, la sentenza di un giudice o una consuetudine. Che i criteri di produzione del diritto siano rappresentati non solo da una procedura, ma anche da un elemento sostanziale quale il rispetto dei diritti fondamentali, non sposta i termini della questione nell'ottica del positivismo giuridico (qui nella versione di positivismo cd. inclusivo, in quanto la norma di riconoscimento del sistema contempla non solo procedure ma anche valori morali), perché restano fatti l'esistenza stessa di una norma fondamentale del sistema e i processi produttivi di norme sulla base della norma fondamentale. Il diritto è identificato non per la meritevolezza morale del suo contenuto (come vorrebbe la concezione interpretativa di Dworkin), ma per il fatto storico della sua corrispondenza alla fonte costituzionale e per il fatto, in definitiva, del suo essere stato posto. La definizione di costituzionalismo come positivizzazione

2. Olschki, Firenze, 2020.

del diritto naturale, per menzionare la formula adoperata da Luigi Ferrajoli in «*Diritto e ragione*»<sup>3</sup>, si arresta all'accertamento del fatto contingente dell'inclusione di un complesso di principi morali nella norma fondamentale, ma non assume il punto di vista non contingente del contenuto morale di quei principi quale criterio di riconoscimento del diritto<sup>4</sup>.

Per La Torre la visione giuspositivista smarrisce la pretesa di correttezza che il diritto costitutivamente avanza in base alla sua propria natura. Il diritto pretende di essere giusto e per essere tale bisogna giustificarlo in base a «criteri materiali di correttezza universali o universalizzabili»<sup>5</sup>. In questi limiti l'argomento morale, che il positivismo giuridico (anche nella versione costituzionalistica di Ferrajoli) aveva espunto, ritorna nel diritto. L'aspirazione a un'oggettività dei valori è immanente all'aspirazione di giustizia del diritto, quale tuttavia condizione ideale cui tendere e non dato di realtà, perché se così fosse, aggiungiamo noi, si tornerebbe al regime del fatto (che avrebbe a suo contenuto un determinato valore), mentre qui si tratta di salvaguardare un ideale regolativo, un puro dover essere. Per riprendere Robert Alexy, «la connessione concettuale necessaria tra diritto e morale pertanto non ci garantisce che il diritto sia sempre materialmente giusto, ma solo che per essere diritto valido dovrebbe esserlo, o almeno pretenderlo»<sup>6</sup>.

### 3. Ai confini del positivismo giuridico

Il saggio di Massimo La Torre, proprio perché costruisce un percorso teorico decostruendo le teorie che attraversa, non intende in modo monolitico il positivismo giuridico, ma mira a esplicitare le contraddizioni produttive che in esso si aprono. Nei suoi punti alti, il giuspositivismo conosce delle aperture che forzano i limiti della riduzione del diritto al fatto storico della sua produzione e che sono suscettibili

di condurre oltre i confini di un rigido positivismo. La tradizione italiana, come rappresentata dai suoi maestri, Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli, ne è un significativo esempio. Il Bobbio maturo di «*Essere e dover essere nella scienza giuridica*» (1967), uno degli scritti giusfilosofici più raffinati del Nostro secondo La Torre, ben lungi dalla definizione di scienza giuridica quale sistema chiuso e formalmente coerente dello scritto del 1950 sopra richiamato, afferma apertamente che i giudizi di valore ricorrono «in tutte le fasi della ricerca del giurista»<sup>7</sup>. Più nettamente per Scarpelli è l'intero edificio del positivismo giuridico che si regge su una scelta politica: avalutatività e separazione dalla morale caratterizzano i giudizi di validità all'interno del sistema giuridico, ma questo rinvia alla propria base la scelta politica e di valore «della maggiore libertà possibile di scelta contro la scelta che esclude ogni altra scelta»<sup>8</sup>. La separazione fra diritto e morale risponde qui alla morale (liberale) che separa il diritto dalla morale.

Un varco importante nel recinto del diritto quale fatto storico e non ragionevolezza morale lo si coglie addirittura nel più importante libro della filosofia analitica del diritto del Novecento, «*Il concetto del diritto*» di Herbert Hart. Coerentemente all'impianto positivista, alla base dell'ordinamento giuridico vi è per Hart il fatto empirico che giudici e funzionari usino una determinata norma per riconoscere il diritto valido. Accettare tale norma di riconoscimento implica tuttavia un «atteggiamento critico e riflessivo»<sup>9</sup>. Non è necessario qui indulgere sull'introduzione, nel famoso «*Postscript*» a «*Il concetto del diritto*», della nozione di «convenzione», la quale, riconducendo l'accettazione della norma di riconoscimento alla generale conformità ad essa, ripiega decisamente nella direzione del fatto. Bisogna invece fermarsi alla nozione di «atteggiamento critico e riflessivo» e rilevarne la problematicità, potendo tale nozione, come è stato osservato, rifluire nell'approvazione morale e dunque

3. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, p. 350 (anche per il costituzionalismo la logica del diritto resterebbe quella della positivizzazione in norme, «quali che siano i principi e i diritti in esse stipulati» – *Id.*, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016, p. 190).

4. Cfr. M. La Torre, *Il diritto contro se stesso*, *op. cit.*, p. 129.

5. *Ivi*, p. 210.

6. *Ivi*, p. 164. Nella filosofia del diritto contemporanea è, soprattutto, Robert Alexy che fa valere una dimensione ideale, corrispondente alla pretesa di correttezza morale che necessariamente il diritto solleva, rispetto alla dimensione reale del diritto emanato e socialmente efficace (R. Alexy, *The Dual Nature of Law*, in *Ratio Juris*, vol. XXIII, n. 2/2010, pp. 167 ss.).

7. N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970, p. 156.

8. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, p. 151. È interessante notare come, lontano dal grande libro del 1965, l'ultimo Scarpelli sia approdato sul finire degli anni ottanta al diritto per principi: sulla parabola teorica di questo autore rinviamo a E. Scoditti, *La filosofia del diritto del Novecento e il giuspositivismo di Uberto Scarpelli*, in *Democrazia e diritto*, n. 1-2/2011, pp. 357 ss.

9. H.L.A. Hart, *Il concetto del diritto*, Einaudi, Torino, 2002, p. 69.

in considerazioni di ordine valutativo<sup>10</sup>. Seguendo questo abbrivio, l'uso della norma di riconoscimento del diritto valido non corrisponderebbe a un mero fatto, ma a una pratica riflessiva, la quale rinvierebbe perciò a un criterio di valutazione. L'“atteggiamento critico e riflessivo” potrebbe condurre Hart oltre Hart e schiudere le porte al giudizio di valore.

#### 4. Sulle spalle di Kelsen

Si suole fare di Hans Kelsen uno dei punti fermi del positivismo giuridico novecentesco. In realtà, come è stato detto, la fondazione trascendentale della norma fondamentale libera Kelsen dal positivismo<sup>11</sup>. La *grundnorm* come presupposto logico-trascendentale dell'ordinamento giuridico introduce un dover essere che non diventa mai fatto perché si tratta della condizione, sempre presupposta e mai storicamente avveratasi, da cui prende avvio un ordinamento. Nelle pagine kelseniane si rinviene la distinzione fra la forma logica della costituzione, che appartiene all'ordine del modello ideale, e la costituzione positiva storicamente posta<sup>12</sup>. La norma fondamentale è un criterio di valore al massimo grado perché inattuabile in quanto tale e tuttavia necessaria per dare inizio a un ordinamento. Si tratta di un nucleo kantiano che sfugge al diritto come fatto storico, secondo la narrativa del positivismo, e che ancora oggi ci parla.

È pur vero che la formalizzazione radicale della ragione giuridica di cui Kelsen si fece portatore, individuando un punto in cui forma e astrazione fossero al massimo concentrate e nel quale il diritto fosse emancipato da ogni contenuto materiale, ha una precisa genealogia storica. Essa rappresentò la risposta alla temperie che caratterizzò l'inizio del Novecento, quando, venuti meno i fondamenti unitari dell'agire sociale, l'Europa cadde preda del politeismo (weberiano) dei valori e dell'irruzione di una ragione politica indipendente da vincoli normativi, di cui si fece interprete Carl Schmitt.

Sottratto a quest'origine storica, l'ideale di una norma presupposta estende il suo cono d'ombra fino a noi, perché se è vero che le norme sono fatti descrittivi e identificabili in base al fatto storico che le ha

prodotte, è anche vero che la loro produzione, risalente in ultima istanza a un presupposto che nella sua purezza resta inattuabile, rinvia all'ordine del dover essere e non dell'essere. La produzione di norme sulla base di un dover essere, che arriva fino alla sublimazione in una forma puramente ideale, eccede i limiti del tradizionale positivismo perché introduce un criterio normativo o valutativo. La produzione della norma avviene sulla base non di un fatto ma di un valore. È dunque il lato dinamico di un ordinamento, quello della produzione di norme, che introduce criteri di valore, mentre il lato statico dell'ordinamento, quello cioè delle norme da applicare o osservare, resta, come vedremo nel prossimo paragrafo, nel quadro giuspositivistico del diritto da identificare in base al fatto storico della sua produzione. Siamo ancora sulle spalle di Kelsen, perché a lui dobbiamo l'idea della produzione di norme in base a un dover essere. La giurisdizione per principi costituzionali e clausole generali introduce campi inesplorati dal tradizionale normativismo, ma l'appello a un dover essere per porre la norma è l'eredità irrinunciabile del kelsenismo<sup>13</sup>.

#### 5. Il diritto fra positivismo giuridico e giusnaturalismo

Produrre il diritto implica un netto mutamento di prospettiva teorica rispetto all'applicare od osservare il diritto. Come tenterò di dimostrare subito, il positivismo giuridico è la chiave teorica per spiegare il fenomeno dell'applicazione del diritto, da parte del giudice o del funzionario, e dell'osservanza della norma, da parte del *civis*, ma non della creazione del diritto. Quest'ultima è nozione a largo spettro, che comprende non solo la legislazione naturalmente, ma anche, a certe condizioni, la giurisdizione e l'amministrazione. La giurisdizione è produzione del diritto dal punto di vista del giudicato, il quale è la norma giuridica del caso concreto. Anche il provvedimento amministrativo è accrescimento dell'ordinamento nella misura in cui una norma attribuisce all'autorità amministrativa il potere di derogare al diritto comune e di fissare il regolamento di interessi del caso concreto. La componente applicativa del diritto c'è, tuttavia, anche

10. A. Catania, *Riconoscimento e potere. Studi di filosofia del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, p. 151. «Accettare una regola che si esprime in pratiche comuni significa passare dal semplice fatto dell'esistenza di pratiche al giudizio secondo cui una condotta conforme a tali pratiche è dovuta. La superiorità della teoria kelseniana della norma fondamentale sta nel non nascondere questo passaggio dall'essere al dover essere» (R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, p. 127).

11. B. De Giovanni, *Kelsen e Schmitt. Oltre il Novecento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 70 ss.

12. H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 152 ss.

13. Si tratta di un'eredità che l'esito “decisionistico” dell'ultimo Kelsen della *Teoria generale delle norme* (la norma è un atto di volontà) non fa venir meno.



nella creazione della regola perché produrre il diritto comporta osservare delle norme che disciplinano il processo produttivo e l'esercizio del potere, come del resto già vide Kelsen. Quando il giudice sussume il fatto nella fattispecie legale, sta applicando e non creando diritto, anche se poi l'esito del giudizio è quello della creazione della norma del caso concreto. Applicazione e creazione si avvicendano così nell'esperienza giuridica.

Ebbene, in tutte le fasi in cui il diritto è applicato, od osservato dal cittadino, esso è riconosciuto in base alla fonte che lo ha storicamente prodotto. È un fatto quello che consente di identificare il diritto, e cioè la sua derivazione dalla procedura legislativa, dal precedente giudiziario o dalla consuetudine. Quando si tratta di seguire una regola, vale l'argomento di Joseph Raz delle "ragioni escludenti": la norma costituisce la ragione per agire ed è osservata da chi vi è sottoposto perché, sostituendo le ragioni preesistenti alla sua venuta ad esistenza, esclude la consultazione delle ragioni ormai rimpiazzate<sup>14</sup>. Il positivismo giuridico resta la teoria dell'applicazione od osservanza del diritto. In tali evenienze il diritto non avanza una pretesa di giustizia, ma di autorità. La pretesa di correttezza del diritto emerge quando si tratta di creare il diritto. Se si facesse permanere la produzione giuridica nel recinto del positivismo, non si potrebbe evitare la concezione realista che vede nella creazione del diritto un esercizio di pura discrezionalità (fino all'estremo dell'arbitrio)<sup>15</sup>.

Porre una norma legislativa presuppone bilanciare principi costituzionali, che è quello che ordinariamente accade nella giurisdizione costituzionale e anche in quella comune, allorquando si deve interpretare la legge in modo conforme a costituzione o, più di rado, si deve risolvere la controversia mediante i principi costituzionali stante la mancanza di una fattispecie legislativa. Giudicare per clausole generali comporta concretizzare sulla base delle circostanze del caso una regolazione ideale, quale ad esempio è quella della buona fede. Nel fatto illecito, per restare alle clausole generali, il danno è risarcibile se è "ingiusto" (art. 2043 cc). Disciplinare in modo amministrativo gli interessi significa aspirare alla giusta proporzione nel gioco a somma zero fra interesse pubblico e

interesse privato (l'art. 100 della Costituzione parla significativamente di «giustizia nell'amministrazione»). In tutte queste evenienze si ha di mira un parametro ideale di giustizia al quale il diritto che si pone, in via generale e astratta o nel caso concreto, deve, per sua natura, tendere. La natura del diritto esige che si provveda, in sede legislativa o giurisdizionale, a un giusto bilanciamento dei principi costituzionali o che il giudice concretizzi in modo giusto una clausola generale<sup>16</sup>. Il *giusto* bilanciamento non è scritto in costituzione, non è un fatto, è una capacità morale. È il risultato di un appello a un ideale.

La ricomposizione fra diritto e morale che si verifica nel processo creativo non rinvia alle concezioni di ciò che è bene, perché queste attengono a preferenze soggettive, più o meno estese, ma esprime la capacità morale di giudicare il giusto e l'ingiusto. Il "giusto" è quello che John Rawls ha definito nel suo «*Una teoria della giustizia*»: è giusto ciò che verrebbe scelto nella posizione originaria dietro il velo di ignoranza circa le proprie preferenze soggettive in ordine al bene. Alexy parlerebbe di «persona costituzionale»<sup>17</sup>. Si tratta di una condizione ipotetica, e non realmente esistente, perché il giusto è un dover essere (mentre è una porzione di essere la preferenza soggettiva su ciò che è bene). Il «prudente apprezzamento», mediante cui il giudice deve valutare le prove in base all'art. 116 del codice di procedura civile, rinvia a tale condizione ideale.

Si obietterà: se il positivismo giuridico è la teoria dell'applicazione del diritto, allora non c'è modo di sottrarsi al diritto ingiusto perché per la sua osservanza è sufficiente che esso esista in virtù del fatto storico della sua produzione. Quando il *civis* che è tenuto a osservare la norma, o il giudice che deve applicarla, sollevano la questione dell'ingiustizia del diritto, sono già passati dal campo del diritto posto a quello da porre, perché eccepire l'ingiustizia della legge vuol dire sollevare una controversia su quale debba essere la giusta norma del caso concreto. Si è abbandonato il campo del diritto da identificare come fatto storico, che è il terreno del positivismo giuridico, e si è entrati nel campo del diritto da riconoscere come giusto, un terreno per il quale possiamo adoperare l'espressione "giusnaturalismo",

14. J. Raz, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 134 ss.

15. Significativa è la convergenza, in un Autore come Riccardo Guastini, di giuspositivismo e realismo giuridico.

16. La differenza fra osservanza e creazione del diritto richiama, entro certi limiti, la distinzione operata da Hart fra il punto di vista del *civis* tenuto all'osservanza del diritto, che non è anche tenuto a considerare il proprio comportamento come "giusto" o "corretto", e quello del giudice, che deve invece condividere, in base all'atteggiamento critico e riflessivo, la norma di riconoscimento del diritto valido (H.L.A. Hart, *Il concetto del diritto*, op. cit., pp. 136 ss.).

17. R. Alexy, *Constitutional Rights, Democracy and Representation*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2015, p. 34.

nel senso in cui Kant intendeva questo termine, e cioè non come ordine esistente (diritto naturale), ma come ideale regolativo (diritto di natura). Il giusnaturalismo rinvia all'idea-limite di giusto, a un punto collocato all'infinito e non a un ente presente in natura. Eccepita l'ingiustizia del diritto da osservare o applicare, un'autorità avrà il compito giurisdizionale di enunciare il diritto mediante il *giusto* bilanciamento dei principi costituzionali in relazione alle circostanze del caso. Un diritto che, al momento di essere enunciato dal giudice, non avanzi una pretesa di correttezza, sarebbe un *diritto contro se stesso*, per riprendere il titolo del volume di Massimo La Torre da cui ho preso le mosse.

La pretesa di giustizia del diritto attiene non al piano della validità, la quale riguarda il fatto empirico della conformità della norma a una fonte superiore, come predica il giuspositivismo, ma a quello del concetto di diritto. Il vizio di un articolo costituzionale che reciti «X è una Repubblica sovrana, federale e ingiusta» è, come scrive Alexy, un vizio concettuale: una costituzione commette una contraddizione performativa se il suo contenuto nega la pretesa di giustizia dopo averla sollevata nell'atto di porsi come costituzione<sup>18</sup>. La giustizia è la qualità del concetto di diritto<sup>19</sup>.

Il terreno su cui positivismo giuridico e giusnaturalismo si avvicendano, e si intrecciano talvolta, è quello dell'interpretazione. Sul piano astratto si deve distinguere. Quando l'interpretazione è funzionale all'applicazione di regole, si è nel regno positivistico dei fatti. Gli enunciati interpretativi su regole ambiscono perciò alla pretesa di verità scientifica. L'interpretazione corrisponde qui a un sapere, con valenza dunque descrittiva, e, avvalendosi della dogmatica, persegue un obiettivo di esattezza (per riprendere la formula dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario sulle attribuzioni della Corte suprema di cassazione: assicurare «l'esatta osservanza» della legge). Quando l'attività interpretativa ha di mira i principi, si entra invece nel regno del giusnaturalismo: l'interprete persegue il giusto bilanciamento dei principi. Nella misura in cui i principi costituzionali soccorrono

nell'interpretazione delle regole legislative, esattezza scientifica e giustizia sono destinate a incontrarsi e, talvolta, a intrecciarsi in modalità tali da rendere indistinguibili gli argomenti tecnici da quelli morali. Tutto questo rinvia alla necessaria complessità della formazione del giurista moderno, la cui attività trascorre, spesso senza soluzione di continuità, fra *scientia juris* e *juris prudentia*.

## 6. Per una teoria della produzione giuridica

Porre il diritto significa entrare nella dimensione ideale che Kelsen evocò quando premise all'ordinamento una norma che ne costituisse il presupposto logico-trascendentale. Ciò di cui oggi si sente il bisogno è una concezione generale della ragione che possa supportare i processi di creazione del diritto ai diversi livelli in cui essi si sviluppano. La pretesa di correttezza del diritto implica l'allestimento di strutture regolative di carattere ideale su ciò che corrisponde a giustizia, da innervare nelle pratiche di produzione giuridica. La teoria del diritto cede qui il passo alle teorie della pragmatica di tipo normativo e razionalista che, con la loro carica regolativa, stanno riconquistando terreno dopo la stagione della postmodernità, nella quale compito della ragione era esclusivamente quello di interpretare e storicizzare o contestualizzare. Jürgen Habermas e soprattutto Robert Brandom, su percorsi paralleli e con diverse inclinazioni (il primo più verso Kant, il secondo più verso Hegel), hanno lavorato alla definizione delle condizioni normative di produzione dei discorsi; Brandom, in particolare, lo ha fatto nella chiave inter-soggettiva della reciproca assunzione di impegni di correttezza, che si manifesta nella pratica del dare e chiedere ragioni<sup>20</sup>. La filosofia del diritto ritrova senso per la comunità dei pratici se, come nelle pagine della filosofia hegeliana del diritto, è in grado di costruire la spina dorsale dei discorsi di giuristi e legislatori. Di nuovo, non una filosofia *del* o *sul* diritto, ma *nel* diritto.

18. Cfr. R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, op. cit., pp. 34 ss.

19. «(...) correctness is a matter of balancing. This shows that balancing has a role to play not only in the creation and application of law, that is, in legal practice, but also at the very basis of law. It is a part of the nature of law» (R. Alexy, *The Dual Nature of Law*, op. cit., p. 174).

20. La rilettura brandomiana della concezione di Dworkin della prassi interpretativa nel diritto, quale catena narrativa, nei termini del reciproco conferimento di autorità normativa fra il giudice attuale e il suo predecessore nella catena dei precedenti giudiziari – R.B. Brandom, *A Hegelian Model of Legal Concept Determination. The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel*, in G. Hubbs e D. Lind (a cura di), *Pragmatism, Law, and Language*, Routledge, New York/Londra, 2014, pp. 19 ss.), illustra come una teoria giusnaturalistica della produzione del diritto debba essere integrata da una teoria della pragmatica; per una prima riflessione in tale direzione si rinvia a E. Scoditti, *Il giudice ed il dovere di indipendenza da se stesso*, in *Foro italiano*, vol. CXLV, n. 5/2020, cc. 217 ss.

## Gli autori

- Marco Bignami**, magistrato amministrativo, assistente di studio presso la Corte costituzionale
- Marcello Clarich**, ordinario di Diritto amministrativo, Università di Roma “La Sapienza”
- Antonello Cosentino**, consigliere della Corte di cassazione
- Giorgio Costantino**, ordinario di Diritto processuale civile, Università di Roma Tre
- Leonardo Ferrara**, ordinario di Diritto amministrativo, Università di Firenze
- Maria Rosaria Ferrarese**, ordinario di Sociologia del diritto, Università di Cagliari
- Marcello Maria Fracanzani**, consigliere della Corte di cassazione
- Fabio Francario**, ordinario di Diritto amministrativo, Università di Siena
- Diana-Urania Galetta**, ordinario di Diritto amministrativo, Università “Statale” di Milano
- Riccardo Giani**, consigliere del Tar Toscana
- Alberto Giusti**, consigliere della Corte di cassazione
- Lucia Gizzi**, consigliere del Tar Lazio
- Antonio Lamorgese**, consigliere della Corte di cassazione
- Marco Lipari**, presidente di sezione del Consiglio di Stato
- Vincenzo Lopilato**, consigliere di Stato
- Giancarlo Montedoro**, presidente di sezione del Consiglio di Stato
- Giulio Napolitano**, ordinario di Diritto amministrativo, Università di Roma Tre
- Alessandro Pajno**, presidente emerito del Consiglio di Stato
- Filippo Patroni Griffi**, presidente del Consiglio di Stato
- Margherita Ramajoli**, ordinario di Diritto amministrativo, Università “Statale” di Milano
- Renato Rordorf**, già presidente aggiunto della Corte di cassazione, già direttore di *Questione giustizia*
- Luigi Rovelli**, già presidente aggiunto della Corte di cassazione
- Maria Alessandra Sandulli**, ordinario di Diritto amministrativo, Università di Roma Tre
- Antonio Scarpa**, consigliere della Corte di cassazione
- Enrico Scoditti**, consigliere della Corte di cassazione
- Elisa Scotti**, ordinario di Diritto amministrativo, Università di Macerata

**Giuseppe Severini**, presidente di sezione del Consiglio di Stato

**Dario Simeoli**, consigliere di Stato

**Aldo Travi**, ordinario di Diritto amministrativo, Università “Cattolica” di Milano

**Lucia Tria**, presidente di sezione della Corte di cassazione

**Enzo Vincenti**, consigliere della Corte di cassazione

**Luciano Violante**, già presidente della Camera dei deputati

**Jacques Ziller**, ordinario di Diritto dell’Unione europea, Università di Pavia