



Dottorato di ricerca in diritto pubblico - XXVII ciclo
(1° gennaio 2012 – 31 dicembre 2014).

Titolo della tesi di dottorato:

*Verso una giurisdizione specializzata.
I convergenti percorsi dei sistemi europei di giustizia
amministrativa.*

Dottorando: dott. Nicola Longhi

Tutor: prof. Alessandro Pajno

RIASSUNTO DELLA TESI

La tesi interpretativa prospettata in questa dissertazione è che i più importanti sistemi europei di giustizia amministrativa stiano tendenzialmente convergendo verso un modello di giurisdizione specializzata sia dal punto di vista funzionale che dal punto di vista strutturale e organizzativo, perché i sistemi monistici vanno sempre più “specializzando” la loro giurisdizione “ordinaria”, mentre, dal canto loro, i sistemi dualistici vanno progressivamente “de-specializzando” e “ordinarizzando” la loro giurisdizione speciale.

Più nel dettaglio, si è affermato che, da un lato, i maggiori sistemi giurisdizionali monistici, per la risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione operante in veste autoritativa, vadano sempre più aderendo all’idea della necessità o comunque dell’opportunità di istituire un organo giurisdizionale speciale o specializzato, di elaborare strumenti e istituti di tutela giudiziaria differenziati rispetto a quelli delle controversie interpretativistiche, e di adottare tecniche di sindacato tipiche della giurisdizione amministrativa speciale e, in particolare, quelle relative al più profondo e incisivo controllo della discrezionalità amministrativa. E, dall’altro lato, che i più importanti sistemi giurisdizionali dualistici facciano sempre più propria, per la generalità delle liti amministrative, la finalità - generalmente appannaggio dei sistemi monistici - della protezione giurisdizionale di diritto soggettivo, e cioè della tutela giurisdizionale non occasionale né indiretta delle situazioni giuridiche soggettive del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, sposando l’esigenza di rendere questa stessa tutela piena ed effettiva. E allo scopo hanno arricchito il processo amministrativo con gli stessi estesi mezzi istruttori e con lo stesso variegato strumentario di rimedi del processo civile, omologando la ricchezza delle azioni esperibili, compresa quella cautelare, al modello del processo civile. E al fine di garantire l’imparzialità e la terzietà del giudizio amministrativo come nel processo civile, hanno cercato di accrescere l’indipendenza dal potere esecutivo del giudice amministrativo, parificando lo statuto dei magistrati amministrativi a quello dei magistrati ordinari.

La tesi proposta è, insomma, che i diversi ordinamenti europei di giustizia amministrativa stiano convergendo, da diversi punti di partenza e con una evoluzione determinata da fattori sia autoctoni che sovranazionali, verso un tipo uniforme di giurisdizione amministrativa, che si potrebbe definire *giurisdizione specializzata, nonché generale, piena, effettiva e indipendente, come quella ordinaria*, e dunque, più sinteticamente, *giurisdizione “ordinaria” specializzata*, nel quale molte delle differenze tra i tradizionali archetipi monistico e dualistico sembrano andare attenuandosi.

Le ricerche svolte ed esposte in questo lavoro, riguardanti la formazione e l’evoluzione degli ordinamenti dei quattro principali paesi europei e, seppur per cenni, di altri tre meno popolosi, ma culturalmente assai avanzati, sembrano confermare questa ipotesi ricostruttiva.

Per quanto riguarda il percorso nella direzione della “specializzazione” della giurisdizione sulle controversie pubblicistiche, che sta caratterizzando l’evoluzione di taluni relevantissimi ordinamenti a giurisdizione unica, l’esempio più eclatante è certamente costituito dall’Inghilterra.

Si può, infatti, rilevare come l’ordinamento britannico, da un regime giurisdizionale monistico tipico della cultura di *common law* secondo cui esiste un unico diritto comune a tutti i soggetti, siano essi privati o pubblici, e conseguentemente un unico giudice per tutte le controversie, privatistiche e pubblicistiche, man mano che ha preso consapevolezza della indispensabilità della pubblica amministrazione e della specialità dei suoi poteri, sia

gradualmente passato ad un sistema integrato di giurisdizione amministrativa speciale e di giurisdizione ordinaria specializzata, poiché la giurisdizione ordinaria tradizionale delle *Courts* si è rivelata insufficiente a tutelare adeguatamente i diritti dei cittadini nei confronti delle moltiplicate manifestazioni del potere pubblico.

Si può seguire questa evoluzione considerando schematicamente almeno tre profili: la positivizzazione, con l'*application for judicial review of administrative action*, di un vero e proprio processo amministrativo; l'istituzione, in seno alla *High Court*, di una sezione giurisdizionale specializzata nella cognizione delle controversie amministrative, dal significativo nome di *Administrative Court*; la trasformazione degli *administrative tribunals* da organi amministrativi del contenzioso in organi giurisdizionali.

Oggi, il cuore pulsante della giustizia amministrativa britannica è proprio nel sistema dei *Tribunals*, che può considerarsi, dal punto di vista dell'organizzazione giudiziaria e del procedimento contenzioso seguito, come una "giurisdizione amministrativa speciale" molto simile a quella dei giudici amministrativi francesi, tedeschi o italiani.

Questa giurisdizione amministrativa speciale dei *Tribunals* è affiancata da quella esercitata col *judicial review* dall'*Administrative Court* della *Queen's Bench Division* della *High Court*, che è una sezione specializzata del giudice ordinario, nonché, in secondo grado, dalla *Court of Appeal* e, in ultima istanza, dalla *Supreme Court*. Queste tre *Superior Courts* assolvono soprattutto ad una funzione nomofilattica: assicurano l'unità dell'interpretazione e dell'applicazione delle norme di diritto.

L'introduzione nel 1977 dell'*application for judicial review* ha razionalizzato e coordinato le diverse forme di tutela nei confronti della pubblica amministrazione in un unico rito, applicabile, in base alla regola della *procedural exclusivity*, a tutte le controversie di *public law*, rendendo possibile l'esercizio cumulativo delle azioni di *prerogative* e di *equity*. Questo giudizio amministrativo ha le stesse caratteristiche e gli stessi istituti di quello dei paesi continentali: una funzione di verifica della legalità dell'azione amministrativa (tutela oggettiva), oltre che di protezione delle posizioni dei singoli (tutela soggettiva); e dunque una legittimazione all'azione (*standing*) più ampia rispetto al giudizio ordinario; un termine breve per ricorrere, per assicurare alla scadenza la certezza e la stabilità delle situazioni regolate dagli atti amministrativi; la centralità del rimedio dell'annullamento della decisione amministrativa illegittima; le peculiari tecniche di sindacato sulle scelte amministrative, volte ad evitare arbitri perpetrati dietro lo schermo della discrezionalità e a lasciare però riservata all'esecutivo la scelta ultima; una tutela cautelare imperniata sulla sospensione dell'atto impugnato, ma consistente anche nell'emanazione di provvedimenti interinali propulsivi e positivi.

In definitiva, l'ordinamento britannico negli ultimi decenni ha subito un processo di "specializzazione" organizzativa e processuale della giurisdizione amministrativa e, sotto questo profilo, si è molto avvicinato ai sistemi continentali, generalmente caratterizzati dal dualismo giurisdizionale strutturale e funzionale.

Anche il Belgio sembra entrare nella traiettoria evolutiva di quei paesi che hanno revocato in dubbio l'adesione ideologica ad un modello giurisdizionale monistico per adottare un più funzionale sistema di giurisdizione amministrativa speciale.

Questo Stato scelse, sin dall'anno della sua indipendenza e della sua Costituzione (1831), il modello del "giudice unico" per tutte le controversie, sia privatistiche che amministrativistiche, in nome dell'ideale liberale del "primato giudiziario", abolendo il

Conseil d'État imposto da Napoleone e mantenuto nei quindici anni successivi al Congresso di Vienna di convivenza forzata con gli olandesi.

Ma il generalizzato atteggiamento di deferenza verso l'operato della pubblica amministrazione, mostrato, nel sindacato di legittimità, dai tribunali ordinari, ha indotto il Parlamento nel 1946 a reintrodurre il *Conseil d'État* che tanta buona prova di sé aveva dato nel corso dei decenni presso il non più odiato vicino francese, e ciò al fine di non lasciare sguarniti i cittadini belgi di un'adeguata protezione giurisdizionale dei loro interessi nei confronti dell'apparato amministrativo. Per quegli strani giochi di incroci che la storia certe volte si diverte a compiere, il Belgio, che era stato il modello del legislatore italiano del 1865 per la normativa dell'abolizione del contenzioso amministrativo e del giudice amministrativo, è arrivato con cinquantasette anni di ritardo rispetto all'Italia a prendere atto di quel vuoto di tutela determinato dal sistema del "giudice unico", di cui già nel 1889 si era accorto il rinsavito legislatore italiano ed è giunto, come questo, a reintrodurre una giurisdizione amministrativa generalizzata.

Oggi il Belgio può definirsi un ordinamento giurisdizionale dualistico, con una giurisdizione ordinaria e una giurisdizione amministrativa, anzi, con una pluralità di giurisdizioni amministrative, perché i giudici del contenzioso amministrativo sono diversi a seconda delle materie e non sono organizzati, come in Francia, in Germania e in Italia, in una struttura organica ed unitaria. Soltanto il Consiglio di Stato ha competenze giurisdizionali di carattere generale.

In realtà, si è di fronte ad un dualismo giurisdizionale "anomalo", come quello italiano, perché innestato su di un sistema monistico formalmente non rimosso dalla Costituzione e dalla legislazione. E per il ruolo di arbitro della giurisdizione-attribuzione che continua ad esercitare la *Cour de cassation*, sembra poter valere anche per il Belgio la felice definizione coniata da un'acuta dottrina italiana per inquadrare il nostro sistema di giustizia amministrativa: «un dualismo a trazione monista»¹.

La *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* del 27 dicembre 1956 ha dato alla Spagna un più moderno sistema di giurisdizione amministrativa, in primo luogo, istituendo, per la risoluzione del contenzioso amministrativo, organi giurisdizionali professionali e specializzati e, in secondo luogo, ampliando l'area degli atti amministrativi impugnabili e disciplinando il relativo procedimento contenzioso come un vero e proprio procedimento giurisdizionale.

Sul piano organizzativo, questa legge, come più volte emendata e integrata, ha istituito presso ciascun ufficio giudiziario "ordinario" una *Sala de lo Contencioso-administrativo*, composta da magistrati ordinari specializzati in diritto amministrativo sostanziale e processuale.

In virtù del combinato disposto con le norme della *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* del 13 luglio 1998, la giustizia amministrativa è oggi in Spagna esercitata da diversi organi giurisdizionali ordinari specializzati, la cui competenza è ripartita, oltre che per materia e per valore, su base territoriale: a livello provinciale, è amministrata da giudici monocratici provinciali, chiamati *Juzgados*; a livello regionale, dalle *Salas de lo Contencioso-administrativo* dei *Tribunales Superiores de Justicia* delle Regioni Autonome; a livello centrale, da giudici monocratici centrali, gli *Juzgados*

¹ S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia. Un dualismo a trazione monista*, cit., p. 47 ss.

Centrales dell'*Audiencia Nacional*, e dai giudici collegiali della *Sala de lo Contencioso-Administrativo* dell'*Audiencia Nacional*. Al vertice dell'organizzazione giurisdizionale, con funzione nomofilattica, vi è la *Sala de lo Contencioso-administrativo* del *Tribunal Supremo*, detta anche *Sala Tercera*.

Oggi, l'assetto spagnolo della giustizia amministrativa è senz'altro sussumibile tra i sistemi giurisdizionali monistici, ma la specializzazione delle strutture giudiziarie e la specialità del processo amministrativo sono talmente accentuate da poter far parlare di una giurisdizione amministrativa ben distinta da quella "ordinaria". Giurisdizione, appunto, "specializzata".

Per converso, però, come si è accennato in premessa, i più rilevanti sistemi dualistici, muovendo da una giurisdizione "speciale" e dai connessi caratteri, sono andati via via convergendo verso una giurisdizione amministrativa "piena", di diritto subiettivo, e indipendente ed autonoma dal potere esecutivo, come quella "ordinaria". Hanno, cioè, "despecializzato" e "ordinarizzato" la loro giurisdizione amministrativa speciale e di diritto obiettivo, rendendola più simile, per struttura, poteri e funzione, alla giurisdizione civile.

L'esempio più interessante viene dalla Francia, perché il suo sistema ha storicamente costituito l'archetipo dell'ordinamento a regime amministrativo e a giudice speciale, e dunque il modello del sistema giurisdizionale dualistico e a giurisdizione amministrativa "speciale", al quale si sono ispirati gran parte degli ordinamenti continentali ed anche extracontinentali di *civil law*.

Innanzitutto, la concezione della *legalité administrative* come servente primariamente l'interesse pubblico, che ha storicamente conformato il ricorso di annullamento come un contenzioso di diritto oggettivo per la salvaguardia dell'integrità dell'ordinamento e dell'interesse generale, da qualche decennio a questa parte sembra lasciare il posto ad una nuova disciplina che recepisce maggiormente le istanze di *subjectivation* del *contentieux administratif* provenienti dalla società francese.

L'ampliamento da parte del legislatore delle fattispecie normative di *recours de pleine juridiction*, che è il ricorso di diritto soggettivo per eccellenza; l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di imporre a carico dell'amministrazione *astreintes* per l'esecuzione coattiva indiretta delle sentenze del giudice amministrativo e poi anche del potere di pronunciare *injonctions* nei confronti dell'amministrazione inottemperante, istituti, entrambi, che fanno emergere dalla sentenza di annullamento un effetto ordinativo e conformativo che presuppone un rapporto giuridico tra amministrazione e amministrato, e dunque un diritto soggettivo del secondo da far valere, anche coattivamente, nei confronti della prima; il potenziamento dei *référé*s con il quale il processo amministrativo è stato considerevolmente "riorientato" verso il "polo" dell'interesse soggettivo, perché strutturato in modo tale che l'effetto utile della sentenza sia preservato o anticipato per il ricorrente da incisive, variegata e atipiche, anche propulsive e positive, forme di tutela d'urgenza; sono tutti elementi che denotano la volontà del legislatore francese di mettere sempre più al centro del processo amministrativo le pretese del cittadino e di trasformare il relativo giudizio in una contesa tra parti per la protezione giurisdizionale dei diritti soggettivi nascenti da un rapporto giuridico.

La stessa emanazione nel 2000 del *Code de justice administrative* sembra evidenziare l'omologazione della funzione del giudizio amministrativo a quella di tutela subiettiva del processo civile: il processo amministrativo è stato disciplinato come un processo di parte

davanti ad un giudice terzo e imparziale e, con la codificazione del rito, le persone che intendono adire il giudice amministrativo per tutelare i propri diritti e interessi possono conoscere in anticipo e con certezza tutte le regole che disciplinano lo svolgimento dell'azione giudiziale e che dovranno essere rispettate dall'amministrazione resistente e dal giudice.

E le modifiche delle prerogative del *Rapporteur public* (già *Commissaire du gouvernement*), intervenute negli ultimi decenni a dare attuazione ai principi del contraddittorio, del giusto processo e della terzietà del giudice anche sotto il profilo dell'apparenza così come interpretati dalla giurisprudenza della CEDU, mostrano un'ulteriore attenuazione del carattere obiettivo del *contentieux administratif* e un'accentuazione dell'idea di processo come contesa tra parti contrapposte, secondo una concezione maggiormente soggettiva. Si è infatti potuto constatare come l'interesse obiettivo alla legalità, di cui è portatore il *Rapporteur public*, continui ad avere "diritto di residenza" nel *contentieux administratif*, ma in subordine alle prospettazioni delle parti (artt. R. 732-1 e R. 733-1 *CJA*) e al di fuori della sede decisoria della camera di consiglio (artt. R732-2 e R733-3 *CJA*).

Contestualmente a questa evoluzione in senso soggettivo del giudizio amministrativo, causa ed effetto della stessa, l'organizzazione giudiziaria della giurisdizione amministrativa è diventata complessivamente sempre più indipendente e autonoma dal potere esecutivo e dunque sempre meno "speciale". Gli uffici dei giudici amministrativi sono ricoperti da magistrati amministrativi con guarentigie legislative sostanzialmente identiche a quelle dei magistrati dell'*ordre judiciaire*, nonché da *Conseillers d'État* protetti nella loro indipendenza dal prestigio del corpo e da una convenzione costituzionale-amministrativa e più "distanti" dal Governo in virtù di una maggiore separazione tra funzioni consultive e funzioni giurisdizionali.

La "de-specializzazione" della giurisdizione amministrativa risalta anche per essere divenuta quest'ultima una struttura piramidale omologa a quella a tre livelli della giurisdizione "giudiziaria", con giudici di primo grado, di appello e di cassazione, poiché il *Conseil d'État* è divenuto giudice di revisione della legittimità delle decisioni dei giudici amministrativi di secondo grado o di primo grado.

L'equiordinazione della giurisdizione ordinaria e della giurisdizione amministrativa si manifesta sia nella risalente composizione paritaria del *Tribunal des conflits*, organo preposto a risolvere i conflitti di giurisdizione e formato in egual numero da Consiglieri di Cassazione e da Consiglieri di Stato, sia nella più recente potestà di sollevare la *question prioritaire de constitutionnalité* davanti il *Conseil constitutionnel*, che la legge costituzionale n. 2008-724 del 23 luglio 2008, aggiungendo alla Costituzione l'art. 61-1, ha non a caso attribuito in egual misura e con pari dignità alla Corte di Cassazione e al Consiglio di Stato.

E l'attenuazione della storica spiccata "specialità" della giurisdizione amministrativa, con conseguente riduzione della distanza dalla giurisdizione "ordinaria", è resa evidente anche dal consolidamento di un criterio di riparto – quello dei *blocs de compétence* – meno "ideologico" e più funzionale a realizzare una buona amministrazione della giustizia. Si osserva, infatti, una inusitata parziale interscambiabilità di competenze tradizionalmente considerate prerogativa dell'uno o dell'altro ordine giurisdizionale, perché il *juge judiciaire* in alcuni casi può spingersi ad annullare l'atto amministrativo nell'ambito di un controllo di

legalità anche di diritto obiettivo e soprattutto il *juge administratif* è diventato in cospicue fattispecie il protettore di libertà fondamentali e di diritti individuali della persona con un giudizio amministrativo in larga misura di tutela subiettiva.

In buona sostanza, sembrerebbero esistere meno una giurisdizione “ordinaria” ed una giurisdizione “speciale”, ma piuttosto due giurisdizioni equiordinate, “specializzate” e complementari nell’assicurare il rispetto della legalità e la tutela dei diritti della persona. La competenza all’una o all’altra è attribuita dalla legge sulla base della maggiore specializzazione e della migliore attitudine a realizzare l’obiettivo di un’efficiente amministrazione della giustizia con beneficio sia dei singoli utenti che della collettività.

Anche in Italia la fuoriuscita del giudice amministrativo dalla “specialità” strutturale e la “civiltà” del processo amministrativo sembrano caratterizzare l’evoluzione del sistema di giustizia amministrativa degli ultimi decenni nella direzione di una giurisdizione “specializzata”.

A partire dall’inizio degli anni settanta, la magistratura amministrativa è venuta perdendo gran parte della sua “specialità” ordinamentale, derivante dall’essere il giudice amministrativo un organo, in un primo momento, incardinato nel potere esecutivo e, in un secondo momento, “collaterale” ad esso soprattutto in virtù del prevalente meccanismo di nomina governativa dei Consiglieri di Stato.

Oggi i magistrati amministrativi sono quasi tutti reclutati con concorso pubblico, come i magistrati ordinari, e sono protetti da uno statuto di indipendenza ed autonomia identico a quello dei magistrati ordinari e garantito da un organo di autogoverno omologo, per composizione e funzioni, al Consiglio Superiore della Magistratura. Nel quadro della pluralità organica della giurisdizione prevista dalla Costituzione, la distinzione della magistratura amministrativa dalla magistratura ordinaria pare sottolineare soltanto l’esistenza di una maggiore autonomia nella gestione delle carriere degli organi e nell’organizzazione degli uffici della giurisdizione amministrativa rispetto a quelli della giurisdizione ordinaria.

Quanto alla “de-specializzazione” del processo amministrativo, si è potuto constatare che già negli ultimi decenni del Novecento il giudizio amministrativo si è cominciato a trasformare da giudizio sull’atto in giudizio sul rapporto, da giudizio di solo annullamento in giudizio anche di accertamento e di condanna² e pur non potendo essere ancora «un contenzioso di piena giurisdizione», come quello civile, non è stato più neppure «un contenzioso di pura interpretazione o di pura verifica (della legittimità, o no, dell’azione amministrativa)»³, com’era l’originario giudizio “speciale”.

Emblematici di questa trasformazione sono apparsi: una maggiore sensibilità per il rispetto del contraddittorio, imposta dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale valorizzando il diritto di difesa presidiato dall’art. 24 Cost., per esempio, introducendo, come rimedio *a posteriori*, l’opposizione di terzo a favore dei controinteressati pretermessi nel giudizio; l’ampliamento dei mezzi probatori, almeno per talune materie oggetto di giurisdizione amministrativa esclusiva, sempre ad opera della Consulta; l’attuazione del principio della parità delle parti processuali, realizzata dalla giurisprudenza amministrativa con la sostituzione, a quella dell’onere della prova, della regola dell’onere di un principio di prova, correggendo il sistema dispositivo col metodo acquisitivo; la creazione

² NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., 1178.

³ NIGRO, *op. ult. cit.*, 1171.

giurisprudenziale della figura del silenzio-rifiuto e di un'azione volta ad accertare l'obbligo dell'amministrazione di provvedere, nonché la spettanza del provvedimento, in caso di attività amministrativa vincolata; la dilatazione della sospensione cautelare, fino a farne discendere anche effetti positivi e propulsivi; l'individuazione nella sentenza di annullamento di vincoli di ripristinazione e di conformazione della successiva attività amministrativa, tali da configurare un'azione di parziale condanna grazie alla sinergia del giudizio di cognizione col giudizio di ottemperanza.

Ma è negli ultimi due decenni che il volto della giustizia amministrativa è cambiato radicalmente e il giudizio amministrativo è diventato, come il giudizio civile, un giudizio di piena giurisdizione.

Al giudice amministrativo è stato attribuito il potere di accedere direttamente ai fatti di causa con ogni mezzo di prova; di somministrare tutte le misure cautelari che occorrono per salvaguardare, nelle more della sentenza di merito, l'interesse fatto valere in giudizio, e anche prima della proposizione del giudizio; e soprattutto di erogare ogni forma di tutela, anche quella risarcitoria. Infatti, nel processo amministrativo ha fatto finalmente ingresso lo stesso principio di atipicità delle azioni caratteristico del processo civile: se al centro del giudizio non c'è più l'atto amministrativo, ma, come nel processo civile, il "bene della vita" che il giudizio deve far conseguire al ricorrente, l'azione giudiziale non può portare soltanto all'annullamento dell'atto, ma deve sfociare in qualunque rimedio sia sufficiente e necessario ad assicurare pieno soddisfacimento alla pretesa sostanziale dell'attore. L'azione non può che essere atipica, quanto molteplici e variabili sono gli interessi e le pretese fatti valere dal ricorrente. E oggetto del giudizio non possono essere più soltanto gli atti e i provvedimenti, ma anche gli accordi e i comportamenti riconducibili all'esercizio del potere amministrativo, e cioè qualunque forma di esercizio del potere amministrativo asseritamente lesiva di una posizione giuridica soggettiva che conferisce poteri e facoltà per conseguire una utilità.

Di particolare rilievo per comprendere ed apprezzare la mutazione del giudizio amministrativo in giudizio di piena giurisdizione, come quello civile, è la considerazione sia della previsione di un'azione di condanna all'emanazione del provvedimento favorevole richiesto e - per inerzia o per diniego - non dato, sia del rafforzamento del giudizio di ottemperanza, che può condurre anche alla condanna al pagamento di *astreintes* e che ora può svolgersi anche più celermente, potendo limitarsi a dare attuazione a misure già disposte nel giudizio di cognizione, ed essere azionato senza la necessità della previa diffida.

Per questa omologazione al processo civile, conseguenza del mettere sempre più al centro del giudizio il pieno soddisfacimento degli interessi del privato, il processo amministrativo sembra perdere i vecchi tratti della "specialità" e venire configurandosi come un giudizio "ordinario" e "specializzato" in un ambito di competenza ben definito, con un giudice che deve assicurare la realizzazione della pretesa sostanziale del ricorrente, come il giudice civile, ma tenendo anche conto dell'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione col suo operato, come un giudice "specializzato".

Anche la suddivisione della cognizione delle controversie tra il giudice civile e quello amministrativo sembra risentire di questa diversa concezione della giurisdizione amministrativa e avvenire più sul terreno di un "riparto di competenze", che su quello tradizionale del "riparto delle giurisdizioni", e quindi più in termini di "specializzazione"

delle competenze, che del binomio “ordinarietà-specialità” della giurisdizione. L’affermazione, da parte della Corte Costituzionale, dell’unità funzionale della giurisdizione evidenzia che ha senso riferire il riparto tra i diversi giudici all’unica giurisdizione funzionale e che, in definitiva, sarebbe più appropriato parlare di un “riparto di competenze”, che di un “riparto delle giurisdizioni”⁴.

E questa concezione sembra corroborata da due istituti che realizzano la comunicabilità tra i giudici di diversi ordini giurisdizionali, alla stessa stregua dei giudici di un medesimo ordine: la *translatio iudicii* transgiurisdizionale e il giudicato implicito sulla giurisdizione. Di talché la giurisdizione civile e la giurisdizione amministrativa non sarebbero più caratterizzate da un rapporto impermeabile di “ordinarietà” e di “specialità” l’una rispetto all’altra, ma piuttosto di equiordinazione e di “specializzazione”, distinguendosi tra loro solo per i diversi riti, i diversi poteri e le diverse competenze, le quali consentono la trasmigrazione del giudizio erroneamente instaurato davanti ad un giudice ad un altro giudice e al margine possono essere persino interscambiabili, come avviene per le competenze dei giudici di un medesimo ordine giurisdizionale.

In Germania, il processo di “de-specializzazione” e di “ordinarizzazione” della giurisdizione amministrativa, per la costruzione di un sistema di tutela piena ed effettiva delle pretese sostanziali del cittadino al corretto esercizio del potere amministrativo, in grado di consentirgli il conseguimento o la conservazione di un “bene della vita”, si è svolto assai precocemente grazie ad una miracolosa alchimia di fattori e circostanze. Nell’immediato dopoguerra, un grande teorico del diritto amministrativo, Walter Jellinek, su incarico dell’amministrazione americana della Germania meridionale, nella sua qualità di Presidente dell’apposita commissione istituita per rifondare la giustizia amministrativa soppressa dalla dittatura nazionalsocialista, elaborò un provvedimento legislativo che cercava di conciliare il principio anglosassone del *due process of law* con le caratteristiche del diritto amministrativo continentale e, in particolare, tedesco, introducendo un modello di giurisdizione fondato sul soddisfacimento giudiziale del “diritto soggettivo pubblico” (teorizzato dalla cultura tedesca dei decenni precedenti) nei confronti della pubblica amministrazione. Questo modello giurisdizionale con funzione di tutela subiettiva approntato da Jellinek è stato recepito nella *Grundgesetz* e poi tradotto nella legge organica sul processo amministrativo (*Verwaltungsgerichtsordnung*) del 1960.

Asse fondamentale di questo sistema è l’art. 19, comma 4, *GG*, secondo cui «chiunque è leso nei suoi diritti dal potere pubblico può adire l’autorità giudiziaria». In attuazione di questo principio, il § 40 *VwGO* prevede la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo su «tutte le questioni di diritto pubblico non costituzionale». Ed è proprio la previsione di questa *Generalklausel* a connotare la fisionomia dell’intero sistema tedesco di giustizia amministrativa almeno sotto due rilevanti profili.

Innanzitutto, abbandonando definitivamente l’*Enumerationsprinzip* utilizzato in Germania prima del 1960 come criterio di attribuzione delle liti amministrative al *Verwaltungsrechtsweg*, ha eliminato quel carattere di “specialità” dei giudici amministrativi rispetto ai giudici ordinari, che a quel principio inevitabilmente si riconnetteva, e stabilendo la competenza giurisdizionale generalizzata dei tribunali amministrativi per tutte le

⁴ E con questa ricostruzione concorda la Corte di Cassazione quando sottolinea la «progressiva forte assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza» (Corte di Cassazione, Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883).

controversie amministrative, ha trasformato il giudice amministrativo nel giudice “naturale” e “ordinario” delle stesse.

In secondo luogo, il § 40 *VwGO*, assegnando alla giurisdizione amministrativa «le controversie di diritto pubblico non costituzionale», ha consentito di mettere al centro del processo amministrativo tedesco, in luogo del provvedimento, la “questione di diritto amministrativo”. E dunque oggetto del giudizio amministrativo non è più soltanto il controllo di legittimità dell’atto amministrativo, ma è prima di tutto lo scrutinio del rapporto giuridico tra una autorità amministrativa e il cittadino ovvero l’accertamento di quella relazione, disciplinata dal diritto pubblico e intercorrente tra una pubblica amministrazione e un soggetto privato, che attribuisce un “diritto soggettivo pubblico”. La funzione del giudizio amministrativo è la realizzazione coattiva della pretesa sostanziale del cittadino.

Logico, dunque, che il processo amministrativo sia stato strutturato in modo assai simile al processo civile, di cui condivide la primaria finalità di protezione diretta del soggetto. E comprensibile anche che la *VwGO* non soltanto si ispiri ai principi della tradizione e della disciplina processualciviltiche di concentrazione, di oralità e di pubblicità del giudizio e di obbligo di motivazione della sentenza, ma rinvii con numerose disposizioni al *Zivilprozessordnung (ZPO)* e soprattutto vi rinvii con una norma di chiusura di carattere generale e residuale.

Come il processo civile, anche il processo amministrativo è un processo su domanda di parte, con la disponibilità dell’oggetto e dei mezzi di prova, questi ultimi ammessi dal *VwGO* con l’ampiezza necessaria ad accertare i fatti rilevanti di causa. E come nel processo civile, anche nel processo amministrativo è esperibile un’ampia gamma di azioni di cognizione, per le quali vale il principio di atipicità, di tutela cautelare, anch’essa atipica, e di esecuzione. Infatti, se la “missione” della giurisdizione amministrativa è quella di assicurare la piena ed effettiva protezione dei diritti soggettivi pubblici del cittadino, il giudizio amministrativo non può esaurirsi nella mera cassazione dell’atto amministrativo illegittimo, ma deve comprendere tutte le possibili tipologie di rimedi idonei a far conseguire o conservare pienamente ed effettivamente all’amministrato il “bene della vita” sotteso al diritto soggettivo che egli fa valere in giudizio.

Per questa prossimità alla disciplina del processo civile, per questa “omologazione” ai principi fondamentali, alla tipologia delle azioni e agli istituti processualciviltici, per questa funzione di tutela subiettiva del cittadino, per questa pienezza ed effettività della protezione assicurata, per questa attenzione alle pretese sostanziali della persona, la giurisdizione amministrativa tedesca sembra assumere i tratti di una giurisdizione piena e “ordinaria”, più che di una giurisdizione “speciale”: insomma, più i caratteri di una giurisdizione “specializzata”, che quelli di una giurisdizione “speciale”.

E tra i profili di “non specialità” e di “ordinarietà” che caratterizzano la giurisdizione amministrativa tedesca non possono non essere ricordati anche quelli che afferiscono all’ordinamento degli organi giudiziari, all’organizzazione della struttura giudiziaria, al riparto di giurisdizione e ai rapporti con la giurisdizione ordinaria.

Negli artt. 92 e 95, comma 1, la Carta costituzionale delinea la giurisdizione in modo unitario sotto il profilo funzionale, articolandola in cinque “ripartizioni” tra loro pariordinate (ordinaria, amministrativa, tributaria, lavoristica e sociale-previdenziale), a ciascuna delle quali corrisponde un autonomo canale di accesso (*Rechtsweg*) e un distintamente organizzato ordine di giudici, al cui vertice vi è una Corte federale equiordinata a ciascun

altra. Nessun “ramo” giurisdizionale è prevalente e sovraordinato rispetto ad un altro, sicché non vi sono connotati di “specialità” di giudici rispetto ad altri giudici.

La pariordinazione costituzionale delle cinque giurisdizioni è testimoniata anche dal Senato Congiunto dei Tribunali Supremi Federali, previsto dall’art. 95, comma 3, *GG* «per assicurare l’unitarietà della giurisprudenza» in caso di contrasto su questioni di diritto tra le Corti federali al vertice delle cinque giurisdizioni.

Stante questa pariordinazione, l’art. 97, comma 1, *GG*, che garantisce «l’indipendenza dei giudici e la loro soggezione soltanto alla legge», non può che riferirsi ai giudici di tutte le cinque giurisdizioni, e quindi anche ai giudici amministrativi, la cui indipendenza dal potere esecutivo e dalla pubblica amministrazione è dunque costituzionalmente presidiata in modo diretto ed espresso. E in attuazione del *Grundgesetz*, il § 1 *VwGO* stabilisce che «la giurisdizione amministrativa è esercitata da tribunali amministrativi indipendenti, separati dalle autorità amministrative», segnando in tal modo la palese distanza dal modello dei “*Pays à Conseil d’État*” dove il supremo consesso della giurisdizione amministrativa è anche organo di consulenza del Governo, a volte (ad esempio, in Francia) incardinato nel potere esecutivo.

Coerentemente con il disegno costituzionale che esclude ogni forma di specialità della giurisdizione amministrativa, il reclutamento e lo stato giuridico dei magistrati amministrativi non si differenziano da quelli dei magistrati delle altre giurisdizioni e sono disciplinati dalla stessa e unica legge federale sulla magistratura: il *Deutsches Richtergesetz (DRiG)*.

Il riparto di giurisdizione evidenzia la “specializzazione” delle competenze del giudice civile e penale e del giudice amministrativo all’insegna della “ordinarietà” sia con le sue regole generali che con un istituto processuale particolare.

In base alle prime, la giurisdizione civile e penale e la giurisdizione amministrativa vengono in considerazione come due giurisdizioni pariordinate, ciascuna con un proprio ambito di competenza generalizzata, “ordinaria” e “naturale”, definito da clausole generali di contenuto speculare: il § 13 *GVG* prevede che i tribunali ordinari hanno giurisdizione su tutte le controversie di diritto civile e penale che non siano espressamente attribuite dalla legge ai giudici di altre giurisdizioni; il § 40 *VwGO* stabilisce che i tribunali amministrativi hanno giurisdizione su tutte le controversie di diritto pubblico non costituzionale che non siano espressamente assegnate dalla legge ai giudici di altre giurisdizioni.

L’istituto processuale particolare al quale si allude è quello disciplinato dal § 17a *GVG* che, stabilendo che l’ordinanza del giudice *a quo* che afferma o declina la propria giurisdizione è vincolante per quel che riguarda la competenza giurisdizionale indicata, impedisce l’insorgere dei conflitti di giurisdizione positivi e negativi, nel presupposto che se il giudice civile venga a trovarsi a decidere di controversie che, in realtà, sono di diritto amministrativo e, per converso, il giudice amministrativo venga a trovarsi a decidere di controversie che, in verità, sono di diritto civile, non si verifica nessuna patologia insanabile per difetto della *potestas iudicandi* dell’organo giudiziario decidente, perché la competenza *ratione materiae* di giudici di distinti ordini giurisdizionali, ma perfettamente equiordinati e facenti tutti parte dell’ordinamento giudiziario, senza alcuna connotazione di “specialità” di alcuni di essi rispetto ad altri, può benissimo al margine essere considerata “interscambiabile”, così come può marginalmente esserlo la suddivisione di competenze - per valore, materia e territorio - tra giudici di un medesimo ordine giurisdizionale.

In buona sostanza, tutto sembra portare a ritenere che la giurisdizione amministrativa tedesca possa essere qualificata come una giurisdizione “specializzata”, nonché piena, effettiva e indipendente, come quella ordinaria, con la stessa competenza di carattere generale e con la stessa funzione di tutela soggettiva di questa.

L’Austria ha da quasi un secolo e mezzo un ordinamento giurisdizionale dualistico imperniato su una giurisdizione ordinaria, con al vertice una Corte Suprema, e su un sistema di giustizia amministrativa speciale, con al vertice una Corte Suprema Amministrativa, ma i connotati di “specialità” della “giurisdizione amministrativa” *lato sensu* intesa si sono venuti nel tempo stemperando.

Fino al 1988, il sistema di giustizia amministrativa si fondava essenzialmente sul procedimento amministrativo e sui ricorsi amministrativi e il ricorso ad un giudice indipendente e imparziale - la Corte Suprema Amministrativa - aveva un carattere residuale, potendo essere esperito soltanto per un “giudizio di revisione” della decisione amministrativa.

L’Austria, infatti, è stato il primo paese al mondo a darsi nel 1925 una legge sul procedimento amministrativo (*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz: AVG*) che ha proceduralizzato lo svolgimento della funzione amministrativa, contribuendo enormemente a sviluppare il principio di legalità della stessa, di semplificazione e soprattutto l’idea di “relazione” tra amministrazione e amministrato, di rapporto, almeno sul piano giuridico, tra “pari”, e non di soggezione del secondo alla prima a mo’ di suddito. E nell’impianto di questa legge, le garanzie procedurali non perseguono soltanto una finalità oggettiva di salvaguardia dell’integrità dell’ordinamento e di cura dell’interesse generale nel rispetto della legge, ma anche una finalità soggettiva di tutela del cittadino, dei suoi diritti e delle sue aspettative. La prima forma di protezione dell’amministrato e di giustizia amministrativa avviene tradizionalmente in Austria proprio all’interno del procedimento amministrativo, che è disciplinato secondo regole simili a quelle giurisdizionali.

Una volta adottato il provvedimento nei suoi confronti, il cittadino poteva impugnarlo con un ricorso amministrativo, chiedendone l’annullamento o la riforma, in primo grado dinanzi l’autorità amministrativa locale o provinciale, in secondo grado davanti il governo del *Land*, in terzo grado davanti il governo federale. E il relativo procedimento contenzioso si svolgeva come il procedimento amministrativo disciplinato dalla *AVG*. Anzi, la normativa fondamentale sui ricorsi amministrativi è contenuta proprio nella legge sul procedimento amministrativo, ciò che dimostra lo stretto legame che esiste tra la giustizia amministrativa e il procedimento amministrativo.

Soltanto esauriti tutti i gradi di ricorso amministrativo, la persona poteva adire, per soli motivi di legittimità, la Corte Suprema Amministrativa per ottenere la «revisione» della decisione giustiziale.

Questo sistema di giustizia amministrativa, così “speciale” rispetto alla giustizia ordinaria da essere assicurato dalla stessa pubblica amministrazione, per non suscitare le censure della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo per violazione del principio di indipendenza del giudice, è stato riformato nel 1988 con l’istituzione in ciascun *Land* degli *Unabhängigen Verwaltungssenate (UVS)*, collegi amministrativi indipendenti semi-giurisdizionali ai quali l’art. 129a della Costituzione aveva attribuito la cognizione e la decisione, con un procedimento paragiurisdizionale, delle controversie sulle violazioni

amministrative (escluse quelle tributarie), sugli ordini amministrativi che consentivano una coercizione materiale, sulle inerzie amministrative in tali questioni e «sulle altre materie indicate da leggi federali o dei *Länder*».

Da una “specialità” così spiccata di “giurisdizione” amministrativa da essere esercitata dalla stessa amministrazione col procedimento amministrativo e coi ricorsi amministrativi, si è dunque passati ad una giurisdizione amministrativa meno “speciale”, ma pur sempre “speciale”, nella misura in cui gli *Unabhängigen Verwaltungssenate*, pur essendo collegi paragiurisdizionali distinti dagli organi di amministrazione attiva, da un lato, erano incardinati nell’amministrazione di ciascun *Land* e, dall’altro, erano composti da «esperti di diritto» (art. 129b, comma 4, *BVG*) legati ai governi dei singoli Stati federati (art. 129b, comma 1) a causa del peculiare meccanismo di nomina governativa e di possibile rinnovo del mandato, e dunque privi dei requisiti di indipendenza e di imparzialità dei giudici richiesti dall’art. 6 della CEDU.

Per garantire pienamente il rispetto della Convenzione Europea, una riforma costituzionale del 2012 ha abolito questi collegi amministrativi giustiziali, sostituendoli con tribunali amministrativi di primo grado autenticamente giurisdizionali, in quanto, da un lato, composti da giuristi con lo *status* di magistrati e come tali protetti da più complete garanzie di indipendenza, e, dall’altro, titolari di un procedimento squisitamente giurisdizionale. E in questi tribunali amministrativi di primo grado si è riversato gran parte del contenzioso in precedenza evaso con il sistema dei ricorsi amministrativi, la cui tradizionale funzione giustiziale è stata notevolmente ridimensionata.

In questo modo, la giurisdizione amministrativa, pur rimanendo distinta sotto il profilo strutturale e funzionale rispetto a quella civile, ha perduto gran parte dei suoi caratteri di “specialità” ed è diventata una giurisdizione pariordinata a quella “ordinaria”.

Il rapporto di pariordinazione tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa, oltre che dallo statuto dei magistrati amministrativi, identico a quello dei magistrati ordinari, e dal processo amministrativo tipicamente giurisdizionale, si ricava sia dalla *Generalklausel*, che attribuisce ai tribunali amministrativi statali e federale la competenza generale per le controversie riguardanti atti e comportamenti dell’amministrazione, sia dalla devoluzione della risoluzione dei conflitti di giurisdizione ad un organo terzo, la Corte Costituzionale (art. 138 Cost.), chiamata a far rispettare il criterio di riparto fondato, come in Germania, sulla distinzione tra controversie di diritto privato e controversie di diritto pubblico.

Questa equiordinazione contribuisce ad attenuare ulteriormente la “specialità” del giudice amministrativo e a far apparire quest’ultimo, un po’ come in Germania, più come un giudice “ordinario” delle liti amministrative, ma “specializzato” nella loro cognizione, nel contesto della concezione unitaria della giurisdizione funzionale.

Sotto il profilo giudiziale, poi, il processo amministrativo austriaco è connotato da tutte le garanzie caratteristiche del giudizio civile per quanto riguarda i mezzi di prova e l’integrità e la pienezza del contraddittorio, e il giudice amministrativo, in caso di silenzio dell’amministrazione, può anche condannarla ad emanare il provvedimento, e, se vincolato, ad emanare il provvedimento col contenuto predeterminato dalla legge, in taluni casi potendosi addirittura sostituire all’amministrazione inadempiente, secondo una prospettiva incompatibile con quel principio della rigida separazione dei poteri, di matrice francese rivoluzionaria, che sostanzialmente la “specialità” del *juge administratif* anche nell’impossibilità

di condannare l'amministrazione all'emanazione del provvedimento o addirittura di sostituirsi ad essa nell'emanazione del provvedimento.

Tanto l'omologazione del processo amministrativo a quello civile, quanto l'incisiva sottoposizione dell'amministrazione ai comandi del giudice amministrativo, sono ulteriori indici di una emancipazione della giurisdizione amministrativa austriaca dai vecchi canoni della "specialità" giurisdizionale e di una maggiore idoneità del concetto di "specializzazione" a descriverne l'essenza.

Concludendo queste riflessioni, sembra opportuno rimarcare che le due linee evolutive dei maggiori sistemi europei di giustizia amministrativa, che si è tentato di descrivere – e cioè dalla giurisdizione indistintamente "ordinaria" alla giurisdizione "specializzata" e dalla giurisdizione "speciale" alla giurisdizione ordinaria "specializzata" – e che sembrano farli convergere verso un modello di giurisdizione "specializzata", e piena e indipendente come quella ordinaria, possono essere descritte soltanto come percorsi in svolgimento, tutt'altro che conclusi, e, per ciascun paese, con loro proprie peculiari caratteristiche, accenti e tempistiche, e pur conducendo ad un modello di giurisdizione amministrativa sotto molteplici profili omogeneo soprattutto in virtù dell'influenza sovranazionale europea, sembrano inidonee a cancellare molte delle più radicate specificità delle secolari culture e tradizioni nazionali.