



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



*Ai tanti Maestri “silenziosi” citati nella bibliografia  
che hanno illuminato le mie piacevoli faticose ricerche.*



## INDICE

INTRODUZIONE .....	IX
--------------------	----

Capitolo I	
LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA.	
IL SISTEMA GIURISDIZIONALE MONISTICO E QUELLO	
DUALISTICO.	
	1

1. La “giustizia amministrativa”: nozione, origine e fondamento. ....	1
2. Il modello giurisdizionale monistico e il modello giurisdizionale dualistico. ....	5
3. I difetti e i pregi dei sistemi monistici. ....	7
3.1. I difetti. ....	7
3.2. I pregi. ....	9
4. I difetti e i pregi dei sistemi dualistici. ....	10
4.1. I difetti. ....	11
4.2. I pregi. ....	14
5. La precoce “impurità” dei modelli ovvero il valore sommario e descrittivo delle classificazioni. ....	17

Capitolo II	
VERSO UNA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA SPECIALIZZATA E	
“ORDINARIA”.	
	23

1. Verso una giurisdizione amministrativa specializzata e “ordinaria”. I convergenti percorsi dei sistemi europei di giustizia amministrativa. ....	24
2. Le cause dell’emersione in Europa di questa nuova forma omogenea di giurisdizione amministrativa specializzata e “ordinaria”. ....	29
3. L’attribuzione al cittadino, da parte degli ordinamenti democratici, della titolarità di veri e propri diritti nei confronti della pubblica amministrazione. ....	29
4. L’espansione della sfera di azione della pubblica amministrazione. ....	31
5. La crisi del principio di legalità e l’ampliamento dello spazio della discrezionalità amministrativa. ....	33
6. L’accresciuta necessità di una forte specializzazione per la cognizione delle controversie amministrative. ....	35
7. La regolazione comunitaria del mercato europeo dei contratti pubblici. ...	40
7.1. La variegata disciplina nei diversi Paesi europei del rapporto giuridico nascente dal contratto pubblico. ....	40
7.2. La variegata disciplina nei diversi Paesi europei della formazione della volontà negoziale della pubblica amministrazione e della scelta del contraente privato. ....	43

7.3. L'intervento omogeneizzante del legislatore comunitario sulle discipline nazionali della scelta del contraente privato e degli strumenti di tutela. Il giudice amministrativo come garante della libertà di concorrenza. ....	46
7.4. La direttiva 2007/66/CE. Il giudice amministrativo come garante dell'economia di mercato e di altri interessi pubblici. ....	56
7.5. Il nuovo diritto amministrativo dei contratti pubblici e la nuova figura di giudice amministrativo. ....	59
8. La diffusione nei Paesi europei delle forme di partenariato pubblico-pubblico e pubblico-privato. ....	61
8.1. Accordi e convenzioni tra amministrazioni pubbliche. ....	62
8.2. Accordi e convenzioni tra amministrazione pubblica e soggetto privato. ....	63
8.3. La ridefinizione dei compiti e della "fisionomia" del giudice amministrativo. ....	66
9. La giurisdizione amministrativa dei Paesi europei come ridisegnata dall'ordinamento comunitario. ....	68
9.1. Introduzione. ....	68
9.2. Il sistema di tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di matrice comunitaria. ....	69
9.3. I principi di autonomia processuale, di equivalenza e di effettività. ....	70
9.4. L'innalzamento degli <i>standards</i> di tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive di diritto nazionale. ....	72
9.5. Circuiti di reciproca influenza. ....	75
9.6. L'influenza del giudizio comunitario in senso stretto. ....	77
9.7. La regolazione comunitaria del mercato europeo dei contratti pubblici: il giudice amministrativo nazionale diventa il garante del diritto soggettivo di libera concorrenza, dell'economia di mercato e di altri interessi pubblici. ....	84
9.8. Il rafforzamento delle giurisdizioni amministrative nazionali sempre meno "speciali" e sempre più "ordinarie" e "specializzate". ....	84
9.9. La specializzazione degli organi giurisdizionali europei preposti alla cognizione delle controversie "amministrative" comunitarie. ....	85
10. L'influenza della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sulle giurisdizioni amministrative nazionali. ....	87

Capitolo III  
LA FRANCIA. 91

1. Le idee ispiratrici e i caratteri fondamentali del sistema amministrativo e della giurisdizione amministrativa. ....	91
2. L'organizzazione della giurisdizione amministrativa. ....	102
2.1. Le giurisdizioni amministrative speciali. ....	102

2.2.	La giurisdizione amministrativa generale: i <i>Tribunaux administratifs</i> , le <i>Cours administratives d'appel</i> ...	103
2.3.	... e il <i>Conseil d'État</i> .	105
2.4.	L'attenuazione della "collateralità" della giurisdizione amministrativa col Governo.	107
2.5.	Una giurisdizione amministrativa sempre più indipendente e autonoma come quella ordinaria.	108
3.	Il riparto di giurisdizione.	109
3.1.	La distinzione tra <i>actes de puissance publique</i> e <i>actes de gestion</i> .	110
3.2.	Il <i>service public</i> .	111
3.3.	La distinzione tra <i>services publics administratifs</i> e <i>services publics industriels et commerciaux</i> .	112
3.4.	Il criterio del <i>droit applicable</i> .	113
3.5.	Il sistema dei <i>blocs de compétences</i> .	113
3.6.	Una "nuova" <i>juridiction judiciaire</i> che, per esigenze di «bonne administration de la justice», può diventare titolare del potere di sospendere e annullare gli atti amministrativi.	115
3.7.	Una "nuova" <i>juridiction administrative</i> che tutela la proprietà, i diritti fondamentali e le libertà individuali della persona.	117
3.8.	Considerazioni conclusive.	120
4.	Il <i>contentieux administratif</i> .	121
4.1.	I due più consolidati e noti criteri di classificazione.	121
4.2.	Il <i>recours pour excès de pouvoir</i> .	123
4.3.	Il carattere oggettivo del <i>recours pour excès de pouvoir</i> .	128
4.4.	Le procedure di <i>référé</i> .	131
4.5.	Le <i>astreintes</i> e le <i>injonctions</i> .	134
4.6.	Il <i>Rapporteur public</i> .	138
4.7.	Il <i>recours de pleine juridiction</i> .	140
4.8.	Il carattere soggettivo del <i>recours de pleine juridiction</i> .	141
4.9.	I <i>recours objectifs de pleine juridiction</i> .	142
4.10.	L'allargamento del campo di operatività del <i>recours de pleine juridiction</i> a scapito del <i>recours pour excès de pouvoir</i> e la riduzione delle distanze tra i due contenziosi.	144
5.	Conclusione. La "nuova" giurisdizione amministrativa francese: l'evoluzione nella tradizione.	145
5.1.	La <i>subjectivation</i> del <i>contentieux administratif</i> .	145
5.2.	L'indipendenza dei giudici amministrativi e la "complementarietà" delle due giurisdizioni.	149
5.3.	Il giudizio amministrativo francese rimane a salvaguardia della <i>légalité objective</i> , ma è sempre più proiettato ad assicurare una tutela piena ed effettiva dell'individuo.	150

#### Capitolo IV L'INGHILTERRA.

1.	Le idee ispiratrici e i caratteri fondamentali del sistema.	153
----	---	-----

2. Il “ <i>common law</i> ”.	157
2.1. Le origini e la formazione del <i>common law</i> .	159
2.2. L’ <i>equity</i> .	161
2.3. Le diverse accezioni dell’espressione “ <i>common law</i> ”.	164
3. La via inglese verso lo Stato moderno: la bipartizione del potere pubblico e l’assenza di un’amministrazione esecutiva e giustiziale.	167
4. L’impetuosa proliferazione, a partire dalla seconda metà dell’Ottocento, di organismi di amministrazione esecutiva e giustiziale. La nascita dell’ <i>administrative law</i> .	175
5. L’egemonia culturale di Albert Venn Dicey: la negazione del potere amministrativo e del diritto amministrativo.	180
6. Un <i>administrative State</i> e un <i>administrative law</i> senza la presa d’atto della loro esistenza da parte del <i>legal system</i> e dell’ <i>accademia tradizionale</i> .	184
7. I fattori di debolezza del <i>judicial review</i> e la <i>deference</i> delle <i>courts</i> .	189
8. Gli <i>administrative tribunals</i> . Il <i>Tribunals and Inquiries Act</i> del 1958.	198
9. L’inizio degli anni sessanta: la scoperta del diritto amministrativo da parte dell’ <i>accademia</i> più “tradizionale” e il risveglio del <i>judicial review</i> . La progressiva estensione del sindacato delle <i>courts</i> .	201
10. La modifica nel 1977 dell’ <i>Order 53</i> delle <i>Rules of the Supreme Court</i> e il <i>Supreme Court Act</i> del 1981: la codificazione del <i>judicial review of administrative action</i> . Un processo amministrativo speciale davanti una sezione specializzata della giurisdizione ordinaria.	208
10.1. La regola della <i>procedural exclusivity</i> . Il problema dell’individuazione dei criteri del riparto della “giurisdizione funzionale”.	214
11. Dal <i>Leggatt Report</i> al <i>Tribunals, Courts and Enforcement Act</i> del 2007: la “giurisdizionalizzazione” degli <i>administrative tribunals</i> .	218
11.1. L’organizzazione del nuovo sistema degli <i>administrative tribunals</i> .	219
11.2. Procedimento e attribuzioni del <i>First-tier Tribunal</i> e dell’ <i>Upper Tribunal</i> .	222
11.3. La natura giuridica del <i>First-tier Tribunal</i> e dell’ <i>Upper Tribunal</i> . La conquista degli <i>administrative tribunals</i> alla giurisdizione.	225
12. Conclusione. L’evoluzione della giustizia amministrativa inglese: dalla pluralità dei riti all’unitario processo amministrativo speciale; dal monismo giudiziario ad un sistema integrato di giurisdizione amministrativa speciale e di giurisdizione ordinaria specializzata.	229

Capitolo V  
LA GERMANIA 235

1. Introduzione.	235
2. Le vicende storiche della giurisdizione amministrativa.	237
3. La <i>Grundgesetz</i> . I principi costituzionali in materia di giurisdizione amministrativa e il dibattito sulle modalità della loro attuazione.	241
4. La struttura giudiziaria della giurisdizione amministrativa.	245



5. La <i>Generalklausel</i> : la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo su «tutte le questioni di diritto pubblico non costituzionale».	247
6. Il riparto di giurisdizione.	250
7. Il <i>Verwaltungsprozeß</i> .	253
7.1. Principi e condizioni dell'azione.	253
7.2. La ricchezza dei rimedi esperibili. Il principio di atipicità delle azioni di cognizione.	257
7.3. La tutela cautelare.	267
7.4. L'esecuzione.	269
8. Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità.	271
9. Conclusione. Una giurisdizione amministrativa "specializzata", per una tutela piena ed effettiva di tipo subiettivo, governata da un giudice amministrativo separato dall'amministrazione e indipendente come il giudice ordinario.	279

Capitolo VI  
CENNI ALLE GIURISDIZIONI AMMINISTRATIVE DI AUSTRIA,  
BELGIO E SPAGNA

1. L'Austria.	287
2. Il Belgio.	293
3. La Spagna.	296

Capitolo VII  
L'ITALIA

1. Introduzione.	299
------------------	-----

Prima sezione.  
LA FORMAZIONE DEL DUALISMO GIURISDIZIONALE  
ANOMALO.

2. La giustizia amministrativa nel Regno di Sardegna.	307
3. La legge del 20 marzo 1865, n. 2248, all. E.	310
4. «Dove c'è esercizio del potere amministrativo, non può esservi diritto soggettivo, ma solo interesse (legittimo)»: l'interpretazione "abrogatrice" degli artt. 2 e 4 della L.A.C. e il vuoto di tutela del cittadino.	315
5. La legge del 31 marzo 1877, n. 3761.	317
6. La legge del 31 marzo 1889, n. 5992.	319
7. La natura giuridica della quarta sezione del Consiglio di Stato, il carattere del giudizio amministrativo e il criterio di riparto.	324
8. La legge del 7 marzo 1907, n. 62, la legge del 30 dicembre 1923, n. 2840 e il "concordato giurisprudenziale" del 1929-1930.	330
9. Le disposizioni costituzionali sulla giustizia amministrativa.	332

Seconda sezione.	
LA TRASFORMAZIONE DEL SISTEMA.	339
10. La giustizia amministrativa nei primi cinquant'anni dell'ordinamento repubblicano. ....	339
10.1. Le opinabili applicazioni giurisprudenziali del binomio "carenza di potere-diritto soggettivo" e "esercizio del potere-interesse legittimo" rendono palese l'eccessiva discrezionalità della Corte di Cassazione nell'individuazione del criterio di riparto di giurisdizione. ....	341
10.2. L'inizio della fuoriuscita del giudice amministrativo dalla "specialità" strutturale: la legge n. 1034/1971 e la legge n. 186/1982. ....	346
10.3. La crisi del giudizio d'impugnazione e la progressiva trasformazione del modello originario. I tentativi di fuoriuscita della giurisdizione amministrativa dalle strettoie del mero sindacato di legittimità sull'atto. ....	352
11. L'evoluzione della giustizia amministrativa negli ultimi due decenni. ....	364
11.1. Il decreto legislativo del 31 marzo 1998, n. 80. ....	364
11.2. La sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500. ....	366
11.3. La legge del 21 luglio 2000, n. 205. ....	368
11.4. Verso l'azione di adempimento. ....	373
11.5. Il Codice del processo amministrativo. ....	375
11.6. Cercando di tirare le fila. La trasformazione del giudizio amministrativo: da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto. ....	380
12. La Corte Costituzionale rende più chiaro e stabile il riparto di giurisdizione scritto in Costituzione, allineandolo a quello degli altri sistemi dualistici europei. ....	382
13. La <i>translatio iudicii</i> e il giudicato "implicito" sulla giurisdizione esaltano l'unità funzionale della giurisdizione e riducono il grado di "specialità" della giurisdizione amministrativa. ....	389
14. La Corte Costituzionale e il legislatore alimentano, negli ultimi due decenni, il percorso di fuoriuscita della giurisdizione amministrativa dalla "specialità" strutturale. I tre principali ostacoli sulla via della piena indipendenza, imparzialità e terzietà sottolineati da una parte della dottrina e all'attenzione della CEDU. ....	395
*****	
15. Conclusione. ....	403
CONCLUSIONE .....	413
BIBLIOGRAFIA .....	429





## INTRODUZIONE

I sistemi di giustizia amministrativa dei diversi Stati europei si sono formati progressivamente, il più delle volte al di fuori di un disegno complessivo razionale ed organico, per rispondere alle contingenti esigenze della società che emergevano via via che si affermava il principio dello “Stato di diritto” e dallo stesso si deducevano i corollari che anche l’apparato amministrativo è sottoposto alla legge nella sua organizzazione e nella sua azione, che questa subordinazione potesse essere assicurata soltanto attraverso il controllo di un giudice e che questo giudice potesse essere adito dai cittadini.

Non è stato un cammino semplice, perché il principio di legalità, proclamato con nettezza nella “Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino” del 1789, si è consolidato soltanto nel corso dell’Ottocento e, nei suddetti corollari, si è affermato molto a fatica. Basti pensare che ancora negli ultimi decenni del XIX secolo, in Stati di avanzata civiltà giuridica, come la Francia, l’Italia e la Germania, si riteneva che quando vi fosse un atto dell’autorità amministrativa, nessun diritto potesse mai pretendersi leso, perché il rispetto delle regole di esercizio del potere amministrativo, contenute nelle “leggi amministrative”, non potesse costituire oggetto di una pretesa individuale azionabile davanti ad un giudice, cioè oggetto di un vero e proprio “diritto”, come quello nascente dai rapporti giuridici interprivatistici. Il cittadino poteva soltanto “sollecitare” l’amministrazione ad effettuare un controllo di legalità del provvedimento autoritativo, che però avveniva nell’interesse esclusivo dello stesso ordinamento, di talché l’amministrato “collaborava” al ripristino della legalità, ma non aveva nessun diritto soggettivo alla legittimità dell’azione amministrativa nei confronti della pubblica amministrazione<sup>1</sup>. Ed è anche per questa convinta inesistenza della titolarità di situazioni giuridiche soggettive, oltre che per l’ossequio ad una rigida concezione della separazione dei poteri pubblici, che si riteneva che per siffatto controllo di legalità non occorresse il giudice, ma fosse sufficiente la stessa amministrazione attraverso suoi organi di consulenza giuridica interna, come il *Conseil d’État*.

La giurisdizione amministrativa “moderna” nasce quando l’organo preposto al controllo di legalità dell’attività amministrativa comincia ad effettuarlo non solo nell’interesse pubblico, ma anche nell’interesse del cittadino, ciò che rende ineluttabile il passaggio dalla “giustizia ritenuta” alla “giustizia delegata”, che in Francia avviene nel 1872, in Austria e in Prussia nel 1875 e in Italia nel 1889.

In Inghilterra, per molto tempo si nega la stessa esistenza di una pubblica amministrazione titolare di speciali poteri autoritativi e conseguentemente si

---

<sup>1</sup> Non a caso, l’archetipo del ricorso di legalità, il *recours pour excès de pouvoir*, nasce in Francia come ricorso di pubblica utilità e di ordine pubblico. Scriverà M. HAURIUO (*Note sous Conseil d’État 8 décembre 1899, Ville d’Avignon*, S., 1900, 3, 73) che il *requérant* gioca il ruolo «*d’un ministère public poursuivant la répression d’une infraction*».

reputa non necessario un giudice speciale. Per sindacare il rispetto dell'unico diritto vigente, il *common law*, inteso come *ordinary law of the realm*, sono sufficienti le *ordinary courts of law* (e cioè le *courts* di *common law*). Successivamente, la “scoperta” del diritto amministrativo rende palese la necessità di organi speciali che ne assicurino il rispetto nell'interesse dei cittadini e vengono istituiti gli *administrative tribunals* che da organi amministrativi del contenzioso si trasformano progressivamente prima in organi *quasi-judicial* o paragiurisdizionali (*minicourts* venivano definiti dalla dottrina britannica) e nel 2007 in veri e propri “giudici amministrativi”.

Pur nella specificità dei caratteri di ciascuna esperienza nazionale, si può tuttavia osservare che la costruzione delle giurisdizioni amministrative dei diversi paesi europei è avvenuta nel corso dell'Ottocento e del Novecento seguendo due grandi modelli: quello monistico e quello dualistico. Nel primo, le controversie del privato con la pubblica amministrazione operante in veste autoritativa sono attribuite alla cognizione dello stesso giudice delle controversie interpretativistiche; nel secondo, le liti amministrative sono, invece, devolute ad un giudice speciale: il giudice amministrativo.

Nel sistema monistico il giudice è indipendente e autonomo dall'amministrazione, sì da poterne sindacare l'operato senza condizionamenti e in modo più incisivo, per tutelare meglio i diritti dei cittadini; nel sistema dualistico, invece, il giudice speciale è (stato?) spesso legato o “collaterale” all'amministrazione, per avere maggiore “comprensione” delle ragioni pubbliche sottese soprattutto alle scelte amministrative discrezionali. Ma paradossalmente, per una sorta di “eterogenesi dei fini”, la “vicinanza” all'amministrazione del giudice speciale dei sistemi dualistici ha consentito alla giurisdizione amministrativa una maggiore “interferenza” nel sindacato di legittimità dell'azione amministrativa, estendendosi sin nei meandri della discrezionalità, con conseguente più efficace protezione dei diritti degli amministrati, rispetto alla “lontananza” dall'amministrazione del giudice ordinario indipendente dei sistemi monistici, che, per converso, ha mostrato una maggiore “deferenza” nei confronti delle manifestazioni del potere amministrativo, privando molto spesso i cittadini di un'adequata protezione giurisdizionale dei loro diritti<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Di un *trade off* ovvero di un rapporto di proporzionalità inversa tra indipendenza strutturale del giudice ed effettività funzionale della tutela parla S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 1/2013, 47 ss. L'autore sottolinea (pag. 49) che «l'indagine comparativa sembra confermare questo dato. Nell'esperienza degli ordinamenti a tradizione di *common law*, i quali, in omaggio al principio di unità della giurisdizione, hanno almeno in origine affidato anche le controversie relative all'esercizio del potere amministrativo al giudice comune (c.d. modello monista), alla maggiore indipendenza di quest'ultimo corrisponde, in genere e tendenzialmente, un maggiore grado di *deference* rispetto alle scelte e alle valutazioni compiute dall'amministrazione nell'esercizio dei poteri ad essa attribuiti. Viceversa, nell'esperienza degli ordinamenti che, come quelli dei principali paesi dell'Europa continentale, hanno sottratto al giudice ordinario, in modo più o meno completo, le controversie relative all'esercizio del potere amministrativo, per attribuirle alla competenza di un giudice speciale e, almeno in origine, meno indipendente dall'esecutivo (c.d. modello dualista), quest'ultimo, in genere e tendenzialmente, esercita un sindacato più penetrante e approfondito sull'esercizio del potere amministrativo e può disporre di rimedi più efficaci, risultando attenuata, rispetto a tale giudice, l'inibizione derivante dal principio di separazione dei poteri».

Alla descrizione dei sistemi giurisdizionali monistico e dualistico, dei loro caratteri e di quelli che, con un po' di semplificazione, si potrebbero definire i pregi e i difetti di ciascun sistema, è dedicato il *primo capitolo* di questo lavoro.

Ma la costruzione graduale di ciascun sistema nazionale di giustizia amministrativa è continuata, continua ancora oggi e continuerà sempre, per rispondere alle sempre cangianti esigenze sociali ed economiche, in armonia con le nuove concezioni dei rapporti tra libertà del cittadino e autorità dello Stato e delle altre istituzioni pubbliche infrastatali e sovranazionali che si sono sviluppate negli ultimi decenni.

Può allora venire spontaneo domandarsi dove stanno andando oggi le giurisdizioni amministrative dei vari paesi europei e quali sono i fattori propulsivi della loro evoluzione. È possibile individuare, negli ultimi decenni, linee evolutive comuni in questi percorsi ed eventualmente profili di convergenza? E, in caso affermativo, quali sono le cause di questi percorsi convergenti?

È a queste domande che ho cercato di rispondere nella dissertazione dottorale che qui si introduce.

La tesi che si prospetta, e che viene esposta nel *primo paragrafo del secondo capitolo*, è che i maggiori 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 sempre più attenuandosi e, per molti aspetti, scomparendo. Tenendo presente che col termine "giurisdizione" intendo riferirmi sia alla sua accezione strutturale sia a quella funzionale, e cioè sia alla struttura e all'organizzazione del potere giudiziario, sia al processo e ai meccanismi del sindacato giurisdizionale. E sottolineando che il comune approdo di questi vari percorsi nazionali da diversi punti di partenza viene reso sempre più uniforme nei suoi tratti distintivi soprattutto a causa dell'influenza omogeneizzante sui processi amministrativi nazionali del diritto comunitario, che ha pure costituito il principale fattore propulsivo e di convergenza di queste strade evolutive.

In altre parole, a me pare che i più importanti sistemi giurisdizionali monistici e i più importanti sistemi giurisdizionali dualistici di giustizia amministrativa siano andati negli ultimi decenni convergendo, soprattutto sotto l'impulso dell'ordinamento europeo, verso una *giurisdizione amministrativa specializzata e piena, come quella ordinaria*, resa assai omogenea dal diritto comunitario, perché i maggiori sistemi monistici vanno sempre più "specializzando" la loro giurisdizione "ordinaria", mentre, dal canto loro, i più rilevanti sistemi dualistici vanno progressivamente "de-specializzando" e "ordinarizzando" la loro giurisdizione speciale. Col risultato di far venir meno molte delle ragioni della tradizionale contrapposizione tra modello giurisdizionale monistico e modello dualistico, e, al contempo e soprattutto, di

contribuire a far emergere una nuova figura di giudice amministrativo, che si potrebbe definire oggi come il giudice ordinario delle controversie amministrative<sup>3</sup> ovvero come «il giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica»<sup>4</sup>: “specializzato” nella cognizione delle controversie amministrative e “ordinario” per la generalità della competenza nella cognizione delle stesse, per la pienezza dei poteri e la varietà e l'autosufficienza dei rimedi con cui può e deve tutelare tutte le pretese sostanziali del soggetto, e per l'indipendenza dal potere esecutivo.

Per cercare di argomentare questa tesi, facendo i conti con le necessarie esigenze di sintesi, avevo a disposizione due possibilità: o descrivere i percorsi evolutivi di quasi tutte le esperienze giuridiche europee, dedicando a ciascuna di esse uno spazio necessariamente esiguo; oppure individuare, tra queste, quelle più rilevanti e interessanti che, per ragioni storiche, politiche ed economiche, potessero considerarsi in qualche modo gli archetipi europei della giurisdizione amministrativa e, dunque, anche l'emblema dei percorsi evolutivi nell'accennata direzione, riservando loro una più approfondita trattazione.

Ho scelto sostanzialmente questa seconda opzione e ho ritenuto di dover esaminare, dalle radici della loro formazione fino ai nostri giorni, le giurisdizioni amministrative di Francia, Inghilterra, Germania e Italia, a ciascuna delle quali è dedicato un capitolo, destinando alla descrizione delle vicende storiche più rilevanti e degli odierni caratteri salienti di quelle di Austria, Belgio e Spagna soltanto brevi cenni in un unico conciso capitolo.

Le ragioni della scelta di soffermarsi con particolare attenzione sulla trattazione dell'evoluzione di queste quattro esperienze giuridiche sono semplici e presto dette.

Il sistema francese ha storicamente costituito l'archetipo dell'ordinamento a regime amministrativo e a giudice speciale, e dunque 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*.

Il sistema inglese, per converso, madrepatria degli ordinamenti di *common law* di tutto il mondo, ha storicamente costituito il modello dell'ordinamento a diritto comune e a giurisdizione unica, al cui esempio hanno guardato tutti quei paesi, europei e non, che hanno ritenuto che il giudice delle controversie privatistiche fosse quello meglio in grado di assicurare al cittadino la tutela nei confronti della pubblica amministrazione operante *jure imperii*.

Dunque, analizzare, dalle radici della loro formazione e nella loro evoluzione fino ai nostri giorni, questi due sistemi archetipici che hanno costituito «le due

---

<sup>3</sup> In questo modo potrebbe essere tradotta non alla lettera l'espressione adoperata dal legislatore francese nell'art. L311-1 *code de justice administrative* per indicare la competenza generalizzata dei tribunali amministrativi: «*juges de droit commun du contentieux administratif*». E in questo modo potrebbe essere qualificato il giudice amministrativo in Germania, tenendo conto che il § 1 *VwGO* stabilisce che «la giurisdizione amministrativa è esercitata dai tribunali amministrativi [...]» e che la *Generalklausel* del § 40, comma 1, *VwGO* precisa che «la giurisdizione amministrativa è data in tutte le controversie di diritto pubblico non costituzionale, in quanto le controversie non siano espressamente assegnate con legge federale ad altro Tribunale».

<sup>4</sup> Così la Corte Costituzionale italiana ha definito il giudice amministrativo nella sentenza n. 191/2006.



vie dello Stato moderno in Occidente»<sup>5</sup> e dai quali sono stati fortemente influenzati quasi tutti gli ordinamenti europei<sup>6</sup>, per verificare se il primo vada attenuando alcuni dei suoi tradizionali caratteri di specialità e se il secondo proceda nella direzione di una specializzazione degli organi e del processo preposti alla risoluzione delle controversie amministrative, è estremamente utile e per certi versi decisivo per corroborare la tesi ricostruttiva di questo lavoro della *convergenza dei sistemi europei di giustizia amministrativa verso un modello di giurisdizione amministrativa specializzata, nonché generale, piena, effettiva e indipendente, come quella ordinaria* che, in una forma più ellittica, dà a questa dissertazione la prima parte del titolo.

È stato, allora, pressoché inevitabile dedicare molto spazio all'esposizione degli elementi ricostruttivi dell'esperienza giuridica francese, oggetto del *terzo capitolo*, e dell'esperienza giuridica inglese, oggetto del *quarto capitolo*.

La decisione di destinare un apposito *capitolo* di questa ricerca, il *quinto*, all'esame delle vicende storiche e degli attuali istituti della giurisdizione amministrativa dell'ordinamento tedesco è dovuta alla constatazione che la Germania ha offerto all'Europa un altro grande modello di giurisdizione amministrativa che, pur nell'adesione al dualismo giurisdizionale, si differenzia sensibilmente dai sistemi à *Conseil d'État* per aver accolto l'idea di un giudice amministrativo completamente separato e indipendente dall'amministrazione e che ha fatto propria assai precocemente quella concezione soggettiva del sindacato di legittimità dell'attività amministrativa che, da qualche decennio a questa parte, sembra sempre più diventare patrimonio comune della maggior parte dei paesi del Vecchio Continente. Sotto questo profilo, lo studio del sistema tedesco è ancor più interessante se si riflette sulla circostanza che a questa concezione la Germania è giunta dopo aver adottato nella maggior parte dei suoi *Länder*, tra la seconda metà dell'Ottocento e la fine della seconda guerra mondiale, l'opposto modello della giurisdizione amministrativa di controllo obiettivo di legalità propugnato da von Gneist e costituente il *preußische Typus*.

La realizzata configurazione del processo amministrativo sulla falsariga del processo civile è figlia del diritto della persona alla pienezza e all'effettività della tutela nei confronti dei poteri pubblici, solennemente garantito dall'art. 19, comma 4, *Grundgesetz* nel quadro della nuova visione democratica dei rapporti tra Stato e cittadino, che ha fatto sì che il principio dello Stato di diritto, affermato all'art. 20, non si risolvesse in una mera declamazione di intenti. Il compito di garantire questo diritto è attribuito dalla legge fondamentale al giudice amministrativo che, in virtù della *Generalklausel* stabilita dal § 40, comma 1, *VwGO*, è il giudice naturale e ordinario di «tutte le controversie di diritto pubblico non costituzionale».

Se si pensa ad una giurisdizione amministrativa tanto “speciale” da poter sindacare efficacemente la legittimità della discrezionalità amministrativa,

---

<sup>5</sup> S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2003, 5.

<sup>6</sup> Ed anche gli ordinamenti non europei; ma l'analisi di questo lavoro è riservata soltanto ai percorsi evolutivi dei sistemi europei di giustizia amministrativa.

quanto “ordinaria” da poter tutelare incisivamente nella generalità delle controversie amministrative i diritti soggettivi del cittadino con azioni giudiziali omologhe a quelle del processo civile, difficilmente la mente dell’osservatore più avvertito può non correre al sistema tedesco.

Nel *sesto capitolo* si svolgeranno cenni sui profili più rilevanti della storia e dell’assetto vigente, soprattutto nell’organizzazione strutturale, della giurisdizione amministrativa dell’Austria, del Belgio e della Spagna.

Si è scelto di tratteggiare molto sinteticamente i lineamenti essenziali dei sistemi di questi tre particolari paesi per i seguenti motivi.

L’Austria rappresenta un’esperienza assai attraente da esaminare per lo studioso della giustizia amministrativa, perché storicamente ha sperimentato soluzioni originarie e, nella loro innovatività, assai avanzate sia sul versante strutturale che su quello funzionale, che successivamente sono state mutate da altri ordinamenti. Sotto il primo aspetto, non può non essere ricordato che essa ha dato risposta alle istanze liberali ottocentesche di giustizia nei confronti dell’esercizio del potere amministrativo non solo con l’adesione al modello giurisdizionale dualistico, invece che a quello monistico, ma addirittura istituendo, tra il 1867 e il 1875, ben due alte corti di diritto pubblico a protezione dei diritti soggettivi del cittadino, la Corte di Giustizia Amministrativa e il Tribunale Imperiale, progenitore dell’attuale Corte Costituzionale, quest’ultimo anche per la tutela diretta nei confronti dell’apparato amministrativo dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. Sotto il secondo aspetto, merita di essere sottolineato che l’Austria ha coniato, prima tra tutte le esperienze giuridiche europee, un’azione di adempimento “pubblicistico” nei confronti della pubblica amministrazione, essendo stato previsto, fin dalla Costituzione del 1934 (art. 164, comma 3), il ricorso contro l’inerzia amministrativa. Recentemente, con la riforma costituzionale del 2012, entrata in vigore nel 2014, ha confermato e accentuato il suo tradizionale assetto giurisdizionale dualistico, istituendo, in aggiunta alla Suprema Corte Amministrativa con funzioni di cassazione, tribunali amministrativi di primo grado in ciascun *Land* e uno con competenza federale, che hanno sostituito i collegi amministrativi semi-giurisdizionali (gli *Unabhängigen Verwaltungssenate*).

Il Belgio può essere additato ad esempio, al pari dell’Inghilterra, di come tra certi ideali istituzionali e la realtà della prassi giudiziaria quotidiana vi possa essere un tale divario da spingere a mettere da parte i modelli teorici, pur encomiabili, per far prevalere quelle soluzioni, pur avversate, che altrove sono state nella pratica collaudate con successo. Questo piccolo, ricco e colto 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, arriva 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 e giunge, come questo, a reintrodurre una giurisdizione amministrativa generalizzata.

La Spagna ha da molto tempo scelto di non far più parte dei "*Pays à Conseil d'État*": sin dal 1904 il *Consejo de Estado* ha funzioni meramente consultive e le sue funzioni giurisdizionali sono state trasferite alla *Sala de lo Contencioso-administrativo* del *Tribunal Supremo*. La sua "moderna" giurisdizione amministrativa nasce nel 1956 con l'istituzione di altrettante e egualmente denominate sezioni specializzate nella risoluzione del contenzioso amministrativo presso gli uffici giudiziari "ordinari" di ciascun grado, composte da magistrati ordinari specializzati in diritto amministrativo sostanziale e processuale, e preposte all'applicazione di un autonomo procedimento giurisdizionale, ammodernato e reso più compatibile con la Costituzione democratica del 1978 da una legge del 1998. Pur essendo l'ordinamento spagnolo senz'altro sussumibile tra i sistemi giurisdizionali monistici, la specializzazione delle strutture giudiziarie e la specialità del processo amministrativo sono talmente accentuate da poter far parlare di una giurisdizione amministrativa distinta da quella ordinaria e l'evoluzione storica del suo assetto istituzionale e legislativo sembrerebbe mostrare come l'avanzamento del sistema di protezione delle posizioni giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione sia proceduto di pari passo con un percorso di specializzazione dell'organo giurisdizionale e del processo chiamati ad assicurarla.

La trattazione, in un apposito *capitolo* - il *settimo* ed ultimo -, dell'evoluzione del sistema italiano è dettata, in parte, da evidenti ragioni di prossimità alla realtà giudiziaria sotto gli occhi dello scrivente e del lettore, ma, in parte, anche da ragioni teorico-sistematiche, atteso che, secondo la nota classificazione degli ordinamenti effettuata da un'autorevole dottrina italiana<sup>7</sup> sulla base dell'attribuzione della tutela giurisdizionale del privato contro la pubblica amministrazione operante *jure auctoritatis* in prevalenza ad un ordine di giudici o suddivisa tra due ordini di giudici, si dovrebbe distinguere tra sistemi monistici con prevalenza della giurisdizione ordinaria (ad esempio, l'Inghilterra) o con prevalenza della giurisdizione amministrativa (ad esempio, la Francia) e sistemi dualistici. E nel panorama europeo, l'ordinamento italiano parrebbe essere l'unico sistema dualistico, perché la tutela giurisdizionale del privato nelle liti amministrative sarebbe egualmente (dal punto di vista del criterio e non della quantità) suddivisa tra giudice ordinario e giudice amministrativo sulla base della

---

<sup>7</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, ed. Il Mulino, Bologna 2002 (aggiornata a cura di E. CARDI e A. NIGRO), 35 e 53.

situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, le controversie amministrative afferenti ai diritti soggettivi essendo devolute alla giurisdizione ordinaria, quelle involgenti interessi legittimi alla giurisdizione amministrativa, come stabilito dall'art. 113, comma 1, Cost. che, secondo l'opinione dominante, avrebbe recepito e "costituzionalizzato" il previgente sistema di riparto<sup>8</sup>.

Uno studio affrancato dal velo delle ideologie e delle partigianerie di "politica giudiziaria" mi pare mostri abbastanza inequivocabilmente come il principio di pienezza e di effettività della tutela giurisdizionale, prescritto dall'art. 24 Cost., dagli artt. 6 e 13 CEDU e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, abbia spinto la giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato ad interpretare in chiave evolutiva l'ambiguo combinato disposto degli artt. 102 e 103 Cost., attenuando il carattere di specialità della giurisdizione amministrativa rispetto a quella ordinaria e trasformando il giudice amministrativo nel giudice "ordinario" delle controversie amministrative, preposto ad un processo amministrativo di giurisdizione soggettiva con azioni giudiziali, caratteri e istituti "omologhi" a quelli del processo civile, per una protezione piena e concentrata delle pretese sostanziali della persona nei confronti della pubblica amministrazione. E il codice del processo amministrativo, varato nel 2010, ha recepito e, al contempo, sistematizzato e rafforzato questa nuova idea di *giurisdizione amministrativa specializzata e "ordinaria"*.

La trattazione "verticale" dell'evoluzione delle citate esperienze giuridiche nazionali è integrata da un'illustrazione "orizzontale", che ha come filo conduttore l'indagine di quelle che a me sembrano essere le cause più rilevanti dell'emersione in Europa di questa *nuova forma omogenea di giurisdizione amministrativa specializzata e "piena"* e che ho cercato di individuare ed esaminare nel *secondo capitolo*. Senza questa indagine, avrei avuto l'impressione di tradire il principio aristotelico, inculcatoci a scuola, secondo cui *verum scire est scire per causas*. Le ho ravvisate nell'attribuzione al cittadino, da parte dei

---

<sup>8</sup> Si avrà occasione di specificare, in una nota del primo capitolo volta a completare il quadro delle classificazioni dei sistemi di giustizia amministrativa, che, secondo Nigro, prendendo a riferimento il criterio della tutela giurisdizionale del privato nei confronti della pubblica amministrazione operante nell'esercizio di poteri autoritativi, sistema dualistico "puro" sarebbe soltanto quello italiano, e ciò perché, a causa di un dualismo giurisdizionale venutosi ad innestare (nel 1889) su di un monismo giurisdizionale (risalente al 1865) non rimosso (la L.A.C. non è stata abrogata, né modificata, dalla legge istitutiva della IV sez. del Consiglio di Stato, ma soltanto "integrata", e, com'è noto, è ancora vigente), le controversie di diritto pubblico tra cittadino e p.a. sarebbero (il condizionale mi pare d'obbligo dopo le sentenze costituzionali n. 204/2004, n. 191/2006 e n. 140/2007 e dopo altri arresti giurisprudenziali; e se ne darà conto nel corpo del lavoro, quando si parlerà del sistema italiano) equamente (dal punto di vista del criterio e non dal punto di vista quantitativo) divise tra due ordini giurisdizionali, e cioè attribuite, in parte, quando è vantato un diritto soggettivo, al giudice ordinario, in parte, quando è fatto valere un interesse legittimo, al giudice amministrativo, come precisato dall'art. 113, comma 1, Cost. che questo "dualismo anomalo" sembra aver recepito e "costituzionalizzato". Il giudice ordinario ha il potere di condannare la pubblica amministrazione ad adempiere l'obbligo verso il privato titolare del diritto soggettivo e a risarcire il danno derivante dalla lesione del diritto soggettivo e, in relazione agli effetti del provvedimento, ha il potere di disapplicare il provvedimento amministrativo illegittimo. Il giudice amministrativo ha il potere di annullare il provvedimento amministrativo illegittimo e, dalla legge n. 205/2000 in poi, di condannare l'amministrazione a risarcire il danno cagionato ad un interesse legittimo dal provvedimento illegittimo.

moderni ordinamenti democratici, della titolarità di veri e propri diritti nei confronti della pubblica amministrazione che, per non restare una proclamazione astratta, necessita di una protezione giurisdizionale piena, effettiva e imparziale; nell'espansione della sfera di azione della pubblica amministrazione, che evidentemente reclama un giudice-controllore più "forte"; nella crisi del principio di legalità e nel conseguente ampliamento dell'area della discrezionalità amministrativa, che richiede forme professionali ed incisive di sindacato; in una più generale accresciuta necessità di specializzazione nella cognizione delle controversie amministrative; nella regolazione comunitaria dell'affidamento dei contratti pubblici, che ha fatto del giudice amministrativo nazionale il garante, con pieni poteri, del diritto soggettivo di libera concorrenza e dell'interesse pubblico ad un'efficiente economia di mercato; nel diffondersi di moduli consensuali di esercizio della funzione pubblica, per il controllo della conformità al diritto dei quali occorre una giurisdizione più ampia e "piena", nella quale si mescolino le competenze e i poteri della giurisdizione civile e quelli della giurisdizione amministrativa; nell'influenza omogeneizzante dell'ordinamento comunitario e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sui processi amministrativi nazionali. E per quest'ultimo fattore, vale proprio il detto *last but not least*, trattandosi anzi probabilmente del più rilevante, soprattutto se si tiene presente che lo stadio evolutivo preso maggiormente in considerazione nello studio dei percorsi dei sistemi giurisdizionali amministrativi nazionali è proprio quello degli ultimi due-tre decenni in cui la penetrazione del diritto comunitario nei diritti amministrativi nazionali, e dunque anche nei diritti processuali amministrativi degli Stati membri dell'Unione europea, è avvenuta con una inusitata capillarità ed incisività.

Nella *Conclusion*, ho cercato, infine, con poche e brevi considerazioni, di tirare le fila delle ricostruzioni e delle riflessioni di questo lavoro, esponendo in estrema sintesi perché la tesi proposta mi pare supportata, nonostante tutti i limiti dell'autore, da sufficienti argomenti.



**Capitolo I**  
**LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA.**  
**IL SISTEMA GIURISDIZIONALE MONISTICO E QUELLO**  
**DUALISTICO.**

SOMMARIO: 1. La “giustizia amministrativa”: nozione, origine e fondamento. - 2. Il modello giurisdizionale monistico e il modello giurisdizionale dualistico. - 3. I difetti e i pregi dei sistemi monistici. 3.1. I difetti. - 3.2. I pregi. - 4. I difetti e i pregi dei sistemi dualistici. - 4.1. I difetti. - 4.2. I pregi - 5. La precoce “impurità” dei modelli ovvero il valore sommario e descrittivo delle classificazioni.

**1. La “giustizia amministrativa”: nozione, origine e fondamento.**

L’espressione “giustizia amministrativa” designa il sistema di tutele offerte dall’ordinamento ai cittadini contro gli atti e i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti privati che la legge ad esse equipara<sup>9</sup>.

Il nucleo centrale di questo sistema è costituito dagli strumenti di reazione giurisdizionale accordati all’amministrato per proteggersi dalle lesioni che l’azione amministrativa provoca ai suoi interessi<sup>10</sup>; ma fanno parte del sistema di giustizia amministrativa anche mezzi di tutela operanti all’interno della stessa amministrazione, come i ricorsi amministrativi.

Nella delineazione di questa seconda zona, si potrebbe andare anche oltre, fino ad includervi, oltre ai ricorsi amministrativi, tutti quei meccanismi che aumentano le garanzie del cittadino di legalità e di opportunità dell’azione amministrativa, come i controlli e le garanzie procedurali<sup>11</sup>.

Nella nostra manualistica, si preferisce non aderire a questa lata accezione e concepire la “giustizia amministrativa” come l’insieme degli strumenti di tutela “successiva”, cioè di reazione del cittadino nei confronti di un’azione già svolta dall’amministrazione<sup>12</sup>, includendo i controlli e gli istituti di partecipazione al procedimento amministrativo nelle trattazioni di diritto amministrativo sostanziale.

Non è così, però, in altri ordinamenti: ad esempio, negli Stati Uniti d’America, l’*Administrative Procedure Act* del 1946 ha giurisdizionalizzato il procedimento amministrativo così profondamente che la prima e vera tutela

---

<sup>9</sup> F.G. SCOCA, *Premessa*, XXI, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, ed. Giappichelli, Torino 2013.

<sup>10</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 19.

<sup>11</sup> M. NIGRO, *op. ult. cit.*, 19.

<sup>12</sup> Si veda, in tal senso, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, ed. Giappichelli, Torino 2014, 3.

giustiziale del cittadino nei confronti delle pubbliche amministrazioni avviene nella fase della predisposizione della decisione, e cioè proprio all'interno del procedimento amministrativo, disciplinato all'insegna del *due process of law* (proclamato e garantito dal V e XIV emendamento) e svolgentesi davanti ad Autorità di garanzia – le *Independent Agencies* – poste in posizione di indipendenza e neutralità rispetto all'esecutivo. «Il controllo giurisdizionale “sull'amministrazione” resta sullo sfondo, quasi come una seconda istanza di un giudizio che si è già svolto nell'amministrazione»<sup>13</sup>. Ed anche in Austria, la centralità della tutela del cittadino all'interno del procedimento amministrativo, assai giurisdizionalizzato da una delle legislazioni più avanzate e risalenti nel tempo (1925), del quale il processo davanti al giudice pare configurarsi come una sorta di continuazione, indurrebbe a propendere per una concezione del sistema di giustizia amministrativa più ampia rispetto alla nostra.

Molto si è scritto e dibattuto sul fondamento di una giustizia *ad hoc* per le liti della pubblica amministrazione.

Se generalmente si concorda sulla constatazione che una giurisdizione amministrativa specializzata, costituita da un corpo di giudici allenati specificamente a sindacare le scelte dell'amministrazione attraverso strumenti processuali cognitivi e decisorivi peculiari, «ha il vantaggio d'assicurare una conoscenza tecnica delle questioni ad essa sottoposte più completa ed esatta di quella che possa trovarsi presso i giudici civili e penali»<sup>14</sup>, si è invece assai discusso sulle origini storiche e sulle connesse ragioni “politiche” di una giustizia apposita per le controversie amministrative.

Ancora oggi, in dottrina, ci si divide tra chi ritiene che la nascita della giustizia amministrativa sia avvenuta con l'affermarsi dello Stato liberale e di diritto, con i suoi principi di sottoposizione dell'apparato pubblico alla legge, espressione – quest'ultima - della sovranità nazionale, e dunque con la conquista del diritto del cittadino al rispetto della legge da parte della pubblica amministrazione, e chi, invece, sostiene essere la giustizia amministrativa un portato dello Stato moderno e amministrativo e dunque di uno Stato con una pubblica amministrazione autonomamente organizzata, dotata, per la propria organizzazione e azione, di un proprio “statuto”, cioè il diritto amministrativo, e, in particolare, capace con i propri atti di incidere imperativamente e unilateralmente nella sfera giuridica dei cittadini.

Secondo la prima tesi, le origini della giustizia amministrativa andrebbero individuate alla fine del XVIII secolo, quando si affermano, con la Rivoluzione francese, gli ideali dello Stato di diritto e il principio dell'immunità del potere esecutivo dal sindacato giurisdizionale, quale corollario del dogma della separazione dei poteri.

Alla stregua della seconda ricostruzione, la nascita della giustizia amministrativa andrebbe, invece, retrodatata di almeno centocinquanta anni all'*Ancien régime*, quando, nel periodo delle monarchie assolute, l'esigenza di

---

<sup>13</sup> D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, 291, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, ed. Giuffrè, Milano 2007.

<sup>14</sup> F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, ed. Vallardi, Milano 1911, 323.



difendere e di rafforzare il potere centrale regio dalle spinte centrifughe delle istanze localistiche e feudali interpretate dai Parlamenti funzionanti come tribunali ordinari, porta all'instaurazione di un primo embrionale Stato amministrativo, con un'amministrazione centrale e statale periferica composta di funzionari fedeli al Re (gli "intendenti", nelle provincie della Francia), e alla necessità di una giustizia amministrativa completamente sganciata da quella ordinaria, esercitata, secondo la formula della *justice retenue*, formalmente dal Re e sostanzialmente dal suo Consiglio (*Conseil du Roi*).

Probabilmente, tra queste due contrapposte teorie, la verità sta nel mezzo, e cioè nella tesi felicemente definita "evoluzionista"<sup>15</sup>.

Gli istituti di giustizia amministrativa si presentano come l'integrazione e il perfezionamento dello Stato amministrativo e ubbidiscono all'ideologia propria di questo tipo di Stato, che comincia a svilupparsi dalla metà del XXVII secolo. Perfezionano lo Stato amministrativo, perché completano lo statuto "speciale" della pubblica amministrazione: questa, oltre che un diritto "proprio", ha un giudice "proprio" o, più in generale, è termine di mezzi di tutela "propri". Tanto è vero che laddove vi è Stato di diritto, ma non Stato amministrativo, come nei paesi anglosassoni, non si trova traccia d'istituti di giustizia amministrativa fino a quando anche in quei paesi non compaiono elementi propri del c.d. Stato amministrativo<sup>16</sup>.

Nondimeno, questi stessi istituti trovano una base ben più solida ed una maggiore capacità di espansione nel costituzionalismo moderno, che comincia a prendere forza dalla "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino" del 1789.

Ai cittadini, e ai loro rappresentanti, spetta il potere di fare le leggi, che è un potere distinto dal potere di governo e d'amministrazione, e il principio della separazione dei poteri opera anche nel senso di distaccare il potere amministrativo da quello legislativo e di conferire una posizione autonoma all'amministrazione. Quest'ultima è interprete ed attuatrice, con un'autonoma organizzazione e con un proprio "statuto", dell'interesse generale e obiettivo indicato dalla legge, la quale costituisce il fondamento e la misura dell'azione dell'amministrazione. Il principio di legalità impone che tutti i soggetti, privati e pubblici, siano sottoposti, nei loro comportamenti e nei loro atti, alla legge, e dunque anche che atti e provvedimenti dell'amministrazione siano sindacabili sotto il profilo del rispetto della legge, anche ad istanza del cittadino. Ma questo controllo di legalità è volto a stabilire se siano stati rispettati i vincoli normativi primariamente posti a garanzia e a realizzazione dell'interesse generale e solo indirettamente a garanzia del cittadino. «Il controllo è preteso anzitutto

---

<sup>15</sup> D. AMIRANTE – F. ROSI, *La giustizia amministrativa in Francia*, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, ed. Cedam, Padova 1996, XXV, 16 ss. Si tratta di una tesi che valorizza la nota ricostruzione di Alexis de Tocqueville che nell'opera *L'Ancien régime et la révolution* del 1856 individua una linea di continuità tra l'*Ancien régime* e la Rivoluzione nell'accentramento amministrativo, nella formazione del diritto amministrativo e della garanzia dei funzionari e nella nascita della giustizia amministrativa.

<sup>16</sup> NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 25.

dall'interesse obiettivo dell'ordine giuridico; la tutela del singolo cittadino è perseguita e ordinata, ma non può essere che una tutela mediata e coordinata a quella dell'interesse pubblico»<sup>17</sup>. L'accertamento è «unico e bivalente» perché, pur cadendo sulla legalità del comportamento amministrativo, è volto a procurare, da un lato, la soddisfazione dell'interesse obiettivo della collettività e l'eventuale restaurazione della legalità violata (funzione obiettiva del sindacato) e, dall'altro, la realizzazione dell'interesse del singolo soggetto inciso dall'azione amministrativa (funzione soggettiva della tutela).

Sono, in questo modo, espresse le ragioni più autentiche e le due “anime” (oggettiva e soggettiva) della giustizia amministrativa, e cioè di una giustizia speciale per le liti amministrative, che non possono non avere anche una «rilevanza politica»<sup>18</sup>: il controllo di legalità dell'attività autoritativa degli apparati pubblici dev'essere organizzato in modo tale che l'interesse del soggetto privato venga tutelato senza sacrificare (o senza sacrificare come se non esistesse affatto) l'interesse pubblico, e cioè l'interesse della collettività che le norme di legge demandano all'amministrazione di curare con previsioni più o meno puntuali.

Appare, dunque, necessario o, quanto meno, opportuno sottrarre questo controllo al giudice (ordinario) fisiologicamente attento alla salvaguardia dei soli diritti e libertà del cittadino, che, dunque, con le sue decisioni, potrebbe paralizzare l'azione della pubblica amministrazione, e cioè l'attività di cura dell'interesse della collettività, per affidarlo ad un organo che, per il suo rapporto di “embricazione”<sup>19</sup> con l'amministrazione o comunque per la sua *expertise*, sappia individuare l'interesse pubblico e ricostruire come il potere amministrativo avrebbe dovuto essere esercitato in modo legittimo e corretto senza sacrificio o col minimo e più ragionevole sacrificio dell'interesse privato coinvolto; compiendo, insomma, un'attività di accertamento che assomiglia molto allo stesso amministrare. Un organo, però, che sia posto in una posizione di sostanziale indipendenza dall'amministrazione per evitare che la sensibilità per l'interesse pubblico vada a detrimento dell'attenzione per l'interesse privato.

La “specialità” o la “specializzazione” organizzativa e processuale della giurisdizione delle liti con la pubblica amministrazione è parsa essere, il più delle volte, la soluzione preferibile per conciliare questi due opposti; tenendo, in proposito, presente che, com'è stato efficacemente scritto, «la questione della protezione giurisdizionale dell'individuo nei confronti del potere pubblico costituisce, in tutti i sistemi occidentali, il punto di più vistosa emersione della tensione tra autorità pubblica e libertà individuale che caratterizza il diritto amministrativo»<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> NIGRO, *op. ult. cit.*, 29.

<sup>18</sup> Secondo la felice espressione di F. CARNELUTTI (*Sistema del diritto processuale civile*, I, ed. Cedam, Padova 1936, 253), riportata da Nigro (*op. cit.*, 29).

<sup>19</sup> M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, ora in *ID.*, *Scritti giuridici*, ed. Giuffrè, Milano 1996, II, 1051 ss.

<sup>20</sup> DE PRETIS, *op. cit.*, 283.

## 2. Il modello giurisdizionale monistico e il modello giurisdizionale dualistico.

Storicamente, soprattutto in Occidente, la tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione si è organizzata secondo due contrapposti modelli: quello dualistico e quello monistico.

Il primo, detto anche del *contentieux administratif*, nato e affinatosi in Francia, si caratterizza per la presenza di un giudice speciale, il giudice amministrativo, deputato a conoscere delle controversie di diritto amministrativo. Tale giudice è distinto e separato da quello ordinario, “speciale”, dunque, rispetto ad esso, così come speciali, rispetto a quelle che regolano i rapporti tra soggetti privati, interpretate ed applicate dal giudice ordinario, sono le norme che disciplinano i rapporti tra autorità amministrativa e privato cittadino. Speciali perché “esorbitanti” e derogatorie rispetto al diritto comune e costituenti una disciplina autonoma, il *droit administratif*, cui è assoggettata la pubblica amministrazione, organizzata con un carattere unitario, organico e uniforme.

Se è vero che «*juger l'administration c'est encore administrer*»<sup>21</sup>, il compito di giudicare l'amministrazione al fine del ripristino della legalità violata, di cura dell'interesse pubblico e di protezione del singolo, non può essere affidato al giudice ordinario, se non a costo di una indebita interferenza della giurisdizione nell'amministrazione, vietata dal principio della separazione dei poteri. L'amministrazione non può che essere giudicata o da sé medesima o da un giudice in qualche modo legato all'amministrazione; in ogni caso, da un giudice diverso da quello ordinario: appunto, speciale.

Gli ordinamenti dualistici, insomma, non a caso chiamati anche sistemi *a droit administratif*, sono quelli in cui esistono due giurisdizioni, una ordinaria, competente a conoscere delle controversie di diritto comune, l'altra, speciale o amministrativa, che dir si voglia, competente a conoscere delle controversie di diritto amministrativo, e cioè di un diritto “speciale” rispetto a quello comune.

Nel modello monistico, invece, sviluppatosi essenzialmente in Inghilterra e di qui negli altri paesi anglosassoni (dove spesso anche il nome di “modello di *common law*”), esiste un unico giudice (che, dunque, a rigore, sarebbe pleonastico definire “ordinario”, non essendovene un altro “speciale” in contrapposizione al quale possa giustificarsi l'aggettivo) competente a decidere sia delle controversie tra privati, sia delle controversie tra pubblica amministrazione e cittadini.

Alla base di tale modello, chiamato anche “a giurisdizione unica”, c'è l'idea, formatasi per una serie di ragioni storiche che analizzeremo nel capitolo di questo lavoro dedicato alla descrizione dell'esperienza giuridica britannica, secondo cui la pubblica amministrazione opera sempre secondo le stesse regole alle quali sono sottoposti i privati, che sono le regole di *common law*. È questo un diritto eminentemente giudiziario, cioè di creazione delle *Courts*, che ha dato spicco alla funzione del giudice ordinario, livellando davanti alla sua indipendenza e supremazia tutti i soggetti di diritto, quali che essi fossero,

---

<sup>21</sup> HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris 1827.

soggetti privati e pubblici ufficiali<sup>22</sup>. Non esistono norme speciali, “esorbitanti” e derogatorie rispetto a quelle comuni, che disciplinano l’organizzazione e l’azione amministrativa. Non occorre, dunque, neppure un giudice “speciale” chiamato ad applicarle. Un diritto amministrativo e un giudice speciale sarebbero considerati come un odioso privilegio dell’apparato esecutivo e addirittura come un intollerabile strumento di oppressione nei confronti del cittadino. Le libertà e i diritti dell’individuo nei confronti dell’autorità sono pienamente assicurate, sul piano giuridico, dall’*ordinary law of the realm*, sul piano giurisdizionale, dalle *Courts*, e sul piano politico, dal *Parliament*. Ed anzi, a proposito di quest’ultimo, «la forma più forte e sentita di tutela nei confronti dell’attività amministrativa è rappresentata» proprio «dal controllo del Parlamento sul Governo»<sup>23</sup>, in un Paese con una pubblica amministrazione - inizialmente disorganica, decentrata e multiforme - individuata essenzialmente nei *government ministers* e nei dicasteri da essi dipendenti. Ed anche quando successivamente è stato disvelato il falso mito di un’amministrazione “minima” e senza diritto amministrativo, priva di poteri autoritativi, le controversie relative all’esercizio di poteri amministrativi sono rimaste attribuite alla cognizione dell’unico giudice (ordinario) esistente.

Tenendo presente che la pubblica amministrazione agisce non soltanto *jure imperii* (ovvero *jure auctoritatis*) e cioè esercitando un potere pubblico autoritativo e unilaterale, ma anche, spesso, *jure privatorum* (ovvero *jure gestionis*) e cioè con un’azione regolata dal diritto comune, si dovrebbe aggiungere che sia il modello monistico che quello dualistico devolvono generalmente le controversie “privatistiche” fra cittadini e amministrazione al giudice ordinario. Ma mentre il sistema monistico affida a questo giudice anche le controversie di diritto pubblico, vale a dire quelle controversie che afferiscono all’esercizio di poteri autoritativi, l’ordinamento dualistico le riserva ad un giudice speciale: il giudice amministrativo.

Secondo la tradizionale impostazione<sup>24</sup>, potrebbero, dunque, essere sussunte nell’archetipo dualistico dei regimi a *droit administratif* e a giurisdizione

---

<sup>22</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit. 36.

<sup>23</sup> DE PRETIS, *op. cit.*, 286.

<sup>24</sup> Secondo altra impostazione, molto accreditata per l’autorevolezza del suo teorizzatore (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit. 35 ss.), che prende sempre a criterio la cognizione delle controversie con l’amministrazione operante *jure auctoritatis*, «i vari sistemi di giustizia amministrativa – considerati sotto l’aspetto della tutela giurisdizionale – possono classificarsi in due grandi branche: *sistemi monistici* e *sistemi dualistici*. I *primi* sono quelli in cui la tutela del privato contro la p.a. è concentrata in un solo giudice (ordinario o amministrativo) e ordine di giudici, i *secondi* quelli in cui la tutela è divisa fra il giudice ordinario e un giudice apposito che è il giudice amministrativo», con una precisazione e con una conseguenza. Con la precisazione che i sistemi monistici non esisterebbero allo stato puro, ma solo tendenziale, e cioè «non è che tutte le liti amministrative sarebbero inesorabilmente e totalmente concentrate presso un giudice, ordinario o apposito che sia; è che negli ordinamenti che si conviene chiamare monistici campeggia un giudice, che si presenta come il maggior polo d’attrazione delle liti con l’amministrazione». Ditalché occorrerebbe distinguere tra «*sistemi monistici con prevalenza della giurisdizione ordinaria*» (di solito, impropriamente denominati sistemi di giurisdizione unica) tra i quali andrebbero ascritte le giustizie amministrative dei paesi anglo-sassoni e del Belgio; e «*sistemi monistici con prevalenza della giurisdizione amministrativa*» (chiamati anche sistemi del contenzioso amministrativo) ai quali appartenerebbero le giustizie amministrative di Francia, Germania ed Austria. Con la conseguenza che sistema dualistico “puro” sarebbe soltanto quello italiano, ove, a causa di un dualismo venutosi ad innestare (nel 1889) su di un monismo giurisdizionale (risalente al 1865) non rimosso (la

speciale, le esperienze dei sistemi di giustizia amministrativa di Francia, Germania, Austria, Italia e, probabilmente dal 1946, anche del Belgio; in quello monistico, a giurisdizione unica, le esperienze di Gran Bretagna<sup>25</sup>, Spagna e Stati Uniti.

### **3. I difetti e i pregi dei sistemi monistici. 3.1. I difetti.**

I principali difetti dei sistemi monistici nelle loro impostazioni originarie sono generalmente ravvisabili, da un lato, nell'assenza di specifici istituti di giustizia amministrativa in grado di sindacare in modo profondo e incisivo le decisioni della pubblica amministrazione, e dall'altro, causa ed effetto di quest'assenza, in una tendenziale timidezza dei giudici nei confronti della pubblica amministrazione. La circostanza che questa "timidezza" venga solitamente espressa, anche al di là delle isole britanniche, con il termine inglese "*deference*" è assai indicativa di come questa criticità sia emersa soprattutto nell'esperienza monistica per antonomasia, costituendone l'archetipo. Una terza negatività mi pare possa essere concordemente individuata nella difficoltà e nella tardività con cui gli ordinamenti monistici maturano la consapevolezza della specialità del diritto delle pubbliche amministrazioni e concepiscono ed elaborano questo diritto come disciplina autonoma, a sé stante, distinta dal diritto civile, ma avente la stessa dignità.

Negli ordinamenti rigorosamente ispirati al principio "un diritto-un giudice" non esistono, di norma, né un rito specifico, né tecniche di sindacato *ad hoc*, né poteri cognitivi e decisorii speciali per i giudizi che hanno ad oggetto le controversie di diritto pubblico, perché si asserisce l'inesistenza di un diritto amministrativo, di un diritto, appunto, speciale. Si usa, allora, l'armamentario del processo delle controversie tra privati cittadini anche per quelle di diritto pubblico, con le conseguenze disastrose che si possono immaginare, perché ritenere che possa esistere uno Stato senza un diritto amministrativo<sup>26</sup>, senza cioè

---

L.A.C. non è stata abrogata, né modificata, dalla legge istitutiva della IV sez. del Consiglio di Stato, ma solo "integrata", e, com'è noto, è ancora vigente), le controversie di diritto pubblico tra cittadino e p.a. sarebbero (il condizionale mi pare d'obbligo dopo la sent. cost. n. 204/2004 e se ne darà conto nel corpo del lavoro, quando si parlerà del sistema italiano) equamente (dal punto di vista del criterio e non dal punto di vista quantitativo) divise tra due ordini giurisdizionali, e cioè attribuite, in parte, quando è vantato un diritto soggettivo, al giudice ordinario, in parte, quando è fatto valere un interesse legittimo, al giudice amministrativo, come precisato dall'art. 113, comma 1, Cost. che questo "dualismo anomalo" sembra aver recepito e costituzionalizzato. Il giudice ordinario ha il potere di condannare la pubblica amministrazione ad adempiere l'obbligo verso il privato titolare del diritto soggettivo e a risarcire il danno e, in relazione agli effetti del provvedimento, ha il potere di disapplicare il provvedimento amministrativo illegittimo; il giudice amministrativo ha il potere di annullarlo.

<sup>25</sup> Con la parziale eccezione della Scozia, ragion per cui si preferisce spesso parlare, con sineddoche, di Inghilterra.

<sup>26</sup> Che, per esempio, in Inghilterra, non dico non esista oggi (ciò che mi pare del tutto ovvio e di cui nessuno dubita), ma non sia esistito un *administrative law* neppure nel XIX secolo, è idea che solo la pluridecennale sudditanza culturale all'opera di Dicey e al suo anatema («*we know nothing of administrative law; and we wish to know nothing*»: v. W.A. ROBSON, *The report of the committee on ministers' powers*, in *Pol. Q.*, III, 1932, p. 346) può aver indotto a ritenere fondata. Già prima di *Waterloo*, le guerre napoleoniche fanno della Gran Bretagna un organizzatissimo *fiscal-military State*, con una possente macchina burocratica che si avvale di poteri autoritativi per riscuotere tributi, per reclutare eserciti, per organizzare la marina militare e mercantile. Dopo *Waterloo*, il Regno britannico

un potere autoritativo, e dunque pensare che si possa tutelare il privato nei confronti della pubblica amministrazione come lo si tutelerebbe nei confronti di altro privato è una pia illusione, purtroppo non priva di conseguenze nefaste nella misura in cui lascia il cittadino che si trovi a fronteggiare poteri pubblici sguarnito di adeguata protezione.

Non a caso, oggi, è del tutto pacifica, anche in Inghilterra (come più avanti avremo occasione di dire), la considerazione secondo la quale a poteri speciali della pubblica amministrazione debbano corrispondere, nei confronti delle manifestazioni del relativo esercizio, poteri speciali di un giudice (ordinario o speciale che sia), perché essi costituiscono una insostituibile garanzia per i diritti del cittadino.

I sistemi monistici, invece, si sono illusi per troppo tempo di poter contrastare i provvedimenti autoritativi degli enti pubblici con gli strumenti processuali e con le categorie sostanziali di diritto comune e hanno mancato di sviluppare le più specifiche incisive tecniche di sindacato dell'azione amministrativa. Ne è derivato, acuito anche dall'ossequio al principio liberale della separazione dei poteri, un atteggiamento di retenzione del giudice dinanzi alle liti amministrative o di *deference* soprattutto nei confronti delle scelte discrezionali delle pubbliche amministrazioni, tanto più se, come spesso accaduto, ritenute "schermate" dall'immunità della responsabilità politica del soggetto cui imputare la decisione amministrativa.

Tradizionalmente, infatti, nei paesi a giurisdizione unica, il controllo delle corti giudiziarie sull'attività delle pubbliche amministrazioni è stato formale e si è esercitato soprattutto sul rispetto delle procedure preliminari all'adozione del provvedimento finale. I giudici si sono a lungo guardati bene dall'indagare la sostanza della decisione, dall'entrare nell'intimità della scelta amministrativa, dal sindacare la legalità sostanziale, mentre l'esperienza dei paesi di matura civiltà giuridica nel campo pubblicistico insegna che per una pubblica amministrazione non è affatto difficile perpetrare un abuso nei confronti degli amministrati, pur rispettando pienamente la legalità formale e procedurale.

E poi, la mancanza di un giudice speciale competente a conoscere delle controversie in cui si faccia questione dell'esercizio di poteri "esorbitanti" delle amministrazioni rispetto a quelli di diritto comune degli altri soggetti ha

---

diventa la prima potenza mondiale, al centro del più vasto impero coloniale. Il quale non può non richiedere un apparato pubblico efficiente, dotato di incisivi poteri unilaterali per amministrarlo. Nella seconda metà dell'ottocento, poi, si affaccia una consistente legislazione sull'industria, sulle ferrovie, sui poveri, sull'istruzione, sulle miniere, sul lavoro minorile, sulle prigioni, sulla sanità, sull'edilizia privata, etc. che ha *chance* di essere applicata solo sulla base del riconoscimento di poteri imperativi e coattivi in capo ai vari *public bodies*. E nella stessa epoca tardo-vittoriana in cui scriveva *Dicey* non sono sconosciuti ad osservatori e studiosi questi poteri speciali dell'amministrazione. «Da un lato, vi è il potere originario della Corona, definito *prerogative*, al quale è legato il principio della immunità della Corona (*the King can do no wrong*). Dall'altro, vi è un diritto diverso dall'*ordinary law*, prodotto da leggi approvate dal Parlamento, che consente all'amministrazione di guidare, verificare, orientare, stimolare, correggere, ma anche di espropriare, costruire coattivamente nella proprietà di privati, obbligare a fare (ad esempio, a pavimentare le strade), raccogliere in forma coattiva imposte, ecc. e cioè di ricorrere alla forza per contrastare privati» (così S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 40).

determinato difficoltà e ritardi nel “racchiudere” le regole per l’esercizio di questi poteri – i quali, come accennato, non possono non coesistere con lo Stato - in una disciplina distinta rispetto al diritto privato. Queste difficoltà e questi ritardi della scienza giuridica nella costruzione del diritto amministrativo hanno condotto i sistemi monistici a molti fraintendimenti nella indistinzione tra diritto comune e diritto speciale, a detrimento della certezza dei rapporti giuridici, ed hanno portato, altresì, a lasciare sguarniti i cittadini di tutele affidabili, nella misura in cui la consapevolezza dell’esistenza e l’individuazione di regole derogatorie al diritto comune significano soprattutto garanzia per le libertà degli amministrati: le regole speciali della pubblica amministrazione, infatti, quando sono chiare e determinate, operano più come limiti delle autorità pubbliche a favore del cittadino, che come privilegio del potere esecutivo.

### **3.2 I pregi.**

Tra i più rilevanti pregi dei sistemi giurisdizionali monistici, mi sembra di doverne indicare almeno tre: la concezione di tutela soggettiva, la capacità dell’organo giurisdizionale di accertare i fatti e l’indipendenza strutturale del giudice.

Come abbiamo avuto occasione di sottolineare in precedenza, la giustizia amministrativa presenta sempre una duplice funzione: da un lato, di tutela oggettiva, cioè di controllo della legalità amministrativa e di verifica del perseguimento dell’interesse pubblico, e dall’altro, di tutela soggettiva, cioè di protezione delle posizioni giuridiche soggettive dei singoli.

Ebbene, nei sistemi monistici, che concepiscono l’azione come rimedio processuale predisposto a tutela di un contestato o violato diritto soggettivo disciplinato dal diritto comune, nel contesto di un rapporto paritario tra soggetti pubblici e privati, la tutela giurisdizionale nei confronti del potere autoritativo ha essenzialmente una funzione soggettiva, e cioè il fine di realizzare l’interesse privato del ricorrente. Per conseguenza, la tutela tende ad essere più piena ed effettiva rispetto a quella dei sistemi improntati alla concezione oggettiva, perché si attua con tutte le pronunce del rito civile - dichiarative, costitutive, di condanna, cautelari ed esecutive - senza che possano essere opposte ragioni di interesse pubblico o remore fondate sul principio della separazione dei poteri. Nessun *privilège du préalable* o *privilège de l’action d’office* può impedire al giudice ordinario di sospendere con misure cautelari l’esecutività di un provvedimento amministrativo; nessun principio di separazione dei poteri può impedire al giudice ordinario di inibire all’amministrazione l’adozione di determinati atti, di condannare l’amministrazione ad emanare il provvedimento richiesto e illegittimamente non dato, di statuire con sentenza (costitutiva) produttiva degli effetti del provvedimento stesso o di far eseguire coattivamente all’amministrazione la propria sentenza.

Su altro versante, poi, essendo competente a conoscere delle liti amministrative, con i medesimi ampi mezzi istruttori dell’applicabile rito delle cause civili, lo stesso giudice ordinario, abituato, *per forma mentis*, a concentrarsi sulla ricostruzione dei fatti delle controversie interprivatistiche, gli ordinamenti

giurisdizionali monistici sono tendenzialmente più efficaci ed incisivi nell'accertamento dei fatti che la legge prevede come presupposti dell'azione amministrativa, di quanto non lo siano, invece, i "giudici nell'amministrazione" dei sistemi dualistici, più propensi a concepire il processo amministrativo come una sorta di *revisio prioris instantiae* del procedimento amministrativo e più inclini, dunque, ad un'istruzione essenzialmente di tipo "cartolare", che li porta ad accedere ai fatti rilevanti di causa per la via indiretta e un po' "di parte" dei documenti della pubblica amministrazione, sulla cui veridicità fanno affidamento. In Inghilterra e negli Stati Uniti, ad esempio, nel giudizio amministrativo sono ammessi *cross-examinations*, *interrogatories*, *discovery of documents* né più né meno di quanto avvenga nel processo civile e nel processo penale; e in Spagna, i giudici (ordinari) delle sezioni amministrative riversano l'abito mentale e l'esperienza delle controversie civili e penali in un accertamento profondo dei presupposti fattuali dei provvedimenti amministrativi.

Infine, nei sistemi monistici, il giudice competente a conoscere delle controversie di diritto pubblico, in quanto appartenente all'unico ordine giurisdizionale esistente, non può (almeno alle nostre latitudini occidentali) non godere della più ampia indipendenza strutturale rispetto all'esecutivo, che, invece, spesso, il giudice speciale dei sistemi dualistici non ha o non ha avuto, per lo meno nel modo completo del giudice ordinario degli stessi sistemi dualistici.

#### **4. I difetti e i pregi dei sistemi dualistici.**

Si potrebbe schematicamente affermare che i difetti e i pregi dei sistemi dualistici sono simmetricamente opposti a quelli, sopra menzionati, dei sistemi monistici.

Infatti, le principali critiche alla maggior parte degli ordinamenti a diritto amministrativo e a giurisdizione speciale si sono appuntate verso la non pienezza ed effettività della tutela, conseguenza dell'originaria concezione oggettiva della funzione del sindacato giurisdizionale, verso una certa limitatezza dei mezzi istruttori del giudizio amministrativo e verso una non completa indipendenza del giudice speciale. Mentre, i principali apprezzamenti si sono indirizzati all'elaborazione, giurisprudenziale o legislativa, di norme processuali apposite per le controversie di diritto pubblico e all'affinamento di tecniche di controllo giurisdizionale della discrezionalità amministrativa sempre più penetranti ed incisive, tali da garantire, attraverso un'azione di "interferenza" sulle manifestazioni dell'esercizio del potere pubblico, un rispetto della libertà dei singoli nei confronti della pubblica autorità, con una forza di gran lunga superiore a quella espressa dall'esperienza giuridica di ordinamenti monistici a tradizione "liberale", come il britannico e lo statunitense. Così come, un altro rilevante elemento di pregio dei sistemi dualistici è considerata la precoce e raffinata costruzione del diritto amministrativo come disciplina autonoma ed equiordinata al diritto civile, che è senz'altro una conseguenza anche dell'esistenza di un foro amministrativo per le controversie afferenti l'esercizio del potere autoritativo.



#### 4.1. I difetti.

Il *recours pour excès de pouvoir*, archetipo del giudizio amministrativo di annullamento e del procedimento giurisdizionale per il sindacato di legittimità degli atti e dei provvedimenti amministrativi, tanto da aver ispirato il processo amministrativo non solo dei paesi dualistici europei ed extraeuropei, ma anche il ricorso d'annullamento del sistema di giustizia dell'Unione europea (si veda, per quanto riguarda i vizi di legittimità, l'art. 263, comma 2, TFUE), nasce, forgiato dalla giurisprudenza del *Conseil d'État* francese, con una chiara impostazione oggettiva, cioè nel presupposto che le norme di legge che disciplinano l'azione amministrativa non fondano in capo al privato diritti azionabili davanti al giudice, perché esse sono poste esclusivamente nell'interesse pubblico e quindi la verifica del loro rispetto si ritiene essere riservata alle autorità amministrative, che agiscono, quando pure su impulso del cittadino, a tutela di quell'interesse e per controllare il rispetto della legalità amministrativa.

È un ricorso d'*ordre public* perché ha come obiettivo la salvaguardia della legalità. *N'est pas un procès fait à une partie* - scriveva Laferrière<sup>27</sup> - *c'est un procès fait à un acte*. «L'oggetto del giudizio si condensa in una semplice questione di *légalité* (noi diremmo: legittimità), di conformità, cioè, dell'atto impugnato (*attaqué*) alle regole giuridiche (non solo legislative) che lo riguardano»<sup>28</sup>. Non essendovi formalmente parti processuali, nel *contentieux de l'annulation* il ricorrente è inteso come un "collaboratore ufficioso dell'interesse pubblico" o anche, secondo l'impostazione dottrinale transalpina più risalente, come un "pubblico ministero", che ricorre nell'interesse della legge.

Ebbene, questa (originaria) concezione obiettiva della giurisdizione amministrativa di legittimità, propria del modello francese e mutuata da altri sistemi dualistici, che non accoglie l'idea di un "processo alla parte", ma solo quella di un "processo all'atto", non può che limitare la decisione del giudice all'annullamento dell'atto impugnato, senza possibilità di alcun'altra pronuncia.

Dunque, non si ammettono, in questa prospettiva, sentenze di condanna dell'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto e illegittimamente non emanato, né sentenze produttive degli effetti del provvedimento agognato, né poteri di esecuzione forzata nei confronti della pubblica amministrazione inottemperante alle decisioni giudiziarie, non solo perché vi osta il principio di "riserva di amministrazione" di cui al principio di separazione dei poteri, ma anche perché il cittadino può ricorrere al giudice esclusivamente per contribuire alla repressione della violazione della legalità amministrativa e al ripristino dell'ordine giuridico e della corretta cura dell'interesse pubblico, ma non può agire per far valere un proprio interesse, se non indirettamente nella misura in cui esso venga a coincidere con l'interesse pubblico e alla legalità. La tutela giurisdizionale del privato è indiretta ed occasionale, non è piena ed effettiva.

---

<sup>27</sup> E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris 1989 (ristampa della prima edizione del 1887-1888), tome 2e, 534.

<sup>28</sup> F.G. SCOCA, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2013, 14.

Un secondo punto debole dei sistemi dualistici, almeno nella loro impostazione originaria, può essere generalmente ravvisato nella limitata possibilità per il giudice amministrativo di accedere pienamente e direttamente agli elementi di fatto necessari per la decisione della controversia sottoposta al suo esame.

Infatti, come spiegheremo meglio tra poco, negli ordinamenti a *contentieux administratif* il giudice amministrativo nasce e si specializza come un “giudice nell’amministrazione”, cioè come un giudice che opera all’interno dello stesso meccanismo di protezione dell’interesse pubblico cui è preposta l’autorità pubblica. Suo compito è, almeno all’origine, quello di verificare se il provvedimento amministrativo è stato adottato conformemente alle norme di legge, nel contesto di una concezione del processo amministrativo inteso come una sorta di procedimento amministrativo - seppur con le maggiori garanzie giurisdizionali - di secondo grado, il che lo porta fondamentalmente a riesaminare i documenti amministrativi che sono alla base della decisione impugnata. L’istruzione probatoria è limitata ad alcuni mezzi di prova, è per lo più di tipo documentale e per di più sulla base dei documenti di una parte in causa, e dunque l’accertamento della veridicità dei fatti sui quali va ad incidere l’azione amministrativa viene espletato in via indiretta, non piena e un po’ “con gli occhi dell’amministrazione”, mentre sarebbe opportuno che la fondatezza delle pretese sostanziali del cittadino a fronte dell’esercizio del potere amministrativo venisse verificata dal giudice direttamente alla fonte, senza intermediazioni e senza le incrostazioni probatorie di parte, con quegli stessi ampi mezzi di prova del processo civile e penale che consentono a chi è chiamato a giudicare di accedere pienamente ai fatti.

Infine, l’altro accennato punto di criticità dei sistemi dualistici consiste nell’essere (o nell’essere considerato) il giudice amministrativo poco indipendente e terzo rispetto al potere esecutivo, di cui addirittura, come nei sistemi “a Consiglio di Stato”, può strutturalmente far parte. Questo per ragioni storiche e, al contempo, ideologiche che possiamo per cenni riassumere così.

In Francia, la giurisdizione del contenzioso amministrativo si forma come *justice retenue*, cioè esercitata formalmente dal Sovrano, che decide dei ricorsi amministrativi presentatigli dai cittadini, previo parere del *Conseil d’État*<sup>29</sup>. Di fatto, però, la giustizia amministrativa è esercitata dall’organo consultivo, atteso che il vertice del potere esecutivo si limita a recepire, nel contenuto dei propri decreti decisori, senza quasi mai discostarsene, il parere del *Conseil*, espresso da quest’organo con l’imparzialità, l’indipendenza, l’alto tecnicismo giuridico e la saggezza di un “giudice”.

Una legge del 1872 formalizza la sostanza decisoria della funzione consultiva del *Conseil d’État* e attribuisce a quest’ultimo la potestà di decidere direttamente, in forza della sua autorità e sotto la sua completa responsabilità, i ricorsi del contenzioso amministrativo, segnando il passaggio al sistema di *justice déléguée*.

---

<sup>29</sup> Per gli atti emanati dalle autorità dipartimentali o provinciali, la giustizia amministrativa è esercitata dal Prefetto, previo parere del Consiglio di Prefettura.

Ma il *Conseil d'État* è sia con Napoleone I, sia nella legge del 1872, sia ancora oggi, vigente la Costituzione della Quinta Repubblica, un organo formalmente amministrativo, tanto da essere formalmente presieduto dal Presidente del Consiglio dei Ministri (o dal Ministro Guardasigilli)<sup>30</sup>.

Si è voluto, insomma, nella patria del sistema dualistico, attribuire ad organi amministrativi specializzati la giurisdizione del contenzioso amministrativo, per far salvo il principio della separazione tra amministrazione e giustizia, stabilito dalla legge del 16-24 agosto 1790<sup>31</sup> (perché, come si è già detto, citando Pansey, “giudicare l'amministrazione continua ad essere amministrare”), dogma rigidamente applicato nella legislazione dai rivoluzionari giacobini e da Napoleone<sup>32</sup> e recepito dalla vigente Costituzione<sup>33</sup>.

Ancora oggi i *Conseillers d'État* sono considerati, in Francia, funzionari di Stato dipendenti dal Governo e non hanno lo *status* di magistrati. A differenza dei magistrati ordinari e dei magistrati delle giurisdizioni amministrative inferiori, nessun testo normativo garantisce loro l'inamovibilità.

In Italia, la legge di unificazione del 20 marzo 1865, n. 2248, all. E sopprime i tribunali del contenzioso amministrativo e attribuisce le controversie sui diritti politici e civili incisi dall'esercizio del potere amministrativo ai tribunali ordinari, resi titolari di un potere di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi, instaurando un monismo giurisdizionale.

Ma le norme di questa legge sono interpretate prima dal Consiglio di Stato (1865-1877) e poi dalla Corte di Cassazione romana (dal 1877 in poi) in senso molto restrittivo e quasi “abrogativo”, ritenendo cioè che dove vi sia esercizio di potere autoritativo, quasi sempre non vi possano essere diritti e, dunque, non vi possa essere neppure giurisdizione. Ne risulta un vuoto di tutela per le situazioni in cui il cittadino si trovi a fronteggiare l'esercizio di un potere amministrativo, che si decide di colmare non già imponendo una revisione dell'interpretazione restrittivo-abrogativa della legge monistica esistente, ma attribuendo, con una legge dualistica del 1889, il potere giurisdizionale di annullare gli atti amministrativi illegittimi ad un organo amministrativo consultivo del Governo, il Consiglio di Stato, che già esercitava, nei fatti, questo potere nell'ambito del parere sui ricorsi straordinari al Re e cioè in sede di “giustizia ritenuta”. Ne nasce un sistema dualistico sulla base di un monismo non rimosso (la legge del 1889

---

<sup>30</sup> Nei fatti, la Presidenza è esercitata dal Vicepresidente, che ovviamente è un *Conseiller d'État*. Non è, però, neppure senza significato che quest'ultimo venga nominato dal Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Giustizia.

<sup>31</sup> «*Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.*» (tit. II, art. 13).

<sup>32</sup> Per vero, più per motivi “pratici”, che ideologici: col pretesto di «portare a termine la Rivoluzione», si voleva impedire il “blocco giudiziale” dell'autoritarismo giacobino e poi napoleonico.

<sup>33</sup> Con la storica decisione del 23 gennaio 1987, n. 86-224, il *Conseil Constitutionnel* ha, infatti, dichiarato che il principio di separazione tra amministrazione e tribunali, con la conseguente competenza di annullamento o riforma in via definitiva delle decisioni amministrative alla giurisdizione amministrativa, fa parte dei «*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*» che oggi si integrano nel *bloc de constitutionnalité* utilizzato dal *Conseil Constitutionnel* per il controllo di costituzionalità delle leggi.

intendeva non già abrogare o modificare la legge monistica del 1865, ma solo “integrarla”), un “dualismo anomalo”, dunque, e la “giustizia amministrativa delegata” al Consiglio di Stato si aggiunge alla “giustizia amministrativa ritenuta” dal Capo dello Stato, e da allora in poi fino ai nostri giorni il Consiglio di Stato è un corpo amministrativo che esercita anche funzioni giurisdizionali, è cioè un organo amministrativo consultivo del Governo e, al contempo, un organo giurisdizionale.

Ancorché, a differenza che in Francia, i Consiglieri di Stato abbiano, nel nostro Paese, lo *status* di magistrati, o forse, si potrebbe anche dire, proprio a cagione di questo *status*, una parte della letteratura giuspubblicistica sottolinea l’intollerabilità della incompleta indipendenza del supremo giudice amministrativo dal potere esecutivo per almeno tre ragioni: la nomina governativa di un quarto dei suoi componenti, la coesistenza di funzioni giurisdizionali e di funzioni consultive con conseguente “incompatibilità da prevenzione”<sup>34</sup> e il conferimento, da parte del Governo, di incarichi extragiudiziari ai Consiglieri di Stato.

Ma questa critica di “ibridismo” e di “bifrontismo”, e di conseguente non completa indipendenza e terzietà del giudice amministrativo rispetto al potere esecutivo, si addensa sugli altri sistemi dualistici “a Consiglio di Stato”, europei (Paesi Bassi, Belgio dal 1946, Grecia) e non europei (per es., Turchia, Egitto, etc.).

E anche in Germania, sistema giurisdizionale dualistico non “a Consiglio di Stato”, la piena equiparazione, quanto a indipendenza dal potere esecutivo, tra giudici amministrativi e giudici ordinari, è conquista non molto risalente nel tempo e avvenuta a seguito di un lungo percorso storico che ha conosciuto per molto tempo organi giurisdizionali-giustiziali del contenzioso amministrativo non completamente separati, dal punto di vista organizzativo e personale, dall’apparato amministrativo, e ciò non soltanto negli Stati tedeschi del sud, più influenzati dalle riforme napoleoniche e dal modello francese.

#### **4.2. I pregi.**

Ma, come spesso capita anche nella vita e nel carattere delle persone, spesso quelli che si manifestano come “difetti” sono poi anche, allo stesso tempo, delle “virtù” o, comunque, sono al fondamento delle stesse. E nei sistemi dualistici, la non completa indipendenza del giudice amministrativo rispetto all’amministrazione o, comunque, la sua diversità e “specialità” rispetto al giudice ordinario, che lo ha fatto sentire dai funzionari pubblici più “vicino”, per colleganza o per estrazione professionale o anche semplicemente per *forma mentis*, alla loro “missione”, hanno decretato il successo della tutela giurisdizionale assicurata, con strumenti e tecniche peculiari, dal giudice amministrativo negli ordinamenti *à droit administratif* e *à contentieux*

---

<sup>34</sup> Così A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”*. (Sonntagsgedanken), ed. Giuffrè, Milano 2005, 87 ss. Di mancanza della necessaria «indifferenza istituzionale del giudice rispetto alle parti in causa» quando lo stesso organo svolge anche funzioni consultive, parla A. TRAVI in *Per l’unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, IV, 1998, 382.

*administratif*. E questo successo è stato conseguito soprattutto sul terreno del sindacato della discrezionalità amministrativa, che costituisce il punto di massima tensione tra le contrapposte esigenze, da un lato, di garantire che all'amministrazione non venga impedito di curare, con una certa elasticità e flessibilità di poteri, l'interesse generale, e, dall'altro, di tutelare il privato contro i pregiudizi che possano essere arrecati ai suoi interessi dall'azione amministrativa svolta con la libertà di scelta delle modalità e dei mezzi più idonei e opportuni al perseguimento dell'interesse generale.

Infatti, controllare la legalità formale di un atto amministrativo, e cioè verificare se siano state rispettate le regole "esteriori" di competenza o di procedura o se un provvedimento corrisponda o meno alla fattispecie normativa astratta, non è generalmente operazione complessa.

Ben più difficile risulta, invece, accertare la violazione della legalità sostanziale, che viene perpetrata allorché un'amministrazione rispetta la lettera della legge, ma non il suo spirito, quando, cioè, un'amministrazione penalizza gli interessi privati sfruttando in modo scorretto gli spazi di azione che la normativa lascia aperti per consentirle di plasmare le sue decisioni in relazione all'interesse pubblico che, nel concreto, non è mai un'entità semplice e statica, ma un'entità dinamica, dialettica e variegata. Il rischio di quest'accertamento, infatti, è d'invadere la sfera riservata all'amministrazione, di sostituirsi ad essa nella cura dell'interesse pubblico e nelle valutazioni d'opportunità che questa cura presuppone; per parafrasare Pansey, di "amministrare" nel momento stesso in cui "si giudica l'amministrare". Ed è per questo che un siffatto accertamento è maggiormente tollerato dal "sistema" se viene compiuto da un organo che l'amministrazione non sente a sé completamente estraneo o, peggio, "nemico", se viene, insomma, svolto da un giudice «che si ponga per così dire all'interno del meccanismo di protezione e restaurazione dell'interesse obiettivo»<sup>35</sup>, da un giudice che, *ab interno*, sappia ricostruire quale sarebbe stato il corretto esercizio del potere per indirizzare o vincolare la futura azione amministrativa.

«Il carattere differenziato della tutela rileva in funzione della elaborazione di tecniche *ad hoc* per il sindacato sul potere: quanto prima un sistema matura la percezione della peculiarità della condizione dell'amministrazione e della necessità di rimedi speciali per il suo controllo, tanto prima mette a punto meccanismi diretti a limitare l'area del discrezionale e a sindacarla più incisivamente»<sup>36</sup>.

Gli straordinari approdi raggiunti dagli ordinamenti dualistici in punto di sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa, che negli stati moderni costituisce uno dei maggiori possibili argini agli abusi del potere pubblico, sono guardati con ammirazione in tutto il mondo, anche dai paesi anglosassoni a tradizione monistica. Francia, Germania e Italia, sia pure con categorie e tecniche diverse, sono all'avanguardia nel contenimento degli eccessi del potere amministrativo discrezionale, grazie ad una lunga e raffinatissima elaborazione giurisprudenziale. La Francia, col *détournement de pouvoir*, con

---

<sup>35</sup> NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 29.

<sup>36</sup> DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, cit., 306-307.

*l'erreur manifeste d'appréciation* e col *bilan coût-avantages*<sup>37</sup>. La Germania col *Kontrolldichte* (sindacato forte) dell'atto amministrativo sotto il profilo del rispetto del *Verhältnismäßigkeitsprinzip* (principio di proporzionalità) della soluzione prescelta rispetto all'obiettivo perseguito, declinato nel triplice senso di idoneità al perseguimento dello scopo, di necessarietà, per non esservi altri mezzi possibili meno pregiudizievoli per gli interessati, e di proporzionalità in senso stretto<sup>38</sup>. In Italia, con lo sviamento di potere e le figure sintomatiche dell'eccesso di potere<sup>39</sup>.

Un secondo accennato pregio, che mi pare degno di essere ricordato, è che la fisiologica attenzione che il “giudice nell'amministrazione” riserva all'interesse pubblico porta poi i sistemi dualistici a coniare taluni istituti e regole processuali “speciali” che, nel perseguirlo e nel tutelarlo, finiscono per giovare al cittadino assai più di quanto non facciano le regole processuali di diritto comune dei sistemi monistici che si assume essere maggiormente sensibili alle istanze del privato.

Per esempio, la necessità di verificare la *legalité* dell'azione amministrativa, nel contesto di un'impostazione oggettiva o, al contempo, oggettiva e soggettiva della tutela nei confronti della p.a., porta a riconoscere una legittimazione all'azione in termini più generosi che nel giudizio ordinario. E persino il termine breve di decadenza per ricorrere, posto a garanzia della stabilità delle situazioni, della certezza dei rapporti giuridici e del legittimo affidamento dei consociati, nella chiarezza della disposizione processuale che lo prescrive, finisce per tutelare il cittadino in modo più solido di certi sistemi monistici che, non prevedendo questo termine o prevedendolo in modo “ordinatorio”, lasciano al giudice ordinario di decidere discrezionalmente e cioè, in definitiva, arbitrariamente se ammettere il ricorso sotto il profilo della tempestività.

Infine, come sopra preannunciato, la sottrazione delle controversie di diritto pubblico alla giurisdizione ordinaria e la loro attribuzione ad una giurisdizione “speciale” è un fattore che, insieme alla centralizzazione e alla uniformizzazione dell'organizzazione amministrativa e al rafforzamento del ruolo dell'azione di quest'ultima nella società, contribuisce fortemente all'ulteriore utilità della precoce presa di coscienza che il diritto amministrativo è una disciplina autonoma rispetto al diritto civile, perché composta di «*règles dérogatoires au droit commun*»<sup>40</sup> che attribuiscono poteri speciali all'amministrazione.

I sistemi dualistici concorrono ad un'ordinata e avanzata costruzione del diritto amministrativo per almeno due ragioni.

La prima è che l'esigenza di distinguere tra controversie attribuite al giudice ordinario e controversie devolute al giudice amministrativo porta a sviluppare un criterio di riparto che distingue tra controversie di diritto privato e controversie di diritto amministrativo, e quindi a identificare, pur con tutte le difficoltà del caso, l'essenza e i confini di questa autonoma disciplina pubblicistica.

---

<sup>37</sup> V. capitolo terzo.

<sup>38</sup> V. capitolo quinto.

<sup>39</sup> V. capitolo settimo.

<sup>40</sup> P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 a nos jours*, Paris, Puf, 1968, p. 470.

La seconda è che, sin dal momento della sua nascita e fin quasi ai giorni nostri, il diritto amministrativo è essenzialmente un diritto pretorio, frutto della giurisprudenza “creativa” del giudice speciale che, con la sua *razionalità, sagesse et sens d'équité*, elabora le regole dei poteri “esorbitanti” della p.a., all’inizio per mettere quest’ultima nelle condizioni di realizzare efficacemente le sue funzioni e successivamente, e sempre più, per limitarli a garanzia delle libertà dei cittadini.

### **5. La precoce “impurità” dei modelli ovvero il valore sommario e descrittivo delle classificazioni.**

Occorre, però, a questo punto, precisare che neppure nei tempi iniziali in cui si vanno formando, i sistemi monistici e i sistemi dualistici dei vari Stati posseggono allo stato “puro” e “ortodosso” i caratteri che abbiamo cercato di evidenziare, con quei pregi e difetti di cui abbiamo detto. La realtà è, come sempre, assai più varia, eterogenea e complessa rispetto ai modelli giuridici astratti ricostruiti dagli studiosi con quell’imprescindibile tasso di semplificazione e di generalizzazione che la brutale sommarietà delle catalogazioni e la sintesi di un’esposizione scientifica necessariamente comportano, perché ciascun Paese cerca di rispondere alle peculiari esigenze di giustizia che, spesso con caratteri irripetibili, ivi si manifestano, con gli strumenti tipici e con le sensibilità speciali che ciascuna cultura e tradizione partoriscono.

Senza l’avvertenza che le considerazioni che abbiamo svolto sopra, valgono soltanto se intese per aiutare a cogliere, in ciascuna esperienza classificata in un archetipo (o, forse, dovremmo dire “stereotipo?”), più che altro una tendenza e una prevalenza di taluni caratteri rispetto ad altri, si rischia d’incappare in clamorose distorsioni o fraintendimenti dei dati di fatto.

E ciò a cominciare dal principale criterio di sussunzione delle diverse esperienze di giustizia amministrativa nel modello dualistico o in quello monistico, vale a dire l’esistenza o meno di un’apposita giurisdizione per le controversie con la pubblica amministrazione.

Prendiamo, ad esempio, l’Inghilterra. La fedeltà al monismo giurisdizionale è nel DNA del paese fondato sui principi di *common law*. E tuttavia, già a metà del XIX secolo, nascono e si sviluppano gli *administrative tribunals*<sup>41</sup> (che poi si moltiplicano in maniera esponenziale nei decenni successivi e soprattutto nel secolo successivo) che sono corpi amministrativi ai quali apposti *statutes* (dove anche il nome di *statutory tribunals*) attribuiscono, tra gli altri, il potere di *adjudication* nei settori di quella nascente legislazione sociale che cerca di limitare i danni della rapida industrializzazione e urbanizzazione dell’economia e della società inglese: lavoro nelle fabbriche, sussidi di disoccupazione, pensioni, istruzione, sanità, edilizia, pianificazione urbanistica. «Le decisioni dei *tribunals*, sovente simili alle pronunce giudiziali, a volte più somiglianti ad atti

---

<sup>41</sup> Si tenga presente che il termine inglese “tribunal” è un classico *false friend* perché designa l’italiano “organo amministrativo”, traducendosi con “court” l’italiano “tribunale”.

amministrativi, in una prima fase sono largamente sottratte al controllo delle corti ordinarie»<sup>42</sup>.

Mi pare difficile non ravvisare nell'origine dei ricorsi davanti agli *administrative tribunals* caratteri analoghi a quelli dei ricorsi amministrativi dei sistemi à *contentieux administratif*, dai quali nasce come rimedio alternativo alla giurisdizione ordinaria e col passaggio dalla *justice déléguée* alla *justice retenue*, la giurisdizione amministrativa degli ordinamenti dualistici. Così come mi pare difficile non ravvisare in questi *tribunals*, già nell'Inghilterra del XIX secolo, un incipiente embrionale giurisdizione amministrativa *de facto*.

D'altra parte, in Francia, già negli ultimi decenni dell'Ottocento, risulta chiaro che il dualismo giurisdizionale può esistere solo nell'organizzazione del potere giudiziario, perché, invece, dal punto di vista funzionale, la giurisdizione è unica. Di questa consapevolezza si trova traccia nella stessa legge del 24 maggio 1872 che attribuisce al *Conseil d'État* la *justice déléguée*, perché essa istituisce anche il *Tribunal des conflits*, come *jurisdiction paritaire* composta in pari numero da Consiglieri di Stato e Consiglieri di Cassazione col compito di dirimere i conflitti di "competenza" tra i due ordini di giurisdizione (*judiciaire et administratif*) e, grazie alla legge del 20 aprile 1932, che formalizza una prassi andatasi consolidando negli anni, anche di decidere nel merito (*décisions au fond*) allorquando due sentenze definitive sullo stesso oggetto in contraddizione tra loro, pronunciate da giudice ordinario e giudice amministrativo, provochino un *déni de justice*.

Come si vede, già nel XIX secolo, le categorie del monismo giurisdizionale inglese e del dualismo giurisdizionale francese possono essere considerate meno "rigide" e inequivoche di quanto una certa "vulgata" dottrinale porterebbe a credere.

Ma sulla stessa lunghezza d'onda che porta l'osservatore di diritto storico-comparato a ridimensionare l'assolutezza dei segnalati tratti di ciascun modello per attribuir loro, invece, soltanto una valenza tendenziale e approssimativa, si potrebbe riflettere anche sul carattere della concezione soggettiva e oggettiva della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, che si è visto essere, la prima, essenzialmente propria del tipo monistico, la seconda di quello dualistico.

È indubbiamente vero che il *recours pour excès de pouvoir*, sul cui esempio si è sviluppato nell'Europa continentale il giudizio di legittimità e di annullamento degli atti amministrativi, è nato con e ha continuato ad avere una forte impronta oggettiva, con tutte le accennate conseguenze che ne sono derivate sul piano dell'ineffettività e dell'incompletezza di una tutela orientata più a difendere l'interesse generale e l'ordine pubblico che i diritti del cittadino.

E però è anche vero che quel giudizio "di diritto obiettivo", creato dalla giurisprudenza del *Conseil d'État* attraverso la "giurisdizionalizzazione" del procedimento di verifica della legalità amministrativa attivato da denunce di irregolarità dei cittadini, viene da subito avvertito, nella percezione dei ricorrenti,

---

<sup>42</sup> M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, ed. Il Mulino, Bologna 1992, 68.



come un mezzo di difesa dei loro personali interessi sostanziali, e cioè come un rimedio “di diritto soggettivo”.

Ma soprattutto occorre tenere presente che, nella patria del dualismo, la giurisdizione amministrativa compare col *recours de pleine juridiction*, giudizio con una funzione di tutela eminentemente soggettiva, nel quale «il giudice è chiamato a decidere in merito all’esistenza, al contenuto ed alle conseguenze che discendono da diritti soggettivi che i privati, o anche persone giuridiche, fanno valere nei confronti di persone giuridiche di diritto pubblico»<sup>43</sup>: «*procès fait à la partie administratif, de partie à partie*», lo definisce Hauriou<sup>44</sup>.

Per renderci conto di quanto sia centrale e rilevante nel dualismo giurisdizionale francese questo *contentieux* “di diritto soggettivo” basterebbe riflettere su due semplicissime considerazioni: la prima, che esso è nato prima del *contentieux de l’annulation*, perché i rivoluzionari tenevano a sottrarre ai *tribunaux judiciaires* soprattutto le controversie sui contratti e sulle proprietà (occorreva salvaguardare le vendite dei beni nazionali, le espropriazioni e le confische, l’esecuzione delle opere pubbliche, etc., dai pericoli “reazionari” della magistratura), meno quelle sui provvedimenti amministrativi; la seconda, che nell’ambito del *contentieux de pleine juridiction* sono state pronunciate le sentenze più importanti nella storia del diritto amministrativo francese, alcune delle quali spesso additate come la data di nascita convenzionale di taluni istituti portanti dell’intero sistema o addirittura – è il caso dell’*arrêt Blanco*<sup>45</sup> - del diritto amministrativo.

---

<sup>43</sup> J.M. AUBY – R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Paris 1984, I, 474.

<sup>44</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris 1933, 376.

<sup>45</sup> «Bordeaux, 1872. Sono passati due anni dalla caduta di Napoleone III, dalla fine del II Impero e dall’inizio della III Repubblica. Un anno dalla Comune, giudicata la prima rivoluzione socialista. È l’anno in cui il *Conseil d’Etat* è divenuto giudice. Una bambina di cinque anni, *Agnès Blanco*, viene urtata e gravemente ferita da un piccolo vagone, carico di tabacco, condotto da quattro operai dell’azienda statale dei tabacchi, nella strada che separa due magazzini dello stabilimento di *Bacalan* dell’azienda. Il padre della bambina inizia, dinanzi al tribunale civile di *Bordeaux*, una causa per responsabilità contro i quattro operai, come coautori delle ferite prodotte a sua figlia, e contro lo Stato, come civilmente responsabile della imprudenza dei suoi dipendenti, chiedendo agli operai e allo Stato, solidalmente, un indennizzo di 40 mila franchi. Il prefetto della *Gironde*, nella veste di rappresentante dello Stato, declina la competenza del Tribunale e solleva il conflitto, che viene portato al *Tribunal des conflits*. Questo, l’8 febbraio 1873, decide che «*la responsabilité qui peut incomber à l’Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu’il emploie dans les divers services publics n’est pas régie par les principes établis, dans les art. 1382 et suivant C. civ., pour les rapports de particulier à particulier. Cette responsabilité, qui n’est ni générale ni absolue, a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l’Etat avec les droits privés. C’est, des lors, à l’autorité administrative, et non aux tribunaux ordinaires, qu’il appartient de l’apprécier*» («la responsabilità in cui incorre lo Stato per i danni causati a privati dalle persone di cui esso si vale nei diversi servizi pubblici, non è retta dai principi stabiliti dall’art. 1382 e seguenti del codice civile, per i rapporti tra privati. Tale responsabilità, che non è né generale, né assoluta, ha sue regole speciali, che variano secondo i bisogni del servizio e la necessità di conciliare i diritti dello Stato con quelli dei privati. Spetta, dunque, al giudice amministrativo e non ai tribunali ordinari valutare tale responsabilità»). Esistono, dunque, due diritti, uno applicabile ai rapporti tra privati, uno, invece, ai rapporti tra amministrazioni pubbliche e privati, il diritto amministrativo. La decisione ora riportata, nota come «*arrêt Blanco*», verrà considerata, per tutto il nostro secolo, rivoluzionaria, pietra angolare del diritto amministrativo e suo fondamento. Questo episodio triste segna, dunque, la data di nascita convenzionale del diritto amministrativo.» Così scrive S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, ed. Garzanti, Milano 2000, 15-16.

Ma anche l'esempio italiano mostra come l'affermazione secondo cui i sistemi dualistici sono improntati ad una concezione "obiettiva" della tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione-autorità debba essere, a volte, ridimensionata e corretta, perché nel nostro Paese il ricorso per l'annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo davanti alla Quarta sezione del Consiglio di Stato assume quasi da subito connotati fortemente "soggettivi", indotti, probabilmente, anche dall'adesione al criterio di riparto di giurisdizione della *causa petendi* che fa risaltare la neo-coniata posizione giuridica soggettiva del ricorrente, nonostante l' "interesse legittimo" venga concepito secondo una prospettiva tendenzialmente oggettiva, e cioè come interesse alla legalità amministrativa, rilevante solo in quanto coincidente con l'interesse generale.

Di questi connotati "soggettivi" si trovano tracce in numerosi istituti del nostro giudizio amministrativo assai risalenti nel tempo. A titolo meramente esemplificativo, come le esigenze di sintesi impongono in questa sede, si potrebbe ricordare il fatto che, sin dalle origini, il giudice amministrativo italiano deve giudicare l'asserita illegittimità dell'atto solo in base ai vizi prospettati dal ricorrente, senza rilevarne altri d'ufficio secondo la teorica francese dei *moyen d'ordre public*; che conseguentemente il giudicato copre il dedotto e non anche il deducibile; che la sentenza di annullamento produce generalmente effetti *inter partes* e solo in taluni casi *ultra partes* e addirittura *erga omnes*; che il provvedimento amministrativo, ancorché esecutivo per ragioni di interesse pubblico, può comunque essere sempre cautelatamente sospeso dal giudice per tutelare il ricorrente dal pericolo di danni gravi e irreparabili; che nel giudizio amministrativo vale il principio processual-civilistico dell'onere della prova, ancorché attenuato<sup>46</sup>; che è nella disponibilità del ricorrente la rinuncia al ricorso, con conseguente estinzione del giudizio.

Ma la precoce prospettiva soggettiva del giudizio di annullamento italiano mi pare emerga soprattutto dall'anzitempo introduzione del giudizio di ottemperanza, statuita dal legislatore nel 1889 (art. 4, n. 4, legge n. 5992) per le sentenze dei giudici ordinari e dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>47</sup> due decenni dopo la consacrazione della natura giurisdizionale della IV sezione, per le sentenze del giudice amministrativo. Che l'annullamento giudiziario di un provvedimento amministrativo possa essere fatto coattivamente eseguire dall'amministrazione inottemperante su istanza del ricorrente vittorioso perché la sentenza di invalidazione giova primariamente a quest'ultimo, mi sembra denoti l'attenzione pressoché "innata" del sistema italiano per l'effettività della tutela giurisdizionale a favore del soggetto, il che ridimensiona anche l'assolutezza della tesi secondo cui i sistemi dualistici, troppo schiacciati sull'interesse pubblico e sulla legalità nella cornice della concezione oggettiva, avrebbero realizzato poco il risultato dell'effettività.

---

<sup>46</sup> Principio dell' «onere del principio di prova» o, per usare la nota formula di Benvenuti (*L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova 1953, 69), «principio dispositivo con metodo acquisitivo».

<sup>47</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 9 marzo 1928, nn. 181 e 182; Consiglio di Stato, sez. V, 13 marzo 1931, n. 176.

Per converso, però, neppure i sistemi monistici, tendenzialmente fedeli ad una concezione subiettiva nel fare dei diritti del soggetto nei confronti del potere esecutivo il loro baricentro, pretermettono completamente la considerazione dell'interesse generale e la valutazione dell'opportunità di ripristinare o non l'ordine giuridico violato, secondo una visione obiettiva.

Ancora una volta può soccorrere l'esempio dell'esperienza inglese dove, *ab initio*, le *Courts* non concedono il *leave* per esercitare l'azione di annullamento (*quashing*) avverso un provvedimento amministrativo, se ritengono che, nel caso di specie, l'interesse della collettività o il bene della stabilità dei rapporti regolati dal provvedimento debba prevalere sull'interesse personale del ricorrente.

Né la funzione di tutela soggettiva tipica dei sistemi monistici e di taluno dei sistemi dualistici significa sempre e comunque pienezza di tutela del cittadino, dovendo fare i conti con il contesto ideologico e istituzionale di ciascun Paese.

La vicenda del regime della responsabilità della pubblica amministrazione è, da questo punto di vista, oltremodo emblematica, nella misura in cui si concordi che una tutela che escluda il risarcimento del danno non può considerarsi piena.

In Inghilterra, il principio dell'immunità della Corona («*King can do no wrong*») rende irresponsabile la pubblica amministrazione, che del Sovrano è emanazione. Il cittadino che ha subito un danno dall'illegittima attività dell'amministrazione può soltanto rivalersi sulle esigue tasche del funzionario considerato direttamente e unicamente responsabile, ma non nei confronti dell'ufficio pubblico alla stregua dei principi sulla responsabilità organica o di quelli sulla responsabilità indiretta (solo nel 1947 il *Crown Proceedings Act* abolisce quest'odioso privilegio dell'amministrazione).

In Italia, la prospettiva soggettiva della tutela giurisdizionale verso la pubblica amministrazione, alla quale abbiamo accennato, non è sufficiente, fino alla sentenza della Corte di Cassazione n. 500 del 1999, ad attribuire al soggetto leso il diritto al risarcimento del danno da illegittima attività amministrativa provvedimento, ostandovi la consolidata dottrina "regalista" risalente a Mantellini<sup>48</sup>.

In Francia, invece, pur dominando essenzialmente una concezione oggettiva della giurisdizione amministrativa, viene subito elaborato l'istituto della responsabilità aquiliana dell'amministrazione e riconosciuto il diritto del cittadino al risarcimento dei danni cagionati da provvedimenti e comportamenti illegittimi, da far valere davanti al giudice amministrativo: il noto e già citato *arrêt Blanco*, che questo principio proclama e motiva, è addirittura del 1873<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Lo Stato ha una duplice personalità, sovrana o pubblica, che dir si voglia, e privata. È esente da responsabilità per gli atti riconducibili alla prima; risponde, nei termini del codice civile, per le attività imputabili alla seconda (G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, ed. Barbera, Firenze 1880).

<sup>49</sup> Per formarsi una buona visione essenziale degli aspetti storici e comparativi della materia della responsabilità della pubblica amministrazione, si può leggere il prezioso contributo di L. TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, 265 ss., in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, cit.



## **Capitolo II**

### **VERSO UNA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA SPECIALIZZATA E “ORDINARIA”.**

SOMMARIO: 1. Verso una giurisdizione amministrativa specializzata e “ordinaria”. I convergenti percorsi dei sistemi europei di giustizia amministrativa. - 2. Le cause dell’emersione in Europa di questa nuova forma omogenea di giurisdizione amministrativa specializzata e “ordinaria”. - 3. L’attribuzione al cittadino, da parte degli ordinamenti democratici, della titolarità di veri e propri diritti nei confronti della pubblica amministrazione. - 4. L’espansione della sfera di azione della pubblica amministrazione. - 5. La crisi del principio di legalità e l’ampliamento dello spazio della discrezionalità amministrativa. - 6. L’accresciuta necessità di una forte specializzazione per la cognizione delle controversie amministrative. - 7. La regolazione comunitaria del mercato europeo dei contratti pubblici. - 7.1. La variegata disciplina nei diversi Paesi europei del rapporto giuridico nascente dal contratto pubblico. - 7.2. La variegata disciplina nei diversi Paesi europei della formazione della volontà negoziale della pubblica amministrazione e della scelta del contraente privato. - 7.3. L’intervento omogeneizzante del legislatore comunitario sulle discipline nazionali della scelta del contraente privato e degli strumenti di tutela. Il giudice amministrativo come garante della libertà di concorrenza. - 7.4. La direttiva 2007/66/CE. Il giudice amministrativo come garante dell’economia di mercato e di altri interessi pubblici. - 7.5. Il nuovo diritto amministrativo dei contratti pubblici e la nuova figura di giudice amministrativo. - 8. La diffusione nei Paesi europei delle forme di partenariato pubblico-pubblico e pubblico-privato. - 8.1. Accordi e convenzioni tra amministrazioni pubbliche. - 8.2. Accordi e convenzioni tra amministrazione pubblica e soggetto privato. - 8.3. La ridefinizione dei compiti e della “fisionomia” del giudice amministrativo. - 9. La giurisdizione amministrativa dei Paesi europei come ridisegnata dall’ordinamento comunitario. 9.1. Introduzione. - 9.2. Il sistema di tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di matrice comunitaria. - 9.3. I principi di autonomia processuale, di equivalenza e di effettività. - 9.4. L’innalzamento degli *standards* di tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive di diritto nazionale. - 9.5. Circuiti di reciproca influenza. - 9.6. L’influenza del giudizio comunitario in senso stretto. - 9.7. La regolazione comunitaria del mercato europeo dei contratti pubblici: il giudice amministrativo nazionale diventa il garante del diritto soggettivo di libera concorrenza, dell’economia di mercato e di altri interessi pubblici. - 9.8. Il rafforzamento delle giurisdizioni amministrative nazionali sempre meno “speciali” e sempre più “ordinarie” e “specializzate”. - 9.9. La specializzazione degli organi

giurisdizionali europei preposti alla cognizione delle controversie “amministrative” comunitarie. - 10. L’influenza della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali sulle giurisdizioni amministrative nazionali.

### **1. Verso una giurisdizione amministrativa specializzata e “ordinaria”. I convergenti percorsi dei sistemi europei di giustizia amministrativa.**

Nell’ultimo paragrafo del precedente capitolo, ho cercato di chiarire come la classificazione dei sistemi giurisdizionali per categorie generali e astratte, se non interpretata ed applicata con il fine meramente descrittivo e con il valore imprescindibilmente approssimativo che le sono propri, rischia di intralciare l’individuazione delle peculiarità di ciascuna esperienza nazionale e di ingenerare pericolosi fraintendimenti; e, all’uopo, mi sono adoperato per sottolineare come i vari sistemi nazionali di giustizia amministrativa, sommariamente catalogabili nell’ambito del modello giurisdizionale dualistico o monistico, presentino, già al momento della loro formazione, taluni elementi, talvolta assai rilevanti, astrattamente tipici dell’opposto archetipo.

Vorrei adesso svolgere un’ulteriore considerazione, e cioè osservare che a me pare che da alcuni decenni a questa parte e con un’accelerazione maggiore negli ultimi anni, sia in atto un processo legislativo e giurisprudenziale che sta portando i vari sistemi europei di giustizia amministrativa a convergere verso un modello “omogeneo” di giurisdizione amministrativa, che cerca di conquistare a sé gli elementi di maggior pregio dei due tradizionali archetipi e delle diverse esperienze nazionali, per fare del giudice amministrativo un moderno efficace difensore delle libertà e dei diritti del cittadino nei confronti dell’autorità pubblica, ormai divenuta “multilivello”, capace di tutelare la persona in modo sempre più pieno, soddisfacente ed effettivo. E questa impressione mi piacerebbe argomentare e dimostrare in questo mio lavoro.

In maggiore dettaglio, la tesi interpretativa che vorrei tentare di verificare, analizzando soprattutto alcuni sistemi giuridici, è la seguente.

A me sembra che negli ultimi decenni 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 amministrativa specializzata e “ordinaria”*, nel quale molte delle differenze tra i tradizionali archetipi monistico e dualistico vanno attenuandosi e per certi versi scomparendo. Tenendo presente che col termine “giurisdizione” intendo riferirmi sia alla sua accezione strutturale sia a quella funzionale, e cioè sia alla struttura e all’organizzazione del potere giudiziario, sia al processo e ai meccanismi del sindacato giurisdizionale. E sottolineando che il comune approdo di questi vari percorsi nazionali da diversi punti di partenza viene reso sempre più uniforme nei

suoi tratti distintivi soprattutto a causa dell'influenza omogeneizzante sui processi amministrativi nazionali del diritto comunitario, che ha pure costituito il principale fattore propulsivo e di convergenza di queste strade evolutive.

Mi pare, infatti, che, da un lato, i maggiori sistemi giurisdizionali monistici, per la risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione operante in veste autoritativa, abbiano aderito all'idea della necessità o comunque dell'opportunità di un organo giurisdizionale speciale (ad es., il Belgio e, pensando alla recente evoluzione degli *administrative tribunals*, la stessa Inghilterra) o specializzato (ad es., la Spagna e, in riferimento all'*Administrative Court* della *Queen's Bench Division* dell'*High Court*, l'Inghilterra). Hanno elaborato strumenti e istituti di tutela giudiziaria differenziati rispetto a quelli delle controversie interprivatistiche, potremmo dire un vero e proprio processo amministrativo speciale, il più delle volte con un apposito e distinto "codice". Hanno adottato tecniche di sindacato tipiche della giurisdizione amministrativa speciale e, in particolare, quelle relative al più profondo e incisivo controllo della discrezionalità amministrativa, sviluppate in modo avanzatissimo dai sistemi dualistici, sforzandosi di mettere da parte la vecchia "*deference*" verso la pubblica amministrazione e prendendo consapevolezza della specialità dei poteri di quest'ultima e dell'autonomia del diritto amministrativo rispetto alle altre branche del diritto, in quanto disciplina a sé stante che ordina e racchiude le regole, "esorbitanti" e derogatorie rispetto al diritto comune, di esercizio di quei poteri.

E quindi, i maggiori sistemi tradizionalmente monistici, partendo da una giurisdizione "ordinaria" e dai connessi caratteri, sono andati via via convergendo verso una giurisdizione "speciale" oppure "specializzata", senza peraltro soffocare quei pregi del loro impianto che, nel capitolo precedente, ho sottolineato come tendenzialmente propri del modello della giurisdizione unica o, appunto, "ordinaria", e cioè la finalità di tutela di diritto soggettivo, l'ampiezza dei mezzi istruttori e la varietà dei poteri decisorii (dichiarativi, condannatori, costitutivi, cautelari ed esecutivi) tipiche del giudice civile, e la fedeltà ad un'idea di unitaria giurisdizione, indipendente e autonoma dagli altri poteri.

Dall'altro lato, i più importanti sistemi giurisdizionali dualistici fanno 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 configurare questa stessa tutela in modo da garantire i valori della pienezza e della effettività. Hanno, allora, arricchito il processo amministrativo con gli stessi estesi mezzi istruttori e con lo stesso variegato strumentario di rimedi del processo civile dei sistemi monistici, prevedendo, accanto alle azioni di annullamento del provvedimento e molto spesso di risarcimento del danno, anche quelle meramente dichiarative, quelle di condanna all'emanazione del provvedimento amministrativo richiesto e illegittimamente negato, nonché all'ostensione dei documenti amministrativi, a volte persino quelle costitutive finalizzate

all'emanazione di sentenze "produttive" degli effetti del provvedimento, emanato dal giudice in riforma o in sostituzione di quello dell'amministrazione, e soprattutto quelle di esecuzione coattiva indiretta o diretta delle sentenze, ed hanno omologato l'ampiezza della tutela cautelare del giudizio amministrativo a quella del processo civile. Hanno cercato, altresì, di accrescere l'indipendenza dal potere esecutivo del giudice amministrativo e, a questo fine, di parificare lo *status* dei magistrati amministrativi a quello dei magistrati ordinari.

E quindi, i sistemi tradizionalmente dualistici, muovendo da una giurisdizione "speciale" e dai connessi caratteri, sono andati via via convergendo verso una giurisdizione generale "piena", di diritto subiettivo e indipendente ed autonoma dal potere esecutivo, come quella ordinaria, senza peraltro dismettere quegli elementi positivi che in precedenza ho ricordato come indiscussi pregi distintivi del modello a giurisdizione amministrativa o, appunto, "speciale", tali sono, in primo luogo, le tecniche raffinate ed incisive di sindacato della discrezionalità amministrativa in grado di proteggere il cittadino dagli abusi perpetrati dall'amministrazione dietro lo schermo del rispetto della legalità estrinseca; in secondo luogo, una equilibrata considerazione ponderativa, nell'esercizio del sindacato sull'atto amministrativo, dell'interesse generale, che è sempre, in qualche modo, di riflesso, anche l'interesse di ciascun cittadino; e, in terzo luogo, la costruzione del diritto amministrativo come branca del diritto a sé stante avente il suo nucleo centrale e il suo fondamento essenziale nelle regole derogatorie al diritto comune, avendo preso coscienza che la "specialità" dei poteri degli enti pubblici esige forme di protezione altrettanto "speciali".

Insomma, guardando alle evoluzioni e a talune trasformazioni avvenute nelle più importanti esperienze giuridiche europee, vorrei, in questo mio contributo, provare a verificare l'ipotesi ricostruttiva, che a me pare verosimile, secondo cui dai rispettivi differenti punti di partenza (una giurisdizione unica e una giurisdizione speciale) e applicando a questa riflessione – si badi bene - entrambe le ricordate accezioni del termine "giurisdizione" (quella strutturale e quella funzionale), i sistemi giurisdizionali monistici e i sistemi giurisdizionali dualistici di giustizia amministrativa vadano convergendo, soprattutto sotto l'impulso dell'ordinamento europeo, verso una *giurisdizione amministrativa specializzata e piena, come quella "ordinaria"*, resa assai omogenea dal diritto comunitario, 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. Col risultato di far venir meno molte delle ragioni della tradizionale contrapposizione tra modello monistico e modello dualistico e, al contempo e soprattutto, di contribuire a far emergere una nuova figura di giudice amministrativo, che si potrebbe definire oggi come il giudice ordinario delle controversie amministrative<sup>50</sup> ovvero come «il giudice naturale della legittimità

---

<sup>50</sup> In questo modo potrebbe essere tradotta non alla lettera l'espressione adoperata dal legislatore francese nell'art. L311-1 *code de justice administrative* per indicare la competenza generalizzata dei tribunali amministrativi: «*juges de droit commun du contentieux administratif*». E in questo modo potrebbe essere qualificato il giudice amministrativo in Germania, tenendo conto che il § 1 *VwGO* stabilisce che «la



dell'esercizio della funzione pubblica»<sup>51</sup>: “specializzato” nella cognizione delle controversie amministrative e “ordinario” per la generalità della competenza nella cognizione delle stesse, per la pienezza dei poteri e la varietà dei rimedi con cui può e deve tutelare le pretese sostanziali del soggetto e per l'indipendenza dal potere esecutivo.

“Specializzato”, come richiedono il sindacato sulla discrezionalità, la consapevolezza sia della specialità dei poteri della pubblica amministrazione sia dell'interesse pubblico dalla stessa perseguito, e il ripudio di qualunque “*deference*”.

“Ordinario”, come impongono una tutela di diritto soggettivo piena ed effettiva del cittadino resa con i più ampi poteri decisorii, e l'imparzialità e l'indipendenza di chi è chiamato a somministrarla.

Un giudice amministrativo - mutuando le fortunate parole di un compianto giurista spagnolo - espressione di «un cambio di paradigma»<sup>52</sup> della giustizia amministrativa, perché avente una “missione” nuova: quella di «tutelare, nella sua pienezza, lo spazio di libertà che il cittadino contemporaneo ha conquistato in modo definitivo e sulle cui fondamenta soltanto può edificare e proteggere l'integrità della sua vita personale»<sup>53</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, la giurisdizione amministrativa ai giorni nostri non dovrebbe più essere ritenuta come una giurisdizione “speciale”, e cioè una giustizia di privilegio della pubblica amministrazione, “alternativa” alla giustizia ordinaria, quasi “eterodossa” rispetto a questa sul piano organizzativo e funzionale, ma dovrebbe piuttosto essere considerata come una giurisdizione complementare a quella civile o, addirittura e ancor meglio, come una “specializzazione” della tutela giurisdizionale ordinaria, anche perché la funzione giurisdizionale è sempre - in tutti gli ordinamenti - unica, potendo essere plurale soltanto l'organizzazione strutturale degli organi che la esercitano e la tipologia dei riti processuali applicabili alle diverse specie di controversie.

La stessa distinzione tra sezioni “specializzate” nel contenzioso amministrativo della giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa “speciale”, che continua ancora oggi nella dottrina a contrassegnare la differenza tra diverse esperienze giuridiche (per esempio, tra l'ordinamento spagnolo e quello italiano, tedesco o francese), altro non sarebbe che espressione di una semplice minore o maggiore autonomia organizzativa delle strutture giudiziarie che si occupano di controversie amministrative rispetto a quelle competenti per le liti civili o penali o lavoristiche, sottolineando sempre meno una diversità, sul piano funzionale, di poteri istruttori e decisorii e, sul piano strutturale, di

---

giurisdizione amministrativa è esercitata dai tribunali amministrativi [...] » e che la *Generalklausel* del § 40, comma 1, *VwGO* precisa che «la giurisdizione amministrativa è data in tutte le controversie di diritto pubblico non costituzionale, in quanto le controversie non siano espressamente assegnate con legge federale ad altro Tribunale».

<sup>51</sup> Così la Corte Costituzionale italiana ha definito il giudice amministrativo nella sentenza n. 191/2006.

<sup>52</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma?*, traduzione a cura di S.R. MASERA, ed. Giuffrè, Milano 2007.

<sup>53</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa.*, cit., 77-78.

autonomia e indipendenza dei magistrati del contenzioso amministrativo dal potere esecutivo.

In altri termini, quella “specialità” della giurisdizione amministrativa che, negli ordinamenti dualistici, ha tradizionalmente designato una giustizia interna alla pubblica amministrazione, esercitata da organi in qualche modo legati o “vicini” all’autorità amministrativa e con poteri istruttori e decisorii limitati rispetto a quelli del giudice delle controversie interpretativistiche, sembra sempre di più coincidere con l’idea di una “specializzazione” dell’ufficio giurisdizionale, atteso che, nelle diverse esperienze giuridiche europee, i vecchi legami del giudice amministrativo con l’esecutivo sono sempre più attenuati e le modalità di cognizione dei fatti e la gamma delle decisioni adottabili nel processo amministrativo sono sempre più simili a quelle del giudizio civile, le ovvie diversità che restano potendosi spiegare più in termini di competenza e di specializzazione in relazione al peculiare tipo di controversie, che in termini di assoluta alterità dello *jus dicere*.

In particolare, sotto il profilo funzionale, non si può non osservare che l’omologazione degli istituti della giurisdizione amministrativa a quelli della giurisdizione ordinaria è figlia dell’evoluzione del processo amministrativo da giudizio di legalità dell’atto amministrativo con funzione di diritto oggettivo, e cioè di protezione dell’ordinamento, in contesa tra parti per la tutela giurisdizionale di una pretesa sostanziale del soggetto, di un “diritto soggettivo” nascente da un rapporto giuridico intercorrente tra la persona e la pubblica amministrazione, e cioè, in definitiva, in mezzo di tutela del soggetto, com’è il giudizio civile. Ed è proprio a causa di questa comunanza della funzione subiettiva di protezione delle posizioni giuridiche della persona, che il processo amministrativo diventa sempre più simile al processo civile, di cui, non a caso, tende oggi a ricalcare la varietà delle azioni (dichiarativa, costitutiva, di condanna, cautelare ed esecutiva) e spesso anche il principio di atipicità delle azioni di cognizione. E questa omologazione al processo civile emerge plasticamente anche dall’esigenza di codificazione del processo amministrativo, che è stata recentemente soddisfatta in alcuni importanti paesi europei (si pensi alla Spagna, alla Francia e all’Italia, ma, per certi versi, alla stessa Inghilterra).

Sul piano organizzativo è consequenziale che un giudizio siffatto, volto non più soltanto a verificare la legalità del provvedimento e la rispondenza dello stesso al fine di interesse pubblico, ma anche a proteggere i diritti del singolo amministrato derivanti da un rapporto giuridico con l’amministrazione, debba essere svolto da un giudice veramente terzo rispetto alle parti in causa e, come tale, indipendente anche dalla parte pubblica.

Un’ultima considerazione.

A riguardo di questa asserita convergenza dei vari sistemi europei di giustizia amministrativa verso una *giurisdizione amministrativa specializzata e generale, piena, effettiva e indipendente, come quella ordinaria*, vorrei, tuttavia, precisare che a me pare trattarsi, da un lato, di un percorso ancora in svolgimento e di là dal compimento (e per questo ho scelto di usare spesso nel costrutto sintattico la perifrasi progressiva), e dall’altro, di un percorso in atto con

modalità e tempistiche diverse da paese a paese, frutto in ciascuno di essi, in parte, di un'autonoma evoluzione determinata da fattori autoctoni, in parte maggiore, dell'europeizzazione dei processi amministrativi nazionali indotta dall'integrazione europea.

E però, nonostante l'autoctonia di taluni di questi fattori, mi pare di poter notare che la maggior parte di essi siano comuni ai diversi Stati europei, perché identiche sono le esigenze, che li determinano, di una protezione pienamente soddisfattiva ed efficace delle posizioni giuridiche soggettive delle persone nei confronti dei poteri autoritativi delle pubbliche amministrazioni ed è proprio su alcune comuni cause, soprattutto sovranazionali, di questi percorsi di convergenza, che vorrei soffermarmi nei paragrafi che seguono.

## **2. Le cause dell'emersione in Europa di questa nuova forma omogenea di giurisdizione amministrativa specializzata e "ordinaria".**

Le ragioni che stanno conducendo alla configurazione, nei più importanti Paesi europei, di questa nuova forma omogenea di giurisdizione amministrativa, specializzata nella cognizione delle controversie amministrative e "ordinaria" per la pienezza dei poteri, per l'effettività della tutela e per l'indipendenza dei suoi organi, mi sembrano molteplici.

Quelle comuni alle varie esperienze nazionali che mi sembrano essere le più rilevanti sono: l'attribuzione al cittadino, da parte dei moderni ordinamenti democratici, della titolarità di veri e propri diritti nei confronti della pubblica amministrazione che, per non restare una proclamazione astratta, necessita di una protezione giurisdizionale piena, effettiva e imparziale; l'espansione della sfera di azione della pubblica amministrazione, che evidentemente reclama un giudice-controllore più "forte"; la crisi del principio di legalità e il conseguente ampliamento dell'area della discrezionalità amministrativa, che richiede forme professionali e incisive di sindacato; una più generale accresciuta necessità di specializzazione nella cognizione delle controversie amministrative; la regolazione comunitaria dell'affidamento dei contratti pubblici, che ha fatto del giudice amministrativo nazionale il garante, con pieni poteri, del diritto soggettivo di libera concorrenza e dell'interesse pubblico ad un'efficiente economia di mercato; il diffondersi di moduli consensuali di esercizio della funzione pubblica, per il controllo della conformità al diritto dei quali occorre una giurisdizione più ampia e "piena", nella quale si mescolino le competenze e i poteri della giurisdizione civile e quelli della giurisdizione amministrativa; l'influenza omogeneizzante dell'ordinamento comunitario e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sui processi amministrativi nazionali.

Cercherò di illustrare ciascuno di questi fattori nei paragrafi che seguono.

## **3. L'attribuzione al cittadino, da parte degli ordinamenti democratici, della titolarità di veri e propri diritti nei confronti della pubblica amministrazione.**

Una prima causa di emersione in Europa di una giurisdizione amministrativa piena e "ordinaria" è ravvisabile, a mio avviso, nella centralità della persona, con

i suoi diritti e le sue libertà, che si è sempre più imposta dal secondo dopoguerra in poi nel nostro continente in reazione ai totalitarismi e nazionalismi che l'avevano calpestata.

Questa centralità dell'individuo, di cui sono causa ed effetto le Costituzioni democratiche europee della seconda metà del XX secolo che quei diritti e quelle libertà riconoscono e attribuiscono, e di cui è sicuro corollario "politico" l'universalizzazione del suffragio universale, viene declinata anche nel senso di mettere l'amministrazione pubblica al servizio del cittadino, facendo di quest'ultimo il titolare di veri e propri diritti nei confronti dell'apparato pubblico, che viene a perdere gran parte della sua originaria immagine autoritaria.

In Francia, la Costituzione del 1946 proclama nel preambolo un catalogo di diritti fondamentali dell'uomo, rinviando, come quella vigente del 1958, alla Dichiarazione del 1789, e dunque ad una delle più alte e dirompenti manifestazioni dell'ansia di emancipazione dell'uomo e del cittadino; e il *Conseil Constitutionnel* (23 gennaio 1987, n. 86-224) ha innalzato a *bloc de constitutionnalité*, con conseguente inderogabilità da parte del legislatore ordinario, il principio di generale impugnabilità degli atti amministrativi.

In Germania, la Legge fondamentale del 1948 afferma, all'art. 1, il primato dei diritti fondamentali che «vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritti direttamente applicabili», e, all'art. 19, che «chiunque è leso nei suoi diritti dal potere pubblico può adire l'autorità giudiziaria», restringendo l'area degli atti immuni da sindacato, anche di quelli connotati da un tasso di "politicalità". E la legge sul procedimento amministrativo del 1976 protegge, in modo ampiamente garantistico, la posizione del cittadino nei confronti di qualunque episodio di esercizio di potere amministrativo.

In Italia, la Costituzione repubblicana del 1948, all'art. 2, «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo» con la forza che deriva dal concepirli quasi come diritti naturali e, come tali, preesistenti all'ordinamento positivo, e, all'art. 113, proclama la generale giustiziabilità degli atti amministrativi, senza esclusione o limitazione «a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti». E la legge sul procedimento amministrativo del 1990 cerca di introdurre le prime basilari forme di democrazia amministrativa.

In Spagna, la Costituzione del 1978 dichiara i diritti inviolabili della persona come «fondamento dell'ordine politico e della pace sociale» e definisce uno statuto della pubblica amministrazione e dei diritti del cittadino verso quest'ultima, al quale viene data attuazione con la legge sul procedimento del 1992. L'art. 106 della Carta fondamentale si premura di attribuire ai tribunali non solo la funzione di «controllare la potestà regolamentare e la legalità dell'azione amministrativa», ma anche quella di verificare «la corrispondenza di questa ai fini che la giustificano». Il legislatore del contenzioso amministrativo del 1998, memore dell'abuso, da parte del regime franchista, della dottrina dell'insindacabilità degli atti politici, li include espressamente tra quelli annullabili dal giudice.

Persino il Regno Unito, Stato notoriamente refrattario alle Carte costituzionali e alla proclamazione scritta dei diritti, adotta nel 1998 lo *Human*

*Rights Act* nel quale è fatto esplicito divieto alle autorità pubbliche di esercitare i propri poteri in contrasto con i diritti fondamentali ivi garantiti e codificati sulla falsariga della “Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”.

Ebbene, questo «riconoscimento di un catalogo sempre più esteso di diritti dei cittadini nei confronti dell’amministrazione», se, da un lato, «accresce il tasso di garantismo dei diritti amministrativi nazionali, rendendo sempre più sbiadita l’originaria immagine autoritativa, e introduce, sebbene in modo ancora difforme, la democrazia nell’amministrazione»<sup>54</sup>, dall’altro, reclama un giudice che questo garantismo e questa democrazia nell’amministrazione assicurino in modo pieno ed effettivo, senza quelle ben note limitazioni processuali dei poteri cognitori e decisorii, caratteristiche di un’epoca e funzionali ad un’ideologia nelle quali si predicava la supremazia dell’amministrazione pubblica sul cittadino, considerato come suddito, perché ora la prospettiva è ribaltata: è l’amministrazione ad essere “suddita” del cittadino.

E questo giudice viene generalmente individuato nel “collaudato” giudice amministrativo della tradizione continentale, “rivitalizzato” e “rinvigorito” con nuovi e più estesi poteri, omologhi a quelli del giudice ordinario, e reso più “liberale” e “democratico”, per essere “sentito” dai cittadini come più affidabile, con la riconduzione del suo *status* nell’alveo del potere giurisdizionale “ordinario”.

Il giudice amministrativo del XXI secolo diventa allora il garante della democrazia nell’amministrazione e il difensore dei nuovi diritti democratici del cittadino nei confronti dei poteri pubblici.

#### **4. L’espansione della sfera di azione della pubblica amministrazione.**

Una seconda ragione dell’emersione, in Europa, di questa nuova forte figura di giudice generale della legittimità dell’azione amministrativa credo possa essere ravvisata nell’espansione della sfera di azione della pubblica amministrazione, che sembra caratterizzare oggi tutti i paesi più avanzati.

È osservazione condivisa che nel XX secolo, soprattutto dopo la seconda guerra mondiale, il numero e le dimensioni degli enti pubblici e il relativo campo di azione sono andati via via aumentando ed oggi hanno conquistato uno spazio amplissimo nella società e nell’economia.

La crescita dell’amministrazione pubblica è un fenomeno legato al moltiplicarsi delle esigenze che lo Stato è chiamato a soddisfare, a causa sia delle richieste avanzate da classi sociali prima relegate al margine della società, sia dello sviluppo dell’economia e della società con forme e in direzioni tali da richiedere un maggiore intervento pubblico.

Dall’idea “liberale” ottocentesca di un’amministrazione pubblica esercente le sole funzioni “sovrane” di ordine pubblico, di difesa militare dagli attacchi esterni e di amministrazione della giustizia, si è passati alla concezione “sociale” novecentesca di un’amministrazione pubblica erogatrice di servizi al cittadino e

---

<sup>54</sup> G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, cit., 35.

il novero di questi servizi è andato progressivamente crescendo: dall'istruzione scolastica di base, dalla corrispondenza postale e dalla somministrazione di acqua, elettricità e gas si è passati alla tutela previdenziale contro gli infortuni sul lavoro, contro la vecchiaia, contro l'inabilità e contro la disoccupazione, alle cure sanitarie, alla tutela della maternità, alla costruzione di infrastrutture, all'organizzazione dei trasporti pubblici, all'istruzione scolastica dei gradi più alti. Col consolidarsi dell'idea di *Welfare State*, questi servizi pubblici sono stati considerati talmente essenziali e "dovuti" dall'amministrazione pubblica, che la vecchia distinzione di matrice liberale tra "funzioni" e "servizi" è venuta meno e si sono cominciati a definire i servizi pubblici come "funzioni": come "funzioni di benessere". E i nuovi "beni" della salute e dell'ambiente hanno stimolato l'ampliamento dei poteri autorizzatori e conformativi degli enti pubblici.

Negli ultimi decenni del Novecento, poi, sull'esempio delle *Independent Agencies* americane, l'amministrazione pubblica ha assunto anche compiti di vigilanza e di regolazione dei mercati e di garanzia dei diritti fondamentali del cittadino, del consumatore e dell'utente, e col moltiplicarsi delle "Autorità amministrative indipendenti", persone fisiche e giuridiche sono divenute destinatarie di nuove tipologie di atti e provvedimenti amministrativi.

Inoltre, l'attuazione dei principi delle autonomie locali e del decentramento e l'integrazione europea hanno determinato negli stati del nostro continente una politica di devoluzione della titolarità delle funzioni amministrative verso il basso e verso l'alto. Spesso, però, questa devoluzione non ha comportato la sostituzione, sibbene l'aggiunta dei livelli di governo e, conseguentemente, anche la crescita dei procedimenti, degli atti e dei provvedimenti amministrativi.

Insomma, l'azione della pubblica amministrazione, nonostante i ricorrenti tentativi di ridimensionamento posti in essere dalle periodiche ventate di *deregulation*, è diventata sempre più invasiva e onnipresente. Si svolge in tutti i settori della vita delle persone e con forme e strumenti molteplici, variegati e complessi; non c'è persona che non abbia a che fare quotidianamente con un atto amministrativo. E nonostante l'adesione ad un modello di azione amministrativa più partecipata, convenzionale e di "regolazione", l'amministrazione continua a presentarsi, anche in questi nuovi moduli, nella sua tradizionale veste di "autorità", dotata di poteri imperativi, unilaterali ed esecutivi.

Questi poteri "speciali" richiedono più ancora del passato - visto l'incremento degli ambiti, della multiformità, della complessità e del numero delle manifestazioni del loro esercizio - meccanismi e tecniche di protezione adeguate del privato.

Se nel passato poteva valere il principio secondo cui "a poteri speciali dell'amministrazione debbono corrispondere tecniche di protezione del cittadino speciali", oggi ne deve valere un altro: "a poteri speciali dell'amministrazione accresciuti nel numero, nella varietà e nella complessità, debbono corrispondere tecniche di protezione del cittadino ancor più speciali ed estese". In altre parole, non può non espandersi lo spazio e l'efficacia del giudizio amministrativo quale contraltare dell'espansione della sfera e dell'invasività della pubblica

amministrazione. E, per conseguenza, anche l'ambito e i poteri del giudice che sovrintende a questo giudizio amministrativo.

In verità, astrattamente, per assicurare la tutela del privato nei confronti di quest'azione sempre più ampia ed invasiva della pubblica amministrazione, sarebbero possibili due soluzioni: o ricondurre la protezione giurisdizionale nell'ambito delle forme della tutela giurisdizionale ordinaria oppure conservare o, dove non ci sono, introdurre meccanismi di protezione differenziata, governati da un giudice specializzato.

Ebbene, tra le due opzioni, gli odierni ordinamenti europei propendono decisamente per la seconda, ritenendo che forme di tutela speciali assicurate da un giudice speciale o specializzato siano maggiormente in grado di assicurare il rispetto del diritto "speciale", purché queste forme differenziate di protezione siano variegate e complete come i rimedi del processo ordinario e il giudice assicuri la stessa imparzialità ed abbia la stessa indipendenza del giudice ordinario, perché le vecchie limitazioni funzionali e ordinamentali della giurisdizione amministrativa non sarebbero in grado di arginare l'invasività della nuova sfera di azione della pubblica amministrazione e di assicurare piena ed efficace soddisfazione ai diritti e agli interessi degli amministrati, e sarebbero incompatibili con le odierne sensibilità democratiche.

## **5. La crisi del principio di legalità e l'ampliamento dello spazio della discrezionalità amministrativa.**

La dottrina<sup>55</sup> ha da tempo messo in luce la crisi del principio di legalità dell'attività amministrativa sotto almeno due profili.

Innanzitutto, la pubblica amministrazione è sottoposta nel suo operare non più soltanto alla legge, ma anche alle norme costituzionali e alle norme comunitarie; ha, per esempio, il dovere, in un giudizio in cui è parte, di eccepire la questione di legittimità costituzionale di una norma di legge sospetta d'incostituzionalità e d'invocare la disapplicazione della norma di legge interna incompatibile con la norma comunitaria. Il vincolo alla legge, dunque, non è più assoluto.

In secondo luogo, e per quanto maggiormente c'interessa in questa sede, si osserva che la complessità della società moderna impone che la legge, tradizionalmente chiamata anche a predeterminare parte delle modalità dell'operato dell'amministrazione, si esprima sempre più frequentemente con programmi di scopo e regole di principio, lasciando alla più ampia discrezionalità dell'amministrazione il compito di adottare il precetto concreto e, sempre più spesso, addirittura di stabilire, mediante un'attività di normazione o di programmazione, gli interessi pubblici astratti da perseguire.

In questo contesto, si potrebbe osservare che la legge recede e si amplia lo spazio della discrezionalità amministrativa.

---

<sup>55</sup> G. BERTI, *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2/1996, 275; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, ed. ESI, Napoli 1997, 106 ss.; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, ed. Laterza, Roma-Bari 2002, 74 ss.; S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2003, 220 ss.

La legge formale perde la sua originaria funzione di garanzia dei diritti dei cittadini contro i possibili abusi dell'autorità amministrativa e al vuoto di protezione supplisce una nuova nozione di legalità, la "legalità sostanziale" o, secondo una più efficace espressione francese, la *règle de droit*.

Alla stregua del principio di legalità sostanziale, la discrezionalità amministrativa è controllabile secondo i parametri giuridici e oggettivi di razionalità, di correttezza, di ragionevolezza, di imparzialità, di proporzionalità e di coerenza tra mezzi impiegati e fini pubblici da perseguire. È una legalità che si potrebbe anche definire "intrinseca" perché comporta una valutazione che entra all'interno della scelta amministrativa e che si distingue da quella che afferisce alla verifica della competenza dell'organo amministrativo e del rispetto di un parametro normativo ben definito, che si potrebbe, per converso, qualificare come "legalità estrinseca".

L'esperienza storico-comparativa - lo si è rilevato nel precedente capitolo - mostra la difficoltà del giudice ordinario e dei meccanismi del processo civile ad espletare il primo e più profondo tipo di controllo e, per contro, evidenzia la maggiore predisposizione del giudice speciale per le controversie amministrative e l'efficacia e l'incisività delle peculiari tecniche del giudizio amministrativo.

È dunque un ovvio sillogismo constatare che la moderna crisi del principio di legalità e la conseguente estensione dell'area della discrezionalità amministrativa esaltano il ruolo della giurisdizione amministrativa.

Ma, a differenza che nei tempi passati, i cittadini non si accontentano più che l'attività amministrativa di concretizzazione del precetto astratto nell'ambito delle varie scelte possibili venga "imbrigliata" soltanto con il vecchio strumento dell'azione di annullamento, che spesso, come quando si risolve in una doppia negazione (e cioè quando si annulla un diniego), non giova al ricorrente. Essi esigono, invece, che le loro pretese al rispetto delle regole di diritto vengano assicurate in modo pieno e con un giudizio di "spettanza"<sup>56</sup>; pretendono che il processo amministrativo si doti di più ampi mezzi istruttori, che consentano al giudice di accedere al fatto e di entrare nel rapporto controverso; reclamano un giudizio amministrativo che possa sfociare in pronunce decisorie in grado di tutelare la pretesa sostanziale, oltre che in chiave demolitoria, anche in chiave conformativa e risarcitoria; addirittura, in alcuni casi, in presenza di determinati presupposti e a determinate condizioni, in direzione "ordinatoria", attenuando, dunque, la rigidità del principio della separazione tra potere giudiziario e potere esecutivo, l'idea che il giudice amministrativo possa ordinare ad una pubblica autorità di adottare un determinato provvedimento.

Si può allora ritenere che l'arretramento della legge a favore dell'avanzamento dell'area della discrezionalità amministrativa, prodotto dalla crisi del principio di legalità, nella misura in cui necessita che il vuoto di garanzia dei cittadini sia riempito da una giurisdizione amministrativa titolare di poteri pieni e soddisfattivi, contribuisce a costruire una nuova forma di processo

---

<sup>56</sup> A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, ed. CEDAM, Padova, I, 2000; II, 2001. D. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287 ss.



amministrativo e una nuova figura di giudice amministrativo: si potrebbe dire, in entrambi i casi, pieno e “ordinario”.

## **6. L'accresciuta necessità di una forte specializzazione per la cognizione delle controversie amministrative.**

Un'ulteriore ragione di consolidamento, nei Paesi europei, di questa nuova robusta figura di giudice amministrativo specializzato e “ordinario” è, a mio avviso, individuabile nell'esigenza di una forte, maggiore che in passato, specializzazione nella cognizione delle controversie tra privato e pubblica amministrazione, da risolvere, a differenza che in passato, con poteri di “piena giurisdizione”. E ciò non soltanto per il notevole aumento delle occasioni di “contatto” e per l'estrema varietà di rapporti tra cittadino e amministrazione, dovuti, come ricordato, all'espandersi degli ambiti e al diversificarsi delle forme di azione della pubblica amministrazione, ma anche e soprattutto per il progressivo “tecnicizzarsi” delle modalità di quest'azione, il quale richiede un sindacato giurisdizionale oltremodo specializzato che solo un giudice speciale o ordinario altamente specializzato è in grado di assicurare.

L'argomento che giustifica l'esistenza di un giudice speciale amministrativo sulla base dell'esigenza di opportunità tecnica e cioè «che le liti contro la pubblica amministrazione siano decise da un giudice tecnicamente più idoneo, per specializzata preparazione, a comprenderle e risolverle»<sup>57</sup> è, com'è noto, tutt'altro che nuovo<sup>58</sup>. E tuttavia mi pare di poter osservare che nel contesto attuale esso assuma nuova linfa.

Parlando della crisi del principio di legalità, si è notato come la legge si esprima sempre più spesso con programmi di scopo e regole di principio, lasciando all'atto amministrativo margini di discrezionalità assai più ampi che in passato.

Si deve ora aggiungere che questa retrocessione della legge non produce soltanto l'avanzamento dello spazio della discrezionalità amministrativa, ma anche l'ampliamento dell'area delle valutazioni tecniche che, a ben vedere, razionalizzano e quindi restringono la libertà di scelta di mezzi e modi di cura dell'interesse pubblico.

Infatti, nell'era attuale del dominio della scienza<sup>59</sup>, della tecnica e della specializzazione, molte scelte amministrative finalizzate al raggiungimento del risultato sono pervase dalla tecnica, la valutazione ponderativa degli interessi è sempre più “tecnicizzata”, è il frutto di apprezzamenti fondati sull'utilizzo di cognizioni specialistiche, e il piano dell'opinabilità e il piano dell'opportunità finiscono per contaminarsi reciprocamente<sup>60</sup>.

Da un lato, gli atti amministrativi sono spesso espressione di “discrezionalità tecnica”, perché emanati all'esito di valutazioni tecniche con le quali, in sede

---

<sup>57</sup> Così NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 23.

<sup>58</sup> Come abbiamo visto alla nota n. 6, vi aveva fatto riferimento, tra gli altri, più di un secolo fa, CAMMEO.

<sup>59</sup> Da intendersi non come “scienza esatta” o “deterministica”, ma, in senso epistemologico o gnoseologico, come “disciplina”, come “branca del sapere”.

<sup>60</sup> F. CINTIOLI, (voce) *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Annali II-2, 2008, 484 ss.

istruttoria, sono stati accertati fatti complessi conoscibili soltanto mediante l'utilizzo di scienze non esatte.

Dall'altro lato, però, e in più, capita anche - sempre più spesso - che la "discrezionalità volitiva" e la "discrezionalità cognitiva" si fondano tra loro, originando la c.d. "discrezionalità mista", perché all'acquisizione di fatti complessi, in sede istruttoria, mediante l'utilizzo di cognizioni tratte da scienze non deterministiche e caratterizzate da un certo margine di opinabilità, si accompagna, in fase decisoria, non già una determinazione vincolata, bensì la scelta discrezionale del provvedimento ritenuto più adeguato; e questi due momenti, ancorché logicamente separati, sono spesso talmente intrecciati tra loro, da essere, il più delle volte, di fatto, indistinguibili.

Si pensi, ad esempio, alla materia della pianificazione urbanistica e territoriale. Stabilire la cubatura da riservare all'edilizia abitativa nelle diverse zone e l'estensione delle aree da destinare all'industria e al commercio, all'agricoltura, al verde, e determinare dove, quali e quante opere costruire di urbanizzazione primaria (strade e piazze, fognature e rete di fornitura dei servizi pubblici essenziali) e di urbanizzazione secondaria (scuole, ospedali, chiese, giardini pubblici, mercati, edifici pubblici, etc.), è esercizio di valutazione ponderativa di interessi pubblici, collettivi e privati, che viene compiuta sulla scorta di calcoli ingegneristici, di valutazioni geologiche, di programmazioni architettoniche, di piani sanitari, di prospettive industriali e che si basa su proiezioni demografiche, statistiche ed economiche dei lustri successivi; domina, insomma, il ricorso all'utilizzo delle scienze non esatte. Ma gli amministratori locali possono discrezionalmente scegliere a quale, tra i diversi dati tecnici acquisibili e acquisiti, attribuire maggior peso. Le scelte urbanistiche e territoriali determinate dalle suddette valutazioni tecniche possono essere, nell'arco di un'ampia gamma di opzioni percorribili, le più diverse; possono essere pure effettuate per stimolare la crescita economica di un determinato insediamento o per favorire lo spopolamento o il popolamento di una certa zona, e cioè per agire con effetto causale sull' "economia" e sulla "demografia"; possono (o, meglio, dovrebbero) essere orientate da obiettivi di salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio. Scelte amministrative e valutazioni tecniche, discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica sono nella realtà della pianificazione urbanistica e territoriale di tutti i Paesi talmente mescolate ed amalgamate, da essere di fatto inseparabili e indistinguibili.

O si pensi ancora al modello delle *Authorities* che, pur caratterizzate da una forte *expertise*, operano non solo sulla base di cognizioni specialistiche tratte da scienze non deterministiche, ma spesso esercitando poteri di vera e propria discrezionalità amministrativa.

Ad esempio, come ricorda un'autorevole dottrina con riferimento all'esperienza italiana, ma con una riflessione che a me sembra valere anche fuori dei nostri confini nazionali, «le valutazioni che la legge affida all'Autorità *antitrust* sulle intese o sulle operazioni di concentrazione escludono che la legge sia in grado di prefigurare comportamenti intrinsecamente anticompetitivi ed implicano che l'Autorità operi una valutazione prognostica

sulla compatibilità di una determinata condotta con un modello di mercato che lo stesso organismo contribuisce a definire con i propri provvedimenti. [...] La determinazione, affidata all'Autorità garante, del "mercato rilevante", attraverso la fissazione di soglie di mercato o attraverso caratteristiche merceologiche o riferimenti geografici, implica, a ben vedere, un'attività di scelta, e quindi discrezionale, se non addirittura normativa. Senza contare il carattere discrezionale dell'autorizzazione in deroga *ex art.* 4 l. n. 287 del 1990. Da ciò deriva, come ci ricordano gli stessi economisti, che la politica della concorrenza è diversa nei singoli Paesi e muta nel tempo al loro interno»<sup>61</sup>.

E, sempre a mo' di esempio ricavabile dalla disciplina giuridica italiana, discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica si legano assai strettamente pure nella determinazione delle tariffe di gas, energia elettrica ed acqua, da parte della relativa *Authority*, la quale, con l'obiettivo di tutelare i privati e le imprese utenti senza penalizzare i produttori, e dunque nell'ambito di una valutazione ponderativa degli interessi contrapposti che può avere anche l'obiettivo di rendere più efficiente ed economico il "sistema-Paese", sceglie discrezionalmente gli indicatori tecnici di riferimento per le deliberazioni tariffarie.

Si deve poi riflettere sulla circostanza che l'odierna consapevolezza della limitatezza delle risorse pubbliche costringe la pubblica amministrazione a rispettare *standards* di economicità, di efficacia e di efficienza; in particolare, secondo un approccio aziendalista, a massimizzare i suoi "fattori produttivi". La presa di coscienza, da parte dei cittadini-contribuenti, del diritto a servizi pubblici soddisfacenti introduce negli uffici pubblici l'obbligo di piani di programmazione, di proficua allocazione di risorse, di monitoraggio delle prestazioni e di misurazione e valutazione della *performance*. L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni viene dovunque sempre più a strutturarsi sulle diverse *expertises* necessarie (contabili, informatiche, ingegneristiche,

---

<sup>61</sup> Così scrivono F. MERUSI e M. PASSARO, (voce) *Autorità indipendenti*, in *Enc. Dir.*, agg. VI, 2002, § 17, dopo aver ricordato che «molte delle valutazioni delle autorità indipendenti si muovono in un ambito nel quale non è estranea una scelta che implica ponderazione comparativa di interessi, se non giudizi di valore. Ad esempio, come anzidetto, la Commissione sullo sciopero, specie con la l. n. 83 del 2000, vanta un pervasivo potere di riequilibrio e di mediazione dei rapporti giuridici e degli interessi dei terzi coinvolti nell'esercizio del diritto di sciopero e, in genere, delle asimmetrie esistenti nel mercato del lavoro», per poi aggiungere: «Si pensi infine anche alla vigilanza regolamentare o alla vigilanza ispettiva della Banca d'Italia (art. 53 e 54 d.lg. n. 385 del 1993), che consentono, da un lato, l'emanazione di disposizioni di carattere generale sull'adeguatezza patrimoniale, sul contenimento del rischio, sulle partecipazioni detenibili e sull'organizzazione amministrativa delle banche - disposizioni che possono attribuire poteri di autorizzazione della Banca d'Italia su determinate operazioni - e, dall'altro, l'effettuazione di ispezioni presso le banche e la richiesta di esibizione di documenti e di atti. Tutti questi esempi dimostrano come l'attività di regolazione o di aggiudicazione, quella tipica delle autorità indipendenti, investa sempre un potenziale conflitto tra un interesse pubblico (libertà di sciopero, concorrenza, tutela del risparmio) ed altri interessi pubblici (vita, salute, libertà di circolazione) o privati (quelli propri degli operatori economici, dei consumatori, degli utenti), la cui soluzione o mediazione, in via regolamentare o decisoria, implica necessariamente quella ponderazione comparativa tra gli interessi coinvolti che è il connotato precipuo della discrezionalità amministrativa. In conclusione, sia per la necessità di rendere operative norme costituite in prevalenza da principi, sia per la capacità di mediare i vari interessi pubblici o privati coinvolti nella loro azione, non vi è contraddizione tra l'attività delle autorità indipendenti e la discrezionalità.»

economiche, statistiche, sanitarie, etc.) e sul riparto di competenze. La società moderna dell'efficienza e delle specializzazioni esige un'amministrazione pubblica specularmente efficiente e specializzata.

Orbene, questo nuovo modo di curare l'interesse pubblico, nel quale diritto e tecnica si toccano, amministrazione e specializzazione si fondono, e opinabilità e opportunità si mescolano, e che nell'odierna era della tecnocrazia contraddistingue non solo le "Autorità amministrative indipendenti", ma tendenzialmente tutti gli enti pubblici dei Paesi occidentali, andando di pari passo con la richiesta di una sempre maggiore competenza e specializzazione di funzionari e dirigenti amministrativi, impone che la giurisdizione amministrativa, ai fini del controllo di legittimità sull'operato delle autorità pubbliche, sia composta da magistrati specializzati non solo in diritto amministrativo, ma anche nelle discipline extragiuridiche utilizzate con più frequenza dalle amministrazioni, sia dotata della possibilità di accedere pienamente e direttamente ai fatti complessi rilevanti di causa ed abbia altresì la capacità di valutarli compiutamente e autonomamente. Impone, insomma, che sia strutturata come una giurisdizione piena e specializzata in grado di scrutinare nel profondo il rapporto giuridico al quale questi presupposti fattuali tecnici danno origine.

Come in ogni processo (civile, penale, contabile, tributario, militare, ecc.), anche in quello amministrativo il giudice può oggi finalmente, tendenzialmente sotto tutte le latitudini europee, avvalersi della consulenza tecnica per conoscere e valutare quei fatti rilevanti di causa che richiedano la padronanza di particolari cognizioni specialistiche che egli non possiede<sup>62</sup>. Va da sé, però, che, da un lato, non può rivolgersi ad un perito per ogni nozione extragiuridica che deve adoperare e, dall'altro, che se è chiamato a giudicare su questioni tecniche su cui è del tutto incompetente e se la causa si esaurisce quasi totalmente nella soluzione di tali problemi, si potrebbe affermare che il vero giudice rischia di diventare il consulente.

Se, dunque, nel sindacato di legittimità sugli atti amministrativi sempre più pervasi di tecnicità, non vuole abdicare completamente alla sua funzione, "cedendola" al consulente, il giudice amministrativo è chiamato egli stesso a diventare un buon conoscitore delle principali discipline specialistiche utilizzate dalle pubbliche amministrazioni, e cioè a "specializzarsi" un po', per esempio, in urbanistica ed edilizia, in gestione dei servizi pubblici, in capitolati tecnici di lavori pubblici, in *project financing*, in *public private partnership*, in società a capitale misto (pubblico e privato), in economia della concorrenza e del mercato, in comunicazioni televisive, radiofoniche ed elettroniche, in reti, distribuzione e mercato del gas e dell'energia elettrica, in mercato del credito e della finanza. Tanto più se si tiene presente che essendo sovente gli atti amministrativi impugnati espressione di discrezionalità tecnico-amministrativa, il sindacato giurisdizionale non può essere svolto da un giudice che si avvale meccanicamente e asetticamente della consulenza di un esperto, ma dev'essere

---

<sup>62</sup> E in linea di principio, neppure il giudice amministrativo è vincolato dai pareri espressi dal consulente, ma li valuta liberamente col proprio criterio, giacché, secondo un'antica massima, egli rimane il *peritus peritorum*.

espletato da un giudice specializzato nel controllo della “discrezionalità volitiva” avviluppata ad un complesso di valutazioni tecniche, e cioè da un giudice in grado di padroneggiare, al contempo, sia la disciplina del diritto amministrativo che la singola disciplina specialistica extragiuridica passibile di “discrezionalità conoscitiva”, in modo da poter accertare pienamente, direttamente e autonomamente se l’apprezzamento tecnico della pubblica amministrazione abbia conformato con ragionevolezza e proporzionalità il provvedimento finale e se il provvedimento stesso sia conforme al paradigma normativo.

Insomma, in un contesto in cui discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, gestione pubblica ed *expertise* tendono sempre più spesso a sovrapporsi, in cui la cura concreta dell’interesse pubblico è sempre più “tecnicizzata” e “specializzata” e in cui dall’amministrazione pubblica si esige sempre di più efficienza e competenza, il giudice amministrativo, per poter sindacare il legittimo e corretto operato degli enti pubblici, deve padroneggiare le cognizioni specialistiche maggiormente utilizzate dagli stessi e dev’essere in grado di svolgere in pienezza e in profondità sul rapporto giuridico regolato dall’atto, un controllo che non è solo di ragionevolezza *tout court*, bensì di ragionevolezza “tecnica”.

Addirittura, come si avrà modo di osservare nel prosieguo di questo contributo, gli studi comparatistici mostrano che vi sono ordinamenti nei quali questo legame tra “tecnicità” dell’azione amministrativa, specializzazione nella cognizione delle controversie tra amministrazione e privato cittadino, e giustizia amministrativa, è stato talmente stringente da aver recentemente contribuito a far nascere una giurisdizione amministrativa in Paesi in cui essa non esisteva e persino attraverso un percorso inverso a quello sopra segnalato della specializzazione del giudice amministrativo in materie settoriali, perché ha portato a trasformare dei “tecnici” ferrati in particolari discipline specialistiche ma inesperti di diritto preposti alla decisione di ricorsi amministrativi, in giudici amministrativi specializzati<sup>63</sup>.

Sicché, concludendo, a me pare si possa ritenere che il dominio delle discipline specialistiche e della tecnica nei nuovi modi di operare dell’amministrazione pubblica rafforzi l’esigenza di una giurisdizione

---

<sup>63</sup> Penso ovviamente all’Inghilterra ove gli *Administrative Tribunals*, che hanno svolto un’attività di tutela amministrativo-contenziosa (*quasi-judicial* o “giustiziale”), risolvendo controversie tra amministrazioni pubbliche e cittadini, specialmente nei settori della sicurezza sociale, dell’edilizia e urbanistica, dell’immigrazione e dell’imposizione fiscale, sono composti in prevalenza da *laymen* e cioè da esperti dei singoli settori, ma privi di preparazione giuridica. Infatti, di solito un *Tribunal* è composto da un Presidente (*independent chairman*) esperto in materie giuridiche e da due componenti laici (*wing men*) esperti della materia devoluta alla sua cognizione. Nel corso del XX secolo, questi organi “giustiziali”, istituiti con appositi *statutes*, elaborano, secondo il principio dello *stare decisis*, un complesso di regole speciali e derogatorie alla *ordinary law of the realm* che finiscono per rendere evidente l’esistenza, anche nel Paese di *Dicey*, di una compiuta *administrative law* la quale finisce pian piano per esigere un processo amministrativo a sé stante e una giurisdizione amministrativa specializzata. Il primo viene introdotto con l’*application for judicial review of administrative action* (1977-1981); la seconda viene istituita sia con l’attribuzione del contenzioso amministrativo alla *Administrative Court* interna alla *Queen’s Bench Division* dell’*High Court* sia con la trasformazione degli *Administrative Tribunals* in veri e propri organi giurisdizionali (2007), con la conseguenza che i “tecnici” inesperti di diritto che compongono questi *Tribunals* sono stati trasformati in “giudici”: giudici amministrativi speciali o specializzati.

amministrativa, specializzata, oltre che nel diritto amministrativo, anche in queste discipline extragiuridiche e titolare, come quella ordinaria, di poteri pieni.

## **7. La regolazione comunitaria del mercato europeo dei contratti pubblici.**

Ad esaltare nei Paesi europei il ruolo istituzionale ed economico del giudice amministrativo e a trasformarlo in un giudice “ordinario” e “di piena giurisdizione” ha poi contribuito enormemente la regolazione comunitaria del mercato europeo dei contratti pubblici. Con essa, infatti, il giudice amministrativo degli Stati membri dell’Unione europea è divenuto, per una parte assai rilevante del mercato comune, il garante della libertà di concorrenza e dunque del diritto di libera iniziativa economica, tradizionalmente tutelati dal giudice ordinario.

Conviene premettere che nello strumentario a disposizione degli apparati pubblici, moderni e antichi, per il perseguimento dei loro fini istituzionali, cioè la cura degli interessi pubblici, è da molto tempo presente, accanto allo strumento del provvedimento unilaterale e autoritativo, la figura del contratto. Infatti, le pubbliche amministrazioni reperiscono di norma i beni, i lavori e i servizi strumentali alla loro azione o direttamente necessari a soddisfare le esigenze della collettività, mediante contratti stipulati con soggetti privati. Si può anzi aggiungere che gli enti pubblici, specialmente quelli degli ordinamenti democratici moderni, tendano, attenti alla ricerca del consenso, a privilegiare il modulo negoziale rispetto al volto sgradito dell’esercizio dell’autorità e dell’imposizione unilaterale, e ad instaurare una collaborazione proficua con i privati, soprattutto con gli operatori economici.

Le forme e le condizioni di ricorso e di utilizzo dei contratti tra privati e pubbliche amministrazioni variano da paese a paese in relazione ai diversi sistemi, tradizioni e culture. Tuttavia, pur con il necessario margine di approssimazione che è sempre insito nelle generalizzazioni, mi pare che nell’area della contrattualistica pubblica sia possibile distinguere un po’ in tutte le esperienze giuridiche la fase in cui la pubblica amministrazione sceglie il partner privato del contratto e quella in cui al contratto stesso viene data esecuzione. In entrambi questi momenti, l’essere uno dei contraenti un soggetto pubblico, come tale deputato alla cura di interessi generali, può determinare una diversione rispetto ai principi di autonomia e di eguaglianza tipici dei contratti tra privati e per entrambe queste fasi si registra in Europa una notevole varietà di configurazioni e di soluzioni.

### **7.1. La variegata disciplina nei diversi Paesi europei del rapporto giuridico nascente dal contratto pubblico.**

E così, con riferimento alla fase dell’adempimento del contratto, che è quella nella quale vengono in considerazione le prestazioni di dare, di fare o di non fare alle quali i contraenti si sono obbligati con l’accordo, la migliore manualistica di

diritto amministrativo comparato<sup>64</sup> evidenzia il differente atteggiarsi dei rapporti giuridici tra amministrazione e privato nelle diverse esperienze giuridiche dei Paesi europei.

Soltanto per cenni e a titolo esemplificativo, si può in questa sede ricordare che, in Francia, la giurisprudenza del *Conseil d'État* distingue ormai da quasi due secoli tra due tipologie di contratti in cui è parte una pubblica amministrazione: i contratti «*identiques à ceux des particuliers, tels qu'ils sont définis et réglés par le Code civil*», tali sono quelli di compravendita di immobili, di locazione, di prestazione d'opera e di assicurazione, per i quali «*c'est le droit privé qui s'applique au contrat, ce qui entraîne pour son contentieux la compétence judiciaire*»; e i contratti, caratterizzati dall'esecuzione di un *service public* oppure dal contenere clausole esorbitanti rispetto a quelle di diritto comune, che sono sottomessi «*à des règles différentes de celles qui régissent les contrats ordinaires et relèvent, pour leur contentieux, de la juridiction administrative*»<sup>65</sup>, tali sono gli appalti di lavori, servizi e forniture (*marchés publics*), i trasporti, le concessioni di servizio pubblico (*contrats de délégation de service public*), i contratti di debito pubblico, di *partenariat public-privé*, di *prestations intégrées* ou "in house", tutti chiamati *contrats administratifs*.

In questi «*le personne publique met en ouvre un certain nombre de prérogatives liées à la primauté de l'intérêt général dont elle a la garde, et qui la placent juridiquement, par rapport à son cocontractant, en position de supériorité*»: in particolare, l'amministrazione pubblica può, per motivi d'interesse generale, modificare unilateralmente parte del regolamento contrattuale, dare esecuzione essa stessa al contratto in caso d'inadempimento della controparte privata, sciogliere unilateralmente il vincolo contrattuale anche senza colpa della controparte (*résiliation sans faute*). È stato merito della giurisprudenza del *Conseil d'État* aver imposto al soggetto pubblico del rapporto, per queste ipotesi e più in generale per tutti i casi di turbamento dell'equilibrio finanziario del contratto (*bouleversement de l'économie du marché*), l'obbligo di corrispondere al privato una *indemnisation*.

Non si può, tuttavia, non osservare che nella Francia non solo del passato, ma anche di oggi<sup>66</sup>, nella fase dell'esecuzione dei *contrats administratifs*, il rapporto tra amministrazione e privato non è improntato alla parità di posizioni e che anzi si assiste ad una «*réapparition du procédé de la décision exécutoire e du*

---

<sup>64</sup> Nella quale attualmente un posto di primo piano mi sembra meriti A. MASSERA, *L'attività contrattuale*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, 175 ss, cit., del cui splendido studio mi sono in gran parte servito per comprendere l'argomento, per poter elaborare questo paragrafo e poter trovare i riferimenti bibliografici più conferenti ed utili.

<sup>65</sup> J. RIVERO, *Droit administratif*, ed. Dalloz, Paris 1987, 135 ss.

<sup>66</sup> Ed è lecito domandarsi se il diritto comunitario potrà a lungo tollerare questa disparità di posizioni, di matrice pubblicistica, nella fase dell'esecuzione del contratto, che potrebbe vanificare "a valle" l'obiettivo della libertà di competizione e della non discriminazione che si vuole assicurare "a monte" nell'affidamento del contratto pubblico. Più conforme allo spirito europeo sembra essere la soluzione tedesca e quella italiana che riconducono l'esercizio, nella fase dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali, di taluni poteri unilaterali speciali da parte del contraente pubblico, nell'ambito civilistico delle straordinarie sopravvenienze e rispettivamente delle speciali ipotesi di recesso o di risoluzione previste dalla legge.

*privilège du préalable, caractéristique de la puissance publique*»<sup>67</sup>. Ciò che storicamente sembra essere anche la conseguenza della devoluzione delle relative controversie ad un giudice – il *Conseil d'État* – “vicino” alla pubblica amministrazione e alle sue prerogative.

Il modello francese dei “contratti amministrativi” ha influenzato sia il sistema spagnolo che quello italiano, che pure, per molti aspetti, hanno saputo discostarsene.

Con particolare riferimento all'esperienza italiana, l'influenza francese è evidente nell'attribuzione al committente pubblico degli appalti di lavori, da parte degli allegati E e soprattutto F della legge del 20 marzo 1865, n. 2248 (c.d. leggi di unificazione amministrativa), di poteri d'intervento unilaterale sul rapporto contrattuale<sup>68</sup>, di cui si rinvencono tracce anche nel vigente codice dei contratti pubblici<sup>69</sup>. La deviazione rispetto ai cugini transalpini consiste nell'aver potuto la nostra giurisprudenza, anziché ambientare questi poteri nell'area del diritto pubblico, configurarli come espressione di un diritto civile speciale<sup>70</sup>, in tal modo temperandone notevolmente l'asprezza del carattere unilaterale, e ciò per almeno due ragioni. La prima è ravvisabile nella teoria della doppia personalità dello Stato, elaborata dalla nostra dottrina ottocentesca, secondo cui quando lo Stato contrae, assumendo diritti ed obblighi, lo fa con la capacità giuridica della “persona civile” e cioè con la personalità di diritto privato. La seconda è individuabile nell'abolizione dei giudici speciali del contenzioso amministrativo ai quali, nella legislazione piemontese, erano devolute le

---

<sup>67</sup> Così ancora RIVERO, *op. cit.*

<sup>68</sup> Art. 8, legge del 20 marzo 1865, n. 2248, all. E: «Nelle controversie intorno a contratti di lavoro o somministrazioni è riservata facoltà all'autorità amministrativa di provvedere anche ad economia, pendente il giudizio, ai lavori ed alle somministrazioni medesime, dichiarando l'urgenza con decreto motivato e senza pregiudizio dei diritti delle parti». Art. 337, legge del 20 marzo 1865, n. 2248, all. F: «I contratti in generale sono esecutori soltanto dopo l'approvazione dell'Autorità competente secondo le norme prescritte dalla legge di contabilità generale. Nei casi di urgenza il Ministero può autorizzare il cominciamento dei lavori immediatamente dopo il deliberamento. In tal caso il direttore delle opere terrà conto di tutto ciò che venisse predisposto o somministrato dal deliberatario del reintegro delle spese, quando il contratto non fosse approvato». Art. 340: «L'Amministrazione è in diritto di rescindere il contratto, quando l'appaltatore si renda colpevole di frode o di grave negligenza, e contravenga agli obblighi e alle condizioni stipulate. In questi casi l'appaltatore avrà ragione soltanto al pagamento dei lavori eseguiti regolarmente, e sarà passibile del danno che provenisse all'Amministrazione dalla stipulazione di un nuovo contratto, o dalla esecuzione d'ufficio». Art. 345: «È facoltativo all'Amministrazione di risolvere in qualunque tempo il contratto, mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importare delle opere non eseguite».

<sup>69</sup> Per esempio, art. 11, comma 9; art. 134, commi 1 e 2; art. 135; art. 136 d. lgs. n. 163/2006.

<sup>70</sup> Si veda, ad esempio, Cass. sez. un. 27 febbraio 2007, n. 4425: «Secondo il consolidato orientamento di queste Sezioni Unite, maturato in epoca precedente all'introduzione dei nuovi criteri di riparto della giurisdizione dettati dal D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, e fondato su principi di diritto applicabili anche nel vigore della nuova normativa, le controversie nascenti dall'esecuzione di contratti di appalto di opere pubbliche o di pubblici servizi hanno ad oggetto posizioni di diritto soggettivo inerenti a rapporti contrattuali di natura privatistica, nelle quali non incidono i poteri discrezionali ed autoritativi della pubblica amministrazione, anche quando questa si avvalga della facoltà, conferitale dalla legge, di recedere dal rapporto. Dette controversie appartengono pertanto alla giurisdizione del Giudice ordinario, quale giudice dei diritti, pur se la decisione dell'autorità amministrativa in ordine al rapporto sia adottata nelle forme dell'atto amministrativo, il quale, per questo suo connotato, non cessa di operare nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali delle parti».



controversie sull'interpretazione, validità ed esecuzione dei contratti pubblici e nell'attribuzione di queste controversie ai giudici ordinari.

A causa di un'analoga concezione dello Stato in termini giusprivatistici quando possiede e contratta (lo Stato inteso come *Fiskus* titolare, come un soggetto privato, del patrimonio e dei diritti finanziari, in contrapposizione alla nozione giuspubblicistica dello Stato come *Herrschaft*), in Germania non esistono tendenzialmente regole derogatorie al regime civilistico dei contratti in ragione della presenza di una pubblica amministrazione tra i paciscenti. Il sopraggiungere di motivi d'interesse pubblico che può causare revisioni e ripensamenti dev'essere valutato alla stregua dei normali canoni civilistici secondo i quali il consenso viene dato *rebus sic stantibus*, sicché eventuali straordinarie sopravvenienze possono determinare la risoluzione del contratto alle condizioni stabilite dal *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. Va da sé che le controversie afferenti la validità, l'interpretazione e l'adempimento dei contratti di appalti pubblici, in quanto considerati contratti tra "pari", sono attribuite al giudice civile.

Così come tra "eguali" *before the law* sono considerati dalla *common law* britannica i rapporti giuridici nascenti dai *public contracts*, ancorché la spasmodica attenzione nazionale alle ragioni di ordine costituzionale, di cui è figlia la *doctrine of executive necessary*, abbia a volte portato le *Courts* a riconoscere in capo al soggetto pubblico, per la cura inderogabile degli interessi generali, poteri d'intervento unilaterale sull'esecuzione di un rapporto contrattuale, fino all'estinzione dello stesso<sup>71</sup> (ma, anche a causa della *deference* dei giudici verso l'amministrazione, con meno garanzie per il privato di quanto avvenga in Francia, in Italia e in Germania).

## **7.2. La variegata disciplina nei diversi Paesi europei della formazione della volontà negoziale della pubblica amministrazione e della scelta del contraente privato.**

Grande varietà di modelli e di discipline si è pure storicamente registrata nei Paesi europei per quanto riguarda il momento in cui la pubblica amministrazione forma la sua volontà di contrarre e in cui sceglie il partner privato di un contratto. Ed è su questa fase dell'azione della pubblica amministrazione antecedente al perfezionamento del contratto pubblico, che dobbiamo soffermare di più la nostra attenzione, in considerazione della circostanza che l'ordinamento dell'Unione europea ha inciso profondamente sulle relative soluzioni approntate dai diversi sistemi giuridici nazionali, con l'effetto, da un lato, di omogeneizzarne ispirazioni e normative, e dall'altro, e per quel che ci interessa maggiormente in questa sede, di modificare la "*mission*" del giudice amministrativo e, con essa, la sua stessa "fisionomia".

Ma per comprendere i cambiamenti determinati dal diritto comunitario, è opportuno fare un passo indietro e ricordare le modalità di scelta del contraente privato da parte delle pubbliche amministrazioni dei diversi Paesi europei prima

---

<sup>71</sup> *King's Bench Division, Amphitrite*, 1921, 3 K.B., 500; *High Court, Spenborough UDC' Agreement*, 1967, 1, All ER, 959.

che l'ordinamento dell'Unione costringesse i legislatori nazionali a riscrivere e, in qualche caso, a scrivere *ex novo* le regole.

In Francia, un'ordinanza del 4 dicembre 1836 precisa fin dal suo primo articolo che «*tous les marchés au nom de l'État seront faits avec concurrence et publication*» e introduce l'*adjudication publique, ouverte ou restreinte*, con l'assegnazione del contratto all'offerente che ha proposto il prezzo più basso, come modo normale di scelta del contraente privato per i contratti di appalto; e un'ordinanza del 14 novembre 1837 riproduce le stesse disposizioni per le collettività locali. Con normative successive, e soprattutto con un decreto del 6 aprile 1942, si stabiliscono alcune deroghe al principio generale dell'*adjudication*: la procedura di gara è sostituita, per casi particolari, dall'*appel d'offres*, con la *passation* del contratto sulla base di elementi economici e tecnici diversi dal prezzo e oltre al prezzo, e in alcuni casi tassativi, dai *marchés de gré à gré* (o *par entente directe*). Il governo decide poi col decreto n. 64-729 del 17 luglio 1964 di raccogliere tutti i testi adottati, molti tra il 1933 e il 1959, in un unico documento denominato *Code des marchés publics* che rimane in vigore fino alla riforma operata dal decreto n. 2001-210 del 7 marzo 2001.

Si può affermare che nell'impostazione francese originaria, l'appalto pubblico dev'essere assegnato, in via di principio, col criterio del prezzo più basso e all'esito di una gara oggetto di una procedura fortemente formalizzata e disciplinata dal diritto amministrativo. Gli atti della procedura, in quanto provvedimenti amministrativi espressione di *puissance publique*, devono essere motivati e sono totalmente sindacabili dal *Conseil d'État*, anche per *détournement de pouvoir* e per *bilan coût-avantages*.

Due sono fundamentalmente gli obiettivi che s'intendono perseguire con la messa a concorrenza e con la pubblicità: *la bonne utilisation des deniers publics* e *la lutte contre l'arbitraire et la corruption*. E dunque, il controllo di legittimità, da parte del giudice amministrativo, della procedura di gara, attivato dai *fournisseurs* francesi che aspirano ad aggiudicarsi la *commande publique*, non può che essere di diritto obiettivo, secondo la classica impostazione del *recours pour excès de pouvoir*, perché è un controllo preordinato dall'ordinamento a realizzare primariamente quegli interessi pubblici.

In Italia, fin dai primordi dell'unificazione, è la legislazione di contabilità generale dello Stato che si occupa di disciplinare il criterio di assegnazione e le modalità di scelta del contraente privato di lavori e somministrazioni, segno palese dell'orientamento che ispira la relativa disciplina, che è quello di realizzare la massima convenienza economica dai contratti che importano uscite (o entrate) per lo Stato. Gli appalti sono aggiudicati al prezzo più basso e con pubblico incanto; soltanto per «particolari ragioni» e «limitatamente ai casi da determinare con il regolamento» è possibile ricorrere alla licitazione privata, all'appalto-concorso e alla trattativa privata (art. 3, comma 1, R.D. n. 2440/1923 e art. 37, R.D. n. 827/1924)<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Nello stesso senso disponevano anche l'art. 3 del Testo Unico della legge per l'amministrazione del patrimonio e la contabilità generale dello Stato, approvato col R.D. del 17 febbraio 1884, n. 2016 e l'art. 38 del Regolamento di esecuzione, approvato col R.D. del 4 maggio 1885, n. 3074. In proposito, segnalo

La cultura giuridica italiana rimane a lungo influenzata dalla concezione ottocentesca della doppia personalità dello Stato che considera la gestione patrimoniale di quest'ultimo come estranea al diritto amministrativo e appartenente all'area del diritto privato o, al massimo, a quella della contabilità pubblica, anch'essa comunque ritenuta lontana dal diritto amministrativo. Ne consegue che l'imprenditore italiano che aspiri ad una commessa pubblica non ha le stesse tutele che ha il suo omologo francese. Infatti, ancorché la procedura di aggiudicazione degli appalti sia fortemente formalizzata, gli atti dell'amministrazione aggiudicatrice non sono considerati pienamente "atti amministrativi", come tali assoggettati completamente allo statuto della pubblica amministrazione, per esempio per quel che riguarda l'obbligo di motivazione. E così l'art. 3 del R.D. n. 2440/1923 e l'art. 68 del R.D. n. 827/1924 stabiliscono che l'autorità pubblica può «con atto insindacabile» escludere dalla procedura per l'aggiudicazione di un contratto «le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede». E ciò in ragione del netto orientamento di quella normativa, preordinata a proteggere le ragioni degli interessi economici dell'amministrazione, senza neppure la rete di contenimento (approntata, per esempio, in Francia) di un sempre applicabile diritto speciale, come quello amministrativo, in grado di arginare i possibili abusi del soggetto pubblico e di tutelare le ragioni dei privati. Sarà soltanto la giurisprudenza evolutiva del Consiglio di Stato, stimolata dalla dottrina della seconda metà del Novecento che elabora la figura della "procedura di evidenza pubblica"<sup>73</sup>, a introdurre più forti garanzie per gli imprenditori italiani interessati ad aggiudicarsi gli appalti pubblici.

Ancor meno tutelati sono gli operatori economici tedeschi. Come in Italia, le norme sulle procedure contrattuali delle pubbliche amministrazioni sono inserite nel corpo della legislazione di contabilità. Ma mentre in Italia questa legislazione ha, per questa parte, anche una certa rilevanza "esterna" che conferisce ai soggetti privati una posizione giuridica che, pur non assurgendo al rango di diritto soggettivo, è azionabile in giudizio, in Germania la legislazione contabile relativa alle procedure di affidamento degli appalti pubblici viene considerata come una normativa meramente interna e neppure avente un valore vincolante per le amministrazioni, ma soltanto di raccomandazione. Sono, infatti, *Bestimmungen* interne a esortare gli uffici pubblici ad adottare forme di pubblicità e concorrenza, cosicché qualora la sollecitazione non venga raccolta, gli operatori economici non hanno alcun diritto soggettivo pubblico da far valere davanti ad un giudice. Portata alle estreme conseguenze, questa impostazione conduce a ritenere inammissibile il ricorso avverso un atto di aggiudicazione, in quanto considerato privo di rilevanza esterna o, ancor meglio, non un atto amministrativo, ma una manifestazione di volontà negoziale dello Stato inteso

---

che in rete, all'indirizzo <http://www.digibess.it/fedora/repository/openbess:TO043-00586>, si può trovare scannerizzata e scaricabile in formato pdf la pregevole edizione, a cura della "Stamperia Reale - D. Ripamonti - Roma 1885", dei due regi decreti.

<sup>73</sup> Si tratta, com'è noto, di M. S. GIANNINI, il cui pensiero in proposito si trova esposto da ultimo in *Diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 1993, vol. II, 363 ss.

come persona giuridica di diritto privato (*Fiskus*). Sicché l'impresa che abbia partecipato ad una gara è priva della tutela di annullamento davanti al giudice amministrativo: può soltanto adire il giudice civile per ottenere un risarcimento per violazione dei doveri di affidamento e di protezione che sorgono con la pubblicazione del bando. E questa situazione intollerabile dura fino a pochi decenni fa, quando il diritto comunitario, dopo numerose censure della Corte di giustizia<sup>74</sup>, costringe la Germania (e per vero anche l'Austria, che ha avuto un sistema simile) ad una profonda modificazione d'ispirazione e di disciplina. E per gli appalti sotto-soglia dura ancora oggi, con molte critiche di parte della dottrina<sup>75</sup>, che sottolinea il *deficit* di tutela nel settore.

In Gran Bretagna, procedure formalizzate di scelta del contraente privato, ispirate ai principi della messa a concorrenza e della pubblicità, sono previste soltanto per casi tassativi, perché, in linea generale, il prestigio e l'autorevolezza della *common law* porta a livellare e ad equiparare i soggetti pubblici e i soggetti privati pure nella formazione della volontà contrattuale. Così come il soggetto privato, anche quello pubblico può maturare il proprio consenso negoziale liberamente, senza vincoli di procedura, senza che il suo percorso decisionale debba essere procedimentalizzato. E il principio della *freedom of contract* non vale solo per le persone private, ma anche per le pubbliche amministrazioni che, dunque, *contract with whomever they choose*<sup>76</sup>. Logico, dunque, che la materia del *public procurement* sia pressoché totalmente attratta nella giurisdizione civile, mancando quasi sempre, anche nella fase della scelta del contraente privato, quel *public law element* che possa giustificare la *judicial review*.

### **7.3. L'intervento omogeneizzante del legislatore comunitario sulle discipline nazionali della scelta del contraente privato e degli strumenti di tutela. Il giudice amministrativo come garante della libertà di concorrenza.**

Su questa situazione estremamente variegata delle discipline e delle modalità nazionali di scelta del contraente privato al quale affidare gli appalti pubblici, si è dispiegato l'intervento dell'ordinamento comunitario. E l'impatto sui diversi Paesi è stato ovviamente differente a seconda della distanza della condizione normativa originaria, ma l'effetto è stato senz'altro quello di uniformare la disciplina della contrattualistica pubblica degli Stati membri dell'Unione europea, che oggi si può dire essere tutta di provenienza comunitaria. Ed essendo, come vedremo, una disciplina di diritto amministrativo, non si è lontani dal vero, data la sua ampiezza, se si osserva che il "diritto amministrativo europeo" è in gran parte il "diritto dei contratti pubblici".

Il Trattato di Roma non si occupava della materia e la scoperta dei contratti pubblici da parte del diritto comunitario è avvenuta soltanto negli anni Settanta dello scorso secolo, quando l'attenzione del legislatore di Bruxelles e di Strasburgo è stata catturata da un dato economico assai eclatante: il fatto che la

---

<sup>74</sup> Per le quali rinvio al paragrafo n. 9.

<sup>75</sup> P.M. HUBER, *La tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici*, in E. FERRARI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, ed. Giappichelli, Torino 2003, 150-151.

<sup>76</sup> MASSERA, *op. ult. cit.*, 200.

spesa per contratti pubblici degli Stati membri superasse ben il dieci percento del PIL dell'intera Comunità<sup>77</sup> e fosse in progressiva crescita (oggi questa spesa si attesta addirittura attorno al venti percento<sup>78</sup>). Se, dunque, si voleva effettivamente costruire un mercato comune fondato sulla libera concorrenza e sul divieto di aiuti di Stato alle imprese, non si poteva non regolare un settore così economicamente rilevante come quello delle commesse pubbliche, nel quale la libertà di competizione delle imprese era messa a rischio dal monopolio della domanda in capo agli enti pubblici e dalla sostanziale restrizione dell'offerta alle imprese nazionali. Per realizzare le quattro libertà fondamentali del Trattato (libertà di circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali), occorreva mettere l'operatore economico residente in qualsiasi Stato membro della Comunità nelle condizioni di potersi candidare ad una *partnership* contrattuale con un'amministrazione pubblica appartenente a qualsiasi Stato membro e occorreva impedire alle amministrazioni pubbliche di decidere di aggiudicare l'appalto pubblico sulla base di considerazioni nazionali o comunque non economiche. E per dare attuazione piena ed effettiva alle quattro libertà occorreva stabilire "regole del gioco" comuni alle pubbliche amministrazioni di tutti gli Stati e comuni a tutti gli operatori economici delle diverse nazionalità: occorreva, cioè, creare uno spazio giuridico comune per il mercato dei contratti pubblici. Essendo, poi, i soggetti "propulsori" di questa particolare attività economica le pubbliche amministrazioni, l'intervento regolatorio non poteva che avvenire con le regole pubblicistiche del diritto che disciplina l'attività delle pubbliche amministrazioni svolta su di un piano di superiorità rispetto al privato, vale a dire col diritto amministrativo. E in Europa non mancava, da prendere a modello, un ordinamento consolidato che aveva già regolamentato da molto tempo ed egregiamente col suo prestigioso e già esportato diritto amministrativo l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni.

La Comunità europea guardò allora all'esperienza francese per regolamentare il mercato dei contratti pubblici, ma dando all'intervento regolatorio obiettivi nuovi. Se in Francia la risalente proceduralizzazione amministrativa dell'assegnazione dei *marchés publics* nel rispetto degli obblighi di *concurrence et publication* era stata funzionale alla gestione oculata ed economica delle risorse pubbliche e alla lotta contro la corruzione e gli abusi, nello spazio comune europeo quell'efficace disciplina amministrativa delle modalità e dei criteri di scelta del contraente privato presa a modello avrebbe dovuto avere l'obiettivo di assicurare la non discriminazione e la parità di trattamento degli operatori economici; in buona sostanza, con una rilevante inversione di prospettiva, la libertà di concorrenza e l'eguaglianza delle opportunità del mercato.

La regolazione comunitaria è stata introdotta gradualmente.

La disciplina contenuta nelle direttive degli anni Settanta (71/305/CEE e 77/62/CEE) è stata essenzialmente una disciplina a carattere "negativo": si è

---

<sup>77</sup> Il dato è riportato da MASSERA, *op. ult. cit.*, 199.

<sup>78</sup> L'importo (19%) è tratto da A. MASSERA, *I contratti*, 398, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2012.

cercato di realizzare la *par condicio* e la libera circolazione degli imprenditori imponendo alle stazioni appaltanti obblighi di maggiore pubblicità dei bandi e di maggiore chiarezza nella fissazione dei termini e delle condizioni delle procedure di gara<sup>79</sup>.

Soltanto negli anni Novanta essa ha assunto un più spiccato carattere “propulsivo”, fino ad assumere i contorni di una normativa dettagliata con le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, considerate veri e propri “testi unici” della materia<sup>80</sup>.

Questi alcuni punti salienti ivi stabiliti: la definizione di appalto di lavoro, di servizio e di fornitura, nonché di concessione di lavoro e di servizio; la generalizzazione dell’obbligo di procedura aperta o ristretta e di relativa pubblicità; la previsione dei casi tassativi di ricorso alla procedura negoziata, anch’essa soggetta a forme, ancorché attenuate, di competizione; gli obblighi di pubblicità e di comunicazione; l’obbligo per le amministrazioni pubbliche di rispettare i principi di non discriminazione, pubblicità e trasparenza anche per le concessioni di servizi; l’istituzionalizzazione del dialogo competitivo; la definizione “sostanzialistica” di “amministrazione aggiudicatrice”; i criteri alternativi di aggiudicazione del prezzo più basso e dell’offerta economicamente più vantaggiosa; la delimitazione di soglie monetarie per l’applicazione della disciplina comunitaria; il divieto di offerte anormalmente basse.

Ma la regolazione comunitaria del mercato dei contratti pubblici non è avvenuta soltanto sul piano del “diritto sostanziale”, ma anche sul versante dei mezzi e delle forme di tutela delle situazioni giuridiche degli operatori economici impegnati o interessati alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni. Infatti, la parità di condizioni, corollario della libertà di concorrenza, è assicurata non solo dalla presenza di “regole del gioco” uguali per tutti i competitori, ma anche dall’effettività e dall’uniformità degli strumenti processuali con cui farle valere.

In questa prospettiva, la direttiva 89/665/CEE (e la direttiva 92/13/CEE per i settori esclusi) ha obbligato gli Stati membri a garantire che «le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile» (art. 1, par. 1) e che le procedure di ricorso siano accessibili «a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata» (art. 1, par. 3); a prevedere poteri che permettano di «prendere con la massima sollecitudine e con procedura d’urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti» (art. 2, par. 1, lett. a); che permettano di «annullare o far annullare le decisioni illegittime» (art. 2, par. 1, lett. b); e che permettano di «accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione» (art. 2, par. 1, lett. c).

Nel complesso ne è derivato, per quel che ci interessa sottolineare in questa sede, da un lato, un generale avanzamento dei territori del diritto amministrativo

---

<sup>79</sup> MASSERA, *L’attività contrattuale*, cit., 201.

<sup>80</sup> Così sempre MASSERA, *op. ult. cit.*, 201.

sostanziale e processuale in tutti gli Stati membri dell'Unione europea contestualmente ad una tendenziale omogeneizzazione di una parte consistente di questo stesso diritto e, dall'altro, un rafforzamento del ruolo e dei poteri del giudice amministrativo deputato a farlo osservare. Quest'ultimo, infatti, è diventato, nel settore dei contratti pubblici, il "guardiano" della libertà di competizione e della parità di accesso degli operatori economici all'assegnazione delle commesse pubbliche, col compito di far rispettare le procedure amministrative che assicurano questi principi dalle pubbliche amministrazioni, ove occorra dopo averne "smascherato" la natura sostanzialmente pubblicistica nascosta dietro le sembianze di enti privatistici. E questa funzione è assolta dal giudice amministrativo dei vari Paesi europei in virtù della più ampia accessibilità possibile al giudizio amministrativo, grazie ad una maggiore capacità istruttoria di accedere ai fatti rilevanti di causa, mediante un più generalizzato e onnicomprensivo esercizio del potere di annullamento degli atti illegittimi della procedura di affidamento<sup>81</sup>, attraverso l'adozione delle più incisive e atipiche misure cautelari che le circostanze richiedono e con la condanna al risarcimento delle varie poste di danno cagionato dall'illegittimità della procedura<sup>82</sup>, perché così pretende il diritto dell'Unione europea, in questo modo potenziando non poco le giurisdizioni amministrative nazionali.

L'azione contrattuale degli enti pubblici si è amministrativizzata anche negli ordinamenti anglosassoni nei quali elementi di diritto pubblico erano estranei o assai recessivi nell'attività di *public procurement* e in questo settore i Paesi europei di *common law* sono stati attratti nell'orbita del modello, ancorché revisionato, di *civil law*, anche per quanto riguarda i *remedies*.

Ne costituisce un esempio assai significativo la Gran Bretagna che con le *Public Contracts Regulations* e con le *Utilities Contracts Regulations* ha finito per adottare nel 2006 dei veri e propri "codici dei contratti pubblici" sull'esempio dei sistemi continentali, improntando l'affidamento delle commesse pubbliche al rispetto di formali procedure amministrative sconosciute alla sua tradizione. E con una radicale inversione di rotta della giurisprudenza rispetto al recente passato<sup>83</sup>, l'osservanza da parte delle *contracting authorities* di queste procedure viene oggi garantita agli operatori economici che hanno preso parte alla gara, da un giudice specializzato nell'applicare il diritto amministrativo, la *Queen's*

---

<sup>81</sup> Alle condizioni stabilite dagli ordinamenti nazionali, l'annullamento è anche "conformativo" del riesercizio del potere dell'organismo aggiudicatore.

<sup>82</sup> A tale proposito è opportuno ricordare che gli ordinamenti nazionali europei generalmente attribuiscono al giudice amministrativo speciale o ordinario specializzato la competenza a conoscere delle controversie in materia di risarcimento dei danni causati dall'illegittimità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e ad emettere, dunque, sentenze di condanna risarcitoria (così è, ad esempio, in Francia, in Italia, in Inghilterra e in Spagna). E anche ove questa competenza venga devoluta al giudice civile, come avviene in Germania, la pronuncia dell'organo giustiziale amministrativo che accerti l'illegittimità di un atto della procedura "fa stato" nel giudizio civile di risarcimento (così è in Germania per le decisioni del *Vergabekammer* e del *Vergabesenat*, vincolanti, per il giudice civile della responsabilità, quanto all'accertamento dell'illegittimità della procedura di affidamento di un appalto pubblico sopra-soglia, ex § 124 *GWB*).

<sup>83</sup> S.H. BAILEY, *Judicial review and the public procurement Regulations*, in *Public Procurement Law Review*, 2005, 296 ss.

*Bench Division* dell'*High Court*, con gli incisivi strumenti del processo amministrativo, la *judicial review*.

L'estraneità al sistema istituzionale britannico di un organo giurisdizionale amministrativo e di un giudizio amministrativo a sé stante è stata alla fine ben tollerata in nome della funzione da questi svolta, che è perfettamente conforme agli ideali della *common law*: tutelare la *freedom of competition*.

Sicché le ragioni di una *Administrative Court* e di un'*application for judicial review of administrative action* trovano sostegno nella regolazione comunitaria, sostanziale e processuale, del mercato europeo dei contratti pubblici, al cui libero accesso la neo-giurisdizione amministrativa inglese fa da guardia.

Ma la disciplina comunitaria pro-concorrenziale, sostanziale e processuale, dell'affidamento dei contratti pubblici ha prodotto conseguenze notevoli anche negli ordinamenti dei Paesi a *régime administratif* nei quali già esistevano procedure, più o meno formalizzate e vincolanti, di aggiudicazione.

La Germania, come detto, prevedeva da molti decenni la messa a concorrenza e la pubblicità degli *öffentliche Aufträge* soltanto nella legislazione di contabilità e come mera raccomandazione interna alle amministrazioni pubbliche.

Le direttive comunitarie vengono recepite con semplici modifiche alle circolari amministrative (le *Verdingungsordnungen*) indirizzate alle amministrazioni aggiudicatrici e contenenti i capitolati, con la conseguenza che l'operatore economico rimane privo di un diritto soggettivo alla legittimità della procedura di affidamento degli appalti pubblici, da azionare davanti al giudice.

A seguito della condanna nel 1995 da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee<sup>84</sup>, il legislatore federale tedesco dà attuazione alle direttive comunitarie modificando e integrando, con una legge del 1998, la *GWB* (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, cioè la legge federale contro le restrizioni della concorrenza), il cui § 97, comma 7, attribuisce finalmente all'imprenditore «il diritto a che il committente rispetti le norme sulle procedure di aggiudicazione degli appalti»<sup>85</sup>, azionabile, per gli appalti sopra-soglia, davanti alla *Vergabekammer* e in seconda istanza davanti al *Vergabesenat*.

La *Vergabekammer* (Tribunale degli appalti pubblici; letteralmente, "Camera di aggiudicazione": § 104 *GWB*) è un organo collegiale composto da tre membri<sup>86</sup>, a metà tra un'autorità amministrativa giustiziale indipendente e un giudice amministrativo speciale<sup>87</sup>, davanti al quale si svolge un procedimento contenzioso (il *Nachprüfungsantrag*: § 107 e ss. *GWB*), assimilabile quasi in tutto al processo amministrativo, col quale gli aspiranti all'aggiudicazione di appalti sopra-soglia possono far valere i vizi della procedura. I suoi

---

<sup>84</sup> CGCE, 11 agosto 1995, causa C-433/93, *Commissione c. Germania*.

<sup>85</sup> «Die Unternehmen haben Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.»

<sup>86</sup> Due componenti scelti di regola tra i funzionari pubblici delle carriere direttive, uno dei quali, abilitato all'esercizio della funzione di giudice, è il Presidente. Il terzo componente è un membro onorario, scelto tra esperti della materia degli appalti pubblici.

<sup>87</sup> L'art. 105, par. 4, *GWB*, stabilisce che i componenti della Camera decidono in modo indipendente e sono soggetti soltanto alla legge.



provvedimenti decisori sono reclamabili (con la *sofortige Beschwerde*) davanti il *Vergabesenat* (§116 *GWB*), che è una sezione (amministrativa) dell'*Oberlandesgericht* (Corte d'Appello del *Land*) specializzata nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Il fatto che le direttive comunitarie sull'affidamento dei contratti pubblici siano state recepite, nei loro principi fondamentali<sup>88</sup>, nella legge federale sulla concorrenza, che istituisce anche l'organo giustiziale e disciplina il procedimento contenzioso per verificarne l'osservanza, è indice inequivocabile della nuova ispirazione pro-concorrenziale degli appalti pubblici alla quale dà impulso la normativa europea e del nuovo strategico ruolo di garante della libera competizione in quel mercato, assolto da un organo che, in primo grado, assomiglia molto ad un giudice amministrativo speciale e, in secondo grado, ad una sezione amministrativa specializzata della giurisdizione ordinaria.

Anche l'Italia in un primo momento è recalcitrante a conformarsi ai vincoli europei e recepisce le direttive comunitarie degli anni Settanta e Ottanta soltanto negli anni Novanta e con una congerie di interventi settoriali e privi di sistematicità.

Col d. lgs. n. 406/1991 si disciplinano i lavori pubblici; col d. lgs. n. 358/1992, modificato dal d. lgs. n. 402/1998, le forniture; col d. lgs. n. 157/1995 e col n. 65/2000 i servizi; col n. 158/1995 e col n. 525/1999 i "settori esclusi"; nel frattempo la legge-quadro "Merloni" (la n. 109/1994) delegifica la materia dei lavori pubblici a favore di regolamenti, ma viene successivamente più volte modificata e le leggi per gli insediamenti strategici che, susseguendosi, incrociano la già numerosa normativa, accrescono le difficoltà di ricomposizione unitaria del complesso quadro normativo vigente.

La necessità di dare attuazione alle direttive del 2004 fornisce al legislatore l'occasione per non ripetere l'errore del passato e per operare la riunificazione e il riassetto della disciplina in un testo unitario sull'esempio francese, il codice dei contratti pubblici emanato nel 2006, il cui art. 2 dà voce al nuovo orientamento pro-concorrenziale, ancora affermato con un po' di timidezza nella precedente legislazione: «l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture [...] deve rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità [...] ». Come nella vecchia impostazione "contabilistica", l'aggiudicazione degli appalti pubblici deve ispirarsi alla convenienza amministrativa e al «rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza». Ma l'operatore economico non ha più un mero interesse occasionalmente protetto alla legittimità della procedura di affidamento nella

---

<sup>88</sup> Le norme di dettaglio sono contenute in altre fonti sottordinate: il *Vergabeverordnung* (VgV), Regolamento sugli appalti pubblici adottato sulla base della delega legislativa data al Governo federale dal § 97, comma 6, *GWB*; il *Verdingungsordnung für Leistungen* (VOL), Regolamento relativo alle procedure delle gare per forniture e servizi; il *Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen* (VOB), Regolamento relativo alle procedure delle gare per lavori pubblici; il *Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen* (VOF), Regolamento relativo alle procedure delle gare per servizi forniti da liberi professionisti. I regolamenti sopraccitati (VOL, VOB e VOF) sono particolarmente importanti per gli offerenti, in quanto contengono norme dettagliate in merito alle procedure delle gare.

misura in cui coincida con la convenienza amministrativa; e non è più il destinatario di atti autoritativi insindacabili promananti dall'amministrazione schermati dall'invocazione dell'interesse generale. L'imprenditore, e non soltanto quello nazionale, ha, invece, un diritto soggettivo pieno a candidarsi ad una *partnership* contrattuale con l'ente pubblico che deve approvvigionarsi e a partecipare alle opportunità economiche offerte dal mercato dei contratti pubblici in condizione di parità con i suoi *competitors*. E questo diritto è efficacemente garantito grazie ad una minuziosa regolazione amministrativa dell'azione contrattuale della pubblica amministrazione e grazie ad un giudice amministrativo che, nelle controversie sull'affidamento dei contratti pubblici, è divenuto, dall'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998 in poi, titolare di "giurisdizione esclusiva", proprio perché non deve più proteggere un mero interesse legittimo di chi aspira al contratto pubblico, ma un vero e proprio diritto soggettivo: il diritto di libera concorrenza<sup>89</sup>.

Il giudice amministrativo tutela la libertà di concorrenza degli imprenditori che si rapportano ad un ente pubblico aggiudicatore né più né meno di quanto fa, ai sensi del codice civile (art. 2595 e ss.) e delle leggi speciali, il giudice ordinario nei riguardi della libertà di concorrenza degli operatori economici che entrano in contatto con altri operatori privati; la quota di mercato protetta, in relazione al PIL, è ugualmente cospicua e persino gli strumenti di tutela sono omologhi, potendo il giudice amministrativo, non meno di quello ordinario, risarcire il danno da illegittima procedura di affidamento<sup>90</sup> ed ordinare le misure cautelari, anche atipiche e *ante causam*, come richiesto dalle direttive ricorsi e come esplicitato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>91</sup>; e l'esigenza economica degli imprenditori di celerità della definizione delle controversie è assicurata dal rito abbreviato previsto dall'art. 119, comma 1, lett. a, cod. proc. amm., analogamente all'attribuzione, vanificata dalla sent. cost. n. 170/2007, della risoluzione delle vertenze civili sulla proprietà industriale e sulla concorrenza sleale allo speciale rito societario semplificato di cui al d. lgs. n. 5/2003.

E dunque, nella materia dell'affidamento dei contratti pubblici, il giudice amministrativo italiano, quale giudice che protegge con pieni poteri il diritto di accesso alle commesse pubbliche e, in definitiva, la libertà di concorrenza degli operatori economici, è un giudice della "spettanza" del diritto e "di piena giurisdizione", è sempre meno "speciale" e sempre più il giudice "ordinario" dei diritti nei confronti della pubblica amministrazione, specializzato nella

---

<sup>89</sup> Il quale - sia detto solo parenteticamente in questa sede - non è solo un diritto comunitario, ma anche, giusta l'art. 41 Cost., un diritto costituzionale, di cui sono titolari tutti i soggetti di diritto, anche i non cittadini. Segno evidente che il giudice amministrativo italiano, in sede di giurisdizione esclusiva, conosce di diritti soggettivi "costituzionali" (ammesso, come notava NIGRO (in *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.* 1981, I, 2143) che vi possano essere diritti senza copertura costituzionale) anche diversi da quello alla salute, di cui alla nota *querelle* dei diritti indegradabili, senza che - mi pare - questa cognizione, pur prevista dal 1998, sia stata mai accesa contestata.

<sup>90</sup> Il principio è stato stabilito per la prima volta dall'art. 35 d.lgs. n. 80/1998 ed è stato poi confermato dall'art. 7 della legge n. 205/2000 e dagli artt. 7 e 30 cod. proc. amm.

<sup>91</sup> CGCE, ordinanza 29 aprile 2004, causa 202/03, *Azienda Ospedaliera "Ospedali Civili" di Brescia*.

cognizione delle controversie in cui è parte un'amministrazione che non si pone su di un piano di parità col privato.

Anche la Francia, che pure ha fornito all'Unione europea il suo risalente e consolidato modello di procedure di *passation des marchés publics* (persino nella terminologia), è costretta a riorientare la sua disciplina amministrativa per adattarla alla nuova ispirazione pro-concorrenziale comunitaria. Lo fa con diversi interventi normativi, il più sistematico dei quali è il decreto n. 975-2006 del 1° agosto 2006 che approva il *Code des marchés publics* che dà attuazione alle direttive 17/2004/CE e 18/2004/CE.

L'art. 1, par. 2, stabilisce, con una disposizione fondamentale, già contenuta, per vero, nella versione del 2001: «*Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics*».

La rivoluzione copernicana rispetto al passato, che si evince da queste parole, è evidente. Mentre, in precedenza, la disciplina amministrativa sull'affidamento degli appalti pubblici aveva l'obiettivo primario di assicurare l'efficacia della commessa pubblica e la buona utilizzazione del denaro pubblico e solo indirettamente e occasionalmente la libertà di accesso e l'eguaglianza di trattamento dei candidati, ora la prospettiva è invertita: con le norme del codice degli appalti pubblici s'intende garantire primariamente la libertà di concorrenza e la non discriminazione, e di riflesso la convenienza amministrativa.

I francesi – si sa – nel loro orgoglio nazionale, sono spesso portati a ritenere che tutti i principi del liberalismo politico ed economico siano stati partoriti dalla loro gloriosa Rivoluzione, sicché non meraviglia che il *Conseil Constitutionnel*, facendo virtù della necessità di recepire il nuovo orientamento comunitario pro-concorrenziale, affermi che «*l'égalité d'accès à la commande publique [...] découle de l'article 6 de la Déclaration de 1789*»<sup>92</sup>, e così la nuova idea sovranazionale, in virtù del preambolo<sup>93</sup> della Carta fondamentale, entra nel *bloc de constitutionnalité* e assume il valore di principio costituzionale.

Ma – ed è questo l'aspetto sul quale è d'obbligo soffermarsi nell'ambito di questa dissertazione - il cambiamento di rotta produce effetti rilevanti su taluni istituti del giudizio amministrativo dei contratti pubblici, contribuendo ad aumentarne la forza protettiva a favore dei ricorrenti e a ridefinire la fisionomia del giudice amministrativo.

Infatti, tradizionalmente, con l'impugnazione di un atto della procedura di aggiudicazione, il candidato ad un appalto pubblico poteva far valere in giudizio il suo interesse alla stipulazione, azionando il controllo di legalità obiettiva della procedura del giudice amministrativo. Lo strumento processuale utilizzabile non

---

<sup>92</sup> *Décision* n. 2003-473 del 26 giugno 2003.

<sup>93</sup> «*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004*».

poteva che essere il *recours pour excès de pouvoir*, rimedio di diritto obiettivo col quale il ricorrente tutela un proprio interesse non già facendolo valere direttamente, ma realizzandolo in via indiretta con un'azione esercitata – a guisa di pubblico ministero – per «*collaborer à la protection de la légalité*»<sup>94</sup> e nella misura in cui esso coincida con l'interesse pubblico. Nel caso di specie, infatti, il concorrente, con l'impugnazione di un *acte détachable* della procedura, cercava di perseguire il suo interesse economico all'aggiudicazione dell'appalto pubblico per il tramite della repressione dell'inosservanza delle regole procedurali funzionali a garantire «*l'efficacité de la commande publique*» e «*la bonne utilisation des deniers publics*».

Ma per evitare che il *recours pour excès de pouvoir* si trasformi in un'azione popolare, la giurisprudenza del *Conseil d'État* ha da tempo richiesto, quale condizione dell'azione, l'esistenza di un *intérêt à agir* in capo al ricorrente, interesse costituito dall'essere l'agente un soggetto inciso dall'esercizio del potere amministrativo.

Essendo ora al centro dell'impostazione dei *marchés publics* non più l'interesse pubblico della convenienza amministrativa dell'affidamento, ma il diritto soggettivo di accesso del candidato alla commessa pubblica in condizioni di parità con gli altri candidati, quell'*intérêt à agir* del ricorrente non può non acquistare un valore più elevato e un'assoluta preminenza nel *recours pour excès de pouvoir*, e da condizione di un'azione preordinata al controllo di legalità oggettiva per la salvaguardia di un interesse pubblico, tende a diventare lo stesso interesse giuridico da far valere nel processo, e cioè la vera e propria situazione giuridica soggettiva azionabile nel giudizio. Sicché, in materia di sindacato sull'affidamento dei contratti pubblici, il *contentieux de l'annulation* viene attenuando parte del suo tradizionale carattere di *contentieux objectif* per diventare più *subjectif*, conformemente del resto ad una più generale linea di evoluzione “soggettiva” del *recours pour excès de pouvoir* che parte della dottrina non manca, da tempo, di rilevare<sup>95</sup>.

Gli sviluppi del processo amministrativo francese nella direzione di una tutela più effettiva e piena dell'operatore economico, determinati dal rivolgimento comunitario pro-concorrenziale, sono ancor più evidenti nell'introduzione e nell'applicazione giurisprudenziale dell'istituto del *référé précontractuel*.

È questo un procedimento speciale e accelerato, attualmente disciplinato dagli artt. L551-1 ss. *CJA (Code de justice administrative)*, azionabile davanti al Presidente del Tribunale amministrativo o ad un suo delegato da tutti i concorrenti non definitivamente esclusi dalla procedura di affidamento, che aspirano alla stipulazione del contratto pubblico e che sono lesi, anche in via solo potenziale, a causa del mancato rispetto degli obblighi di pubblicità e

---

<sup>94</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, Paris 1923, 381.

<sup>95</sup> J. M. AUBY – R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Paris 1975, t. 2, 156 ss.; F. MELLERAY, *Essais sur la structure du contentieux administratif français*, Paris 2001, 80, 92 ss., 101-103; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., 69; F.G. SCOCA, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo*, cit., 20 ss.

dell'inosservanza delle regole sulla concorrenza previste dalle procedure per la formazione dei contratti pubblici. La presentazione del ricorso produce un effetto sospensivo automatico, precludendo la sottoscrizione del contratto fino alla notificazione della decisione finale all'amministrazione aggiudicatrice. Il ricorso è preordinato ad ottenere dal giudice monocratico, che deve pronunciarsi in prima ed unica istanza entro venti giorni dal deposito del ricorso, l'ordine al soggetto pubblico autore dell'inosservanza di conformarsi agli obblighi di pubblicità e di concorrenza; la sospensione di tutte le decisioni legate alla formazione del contratto; l'annullamento delle decisioni legate alla stipulazione; la soppressione delle clausole o prescrizioni destinate ad essere inserite nel contratto in violazione degli obblighi di pubblicità e delle regole sulla concorrenza. La decisione può anche avere contenuto definitivo (*jugement au fond*) e acquistare autorità di cosa giudicata.

Orbene, non si può non notare che lo speciale potere giudiziale di sospensione degli atti della procedura di gara arricchisce la gamma degli strumenti cautelari che, in funzione di tutela di diritto subiettivo, recentemente hanno contribuito a modificare l'impianto originario del processo amministrativo francese, storicamente refrattario a porre in discussione con la sospensione l'esecutività e l'esecutorietà dell'atto amministrativo sorrette dal *privilège du préalable* e dal *privilège de l'action d'office*. Così come, sempre nella nuova prospettiva "soggettiva" di una più incisiva protezione della persona in luogo di quella "oggettiva", il potere ingiuntivo attribuito al giudice del *référé précontractuel* rompe ulteriormente (dopo la breccia aperta dalla legge n. 125-95 dell'8 febbraio 1995 sull'esecuzione delle sentenze) il muro del dogma della separazione tra esecutivo e giudiziario che, nel passato, aveva portato la giurisprudenza del *Conseil d'État* a negare che il giudice amministrativo potesse ordinare un *facere* all'amministrazione.

Inoltre, il giudice del *référé précontractuel* accerta, in fatto e in diritto, spesso in modo definitivo, il rapporto giuridico tra autorità aggiudicatrice e imprenditore concorrente, e svolge un giudizio di *plein juridiction* per la tutela del diritto soggettivo alla pubblicità e alla concorrenza nei confronti dell'amministrazione pubblica. E recentemente il *Conseil d'État*<sup>96</sup> ha chiarito che l'interesse ad agire di chi esperisce il *référé* dev'essere legato alla lesione concreta patita dall'operatore economico a causa di una determinata irregolarità nella procedura di affidamento, perché il rimedio mira primariamente a garantire il diritto del partecipante alla gara e non la legittimità oggettiva della procedura.

Il carattere di tutela "soggettiva" dell'istituto pare, dunque, indiscutibile<sup>97</sup>, così come l'attitudine dello stesso a presentarsi come il rimedio-principe a disposizione di chi intenda contestare la procedura di formazione dei contratti pubblici, tanto che in questo settore di controversie, anche grazie all'interpretazione estensiva dei presupposti di legge datane dalla giurisprudenza,

---

<sup>96</sup> *Conseil d'État*, 3 ottobre 2008, n. 305420, *SMIRGEOMES*.

<sup>97</sup> W. GASPARRI, *Tutele differenziate e riti speciali nel contentieux administratif*, 204-205, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze University Press 2009.

è diventato recessivo l'utilizzo sia del *recours pour excès de pouvoir* sia del *référé-suspension*.

Si può, allora, osservare che la primarietà imposta dall'ordinamento comunitario al valore della libera concorrenza e della parità di accesso alla *commande publique* importi la tutela dell'interesse del concorrente alla stregua di un vero e proprio diritto soggettivo e non più di una mera aspettativa riflesso indiretto della garanzia dell'economicità del reperimento assicurata dalla regolarità della procedura di gara. Il che ha costretto ad introdurre anche nel processo amministrativo francese avente ad oggetto l'affidamento dei contratti pubblici, a volte con una rivisitazione "soggettiva" di risalenti e consolidati rimedi processuali (per es., del *recours pour excès de pouvoir*), a volte con il conio di nuovi strumenti giustiziali (per es., del *référé précontractuel*), forme di protezione più intense ed incisive degli operatori economici e un potenziamento delle prerogative del giudice amministrativo francese, maggiormente proiettato, come il suo omologo "ordinario", a tutelare in chiave soggettiva i diritti della persona, piuttosto che a custodire la legalità oggettiva della procedura di aggiudicazione.

#### **7.4. La direttiva 2007/66/CE. Il giudice amministrativo come garante dell'economia di mercato e di altri interessi pubblici.**

Uno dei punti deboli del sistema di protezione degli operatori economici delle prime direttive ricorsi è stato quello di aver predisposto strumenti di tutela soltanto nei confronti degli atti della procedura di affidamento dei contratti pubblici e non anche nei confronti del contratto. Una volta che questo fosse stato stipulato all'esito di una procedura illegittima, l'unico rimedio previsto a favore dell'imprenditore non aggiudicatario era tendenzialmente il solo risarcimento del danno per equivalente<sup>98</sup>. Questo spingeva spesso le amministrazioni aggiudicatrici, desiderose di rendere irreversibili le conseguenze di un'aggiudicazione contestata, a procedere molto rapidamente alla firma del contratto, in tal modo ostacolando la piena realizzazione del disegno comunitario di garantire la libera concorrenza e la parità di accesso alle commesse pubbliche.

Per colmare questo vuoto di tutela, il legislatore comunitario ha approvato una seconda direttiva ricorsi, la 2007/66/CE, che ha parzialmente modificato le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, introducendo alcuni più incisivi meccanismi di protezione preventiva rispetto alla sottoscrizione del contratto ed altri di tutela successiva.

Tra i primi, il c.d. *standstill period* ovvero il divieto di conclusione del contratto prima che sia decorso un certo lasso di tempo dall'aggiudicazione; la sospensione automatica del termine per la stipulazione, conseguente alla presentazione del ricorso con istanza cautelare; l'onere per il privato di preavvisare la stazione appaltante dell'intento di proporre ricorso, in funzione

---

<sup>98</sup> E ciò, nonostante la giurisprudenza e la dottrina di vari Paesi, valorizzando il principio comunitario di effettività e di pienezza della tutela, avessero individuato talune strade per somministrare una protezione in forma specifica dell'operatore economico, consistente nella declaratoria di invalidità o di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

d'impulso di un intervento in autotutela dell'amministrazione. Tutt'e tre diretti a far sì che eventuali contestazioni delle procedure di affidamento possano emergere ed essere risolte anticipatamente e comunque possibilmente prima che il contratto sia stato concluso<sup>99</sup>.

Tra i secondi, per le ipotesi di violazioni più gravi della disciplina dell'evidenza pubblica e dei termini dilatorio e sospensivo di cui sopra, è stata attribuita all'organo di ricorso la competenza a dichiarare la privazione di efficacia del contratto *ex tunc* o *ex nunc*, a meno che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che gli effetti del contratto siano mantenuti, nel qual caso, come in quello di inefficacia non retroattiva, l'organo di ricorso applica le "sanzioni alternative", consistenti in penalità finanziarie e/o nella riduzione della durata del contratto. Per le altre ipotesi di violazioni, è stata consentita all'organo di ricorso la scelta di decidere, secondo una valutazione discrezionale effettuata sulla base di criteri normativi predeterminati, tra la privazione di efficacia del contratto e l'irrogazione delle sanzioni alternative.

Il punto della citata normativa comunitaria del 2007, recepita abbastanza prontamente dalle legislazioni degli Stati membri dell'Unione europea, che a mio avviso merita maggiormente attenzione in questa sede, è quello relativo ai nuovi accennati poteri attribuiti all'organo di ricorso. Infatti, tenendo presente che quest'organo è normalmente il giudice amministrativo o un organo giustiziale amministrativo assimilabile al giudice amministrativo<sup>100</sup>, le attribuzioni di quest'ultimo ne risultano, da un lato, confermate e rafforzate e, dall'altro, ridisegnate ed ampliate, per un verso, nel solco della tradizione dei Paesi a *régime administratif*, e, per altro verso, nel segno della novità.

Nella misura in cui al giudice amministrativo viene devoluto il potere di decidere se l'annullamento dell'aggiudicazione produca l'inefficacia del contratto o se, alla stregua di una valutazione discrezionale, prevalga l'interesse generale al mantenimento del contratto in funzione della celere realizzazione dell'opera pubblica o di altre esigenze, viene, per un verso, confermato e rafforzato dal diritto comunitario il tradizionale ruolo del giudice amministrativo dei Paesi a *contentieux administratif* come "giudice nell'amministrazione", chiamato a tutelare il singolo salvaguardando l'interesse pubblico o, meglio ancora, ad operare quel bilanciamento tra interessi pubblici contrapposti (l'interesse al ripristino della concorrenza e l'interesse all'efficacia del contratto pubblico) e interesse del privato (interesse all'aggiudicazione dell'appalto) e a scegliere quale interesse debba prevalere, che è una tipica valutazione dell'amministrazione alla cui attività, come ci ha insegnato Mario Nigro<sup>101</sup>, assomiglia molto l'accertamento che il giudice amministrativo deve compiere; per altro verso, questa peculiare funzione del giudice amministrativo viene

---

<sup>99</sup> D. DE PRETIS, *Il sistema della protezione preventiva*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, ed. Giuffrè, Milano 2010, 6-7.

<sup>100</sup> Basti leggere, sull'attuazione della direttiva 2007/66/CE in Europa, i diversi capitoli del tanto pregevole quanto esaustivo G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, cit.

<sup>101</sup> NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 20-21.

ridisegnata ed ampliata, perché il compito di mediazione e di coordinamento tra contrapposti interessi viene svolto non più soltanto, come da tradizione, nei riguardi del provvedimento amministrativo, ma anche, ora, del contratto pubblico.

Nella misura, poi, in cui all'organo giustiziale preposto al controllo della legittimità della procedura di affidamento dei contratti pubblici viene devoluto dall'ordinamento comunitario il potere-dovere di irrogare all'ente aggiudicatore e all'impresa aggiudicataria responsabili dell'inosservanza delle prescrizioni della direttiva, sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive» consistenti in penalità pecuniarie e nella riduzione della durata del contratto, al giudice amministrativo viene attribuito un potere sanzionatorio che, se si eccettuano le fattispecie marginali e recessive del *contentieux de la répression* dell'esperienza francese<sup>102</sup> e le ipotesi, con tutt'altro inquadramento dogmatico, di esecuzione indiretta della sentenza amministrativa<sup>103</sup>, risulta essere sconosciuto alle tradizioni giuridiche dei Paesi europei. È noto, infatti, che le misure afflittive e deterrenti sono di norma irrogate o da un giudice penale (sanzioni penali) o da un giudice civile (*punitive damages*) o da un'autorità amministrativa (sanzioni amministrative). Sicché, grazie alla direttiva 2007/66/CE, l'organo giurisdizionale amministrativo viene ad esercitare un potere sostanzialmente amministrativo, di repressione, mediante sanzioni, della violazione della legalità amministrativa ovvero, secondo altra prospettiva, diventa “omologo” al giudice ordinario anche nella titolarità della potestà sanzionatoria. La quale, funzionale a dissuadere amministrazioni e operatori economici dal violare la disciplina pro-concorrenziale sull'affidamento dei contratti pubblici, è delineata dalla direttiva come esercitabile anche d'ufficio dall'organo di ricorso. Il che sembra connotare il giudice amministrativo non solo come un garante, di diritto subiettivo, della libertà di concorrenza, ma anche come un custode, di diritto obiettivo, dell'economia di mercato.

Quasi a voler significare, sotto entrambi i profili esaminati nei due capoversi che precedono, che l'impostazione comunitaria soggettiva della tutela giurisdizionale dell'affidamento dei contratti pubblici, fondata sulle quattro libertà fondamentali del Trattato di Roma, non esclude la tradizionale concezione oggettiva della giustizia amministrativa che ha a cuore l'interesse pubblico e

---

<sup>102</sup> Il *contentieux de la répression* riguarda le misure sanzionatorie che vengono inflitte dal giudice amministrativo in ragione di comportamenti illegittimi posti in essere da soggetti privati (e, in taluni casi, anche da soggetti pubblici). Retaggio dell'*Ancien régime* quando erano considerate del tutto legittime le competenze disciplinari, anche assai penetranti, dell'amministrazione nei confronti dei cittadini, questo contenzioso risulta oggi essere un'eccezione nel panorama della giustizia amministrativa francese ed è legato essenzialmente alla *contraventions de grande voirie* (artt. da L774-1 a L774-11 *code de justice administrative*), vale a dire alle sanzioni relative ai danni apportati dai soggetti privati al demanio pubblico, il cui giudizio era originariamente e tradizionalmente affidato ai *Conseils de préfecture* e con la trasformazione-sostituzione di questi nei *Tribunaux administratifs* (decreto n. 53-934 del 30 settembre 1953), oggi è devoluto ai giudici amministrativi.

<sup>103</sup> Si allude, ovviamente, alle *astreintes* previste, in Francia, dall'art. R921-1 e ss. del *code de justice administrative*, alla *Zwangsgeld gegen eine Behörde* prevista, in Germania, dal § 172 del *Verwaltungsgerichtsordnung*, alla *multas coercitivas* prevista, in Spagna, dall'art. 112 della *ley n. 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, alla «somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato» prevista, in Italia, dall'art. 114, comma 4, lett. e), del codice del processo amministrativo.



l'ordine giuridico obiettivo, perché la libertà di concorrenza viene in considerazione non soltanto come un diritto soggettivo del cittadino europeo, ma anche come un valore oggettivo del sistema economico-sociale dei Paesi europei e dell'Unione europea.

E tuttavia, questa funzione di protezione obiettiva dell'ordinamento giuridico e del bene della libera concorrenza dev'essere assolta salvaguardando, ove possibile, gli altri interessi pubblici in gioco meritevoli di tutela, come eventualmente quello al mantenimento in vita del contratto pubblico, e richiede allora un giudice amministrativo in grado di modulare i suoi poteri di repressione della violazione della normativa comunitaria sulla parità di accesso ai contratti pubblici, con l'esercizio, accanto al potere di dichiarare l'inefficacia del contratto per l'annullamento dell'aggiudicazione (e di dichiararla *ex tunc* o *ex nunc*), del potere di comminare sanzioni punitive pecuniarie e reali. Richiede, dunque, un giudice amministrativo ancor più "di piena giurisdizione" affinché possa essere un efficace garante dell'economia di mercato e della libera competizione senza, però, fare *tabula rasa* di altri interessi pubblici rilevanti; un giudice amministrativo, insomma, che possa essere veramente il giudice del "prisma" degli interessi pubblici e privati.

Com'è stato efficacemente scritto con riferimento all'esperienza giuridica italiana, ma con un'illuminante riflessione che a me pare valere in generale anche per altri ordinamenti europei, «nel settore dei contratti pubblici [...] non si può non sottolineare come l'influenza comunitaria, al fine di garantire al massimo grado il valore della concorrenza, abbia determinato un potenziamento del ruolo "oggettivo" del giudizio amministrativo, che, una volta investito di una "grave violazione" delle regole pro-concorrenziali, procede, anche a prescindere dalle posizioni e dagli interessi particolari delle parti, verso l'adozione di misure idonee alla migliore tutela, immediata o futura, dell'interesse generale che tali regole mirano a curare, contribuendo a reinterpretare in una concezione più moderna degli interessi tutelati il ruolo fondamentale del giudice amministrativo quale garante della "giustizia nell'amministrazione" »<sup>104</sup>.

### **7.5. Il nuovo diritto amministrativo dei contratti pubblici e la nuova figura di giudice amministrativo.**

Cercando di tirare le fila dall'insieme delle considerazioni sin qui svolte, mi permetto di prospettare queste mie personali conclusioni ricostruttive.

A me pare che la regolazione del mercato europeo dei contratti pubblici, effettuata dal diritto comunitario con le regole pubblicistiche proprie degli ordinamenti a regime amministrativo e con gli strumenti di tutela giudiziaria tipici di quei sistemi, abbia introdotto o aumentato gli elementi di amministrativizzazione nell'azione contrattuale dei soggetti pubblici e nel sindacato dei giudici incaricati di sorvegliarne la legittimità, anche nei Paesi di *common law* che questi profili giuspubblicistici ignoravano o comunque non valorizzavano. In essi, infatti, sono state introdotte procedure

---

<sup>104</sup> M.A. SANDULLI, *Inefficacia del contratto e sanzioni alternative*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, cit., 111.

amministrativamente formalizzate di *public procurement* che hanno reso indispensabile il controllo del loro rispetto da parte di un giudice amministrativo specializzato, dotato delle stesse tecniche e quasi della stessa *forma mentis*, nonché titolare della capacità di adottare gli stessi rimedi giustiziali del giudice amministrativo dei Paesi di *civil law*, presi dall'Unione europea a modello.

Dall'altro lato, la disciplina amministrativa comunitaria dell'affidamento dei contratti pubblici, volta a realizzare la libera circolazione dei lavoratori, dei servizi, delle merci e dei capitali, ha indotto i Paesi europei di *civil law* a novellare o a riorientare le loro discipline sugli appalti pubblici al fine di garantire che il relativo affidamento avvenga nel rispetto della *par condicio* e della non discriminazione di tutti gli operatori economici degli Stati membri dell'Unione europea, attribuendo a ciascun imprenditore un vero e proprio diritto soggettivo di partecipazione alla gara d'appalto da far valere nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice. E questo diritto non può che essere tutelato dal giudice amministrativo, quale giudice professionalmente allenato a "snidare" quella natura pubblicistica dei soggetti che obbliga alle procedure di gara e a sorvegliare la regolazione amministrativa del settore, ma con gli strumenti di effettività e di pienezza, omologhi a quelli del giudice ordinario, che richiedono sia l'Unione europea che la natura di diritto fondamentale di libera concorrenza, in cui esso si sostanzia.

Si è, dunque, assistito, per le controversie sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, nei Paesi anglosassoni ad una specializzazione amministrativa del giudice ordinario e nei Paesi dell'Europa continentale ad una "ordinarizzazione" del giudice amministrativo, sempre più simile, per "missione" e per poteri, al giudice "ordinario" dei diritti.

Mentre, sul versante più prettamente organizzativo e ordinamentale, i vari sistemi nazionali hanno cercato di porre questo giudice alla "giusta distanza" dall'amministrazione aggiudicatrice: non troppo vicino, per potergli consentire di svolgere il suo ruolo di controllore in posizione di terzietà, come un giudice "ordinario"; non troppo lontano, per permettergli di accedere più approfonditamente agli episodi di esercizio del potere di aggiudicazione sì da sindacarli più incisivamente, come un giudice "speciale".

In conclusione, si può ritenere che l'omogeneizzazione comunitaria della disciplina amministrativa dell'attività di affidamento dei contratti pubblici, con l'obiettivo di assicurare la libertà e la parità di competizione degli operatori economici e il valore, oggettivamente considerato, dell'economia di mercato, abbia costituito un notevole coefficiente di uniformazione e di potenziamento delle giurisdizioni amministrative nazionali all'insegna dell'ampliamento dei rimedi giustiziali e dell'elevazione degli *standards* di tutela e un rilevante fattore di ridefinizione del ruolo, dello *status* e della funzione del giudice amministrativo, trasformato nel giudice "ordinario" delle controversie afferenti le opportunità del mercato europeo dei contratti pubblici, tutore del diritto costituzionale sovranazionale di libera concorrenza, e rafforzato nella tradizionale missione di garanzia della legalità dell'azione amministrativa e di

conformazione del suo esercizio nel migliore rispetto delle regole e delle complessive finalità volute dall'ordinamento.

### **8. La diffusione nei Paesi europei delle forme di partenariato pubblico-pubblico e pubblico-privato.**

A ridurre le distanze storicamente intercorrenti tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa, introducendo taluni elementi caratterizzanti dell'una nell'altra in una prospettiva di reciproca contaminazione, ha poi contribuito il sempre più ampio ricorso da parte delle pubbliche amministrazioni ai moduli consensuali dell'esercizio della funzione pubblica. Mi sembra di poter rilevare che le diffuse moderne forme di partenariato pubblico-pubblico e pubblico-privato, realizzate attraverso lo strumento privatistico del negozio giuridico funzionalizzato alla cura dell'interesse pubblico, non soltanto implicano una nuova concezione del diritto amministrativo inteso non più semplicemente come il diritto dell'autorità e dell'imperatività, ma più ampiamente dell'organizzazione amministrativa e della funzione pubblica, ma costituiscano anche un ulteriore fattore determinante dell'avvicinamento dei tradizionali modelli giurisdizionali monistico e dualistico, e dello sviluppo di una nuova forma di giurisdizione ordinaria e al contempo specializzata nel sindacato del *munus publicum*.

Com'è noto, i diversi apparati pubblici ricorrono con sempre maggiore frequenza a forme negoziali variamente denominate (accordi, contratti, convenzioni, patti, intese) per definire consensualmente tra loro oppure con i privati direttamente interessati, il contenuto di scelte amministrative anche di grande rilevanza.

Le ragioni di fondo, culturali e politiche, dell'utilizzo di questi moduli negoziali sono probabilmente da rinvenirsi nelle trasformazioni in senso pluralistico ed autonomistico dell'ordinamento<sup>105</sup>.

L'emergere di una sfera di autonomia degli enti territoriali non statali e l'attribuzione a loro favore della legittimazione ad esprimere un proprio indirizzo politico-amministrativo comportano il superamento di forme di direzione di tipo gerarchico e l'esigenza di ricorrere nei rapporti tra amministrazioni pubbliche a strumenti negoziali di mediazione e di coordinamento tra le varie competenze loro assegnate.

D'altro canto, l'attenuazione del dogma dell'imperatività dell'atto amministrativo a favore di una concezione sempre più funzionalizzata del potere pubblico, che rende l'amministrazione un soggetto servente il cittadino, non più suddito, ma titolare di diritti nei confronti dell'apparato pubblico, favorisce l'instaurarsi, tra amministrazione pubblica e cittadino, di rapporti negoziali finalizzati alla cura dell'interesse generale col minor sacrificio possibile del singolo.

Come ha rilevato un grande studioso italiano, alla base di questa nuova forma di contrattualità pubblica vi è «la concezione nuova della pluralità dei

---

<sup>105</sup> E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici* (voce), Enc. Dir., agg. V, 2001.

centri di potere, una pluralità effettiva, cioè paritaria, sia che riguardi i rapporti tra centri di potere pubblici sia che riguardi i rapporti tra centri pubblici e privati»<sup>106</sup>.

### **8.1. Accordi e convenzioni tra amministrazioni pubbliche.**

Cominciando a riflettere sugli accordi tra enti pubblici, si può allora osservare che il pluralismo e il policentrismo dell'amministrazione moderna, nella misura in cui tendono a sfociare in una frammentazione di strutture, di funzioni e di indirizzi, richiedono spesso forme di coordinamento nell'organizzazione e nell'azione dei soggetti pubblici posti su di un piano di equiordinazione e di autonomia di competenze, piuttosto che di gerarchia. Sicché in tutte le esperienze giuridiche le pubbliche amministrazioni, per conseguire più efficacemente i loro obiettivi comuni, concludono accordi tra loro variamente denominati, configurati e disciplinati.

In Germania, i *koordinationsrechtliche Verträge* sono spesso conclusi tra enti territoriali, con imprese pubbliche e nei settori dell'*welfare* e dell'edilizia, sono sottoposti ad un regime essenzialmente pubblicistico rinveniente la sua fonte normativa soprattutto nei §§ 54 e ss. della *Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG* del 1976 (legge sul procedimento amministrativo) e le relative controversie sono affidate al giudice amministrativo.

In Francia, pur mancando a differenza della Germania una normativa di carattere generale, *accords* e *conventions administratifs* collocabili nell'ambiente dei *contrats administratifs* e sottoposti alla giurisdizione amministrativa, sono spesso perfezionati tra soggetti pubblici, specialmente nell'ambito della politica di programmazione (*contrats de plan*) e della materia dell'urbanistica e dell'edilizia (*conventions pour l'aménagement du territoire et pour l'aménagement urban*), nonché nei rapporti tra Stato e collettività locali (*contrats entre l'État et les collectivités locales*) e tra collettività locali (*contrats entre collectivités locales*) dove assumono un'importanza non secondaria ai fini delle politiche di decentramento amministrativo che da alcuni decenni il Paese centralista europeo per antonomasia cerca di realizzare.

In Italia, normative settoriali prevedono gli accordi di programma, che possono essere conclusi tra enti territoriali per definire e realizzare interventi sul territorio, i patti territoriali e i contratti d'area, i contratti di programma tra amministrazioni e enti pubblici economici privatizzati per regolamentare l'esercizio di determinati servizi pubblici, le convenzioni tra Ministeri e Agenzie e l'art. 15 della legge n. 241/1990 stabilisce la normativa di principio sugli accordi conclusi tra pubbliche amministrazioni «per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune».

---

<sup>106</sup> M. NIGRO, *Conclusioni*, in *L'accordo nell'azione amministrativa* a cura di A. MASUCCI, Roma, 1988, Quaderni del FORMEZ, n. 51, 79 ss.

In Spagna, i *convenios de colaboración* e i *planes y programas conjuntos* previsti e disciplinati dagli artt. 6, 7 e 8 della *Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, possono essere stipulati tra l'amministrazione generale dello Stato, gli organismi pubblici e le autonomie locali, e sono stati tra i maggiori strumenti giuridici che hanno consentito di evitare che l'avanzato regionalismo riconosciuto e favorito dalla Costituzione degenerasse in un autonomismo centrifugo privo di qualunque coordinamento. E ai sensi dell'art. 8, par. 3, «*las cuestiones litigiosas que puedan surgir en su interpretación y cumplimiento [...] serán de conocimiento y competencia del Orden Jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo y, en su caso, de la competencia del Tribunal Constitucional*».

Nel Regno Unito, *framework agreements* tra *Next Steps Agencies* e *Departments* e *public agreements* tra *Commissions*, *Offices* e tra *Local Governments* sono spesso raggiunti per realizzare una più efficiente ed economica organizzazione strutturale e operativa, sì da consentire il miglior espletamento delle funzioni pubbliche.

## **8.2. Accordi e convenzioni tra amministrazione pubblica e soggetto privato.**

Passando ora agli accordi tra enti pubblici e soggetti privati, si può rilevare come rappresenti una costante degli ordinamenti democratici moderni la tendenza a sostituire le modalità negoziate di assunzione della decisione attinente alla cura dell'interesse pubblico a quelle tradizionali a carattere imperativo.

Non è solo e tanto per la volontà della pubblica amministrazione dei nostri giorni di entrare in rapporto col cittadino, ove possibile, senza il volto sgradito dell'autorità e dell'utilizzo del potere unilaterale, come nel caso da manuale dell'accordo sostitutivo dell'espropriazione, ma è anche e direi soprattutto perché l'esercizio in via convenzionale delle potestà pubblicistiche a volte conviene alla pubblica amministrazione e a volte può costituire addirittura una strada obbligata.

Si pensi all'affidamento della gestione di servizi di pubblica utilità a privati dotati delle risorse tecniche, organizzative e finanziarie necessarie. Laddove l'erogazione del servizio implichi investimenti infrastrutturali e dunque finanziari significativi, il concreto interesse degli operatori privati a partecipare al progetto in qualità di finanziatori, realizzatori e/o gestori è subordinato al fatto di poter definire consensualmente con l'amministrazione il programma di svolgimento dell'attività in questione e alla garanzia della tendenziale stabilità di tale programma; ciò che soltanto lo strumento convenzionale consente di ottenere<sup>107</sup>.

O si pensi ancora a tutte quelle situazioni nelle quali l'amministrazione non dispone del potere di imporre coercitivamente ai privati atti e comportamenti che sarebbero funzionali al miglior soddisfacimento dei pubblici interessi affidati alla sua protezione e in cui soltanto la conclusione di un accordo che attribuisca ai medesimi privati significative contropartite può spingerli ad accettare<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, cit.

<sup>108</sup> BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, cit.

L'esempio di scuola è quello delle convenzioni di urbanizzazione, con cui l'ente territoriale ottiene dal privato interventi di urbanizzazione in cambio del rilascio di concessioni edilizie per l'edificazione; ma potrebbe anche essere quello del contratto di programma con cui una o più amministrazioni s'impegnano ad erogare sovvenzioni finanziarie o a concedere agevolazioni fiscali a favore di determinati imprenditori in cambio del mantenimento di attività industriali in talune zone e con l'accordo di moderazione salariale delle associazioni sindacali locali.

In tali evenienze è ovvio che l'intesa con la quale la parte pubblica e quella privata si obbligano a porre in essere prestazioni alle quali non sarebbero per legge tenute, consente all'amministrazione di orientare l'attività dei privati assai più efficacemente rispetto a quanto sarebbe possibile ottenere con atti imperativi<sup>109</sup>.

In Germania, *Koordinationsrechtliche und Subordinationsrechtliche Verträge* possono essere stipulati tra amministrazione e privati, sono disciplinati dalla legge sul procedimento amministrativo e dai principi di diritto pubblico, fatta eccezione per i casi di nullità dell'accordo ai quali si applica, in prima istanza, il codice civile, e il giudice di tutela è, anche per le questioni risarcitorie, il giudice amministrativo.

In Francia, convenzioni tra pubbliche amministrazioni e privati esistono da molto tempo, ma la figura che tra esse ha fatto "scuola" tanto da essere "esportata" in altri Paesi europei, è senz'altro il *contrat de délégation de service public* che si può definire come il *contrat administratif* con cui una persona giuridica di diritto pubblico affida, *intuitu personae*<sup>110</sup>, la gestione di un servizio pubblico, di cui ha la responsabilità, ad un delegatario privato (o anche pubblico), remunerandolo in tutto o in parte con i risultati operativi del servizio stesso.

Ma con l'*ordonnance* n. 2004-559, adottata dal Governo in attuazione della *loi* n. 2003-591 di semplificazione normativa, è stata istituzionalizzata una terza figura di *contrat administratif* accanto alle due tradizionali del *marché public* e della *délégation de service public*: il *contrat de partenariat public-privé*, che consente di dare ai rapporti tra pubbliche amministrazioni e operatori economici contenuti pattizi atipici e diversi dallo schema della tradizionale concessione del servizio pubblico. E come per tutti i *contrats administratifs*, anche per i *contrats de partenariat public-privé* le controversie sulla loro formazione, validità, interpretazione ed esecuzione sono devolute alla cognizione del giudice amministrativo nell'ambito del *contentieux de pleine juridiction*.

In Italia, è l'art. 11 della legge n. 241/1990 a disciplinare gli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento amministrativo: debbono essere stipulati per atto scritto, sotto pena di nullità; ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili; quelli sostitutivi sono soggetti ai controlli previsti per i provvedimenti; per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione può recedere unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di

---

<sup>109</sup> BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, cit.

<sup>110</sup> Non è un caso che il verbo "affidare" rechi nella sua radice la *fides*, cioè la fiducia.

corrispondere un indennizzo al privato in relazione agli eventuali danni da questo subiti; le controversie sulla formazione, conclusione ed esecuzione sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, comma 1, lett. a, n. 2, cod. proc. amm.).

In Spagna, l'art. 88 della citata *ley* 30/1992 prevede che il procedimento amministrativo possa concludersi con una decisione negoziata con la persona di diritto privato (o di diritto pubblico) sotto forma di «*acuerdos, pactos, convenios o contratos*».

Ma nel settore della cooperazione tra pubblico e privato, l'esperienza britannica della *public private partnership* - *Ppp* è certamente la più rilevante, perché ha costituito lo strumento principale con cui oltremania si è attuata, dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, una "rifondazione" della struttura, dell'organizzazione e dell'azione della pubblica amministrazione che, insieme alla coeva identica politica di *Reiventing Government* statunitense, ha finito per influenzare gli ordinamenti amministrativi dell'Europa continentale e il diritto comunitario.

A seguito della crisi, negli anni Settanta, della finanza pubblica e delle inefficienze della gestione amministrativa e del *Welfare State*, in Gran Bretagna il governo conservatore, all'insegna del disegno di un *new public management*, vara una serie di incisive riforme di *privatization* delle pubbliche amministrazioni, di *deregulation* e di *outsourcing* di funzioni e servizi pubblici con l'obiettivo «*to benefit from private sector innovation, to generate radical new synergies between the design and operation of assets, and to take advantage of private sector commercial discipline, so helping to modernise public services and obtain better value*»<sup>111</sup>.

La categoria delle *Ppp* utilizzate per realizzare questa politica comprende molti istituti: *asset sales, wider markets, sales of business, partnership companies, joint ventures, partnership investments, policy partnership*<sup>112</sup>. Ma lo strumento principale è senz'altro la *private finance initiative* – *Pfi* che si differenzia dalle più tradizionali figure di partenariato con il privato conosciute dai Paesi a *régime administratif* soprattutto sotto tre profili: l'attenzione alla qualità dei servizi erogati dal gestore privato alla collettività, ottenuta sia con la trasformazione dell'amministrazione in acquirente dei servizi stessi, sia con l'emanazione di *citizen's charters* che attribuiscono ai cittadini diritti a buoni servizi pubblici da valutare con test di *customer satisfaction*; la messa a concorrenza dell'affidamento della gestione; e lo schema della *global mission* con la quale l'amministrazione assegna al partner privato la progettazione, la realizzazione, il finanziamento e la gestione dell'opera o del servizio in cambio del diritto alla remunerazione attraverso la gestione, ma previo trasferimento del complessivo rischio d'impresa.

Tanti sono i settori toccati da questa nuova forma di amministrazione: la sanità, la scuola, la lotta alla povertà e alla disoccupazione, l'edilizia economica e

---

<sup>111</sup> Le parole, contenute nei documenti governativi dell'epoca, sono citate da MASSERA, *op. ult. cit.*, 240-241.

<sup>112</sup> MASSERA, *op. ult. cit.*, 241.

popolare, l'igiene degli abitati, le opere pubbliche; tra queste ultime, l'affidamento a operatori privati del finanziamento, della costruzione e della gestione delle infrastrutture penitenziarie col *Criminal Justice Act* del 1991 si estende persino al trattamento dei detenuti.

Questo modello di aziendalizzazione del settore pubblico e di *contracting out* delle funzioni e dei servizi pubblici penetra intensamente, anche grazie all'influenza planetaria delle analoghe politiche statunitensi di riforma amministrativa degli anni Ottanta e Novanta, nei Paesi dell'Europa continentale che fino ad allora avevano conosciuto forme meno decise e finanziariamente e giuridicamente meno elaborate di esternalizzazione, e costringe a ripensare la disciplina comunitaria del mercato europeo dei contratti pubblici alla luce della considerazione che queste nuove snelle figure negoziali di *public private partnership* sono pur sempre ghiotte occasioni economiche che incidono in termini quantitativamente ampi sull'assetto competitivo del mercato e in relazione alle quali gli imprenditori giustamente reclamano la parità di trattamento e la non discriminazione. Conseguentemente, sulla spinta del diritto comunitario, si approvano nei Paesi dell'Unione europea, Regno Unito compreso, normative che, anche per questi innovativi rapporti contrattuali tra pubblico e privato, obbligano le pubbliche amministrazioni a rispettare i principi di trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità, mediante procedure pubbliche, flessibili e non discriminatorie, utilizzando il sistema di aggiudicazione del dialogo competitivo e istituzionalizzando il *project financing*, entrambi mutuati, dal legislatore di Bruxelles e di Strasburgo, dall'ordinamento britannico.

### **8.3. La ridefinizione dei compiti e della “fisionomia” del giudice amministrativo.**

Orbene, tornando alla ragione che mi ha indotto ad accennare alla tematica degli accordi amministrativi quali strumenti per l'attuazione di queste nuove o rinnovate, ma certamente assai ampliate, forme di partenariato pubblico-pubblico e pubblico-privato, l'aspetto sul quale vorrei richiamare in questa sede l'attenzione è la centralità assunta nell'organizzazione e nell'azione della pubblica amministrazione dei nostri tempi dalla convenzione e dal contratto diverso dal classico appalto pubblico e, per conseguenza, la ridefinizione dei compiti e, in un certo senso, della “fisionomia” del giudice amministrativo.

Il fatto che la pubblica amministrazione dei Paesi europei eserciti sempre più spesso la funzione pubblica con moduli consensuali esige che le eventuali controversie che possano insorgere, siano risolte da un giudice capace di sindacare la legittimità della formazione di un accordo e la sua validità, di interpretare il regolamento pattizio alla luce di quanto voluto dalle parti e degli altri canoni ermeneutici stabiliti dal codice civile, di verificare, con adeguati mezzi istruttori, l'avveramento dei presupposti fattuali negoziali su cui si fondano le pretese dei paciscenti, di accertare se le prestazioni dedotte nella convenzione siano state esattamente e tempestivamente adempiute. Un giudice, insomma, molto simile al giudice “ordinario” dei rapporti tra soggetti paritari,



fondati sull'eguaglianza e sulla libertà; molto simile al giudice civile delle controversie sulle obbligazioni e sui contratti.

Al contempo, però, questi accordi rimangono pur sempre, in parte, funzionalizzati alla cura concreta dell'interesse generale e il vincolo del fine pubblico penetra nella causa del contratto, bettianamente intesa come tipica funzione economico-sociale<sup>113</sup> o ferrianamente come ragione concreta e cioè come interesse concretamente perseguito dalle parti con l'operazione contrattuale<sup>114</sup>. Il che comporta, per esempio, a prescindere da specifiche previsioni di legge, la rilevanza negoziale delle sopravvenienze d'interesse pubblico che giustificano il recesso e, in alcuni contesti ordinamentali, il conseguente obbligo della corresponsione di un mero indennizzo in luogo del risarcimento integrale spettante al danneggiato dallo scioglimento anticipato di un contratto stipulato da tutte le parti nella libertà dei fini. Comporta un'interpretazione che tenga conto dell'inerente funzione pubblica che non può, per esempio, non illuminare le corrette modalità di esecuzione della convenzione e i criteri per stabilire la sua validità. Comporta, altresì, di tollerare che la convenzione spieghi i suoi effetti anche nei confronti dei terzi, in deroga al principio secondo cui il contratto "ha forza di legge tra le parti" ben riassunto dal plurisecolare brocardo "*res inter alios acta neque nocet neque prodest*".

Nonostante il tentativo di "fuga" dal diritto amministrativo e di assimilazione ai contratti di diritto civile, questi patti rimangono pur sempre, in parte rilevante, e sotto tutte le latitudini, di diritto pubblico e la soluzione delle relative controversie necessita di un giudice specializzato nel sindacato della funzione pubblica che ne pervade la causa e nella protezione dei terzi incisi dall'esercizio del potere amministrativo, ancorché negoziato; tale è il giudice amministrativo speciale o specializzato.

La soluzione più appropriata per realizzare il giusto temperamento della sensibilità per l'autonomia e l'eguaglianza negoziale e dell'attenzione per l'insopprimibile funzionalizzazione all'interesse pubblico sembra essere di devolvere la risoluzione delle vertenze che possano sorgere da queste forme di partenariato pubblico-pubblico e pubblico-privato ad un giudice titolare di poteri cognitori e decisorii pieni come quello "ordinario", ma specializzato nell'individuazione della concreta essenza del *munus publicum* e dei suoi effetti applicativi al caso di specie, come il giudice amministrativo.

Un giudice amministrativo, dunque, di *pleine juridiction*, come nell'esperienza francese dei *contrats administratifs*, o di giurisdizione esclusiva, come nell'esperienza italiana degli accordi di cui agli artt. 11 e 15 della legge n. 241. Oppure un giudice ordinario specializzato, come nell'esperienza inglese dei *public agreements* e delle *public private partnerships* e come nell'esperienza spagnola dei *convenios* o *planes* o *acordos* di cui agli artt. 6, 7, 8 e 88 della *ley* 30/1992.

L'indifferenza dell'alternativa mi pare evidenzi assai bene come la diffusione dei moduli negoziali di esercizio delle potestà amministrative

---

<sup>113</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ed. Utet, Torino 1955, 166 ss.

<sup>114</sup> G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, ed. Giuffrè, Milano 1966, 249.

contribuisca ad accorciare le distanze tra i tradizionali modelli dualistico e monistico di giurisdizione e a far emergere, nei Paesi europei, l'esigenza di un nuovo uniforme tipo di giurisdizione amministrativa ordinaria e "piena" ovvero di una nuova figura di giudice amministrativo che, oltre ad essere il giudice "speciale" del provvedimento unilaterale e imperativo, sia anche il giudice "ordinario" del rapporto negoziale paritario tra amministrazioni e tra amministrazione e cittadino, in grado di cogliere e di far valere la "specialità" della funzione pubblica, inerente alla causa negoziale e sviluppata nel regolamento pattizio, con gli stessi mezzi istruttori e con gli stessi poteri decisorii dichiarativi, costitutivi, condannatori, cautelari ed esecutivi con i quali il giudice civile impone alle parti il rispetto delle obbligazioni contrattuali.

Insomma, un giudice della potestà amministrativa a trecentosessanta gradi ovvero un giudice generale della funzione pubblica, in qualunque modo questa venga esercitata: col provvedimento unilaterale, con l'accordo o con altri strumenti e modalità.

## **9. La giurisdizione amministrativa dei Paesi europei come ridisegnata dall'ordinamento comunitario. 9.1. Introduzione.**

Un possente fattore che spinge i sistemi nazionali europei di giustizia amministrativa nella direzione di un potenziamento della giurisdizione specializzata nelle controversie tra privati e autorità amministrativa e di un ampliamento dei relativi poteri cognitori e decisorii, sempre più omologhi per tipo, estensione ed incisività a quelli della giurisdizione ordinaria, è indubbiamente il processo d'integrazione europea. Con l'avvertenza, tuttavia, che ci si riferisce essenzialmente alla giurisdizione intesa in senso funzionale e non anche, o meno, all'organizzazione giudiziaria, perché il principio comunitario di autonomia processuale degli Stati membri rende tendenzialmente irrilevante per l'ordinamento dell'Unione europea l'adesione di un Paese al modello giurisdizionale monistico o a quello dualistico. E con la precisazione che si tratta di un fattore d'influenza "omogeneizzante" dei vari sistemi processuali amministrativi nazionali, poiché li conduce ad avere istituti e categorie simili e spesso identici, tanto che da tempo si parla in riferimento ad essi di un "sistema unitario di giurisdizione europea"<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> In tal senso, si veda G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, ed. Giuffrè, Milano 2001 e S. CASSESE, *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*, 22, in L. VANDELLI – C. BOTTARI – D. DONATI (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, ed. Maggioli, Rimini 1994. Per uno sguardo d'insieme sul fenomeno delle interazioni tra ordinamento comunitario e diritti amministrativi nazionali, sostanziali e processuali, segnalo i contributi contenuti in tre pregevolissimi volumi della collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento, in cui sono pubblicati i risultati di tre ricerche svolte in collaborazione da diverse Università italiane aventi ad oggetto gli argomenti del titolo: G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, ed. Cedam, Padova 2005; G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, ed. Cedam, Padova 2010; G. FALCON – D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, ed. Cedam, Padova 2011.

Ma procediamo con ordine e cominciamo col ricordare alcuni principi fondamentali e caratteri essenziali dell'ordinamento dell'Unione europea.

## **9.2. Il sistema di tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di matrice comunitaria.**

La tutela giurisdizionale che garantisce la protezione delle posizioni giuridiche sorte per effetto del diritto dell'Unione europea è assicurata da un sistema giurisdizionale ripartito su due livelli: quello comunitario, costituito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (articolata al suo interno in Corte di Giustizia, Tribunale e Tribunale della Funzione pubblica); e quello nazionale, costituito dagli organi giurisdizionali degli Stati membri.

Al primo livello spettano in via esclusiva alcune azioni tassativamente enumerate dai Trattati, che i soggetti interessati possono proporre direttamente davanti ad una delle articolazioni della Corte di Giustizia, titolare, in queste fattispecie, di "competenze dirette": si tratta dei ricorsi per infrazione (artt. 258 e 259 TFUE), d'annullamento (art. 263 TFUE), in carenza (art. 265 TFUE), per risarcimento (artt. 268 e 340 TFUE) e per controversie tra Unione e agenti di questa (art. 270 TFUE).

Al secondo livello, con carattere generale e residuale rispetto alla specialità delle azioni predette<sup>116</sup>, sono devolute tutte le altre azioni che i soggetti interessati all'applicazione di una norma dell'Unione possono esercitare davanti ai giudici nazionali per chiedere loro di assicurare la tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche loro spettanti in base alla norma comunitaria stessa. Non a caso, nella giurisprudenza comunitaria, si suole da tempo affermare che i giudici nazionali sono "i giudici comunitari di diritto comune"<sup>117</sup>.

Sulla scorta di una costante giurisprudenza<sup>118</sup>, si è ritenuto per molto tempo che la giurisdizione comunitaria dei giudici nazionali avesse il suo fondamento nell'obbligo di leale cooperazione fissato dall'art. 10 TCE. Col Trattato di Lisbona è stato inserito, nel nuovo TUE, l'art. 19 che impegna esplicitamente gli Stati membri affinché stabiliscano «i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione», cosicché non solo è cambiato il fondamento normativo del livello nazionale di giurisdizione comunitaria, che oggi risiede in quest'articolo, ma questa competenza è stata attribuita con una formula talmente diretta e stringente

---

<sup>116</sup> Il carattere speciale delle competenze della Corte di Giustizia rispetto alla competenza generale dei giudici nazionali risulterebbe confermato dall'art. 274 TFUE, che recita: «Fatte salve le competenze attribuite alla Corte di giustizia dai Trattati, le controversie nelle quali l'Unione sia parte non sono, per tale motivo, sottratte alla competenza delle giurisdizioni nazionali». Così argomenta L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, ed. Giuffrè, Milano 2010, 280-281.

<sup>117</sup> Lo ricorda M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, ed. Giuffrè, Milano 2013, 537.

<sup>118</sup> A partire dalla sentenza *Rewe*, 16 dicembre 1976, causa 33/76, è stato principio costantemente affermato dalla Corte di Giustizia che «è compito dei giudici nazionali, secondo il principio di cooperazione enunciato dall'art. 10 TCE, garantire la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario».

da consentire alla Commissione e alle altre istituzioni di verificarne l'osservanza<sup>119</sup>.

I due livelli di tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche di diritto comunitario (quello dinanzi alla Corte di Lussemburgo e quello dinanzi ai giudici nazionali) operano in maniera coordinata ed integrata. Infatti, per evitare che nell'applicare il diritto dell'Unione, i giudici degli Stati membri possano pregiudicare l'uniformità delle disposizioni di tale diritto, interpretandole come se si trattasse di norme appartenenti al rispettivo ordinamento nazionale, i Trattati hanno previsto uno strumento di raccordo con la Corte di Giustizia: la procedura di rinvio pregiudiziale (art. 19, par. 3, lett. b, TUE e art. 267 TFUE). Attraverso di essa il giudice nazionale ha la facoltà o, se di ultima istanza, l'obbligo di deferire alla Corte di Giustizia le questioni interpretative<sup>120</sup> riguardanti il diritto dell'Unione. In questo modo s'instaura una collaborazione tra livello dell'Unione e livello nazionale di tutela giurisdizionale, che consente di preservare il carattere uniforme delle norme dell'Unione anche nel momento applicativo<sup>121</sup>. Si parla, in proposito, di "competenza indiretta" della Corte di Giustizia, perché il potere di decidere direttamente l'intera controversia rimane di esclusiva spettanza del giudice nazionale *a quo*.

### **9.3. I principi di autonomia processuale, di equivalenza e di effettività.**

Il sistema di tutela giurisdizionale nazionale delle posizioni giuridiche di diritto comunitario s'informa al principio di autonomia processuale degli Stati membri: «in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta»<sup>122</sup>. Dunque, termini di prescrizione o decadenza, competenza del giudice, eventuale riparto di giurisdizione, domande proponibili, oneri processuali da soddisfare, ripartizione dell'onere della prova, etc., sono determinati da ciascun ordinamento nazionale.

Tuttavia, la giurisprudenza di Lussemburgo in sede di competenza pregiudiziale ha chiarito che il principio di autonomia processuale degli Stati membri non è assoluto, perché le norme processuali nazionali possono essere applicate alle azioni esercitate per la tutela di diritti originati da una fonte dell'Unione, a due cumulative condizioni: che le modalità processuali definite dal diritto nazionale per l'esercizio di queste azioni non siano meno favorevoli di quelle applicate per la protezione giudiziaria di posizioni analoghe di origine puramente interna (principio di equivalenza); e che le modalità processuali non

---

<sup>119</sup> CHITI, *op. ult. cit.*, 537.

<sup>120</sup> E anche di validità del diritto comunitario derivato. La questione pregiudiziale di validità degli atti comunitari, sollevabile dai giudici nazionali, serve ad ampliare i canali attraverso i quali la Corte di Lussemburgo, giurisdizione avente il monopolio del giudizio di validità degli atti comunitari di diritto derivato, può verificare la loro legittimità, garantendo dunque nel più ampio grado possibile il principio di legalità comunitaria.

<sup>121</sup> DANIELE, *op. ult. cit.*, 281.

<sup>122</sup> CGCE, 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe*.

siano tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti derivanti da norme dell'Unione (principio di effettività). In particolare, questo principio di tutela giurisdizionale effettiva è stato enucleato dalla Corte di Giustizia fin dalla citata sentenza *Rewe* del 1976 ed è stato via via sempre più affinato, consolidato ed ampliato dalla giurisprudenza, per essere poi organicamente "sistematizzato" nella sentenza *Peterbroeck*<sup>123</sup> del 1995. A dare rilievo e centralità a questo principio nell'ordinamento comunitario ha contribuito anche l'influenza esercitata sui giudici di Lussemburgo dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo nell'applicazione degli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che questo «diritto ad un ricorso effettivo» esplicitamente sanciscono<sup>124</sup>. Esso, poi, è stato recepito dal legislatore comunitario nell'art. 47 («diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale») della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, alla quale l'art. 6 del TUE riscritto dopo Lisbona attribuisce «lo stesso valore dei Trattati» e viene oggi comunemente interpretato, declinato ed applicato sia dal legislatore che dal giudice europeo dei due "livelli" (nazionale e comunitario) nel senso che le posizioni giuridiche soggettive derivanti da norme dell'Unione europea devono ricevere una tutela giurisdizionale efficace, celere e pienamente soddisfacente.

Ebbene, sulla spinta del principio del primato e dell'effetto utile del diritto comunitario, e soprattutto attraverso il principio di effettività della tutela giurisdizionale, gli interventi della Corte di Giustizia e quelli del legislatore comunitario (quest'ultimo soprattutto con le direttive ricorsi 89/665/CEE, 92/13/CEE e 2007/66/CE in materia di appalti pubblici) hanno finito per erodere l'autonomia processuale degli Stati membri, imponendo, nella giurisprudenza e nelle discipline nazionali dei giudizi amministrativi, *standards* di effettiva ed elevata protezione giudiziaria delle posizioni giuridiche soggettive di derivazione comunitaria nei confronti delle autorità amministrative. E questi *standards*, da un lato, hanno rafforzato i poteri ed esteso l'ambito delle singole giurisdizioni amministrative nazionali e, dall'altro, le hanno, sotto molti profili, omogeneizzate, al punto che non è affatto peregrino parlare, in relazione agli ordinamenti nazionali europei tutti, compresi quelli d'oltremania, di un "nuovo sistema europeo di giustizia amministrativa" e di un "processo amministrativo europeo"<sup>125</sup>. Infatti, l'esigenza di garantire un'applicazione uniforme del diritto

---

<sup>123</sup> CGCE, 14 dicembre 1995, causa C-312/93.

<sup>124</sup> Le ragioni e le modalità di quest'influenza saranno descritte nell'ultimo paragrafo.

<sup>125</sup> Sono (condivisibili) espressioni (ed anzi, prima ancora, concetti) adoperati da D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, ed. Giuffrè, Milano 2007, 301, e CHITI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 516 ss. Alle medesime intuizioni di CASSESE e di MORBIDELLI si è già accennato in una nota precedente. Nello stesso senso, pur con sfumature diverse, si esprimono G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 353; ID., *Giustizia comunitaria e giustizia amministrativa*, 271, in L. VANDELLI – C. BOTTARI - D. DONATI (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, cit.; e R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario: studio sull'influsso dell'integrazione giuridica europea sulla tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*, ed. Jovene, Napoli 1992.

comunitario, pur essendo affidata in larga misura agli organi, soprattutto giudiziari (principio dell'autonomia processuale degli Stati membri), di ciascuno Stato membro (principio di leale collaborazione), necessita che le garanzie giurisdizionali nazionali siano un minimo omogenee.

A dire il vero, per molto tempo questo innalzamento degli *standards* nazionali di protezione giurisdizionale verso le pubbliche amministrazioni statali (le quali, giusta l'obbligo di leale cooperazione, sono tenute a collaborare all'attuazione del diritto comunitario) è stato realizzato dall'ordinamento dell'Unione europea non tanto con l'obiettivo di garantire i diritti dei singoli, secondo una prospettiva della tutela giurisdizionale di tipo "soggettivo", quanto piuttosto di conseguire l'affermazione e l'implementazione del diritto comunitario, funzionali alla creazione di un mercato comune fondato sulla libertà di concorrenza, di circolazione, di stabilimento e di prestazione. E dunque, l'esigenza di garantire l'effettività - l'*effet utile* - del diritto comunitario, secondo una concezione comunitaria della tutela giurisdizionale che si potrebbe considerare di tipo "oggettivo", è stata anche il vero motore del percorso di avvicinamento dei vari sistemi nazionali di giustizia amministrativa.

Successivamente, di pari passo con la trasformazione della comunità da organizzazione sovranazionale meramente economica a "Unione" quasi "confederale" per la promozione del benessere, della pace, della libertà, della sicurezza e della giustizia dei popoli europei, l'ordinamento europeo ha assunto contenuti di più diretta garanzia e protezione dei singoli, mettendo al centro la persona quale titolare di diritti nei confronti delle pubbliche autorità europee e nazionali, azionabili mediante un ricorso giurisdizionale effettivo. È cioè divenuta prevalente la funzione "soggettiva" della tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche comunitarie rispetto a quella "oggettiva", pur rimasta, ed anzi, a ben riflettere, continuata ad essere indirettamente garantita ed alimentata dalla prima.

#### **9.4. L'innalzamento degli *standards* di tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive di diritto nazionale.**

Ma quel che più rileva in questa sede sottolineare è che l'influenza del diritto comunitario giurisprudenziale e normativo si è risolta in un innalzamento dei livelli di tutela giurisdizionale nei confronti dei pubblici poteri non solo a favore dei diritti nascenti dall'ordinamento dell'Unione europea, ma anche a favore delle posizioni giuridiche soggettive di diritto nazionale, e dunque è sfociata in un arricchimento e in un potenziamento non solo dei processi amministrativi nazionali finalizzati alla tutela di diritti di matrice comunitaria, ma anche dei processi amministrativi nazionali deputati alla tutela di diritti di fonte interna.

Questo per almeno due ragioni.

La prima è che nessun ordinamento democratico moderno, fondato sui principi di eguaglianza e ragionevolezza, può a lungo tollerare un sistema processuale che tutela le medesime posizioni giuridiche soggettive in modo pieno ed efficace o non, a seconda che esse abbiano fonte nel diritto comunitario o rispettivamente in quello nazionale. Insomma, i sistemi giuridici nazionali non

possono consentire che il principio di equivalenza valga solo unidirezionalmente, a favore dell'Unione europea.

E così, ad esempio, l'affermazione del principio della più ampia legittimazione ad agire davanti al giudice nazionale per la protezione di diritti di fonte comunitaria, che la Corte di Giustizia sottolinea con forza, soprattutto a partire dalla sentenza *Johnston*<sup>126</sup>, come corollario dell'effettività della tutela, finisce per determinare una progressiva dilatazione dell'accesso alla tutela giurisdizionale anche dei diritti di fonte interna nei confronti delle autorità pubbliche in quegli ordinamenti, come quello britannico, tradizionalmente adusi a limitarlo, subordinandolo al *leave* del giudice, rilasciato discrezionalmente.

O per fare qualche altro esempio a noi più vicino, ma dal significato estensibile anche ad altri ordinamenti nazionali, dove pure è accaduto qualcosa di corrispondente, la sentenza *San Giorgio*<sup>127</sup>, che ha censurato come non conformi al principio comunitario di effettività le norme legislative italiane che imponevano requisiti di prova estremamente restrittivi ed onerosi perché gli interessati potessero ottenere la restituzione di somme riscosse dall'amministrazione finanziaria in violazione del diritto dell'Unione europea, ha indotto il legislatore italiano a modificare la propria normativa tributaria afferente al regime probatorio, per la tutela non soltanto dei diritti del contribuente di origine comunitaria, ma anche delle posizioni giuridiche di fonte interna, inconcepibile essendo una disciplina probatoria differenziata, più favorevole per le prime e più penalizzante per le seconde.

E ancora, una volta che la Corte di Giustizia di Lussemburgo abbia acclarato<sup>128</sup> che la legislazione italiana attuativa delle direttive ricorsi in materia di procedure di aggiudicazione di appalti pubblici è incompatibile col diritto comunitario ad un provvedimento provvisorio d'urgenza nella parte in cui non prevede la tutela cautelare *ante causam*, difficilmente un sistema basato sugli artt. 3 e 24 della nostra Costituzione avrebbe potuto ritardare oltremisura l'estensione di questo istituto anche a controversie nelle quali si fanno valere posizioni giuridiche soggettive di diritto meramente interno. E non a caso il legislatore del 2010 ha ritenuto di dover generalizzare l'istituto, prevedendo e disciplinando le «misure cautelari anteriori alla causa» all'art. 61 del codice del processo amministrativo.

E sul piano degli interventi normativi (indirettamente) comunitari dotati di *vis expansiva*, non si può fare a meno di ricordare che tra gli argomenti che hanno portato la nostra Corte di Cassazione (sent. n. 500/99) a superare il dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi pretensivi c'è stato anche quello dell'incoerenza di un ordinamento che consentiva il risarcimento dei danni derivanti da atti amministrativi compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici (art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142)<sup>129</sup> e non

---

<sup>126</sup> CGCE, 15 maggio 1986, causa C-222/84.

<sup>127</sup> CGCE, 9 novembre 1983, causa C-199/82.

<sup>128</sup> CGCE, ordinanza 29 aprile 2004, causa 202/03, *Azienda Ospedaliera "Ospedali Civili" di Brescia*.

<sup>129</sup> Art. 13 legge n. 142/92: «Violazioni del diritto comunitario in materia di appalti e forniture. 1. I soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento possono

anche dei danni derivanti dalla violazione di altrettanti interessi legittimi dinamici, ma di fonte interna<sup>130</sup>.

La seconda ragione per la quale il rafforzamento della tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive di diritto comunitario finisce per determinare un innalzamento della protezione giudiziaria delle posizioni di fonte interna si comprende tenendo presente che il giudice nazionale è il giudice normale - “comune” - delle controversie comunitarie, ed è che nessun sistema riesce a reggere a lungo la pratica di un organo giurisdizionale nazionale che applica un “doppio registro” e cioè un regime processuale differente e tecniche di sindacato distinte a seconda che debba risolvere controversie comportanti l’applicazione del diritto comunitario o invece l’applicazione del diritto nazionale. Soprattutto la diversità di sindacato può essere calibrata sulla specificità della controversia, ma non sulla peculiarità del diritto sostanziale – nazionale o comunitario – applicabile. E allora non meraviglia che «il giudice nazionale, chiamato ad applicare la regola nei casi di diritto europeo, sempre più la acquisisce come tecnica normale di sindacato e la applica anche quando non si tratta di diritto comunitario»<sup>131</sup>; e che gli innalzamenti degli *standards* e gli ampliamenti della tutela giurisdizionale amministrativa, prodotti dal meccanismo comunitario dell’ “effetto utile”, finiscano per estendersi alla generalità delle controversie nazionali non riguardanti l’applicazione del diritto dell’Unione europea.

L’esempio più emblematico può rinvenirsi nella vicenda inglese del sindacato di proporzionalità sulla discrezionalità amministrativa.

La Corte di giustizia delle Comunità europee, tramite, al solito, la competenza pregiudiziale, impone ai giudici inglesi la verifica del rispetto del principio di proporzionalità sull’attività amministrativa discrezionale attuativa del diritto comunitario. Le *courts* di Sua Maestà, tradizionalmente refrattarie a “imbrigliare” il potere amministrativo discrezionale, sia per l’assenza di una giurisdizione speciale allenata a farlo, sia per un’idea molto larga di attività politica, immune da sindacato giurisdizionale e controllabile solo dal Parlamento, dapprima hanno accettato contro voglia le vincolanti indicazioni sovranazionali, limitando il sindacato di proporzionalità ai soli provvedimenti aventi come paradigma di legalità la norma comunitaria e continuando ad applicare in tutti gli

---

chiedere all’Amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno. 2. La domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l’annullamento dell’atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo.»

<sup>130</sup> Anche in altri ordinamenti europei, l’incidenza del diritto comunitario, specialmente nella materia dei ricorsi nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, ha contribuito ad estendere il terreno della risarcibilità dei danni cagionati dai poteri pubblici oltre i casi di violazione del diritto comunitario. Non è un caso che, per esempio, in Inghilterra, la tradizionale diffidenza ad ammettere il ristoro monetario per danni derivanti da attività pubbliche sia stata in gran parte superata soprattutto a partire dalla storica sentenza della *High Court*, nel caso *Harmon CFEM Façades v. Corporate Officer of House of Commons* del 2000, riguardante una fattispecie di «*breach of the rules of the interaction between European procurement law and English common law*».

<sup>131</sup> D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, cit., 314.



altri casi il superficiale test “*Wednesbury*” di ragionevolezza<sup>132</sup>. Successivamente, l’uso giudiziario del parametro di proporzionalità ha fatto breccia nelle aule giudiziarie inglesi anche nelle questioni di diritto interno, in un primo momento, limitatamente ai casi in cui vengano in considerazione diritti protetti dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo<sup>133</sup>, in conseguenza degli interventi della Corte di Strasburgo<sup>134</sup> che giudica insufficienti in questi casi il *test Wednesbury*, e, in un secondo momento, anche in tutti gli altri campi, a seguito del riconoscimento del principio di proporzionalità come parte del diritto amministrativo inglese<sup>135</sup>. Era diventato, infatti, sempre più difficile per un giudice inglese spogliarsi per le cause di diritto interno dell’abito mentale da indossare per le cause di diritto comunitario e altrettanto problematico era diventato continuare a spiegare al cittadino inglese che nei confronti degli abusi delle autorità amministrative nazionali è più tutelato quando si applica il diritto comunitario che quando si applica la *glorious british law*.

### 9.5. Circuiti di reciproca influenza.

La vicenda inglese riguardante il principio di proporzionalità offre l’occasione per svolgere un’ulteriore considerazione. E cioè che i rapporti tra giurisdizione comunitaria e singole giurisdizioni nazionali non sono soltanto nel senso di una influenza della prima sulle seconde, ma anche all’inverso, delle seconde sulla prima. Sicché il fenomeno dovrebbe essere più correttamente descritto in termini di “circuiti di reciproca influenza” fra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario, per cui quest’ultimo assume e fa propri gli indirizzi che gli provengono dalle diverse tradizioni nazionali per poi trasmettere i suoi principi verso i diritti dei singoli Stati membri<sup>136</sup>.

Infatti, il principio di proporzionalità come parametro di controllo delle scelte amministrative prima nasce e si sviluppa nella giurisprudenza amministrativa tedesca (*Verhältnismäßigkeitprinzip*), poi viene fatto proprio dalla Corte di giustizia dell’Unione europea e successivamente da questa viene imposto per la discrezionalità attuativa del diritto europeo ai giudici amministrativi degli altri Stati membri (inclusi quelli francesi, pur all’avanguardia nel sindacato della discrezionalità amministrativa), i quali poi finiscono per applicarlo anche alle controversie amministrative non comunitarie<sup>137</sup>.

E allora, per associazione di idee, verrebbe anche da osservare che la Germania sembra essere la “locomotiva d’Europa” anche nel percorso di

---

<sup>132</sup> Dal nome del celebre *leading case* (*Court of Appeal, Picture Houses Ltd v. Wednesbury*, 1948) fissante il basso *standard* della c.d. *Wednesbury unreasonableness*: una decisione è irragionevole quando «no reasonable authority could ever come to it».

<sup>133</sup> *House of Lords, R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly*, 2001.

<sup>134</sup> CEDU, 27 settembre 1999, *Smith and Grady v. United Kingdom*.

<sup>135</sup> DE PRETIS, *op. ult. cit.*, 309 ss.

<sup>136</sup> D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell’Unione europea*, Trento 2000, 26.

<sup>137</sup> A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, ed. Cedam, Padova 1998, 108 ss. e, in particolare, nota n. 200.

implementazione delle garanzie giurisdizionali dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri.

Com'è noto, la Corte costituzionale tedesca si è mostrata storicamente molto poco accomodante nel valutare la compatibilità col *Grundgesetz* della partecipazione della Germania al processo d'integrazione europea, non ultimo anche in ragione del profilo della pienezza della tutela giurisdizionale. Poiché il livello di protezione offerto dal sistema processuale tedesco è per molti aspetti più alto di quello offerto dall'ordinamento comunitario e dai sistemi degli altri ordinamenti, è spesso accaduto che la Corte di Lussemburgo si sia trovata nella condizione di adeguare a quel livello gli *standards* comunitari di riferimento, al fine di evitare che tale compatibilità potesse essere messa in discussione dal *Bundesverfassungsgericht*<sup>138</sup>. E soprattutto per il tramite della procedura di rinvio pregiudiziale interpretativo, volta ad assicurare l'uniforme applicazione del diritto comunitario in tutti gli Stati dell'Unione, questi alti livelli - prima tedeschi e poi comunitari - di protezione giurisdizionale del cittadino nei confronti dei poteri pubblici si sono "irradiati" nei vari ordinamenti nazionali.

Fatto ciò salvo, non si può tuttavia non ricordare che il più importante "circuito di reciproca influenza" tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali ha visto per protagonista la Francia, con la bisecolare storia del suo processo amministrativo.

Quando, infatti, si parla di processo comunitario, si fa innanzi tutto riferimento a quello che si svolge direttamente davanti ai giudici di Lussemburgo, nell'ambito di quelle che si qualificano, non a caso, "competenze dirette". E questo giudizio, che si è soliti definire processo comunitario "in senso stretto" per distinguerlo da quello che si svolge davanti ai giudici nazionali, è, in parte, di diritto internazionale (ricorso per infrazione: artt. 258 e 259 TFUE), in altra parte, di diritto costituzionale (ricorso d'annullamento degli atti normativi: art. 263 TFUE; rinvio pregiudiziale di validità degli atti normativi comunitari: art. 267 TFUE), in parte maggiore, di diritto amministrativo (ricorso d'annullamento: art. 263 TFUE; ricorso in carenza: art. 265 TFUE; ricorso per risarcimento: art. 268 TFUE; ricorso per le controversie tra Unione e suoi agenti: art. 270 TFUE), è certamente, comunque (ad eccezione di ipotesi marginali<sup>139</sup>), un processo di diritto pubblico ed è altrettanto certamente un giudizio fondamentalmente ricalcato sul modello del *contentieux administratif* della Francia. Il rito previsto dal Trattato per le controversie promosse davanti alla Corte di Giustizia dalle «persone fisiche e giuridiche» nei confronti degli atti di istituzioni, organi e organismi dell'Unione europea (art. 263 TFUE) è un giudizio essenzialmente amministrativo, in quanto destinato a risolvere controversie di diritto pubblico tra privati e Unione europea, ed è un processo riecheggiante il *recours pour excès de pouvoir* francese nella disciplina dell'interesse ad agire, dei vizi di legittimità, del termine di decadenza, degli effetti dell'annullamento,

---

<sup>138</sup> DE PRETIS, *op. ult. cit.*, 29.

<sup>139</sup> Per es., quella delle controversie derivanti da contratti di diritto privato stipulati dall'Unione, qualora il contratto contenga una clausola compromissoria che preveda la competenza della Corte di Giustizia (art. 272 TFUE).

dell'esecuzione del giudicato, della non automatica sospensione dell'atto impugnato<sup>140</sup>. Il ricorso in carenza avverso i comportamenti omissivi delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione ha mutuato dall'omologo giudizio francese avverso il silenzio dell'amministrazione non solo i presupposti, i termini e la procedura (che è, in parte, extragiudiziale), ma persino il nome. E il giudizio sulla responsabilità extracontrattuale dell'Unione, sulla materia del pubblico impiego comunitario e quello sulle sanzioni comunitarie, esteso, nell'ipotesi contemplata dall'art. 261 TFUE, anche al merito (con conseguente potere della Corte di modificare l'ammontare della sanzione), è un giudizio essenzialmente modellato su quello francese di *pleine juridiction*.

Ma poiché il giudice europeo innanzi al quale si svolge (in unica o in ultima istanza<sup>141</sup>) il processo comunitario *stricto sensu* è anche quello che decide dei rinvii pregiudiziali d'interpretazione, difficilmente egli riesce ad emanciparsi dalla stessa *forma mentis* e a resistere dall'applicare le stesse categorie giuridiche del primo ai secondi, di talché capita sovente che molte questioni pregiudiziali ermeneutiche vengano risolte con regole e meccanismi e secondo schemi tipici del rito delle competenze dirette.

Inoltre, l'esigenza di raccordo tra il livello comunitario e il livello nazionale di protezione giurisdizionale delle posizioni giuridiche comunitarie e la necessità di uniformità e coerenza nel risolvere le innumerevoli questioni interpretative di diritto comunitario sollevate da decine di Paesi e dunque di culture e tradizioni diverse, spingono inevitabilmente la Corte di Giustizia ad attingere i mezzi di soluzione da un unico strumentario, il solo a sua disposizione, che non può che essere il rito che il giudice di Lussemburgo gestisce nell'esercizio delle sue competenze dirette.

Si può, allora, constatare, da un lato, che molti istituti processuali amministrativi nazionali, per lo più francesi, adottati e rielaborati dal processo europeo in senso stretto, finiscono per essere trapiantati dalla Corte di Lussemburgo, per il tramite della competenza pregiudiziale, negli ordinamenti di altri Paesi membri dell'Unione, secondo quello schema di "circuito d'influenza reciproca" sopra ricordato; e dall'altro, che l'ordinamento dell'Unione determina un'ulteriore spinta verso l'omogeneizzazione dei processi amministrativi nazionali, in questo caso grazie all'uniforme giudizio comunitario in senso stretto e alla coincidenza tra l'organo giurisdizionale preposto a quest'ultimo e l'organo giurisdizionale della questione pregiudiziale d'interpretazione.

Qualche esempio giurisprudenziale potrà forse confortare questa ricostruzione.

## **9.6. L'influenza del giudizio comunitario in senso stretto.**

La funzione oggettiva di controllo della legalità amministrativa tipica del *recours pour excès de pouvoir* fa sì che, nel processo amministrativo francese, il

---

<sup>140</sup> Il processo amministrativo tedesco, invece, prevede l'automaticità dell'effetto sospensivo (§ 80 VwGO: «Opposizione e azione di impugnazione hanno effetto sospensivo».)

<sup>141</sup> Il 31 ottobre 1989 è entrato in funzione il Tribunale, quale giudice comunitario di primo grado per determinate controversie.

giudice non sia sempre vincolato ai motivi indicati dalle parti, dovendo sollevare d'ufficio, in qualsiasi stadio della procedura, i *moyens d'ordre public*. E il giudizio sui vizi di legittimità dell'atto davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea ex art. 263 TFUE, modellato, come detto, sul *contentieux de l'annulation* francese, s'ispira allo stesso principio della rilevabilità d'ufficio dei più gravi motivi di invalidità degli atti comunitari<sup>142</sup>: lo esige la funzione di "custode" della legalità comunitaria, svolta, nel modo più aperto possibile e più compatibile con la garanzia dell'*effet utile*, dalla Corte di Giustizia. Ebbene, l'operatività di questo stesso principio la Corte di Lussemburgo ha finito per predicare anche in sede di rinvio pregiudiziale d'interpretazione, imponendolo, per esempio, al giudice rimettente belga nel caso *Peterbroeck*<sup>143</sup>: è inapplicabile ad un'azione in cui viene in rilievo la libertà di stabilimento, la norma belga che impedisce al giudice nazionale di esaminare d'ufficio motivi d'illegittimità comunitaria non sollevati (tempestivamente) dalle parti.

In Italia, la Corte di Cassazione ha fatto proprio questo indirizzo di Lussemburgo, ritenendo che la questione della compatibilità di una legge nazionale con il diritto comunitario è questione rilevabile d'ufficio, e quindi non condizionata alla deduzione di uno specifico motivo<sup>144</sup> e che «il carattere chiuso del giudizio di Cassazione non impedisce che venga applicato il diritto comunitario nella sua interezza, indipendentemente da specifiche domande proposte nel giudizio di merito o introdotte con i motivi di ricorso, col solo limite dell'avvenuta definizione del rapporto controverso»<sup>145</sup>. Il Consiglio di Stato, invece, appare più restio a queste aperture che potrebbero "scardinare" i principi ispiratori del processo amministrativo italiano, che, da un lato, nel quadro della concezione soggettiva della tutela, applica ai motivi il principio della domanda e, dall'altro, continua a dare rilievo alla certezza dei rapporti giuridici definiti da provvedimenti non impugnati e non disapplicabili, neppure quando sono violativi della legalità comunitaria<sup>146 - 147</sup>. La «questione» rimane «aperta, con effetti non esaltanti per la certezza del diritto e la tutela degli interessati»<sup>148</sup>.

Ancora. Il ricorso d'annullamento degli atti comunitari dev'essere proposto nel termine di due mesi a decorrere dalla pubblicazione o dalla notificazione dell'atto (art. 263 TFUE). Questa regola del termine decadenziale bimestrale è

---

<sup>142</sup> C. CURTI GIALDINO, *I vizi dell'atto nel giudizio davanti la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, ed. Giuffrè, Milano 2008, 197 ss.

<sup>143</sup> CGCE, sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93. Ma si potrebbero citare tante altre decisioni dello stesso tenore; tra le più interessanti, in materia di contratti pubblici, CGCE, 19 giugno 2003, causa C-315/01, *GAT e ÖSAG*, secondo cui «la direttiva 89/665 non osta a che, nell'ambito di una domanda presentata da un offerente al fine di far dichiarare, per il successivo ottenimento di un risarcimento, l'illegittimità della decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'organo responsabile della procedura di ricorso [si trattava di un organo paragiurisdizionale austriaco, il *Bundesvergabeamt* (Ufficio federale per gli appalti)] sollevi d'ufficio l'illegittimità di una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice diversa da quella impugnata dall'offerente».

<sup>144</sup> Cass., sez. I, 19 marzo 2004, n. 5561; Cass., sez. I, 21 settembre 2004, n. 18915.

<sup>145</sup> Cass. Sez. Un., 29 dicembre 2006, n. 27619.

<sup>146</sup> Cons. Stato, sez. V, ordinanza 19 marzo 2002, n. 1053.

<sup>147</sup> R. CARANTA, *La tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in M.P. CHITI – G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, ed. Giuffrè, Milano 2007, 1041 ss.

<sup>148</sup> M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 541.

notoriamente modellata sull'identica francese del *recours pour excès de pouvoir* e s'ispira all'esigenza di garantire la certezza dei rapporti giuridici definiti da un provvedimento amministrativo, esigenza che sarebbe disattesa se si potesse impugnare il provvedimento anche dopo molto tempo; e dunque questa norma tutela l'affidamento sulla stabilizzazione di una determinata situazione giuridica.

Ma – aspetto che chi vive nei Paesi à *régime administratif* è abituato a trascurare e che, invece, l'indagine comparativa aiuta a cogliere – la perentorietà del termine non va soltanto a sfavore dell'aspirante ricorrente per la sua brevità, ma anche a suo vantaggio per la certezza dello stesso. Lo si può comprendere volgendo l'attenzione all'ordinamento britannico nel quale le *Civil Procedure Rules part 54.5* stabiliscono che il ricorso (*claim*) avverso una decisione amministrativa deve essere presentato «tempestivamente e, in ogni caso, non oltre tre mesi dal momento in cui si sia manifestata la ragione per sollevare la doglianza». Può allora capitare che la *judicial discretionary*, che caratterizza tutta la *judicial review* britannica, si trasformi in “*judicial abuse*” da incertezza del termine, allorché la *Administrative Court* giudichi irricevibile, in quanto intempestivo, un ricorso pur presentato entro i tre mesi<sup>149</sup>.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, adita in via pregiudiziale dalla *High Court of Justice (England and Wales) – Queen's Bench Division (United Kingdom)*, ha censurato la norma britannica sul ricorso avverso l'aggiudicazione di contratti pubblici di analogo tenore<sup>150</sup>, in quanto «l'obiettivo di celerità perseguito dalla direttiva 89/665 deve essere realizzato nel diritto interno nel rispetto delle esigenze di certezza del diritto. A tal fine gli Stati membri devono prevedere una disciplina in materia di termini sufficientemente precisa, chiara e comprensibile che permetta ai singoli di riconoscere i propri diritti e i propri doveri»<sup>151</sup>. Non è allora da escludere che, a seguito dell'influenza del diritto comunitario, nei prossimi anni l'ordinamento britannico sia costretto a mandare in soffitta questa sua plurisecolare tradizione attributiva al giudice di *discretionary* nel valutare la tempestività del ricorso.

---

<sup>149</sup> Più precisamente, nel sistema inglese il ricorso avverso un atto amministrativo è sottoposto ad un breve termine di decadenza, al quale il giudice può però discrezionalmente derogare soprattutto a danno del ricorrente. Infatti, ai sensi dell'art. 5 della *part 54* delle *CPR*, la domanda deve essere proposta sollecitamente (*promptly*) e comunque entro tre mesi dalla prima emersione delle ragioni di illegittimità che si vogliono denunciare, *dies a quo* che viene fatto coincidere dalla giurisprudenza con il momento dell'adozione dell'atto. Ma l'art. 31 del *Supreme Court Act (SCA)* stabilisce che il *leave* (o *permission*: si tratta di un'autorizzazione all'esercizio dell'azione giurisdizionale) può essere rifiutato nel caso in cui, a giudizio della Corte, l'*application* sia stato presentato con ingiustificato ritardo (*undue delay*) e il suo corso possa arrecare pregiudizi ai diritti dei terzi (*substantially prejudice the rights of any person*) o all'interesse pubblico (*would be detrimental to good administration*), sicché i giudici possono ritenere tardivo e dunque non ammettere un ricorso pur presentato entro i tre mesi, in quanto non proposto sollecitamente in considerazione dell'affidamento fatto dai terzi sulla validità dell'atto impugnato o dell'interesse alla buona amministrazione. È quanto accaduto, *ex multis*, nel caso *R. v. Independent Television Commission, ex parte TV Northern Ireland Ltd*, (1991) TLR 606, CA, e nel caso *R. v. Rochdale Metropolitan Borough Council, ex parte Tew* (2000), Env. L.R. 1.

<sup>150</sup> Si tratta dell'art. 47, n. 7, lett. b), delle *Public Contracts Regulations* del 2006 secondo cui «per avviare il procedimento ai sensi del presente articolo occorre che [...] il ricorso sia proposto senza indugio, e in ogni caso entro tre mesi dalla data in cui sono emersi i motivi per agire, a meno che la *High Court* ritenga che sussista un valido motivo per prorogare tale termine».

<sup>151</sup> CGUE, 28 gennaio 2010, causa C-406/08, *Uniplex*.

Ma tanti altri ancora sono i settori nei quali normative, istituti e prassi del rito comunitario predisposto per le competenze dirette della Corte di Giustizia hanno inciso sui processi amministrativi nazionali con l'effetto di innalzarne gli *standards* di effettività e pienezza della tutela e di omogeneizzarli.

La tutela cautelare è notoriamente uno di questi.

Se la Corte di Giustizia, adita col rinvio pregiudiziale, ha potuto indurre gli Stati membri dell'Unione ad adottare normative che consentano ai giudici di emanare misure cautelari non solo sospensive<sup>152</sup>, ma anche a carattere positivo o ingiuntivo<sup>153</sup> in ordine a provvedimenti amministrativi nazionali fondati su regolamenti comunitari oggetto di un rinvio pregiudiziale per accertamento di validità, è stato perché ha potuto valorizzare il combinato disposto dell'art. 278 TFUE (già art. 242 e prima ancora 185 TCE) secondo cui la Corte «può, quando reputi che le circostanze lo richiedano, ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato» e dell'art. 279 TFUE (già art. 243 e prima ancora 186 TCE) che stabilisce che la Corte «negli affari che le sono proposti, può ordinare i provvedimenti provvisori necessari».

Un altro settore è quello dell'area degli atti impugnabili.

La Corte di Lussemburgo è stata sempre fedele ad una interpretazione ampia di quest'area, in modo da garantire il più ampio controllo di legittimità comunitaria. E così, per esempio, ha ritenuto ricevibile il ricorso d'annullamento *ex art.* 263 TFUE anche nei confronti di atti "preparatori" o "endoprocedimentali" delle istituzioni comunitarie, Commissione *in primis*, nonostante non siano definitivi<sup>154</sup>. Non meraviglia, allora, che, in sede di rinvio pregiudiziale d'interpretazione, la stessa Corte abbia giudicato incompatibili col diritto comunitario le normative di Austria<sup>155</sup> e Germania<sup>156</sup> che non consentivano l'impugnazione degli atti di aggiudicazione di appalti pubblici, perché considerati, in quelle culture giuridiche, privi di rilevanza esterna ovvero "endoprocedimentali", costringendo i sistemi di lingua tedesca a modificare le loro normative in materia.

Un altro settore ancora è quello della responsabilità extracontrattuale delle pubbliche amministrazioni.

Se la Corte di Giustizia ha potuto affermare in sede pregiudiziale, a far data dalla sentenza *Francovich*<sup>157</sup>, il principio della responsabilità aquiliana dello Stato membro per violazione del diritto comunitario, consentendo al giudice remittente italiano di condannare il legislatore nazionale al risarcimento dei danni, è stato perché tra i principi da far rispettare nell'ambito delle sue competenze dirette (art. 268 TFUE) vi è anche quello della responsabilità extracontrattuale dell'Unione (art. 340, commi 2 e 3, TFUE). Infatti, la responsabilità dello Stato membro per danni cagionati ai singoli dalla violazione

---

<sup>152</sup> CGCE, sentenza 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*; CGCE, sentenza 21 febbraio 1991, in cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*.

<sup>153</sup> CGCE, 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta*.

<sup>154</sup> Si veda CGCE, 30 giugno 1992, causa C-47/91, *Italia c. Commissione*.

<sup>155</sup> CGCE, 28 ottobre 1999, causa C-81/98, *Alcatel*.

<sup>156</sup> CGCE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*.

<sup>157</sup> CGCE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e 9/90.

di posizioni giuridiche riconosciute dall'ordinamento comunitario non trova una regolamentazione espressa nei Trattati. Nel vuoto normativo la Corte di Giustizia ha ritenuto di dover estendere in via analogica, anche alla responsabilità dello Stato membro per violazione dell'ordinamento dell'Unione, i principi sulla responsabilità delle istituzioni europee, e tanto facendo perno sull'ovvia considerazione che, trattandosi in entrambi i casi di violazioni del diritto comunitario, il singolo Stato membro non può essere trattato in modo differente dalle istituzioni comunitarie<sup>158 - 159</sup>.

Ebbene, il vincolo, imposto da Lussemburgo ai giudici nazionali, di riconoscere e sanzionare la responsabilità extracontrattuale dello Stato-apparato per violazione del diritto comunitario ha mandato in corto circuito quegli ordinamenti giuridici, come quello italiano e, in parte, quello britannico, tradizionalmente refrattari a condannare le pubbliche amministrazioni per danni cagionati dai loro illegittimi atti e comportamenti positivi o omissivi, introducendo un ulteriore argomento di logicità e di coerenza sistemica nel percorso della strada del riconoscimento della responsabilità aquiliana degli enti pubblici per violazione del diritto interno.

Ma v'è di più, perché al giudizio comunitario in senso stretto hanno guardato taluni ordinamenti nazionali, come quello italiano, per risolvere la *vexata quaestio* del rapporto tra azione di annullamento dell'atto e azione di risarcimento del danno. E così, per esempio, nell'aspro conflitto giurisprudenziale e dottrinale che ha visto contrapporre nel nostro Paese la tesi della pregiudizialità e la tesi dell'autonomia, è stata infine sposata, con l'art. 30 c.p.a., l'opzione dell' "autonomia temperata" anche tenendo presente la conforme giurisprudenza comunitaria che ha affermato<sup>160</sup>, da un lato, che «l'azione di danni a norma degli artt. 178 e 215, secondo comma, TCE [oggi artt. 268 e 340, secondo comma, TFUE] è stata istituita come rimedio autonomo» che «si differenzia dal ricorso di annullamento in quanto è diretta non all'eliminazione di un determinato provvedimento, ma al risarcimento del danno causato da un'istituzione»<sup>161</sup>, e dall'altro, che il risarcimento non può essere ottenuto quando, impugnando tempestivamente l'atto illegittimo, si sarebbe potuto evitare i danni, perché «una domanda risarcitoria non può costituire [...] un mezzo per cercare di ottenere un risultato identico a quello che [...] sarebbe derivato dall'accoglimento di un ricorso per l'annullamento non esperito nei termini»<sup>162</sup>.

Assai interessante, poi, è la vicenda delle *astreintes*.

L'*exécution sous astreinte* viene introdotta in Francia con la legge n. 80-539 del 16 luglio 1980 per risolvere l'annoso problema dell'inottemperanza delle

---

<sup>158</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2005, 84.

<sup>159</sup> «I presupposti del sorgere della responsabilità dello Stato per danni cagionati ai singoli in conseguenza della violazione del diritto comunitario non debbono essere diversi, in mancanza di specifica giustificazione, da quelli che disciplinano la responsabilità della Comunità in circostanze analoghe. Infatti, la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario non può variare in funzione della natura, nazionale o comunitaria, dell'organo che ha cagionato il danno» (CGCE, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*).

<sup>160</sup> Fin dalla sentenza CGCE, 28 aprile 1971, causa C-4/69, *Lütticke*.

<sup>161</sup> CGCE, 17 maggio 1990, causa C-87/89, *Sonito*.

<sup>162</sup> CGCE, 14 febbraio 1989, causa C-346/87, *Bossi*.

pronunce giudiziarie da parte delle amministrazioni pubbliche. L'istituto consente al giudice amministrativo d'infliggere una penale all'amministrazione inadempiente, calcolandola in base al ritardo con cui questa dà esecuzione al giudicato. Sull'esempio francese, con la modifica del TCE, viene attribuito un potere identico alla Corte di Giustizia per imporre allo Stato condannato per infrazione, di conformarsi alla sentenza (oggi art. 260, par. 2, TFUE). L'ordinamento comunitario, più che quello francese, viene preso a modello da altri Paesi europei per il trapianto dell'istituto, e tra questi vi è l'Italia che introduce nel codice del processo amministrativo (art. 114, comma 4, lett. e ) la penalità pecuniaria da violazione, inosservanza e ritardo nell'esecuzione del giudicato, nonostante col giudizio di ottemperanza abbia già risolto da tempo in modo egregio e con l'ammirazione degli altri sistemi il problema dell'inosservanza del giudicato da parte delle pubbliche amministrazioni. Il che pone anche alcuni non piccoli problemi di "amalgama" di questa nuova figura, disciplinata dal codice in modo forse eccessivamente stringato, con i tradizionali principi del nostro processo amministrativo<sup>163</sup>.

L'influenza del giudizio comunitario in senso stretto sui processi amministrativi nazionali è tale e tanta nella direzione dell'innalzamento degli *standards* di pienezza e di effettività della tutela, anche attraverso l'attribuzione di poteri nuovi, che spesso viene subita dai giudici amministrativi nazionali persino al di fuori dei formali vincoli del rinvio pregiudiziale derivanti dalle conseguenti statuizioni della Corte di Giustizia, e per la sola "autorevolezza" del rito di Lussemburgo.

A mo' di esempio, si consideri che tra i poteri più "innovativi" e "originali" della Corte vi è anche quello discrezionale di limitare l'efficacia generale e retroattiva della sentenza che annulla l'atto: il giudice dell'Unione europea può circoscrivere la portata dell'invalidazione di un atto comunitario sia *ratione personarum* che *ratione temporis* e ciò in base a considerazioni di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento (art. 264, comma 2, TFUE)<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> M.P. CHITI, *I nuovi poteri del giudice amministrativo: i casi problematici delle sanzioni alternative e delle astreintes*, 3-30, in G. GRECO (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa: atti del Convegno, 20 maggio 2011, Università degli studi di Milano*, ed. Giuffrè, Milano 2012.

<sup>164</sup> Si tratta di una tecnica assai nota nella giurisprudenza costituzionale dei diversi paesi europei, soprattutto di quelli di lingua tedesca, che probabilmente ha influito nella ridefinizione dei poteri della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che è, al contempo, una Corte costituzionale, una Corte amministrativa e una Corte di diritto internazionale. L'art. 140 della Costituzione austriaca, sin dalla sua entrata in vigore (nel 1920), ancor più dopo la novella del 1975, ha attribuito alla Corte costituzionale (*Verfassungsgerichtshof*), il potere di spostare l'efficacia temporale delle sentenze d'incostituzionalità delle leggi, normalmente operante *ex nunc*. In Germania, questo speciale potere discrezionale di decidere il *dies a quo* dell'efficacia temporale della declaratoria d'incostituzionalità delle leggi, oltre che quello d'indicare l'efficacia soggettiva della stessa, la Corte costituzionale (*Bundesverfassungsgericht*) ha conquistato a sé in via giurisprudenziale nel corso degli anni, accrescendo e variegando il suo istrumentario decisionale (per un approfondimento di queste collaudate tecniche di declaratoria d'incostituzionalità temporalmente calibrata delle Corti costituzionali austriaca e tedesca, si rinvia all'esposizione di A.A. CERVATI, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, ed Giuffrè, Milano 1989, pag. 287 ss.). Anche in Italia, a partire dalla fine degli anni Ottanta, la Corte costituzionale ha inaugurato un orientamento



Può allora accadere che in due Paesi – Francia ed Italia - in cui l'efficacia retroattiva delle sentenze di annullamento dei provvedimenti amministrativi non era mai stata messa in discussione «*ab antiquo et antiquissimo tempore*»<sup>165</sup>, di recente si attenui questo “dogma” e si stabilisca che, in taluni casi, vi si può derogare, non solo perché «*les conséquences d'une annulation rétroactive*» potrebbero essere «*manifestement excessives pour les intérêts publics et privés en présence*»<sup>166</sup>, ma anche per l'“*ipse dixit*” comunitario e cioè perché nel giudizio davanti la Corte di giustizia dell'Unione europea il principio dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento, «seppur costituente la regola, non ha portata assoluta»<sup>167</sup>.

---

giurisprudenziale volto a “datare” gli effetti temporali delle proprie decisioni, normalmente, com'è noto, efficaci *ex tunc* (per un esame di quest'orientamento, si possono leggere le relazioni del Seminario di studi pubblicate nel citato AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*). E la modifica del 2008 della Costituzione francese, che ha introdotto il controllo successivo di costituzionalità delle leggi, ha attribuito identico potere al *Conseil Constitutionnel* con la riscrittura dell'art. 62 Cost. il cui comma 2 recita: «Una disposizione dichiarata incostituzionale in virtù dell'articolo 61-1 è abrogata a partire dalla pubblicazione della decisione del Consiglio Costituzionale o in altra data successiva quale stabilita da tale decisione». In tutte le esperienze nazionali, si ritiene che alla base di tale potere delle Corti costituzionali di “graduare” l'efficacia temporale delle sentenze d'invalidazione delle leggi vi sia l'esigenza di “bilanciamento di valori”. E questa stessa esigenza costituisce la *ratio* del commentato potere della Corte di Giustizia dell'Unione Europea *ex art. 264*, comma 2, TFUE, e dell'orientamento giurisprudenziale del *Conseil d'État* francese e del Consiglio di Stato italiano relativamente all'annullamento non retroattivo degli atti amministrativi, qui ricordato.

<sup>165</sup> Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755.

<sup>166</sup> «*Si l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu, l'office du juge peut le conduire exceptionnellement, lorsque les conséquences d'une annulation rétroactive seraient manifestement excessives pour les intérêts publics et privés en présence, à moduler dans le temps les effets de l'annulation qu'il prononce*» (*Conseil d'État, Assemblée*, 11 mai 2004, n. 255886, *Association AC ! et autres*).

<sup>167</sup> « 15. [...] considerate le circostanze, ritiene la Sezione che la presente sentenza debba avere unicamente effetti conformativi del successivo esercizio della funzione pubblica, e non anche i consueti effetti *ex tunc* di annullamento, demolitori degli effetti degli atti impugnati, né quelli *ex nunc*. 15.1. Di regola, in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa, l'accoglimento della azione di annullamento comporta l'annullamento con effetti *ex tunc* del provvedimento risultato illegittimo, con salvezza degli ulteriori provvedimenti della autorità amministrativa, che può anche retroattivamente disporre con un atto avente effetti ‘ora per allora’. Tale regola fondamentale è stata affermata *ab antiquo et antiquissimo tempore* da questo Consiglio (come ineluttabile corollario del principio di effettività della tutela), poiché la misura tipica dello Stato di diritto – come affermatosi con la legge fondamentale del 1889, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato – non può che essere quella della eliminazione integrale degli effetti dell'atto lesivo per il ricorrente, risultato difforme dal principio di legalità. 15.2. Tuttavia, quando la sua applicazione risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale, ad avviso del Collegio la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato a seconda delle circostanze deve trovare una deroga, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti (Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488), o con la loro decorrenza *ex nunc* ovvero escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi. [...] 18.2. Quanto alla rilevanza nel sistema nazionale dei principi europei (anch'essi richiamati dall'art. 1 del Codice), va premesso che – per l'articolo 264 del Trattato sul funzionamento della Unione Europea – la Corte di Giustizia, ove lo reputi necessario, può precisare ‘gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi’. La giurisprudenza comunitaria ha da tempo affermato che il principio dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento, seppur costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte può dichiarare che l'annullamento di un atto (sia esso parziale o totale) abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, l'atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato (Corte di Giustizia, 5 giugno 1973, Commissione c. Consiglio, in C-81/72; Corte di Giustizia, 25 febbraio 1999, Parlamento c. Consiglio, in C-164/97 e 165/97). [...] La Corte di Giustizia è dunque titolare anche del potere di statuire la perduranza, in tutto o in parte, degli effetti dell'atto risultato illegittimo, per un periodo di tempo che può

**9.7. La regolazione comunitaria del mercato europeo dei contratti pubblici: il giudice amministrativo nazionale diventa il garante del diritto soggettivo di libera concorrenza, dell'economia di mercato e di altri interessi pubblici.**

Si rinvia al § 6 e relativi sottoparagrafi di questo capitolo.

**9.8. Il rafforzamento delle giurisdizioni amministrative nazionali sempre meno "speciali" e sempre più "ordinarie" e "specializzate".**

Concludendo, mi pare evidente e incontestabile che l'influenza del diritto comunitario si sia risolta in un potenziamento delle garanzie giurisdizionali dei cittadini nei confronti dei poteri pubblici, sia attraverso l'opera del legislatore, sia e soprattutto attraverso l'interpretazione e l'applicazione che della normazione comunitaria primaria e derivata la giurisprudenza di Lussemburgo ha svolto.

Si è trattato di un'influenza che ha omogeneizzato sotto molti aspetti i processi amministrativi dei Paesi europei, rafforzandone la capacità di protezione dei diritti e degli interessi degli amministrati nei confronti delle autorità pubbliche e innalzandone gli *standards* di pienezza e di effettività sotto molteplici profili tra i quali, come può evincersi dalle considerazioni che abbiamo svolto, quello della legittimazione ad agire e della domanda, ampliate sia sul versante dell'accesso al giudice che su quello del rilievo dei motivi d'illegittimità; quello del termine decadenziale d'impugnazione, sottolineato come indispensabile non solo a tutela dell'affidamento sull'intangibilità della regolazione degli interessi pubblici e privati da parte del provvedimento amministrativo, ma anche, nella sua certezza e chiarezza, a tutela del potenziale ricorrente nei confronti della ipotizzabile discrezionalità giudiziale nella decisione sulla tempestività del ricorso; quello dell'onere probatorio, reso più favorevole al ricorrente; quello degli strumenti istruttori, estesi e potenziati in modo da far conoscere pienamente e direttamente i fatti rilevanti di causa al giudice; quello del controllo sull'attività discrezionale, reso più incisivo e penetrante attraverso il parametro della proporzionalità tra scelta amministrativa e sacrificio della sfera giuridica del privato; quello dell'area degli atti impugnabili, allargata con l'erosione di sacche di esenzione e di immunità; quello dei rimedi a disposizione del giudice, con al centro sempre la caducazione del provvedimento illegittimo, ma con la possibilità di modularne gli effetti nel tempo e verso i soggetti, nonché con un ruolo sempre maggiore, come rimedio, in taluni casi alternativo, in altri cumulativo, del risarcimento del danno a carico degli apparati pubblici, anche in sistemi restii ad ammetterlo; quello dell'ampliamento dei poteri del giudice in sede di esecuzione del giudicato, con forme di coercizione indiretta assai deterrenti; quello della tutela cautelare, irrobustita con l'attribuzione al giudice amministrativo di poteri non più

---

tenere conto non solo del principio di certezza del diritto e della posizione di chi ha vittoriosamente agito in giudizio, ma anche di ogni altra circostanza da considerare rilevante (Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006, in C-178/03; 3 settembre 2008, in C-402/05 e 415/05; 22 dicembre 2008, in C-333/07)» (Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755).

unicamente sospensivi, ma anche positivi e ingiuntivi e, più in generale, atipici, come quelli del giudice ordinario, ed esercitabili anche prima della proposizione di un ricorso di merito, ancora una volta come quelli del giudice ordinario; quello del potere di decidere se dichiarare o meno l'inefficacia del contratto pubblico *ex tunc* o *ex nunc* a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione e di irrogare le "sanzioni alternative" alla dichiarazione di inefficacia, previsto dalla direttiva 2007/66/CE, e di cui si è detto in un precedente paragrafo. Il tutto sempre propugnando una concezione della giurisdizione amministrativa proiettata alla protezione dei diritti e degli interessi della persona (tutela di diritto soggettivo), ma senza rinunciare alla "storica" funzione di salvaguardia degli interessi pubblici i più vari, tra i quali quello della certezza dei rapporti giuridici, dell'affidamento sul consolidamento delle situazioni e del rispetto della legalità in sé e per sé considerata (tutela di diritto oggettivo).

L'ordinamento dell'Unione europea contribuisce, dunque, a "plasmare" una giurisdizione amministrativa completamente nuova, che può definirsi "speciale" solo nel significato di "specializzata" per la sua competenza sulle controversie afferenti ai rapporti tra amministrazione e amministrato, non certo "speciale" per la vecchia minorazione di poteri e di attitudine a tutelare il cittadino verso l'autorità pubblica, perché gli *standards* di pienezza e di effettività della tutela non hanno più nulla da invidiare a quelli della giurisdizione ordinaria.

In questo senso, la giurisdizione amministrativa dei Paesi europei "riscritta" dal diritto comunitario non è più, come un tempo, "figlia di un dio minore" rispetto a quella ordinaria, ma, nella sua varietà ed efficacia di rimedi e di tutele, nello spostamento del suo baricentro dalla concezione oggettiva di verifica della legalità dell'azione amministrativa a quella soggettiva di protezione delle posizioni del singolo cittadino, nella sua capacità di soddisfare efficacemente e pienamente interessi e pretese delle persone fisiche e giuridiche, nella sua attitudine a scrutinare in profondità il rapporto giuridico, si presenta come una giurisdizione "piena" e dunque anch'essa "ordinaria", epperò specializzata nella cognizione delle controversie amministrative. Giurisdizione amministrativa specializzata, nonché piena, effettiva e indipendente come quella ordinaria. Giurisdizione amministrativa specializzata e "ordinaria", si potrebbe, appunto, dire.

Ribadendo quel che si è accennato all'inizio, e cioè che con queste osservazioni e riflessioni si allude soltanto alla giurisdizione amministrativa in senso funzionale, e non anche all'organizzazione giudiziaria, perché, a quest'ultimo profilo, l'ordinamento dell'Unione europea sembra essere disinteressato, in quanto tutto concentrato a che sia assicurata l'effettività e la satisfattività della tutela giurisdizionale dei diritti comunitari (principio di effettività della tutela), ma assolutamente rispettoso delle scelte nazionali sull'organizzazione, monistica o dualistica, del potere giudiziario (principio dell'autonomia processuale degli Stati membri).

### **9.9. La specializzazione degli organi giurisdizionali europei preposti alla cognizione delle controversie "amministrative" comunitarie.**

E tuttavia, pur disinteressandosi della scelta organizzativa concreta, da parte di ciascuno Stato membro, del modello giurisdizionale monistico o dualistico, non si può non notare che l'ordinamento europeo sembra aver tenuto in maggiore considerazione l'esigenza di configurare la cognizione delle controversie "amministrative" comunitarie con forti tratti di specializzazione. Non solo perché il giudizio comunitario in senso stretto è stato storicamente costruito sulle fondamenta del *contentieux administratif* della Francia e si è raffinato ed evoluto sotto la spinta propulsiva del *Verwaltungsprozessrecht* della Germania, due Paesi ad avanzati sistemi a giurisdizione amministrativa speciale, ma anche perché l'attuale organizzazione del potere giudiziario dell'Unione Europea si connota per la specializzazione degli organi giurisdizionali preposti alla decisione delle vertenze con l'apparato amministrativo comunitario.

Infatti, dopo una prima fase in cui la Corte di Giustizia è stata il solo giudice comunitario, sommando in sé le funzioni di una corte internazionale, di una corte costituzionale, di un giudice ordinario e di un giudice amministrativo, sono stati istituiti prima il Tribunale e poi il Tribunale della Funzione Pubblica che, con le necessarie approssimazioni che un ordinamento originale (sintesi originale di "internazionalità" e di "comunitarietà") come quello di Bruxelles impone, potrebbero essere considerati "giudici amministrativi specializzati".

Il Tribunale, in quanto gli sono devoluti, in primo grado<sup>168</sup>, i ricorsi presentati da persone fisiche o giuridiche contro atti e comportamenti di istituzioni, organi e organismi dell'Unione, e quindi i ricorsi d'annullamento, i ricorsi in carenza e i ricorsi di risarcimento dei danni per responsabilità extracontrattuale dell'Unione, nonché i ricorsi presentati da uno Stato membro contro atti della Commissione e contro quegli atti del Consiglio aventi natura prevalentemente "esecutiva" (così – a me pare - si potrebbero riassumere gli effetti del complesso combinato disposto dell'art. 256, par. 1, TFUE e dell'art. 51 dello Statuto della Corte di Giustizia)<sup>169</sup>, tutte controversie che si potrebbero qualificare sostanzialmente "amministrative".

Il Tribunale della funzione pubblica, in quanto «è competente in primo grado a pronunciarsi in merito alle controversie tra le Comunità e i loro agenti ai sensi dell'art. 236 del Trattato CE [ora art. 268 TFUE] e dell'art. 152 del Trattato CEEA, comprese le controversie tra gli organi o tra gli organismi e il loro personale, per le quali la competenza è attribuita alla Corte di Giustizia» (art. 1 All. I, dec. n. 2004/752/CE-Euratom del Consiglio del 2 novembre 2004), vertenze che possono considerarsi anch'esse "amministrative", secondo la più classica e tradizionale concezione giuspubblicistica, di matrice francese, del rapporto di servizio negli uffici pubblici, palesemente emergente anche dal nome dell'organo giurisdizionale specializzato.

---

<sup>168</sup> Con la Corte di giustizia giudice d'appello.

<sup>169</sup> Sempre riassumendo, la Corte di giustizia conosce in unico grado i ricorsi presentati da uno Stato membro contro atti del Parlamento europeo e contro quegli atti del Consiglio che non hanno natura "esecutiva", i ricorsi presentati da uno Stato membro contro un altro Stato membro e i ricorsi presentati da un'istituzione contro un'altra istituzione o contro uno Stato membro. Sicché, come giudice di unica istanza, la Corte di giustizia "assomiglia" non già ad un giudice amministrativo, ma piuttosto ad una corte costituzionale e ad una corte internazionale.

## **10. L'influenza della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sulle giurisdizioni amministrative nazionali.**

L'illustrazione dei fattori che spingono nella direzione di un rafforzamento della giurisdizione amministrativa dei Paesi europei, all'insegna di una maggiore pienezza ed efficacia, sarebbe incompleta se non si accennasse al ruolo centrale svolto anche da un altro ordinamento sovranazionale: il Consiglio d'Europa.

È questa un'organizzazione internazionale fondata a Londra nel 1949 da dieci Stati con lo scopo di promuovere la democrazia, i diritti dell'uomo, l'identità culturale europea e la ricerca di soluzioni ai più importanti problemi sociali del vecchio Continente, e alla quale oggi aderiscono ben quarantasette Paesi europei.

Suoi organi principali, aventi sede a Strasburgo, sono il Comitato dei ministri<sup>170</sup> e l'Assemblea parlamentare<sup>171</sup> e il suo strumento d'azione principale consiste nel predisporre e favorire la conclusione di convenzioni internazionali tra gli Stati membri, spesso aperte anche all'adesione di Stati terzi.

Tra le convenzioni concluse nell'ambito del Consiglio d'Europa, la più nota e di gran lunga rilevante è la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (spesso indicata con l'acronimo "CEDU").

La Convenzione comprende, da un lato, un catalogo dei diritti dell'uomo comune a tutti i quarantasette Stati contraenti e, dall'altro, un meccanismo di controllo internazionale del rispetto di tali diritti imperniato sulla Corte europea dei diritti dell'uomo (anch'essa spesso indicata con l'acronimo "CEDU"), anch'essa con sede a Strasburgo.

Di questa Convenzione, ai fini dell'analisi che si sta svolgendo in queste pagine, interessano soprattutto due disposizioni, che il più delle volte vengono lette in combinato disposto tra loro: l'art. 6 e l'art. 13.

L'art. 6 proclama il diritto di ogni persona ad un processo equo e pubblico davanti a un tribunale indipendente ed imparziale costituito per legge e chiamato a pronunciarsi sulle controversie civili o sulla fondatezza di accuse penali.

L'art. 13 garantisce ad ogni persona il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale per la tutela dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione, ed anche quando la violazione di questi sia stata commessa da pubbliche autorità.

A far data dalla storica sentenza *König* del 1978<sup>172</sup>, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiarito che l'espressione «pretese di natura civile», contenuta al citato art. 6 della Convenzione, dovesse essere interpretata come comprensiva anche delle pretese di diritto amministrativo, cosicché gli artt. 6 e 13 importano che ogni persona abbia diritto ad un processo equo e ad un ricorso

---

<sup>170</sup> Nel quale siedono i Ministri degli esteri degli Stati membri o i loro rappresentanti permanenti.

<sup>171</sup> Composta da delegazioni dei parlamenti nazionali dei quarantasette Paesi membri, i cui delegati sono membri dei parlamenti nazionali e da essi eletti o nominati.

<sup>172</sup> CEDU, 31 maggio 1978, *König c. Repubblica federale tedesca*.

giurisdizionale effettivo anche dinanzi al giudice preposto alla tutela di queste pretese e competente quindi a conoscere delle controversie tra cittadino e pubblica amministrazione. Ne è derivato che spesso gli Stati firmatari della Convenzione sono stati condannati dalla Corte di Strasburgo nella misura in cui i loro sistemi di giustizia amministrativa sono stati giudicati privi di elevati *standards* di pienezza e di effettività nella protezione giurisdizionale del diritto di proprietà, del diritto alla libertà e alla sicurezza, del diritto di religione, di riunione, di associazione e di espressione, del divieto di discriminazione, ed altri, di cui sono titolari le persone anche nei confronti delle autorità amministrative nazionali. E quindi gli Stati europei sono stati indotti ad approntare interventi normativi e ad adottare decisioni giudiziarie volti ad elevare questi *standards* di pienezza e di effettività nei loro processi amministrativi.

Si può allora constatare che la CEDU, intesa sia come Convenzione che come Corte europea, ha costituito un'ulteriore fattore d'impulso di rafforzamento degli istituti del giudizio amministrativo dei Paesi aderenti al Consiglio d'Europa<sup>173</sup>.

Ma v'è di più, perché il prestigio e l'autorevolezza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo deputata ad assicurarne il rispetto, sono stati tali e tanti che la Corte di giustizia dell'Unione europea, in mancanza di una Carta dell'Unione contenente il riconoscimento e la garanzia di un elenco di diritti fondamentali della persona, e per vero anche dopo l'adozione di una Carta siffatta (la Carta di Nizza del 2000), ha eletto, fin dalla sentenza *Hauer* del 1979<sup>174</sup>, la Convenzione europea come riferimento privilegiato e quasi inevitabile per effettuare il proprio controllo sul rispetto dei diritti fondamentali da parte di atti e comportamenti delle istituzioni comunitarie, spingendosi addirittura negli ultimi tempi ad includere nelle proprie sentenze<sup>175</sup> ampi e precisi riferimenti alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>176</sup>.

Il Trattato istitutivo dell'Unione europea firmato a Maastricht nel 1992, recependo quest'orientamento giurisprudenziale comunitario, ha introdotto all'art. 6, par. 2, una disposizione di tenore identico a quella oggi (dopo il Trattato di Lisbona del 2007) contenuta nell'art. 6, par. 3, TUE, che stabilisce che «i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...] fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali», mentre l'attuale art. 6, par. 2, TUE impegna l'Unione ad aderire alla Convenzione.

E dunque allo stato, e cioè fino a quando i negoziati per l'adesione, attualmente in corso, non saranno stati perfezionati, la CEDU non può considerarsi come parte integrante del diritto comunitario, dotata di efficacia diretta, e continua a costituire per l'Unione europea una fonte normativa non

---

<sup>173</sup> Sull'influenza della CEDU nel rafforzamento degli istituti del giudizio amministrativo, si veda DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, cit., in particolare a pag. 296, 310, 311 e 313.

<sup>174</sup> CGCE, sentenza 13 dicembre 1979, causa C-44/79, *Hauer*.

<sup>175</sup> Si vedano, *ex multis*, CGCE, sentenza 26 giugno 1997, causa C-368/95, *Familiapress*; sentenza 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach*; sentenza 18 gennaio 2007, causa C-229/05, *PKK*.

<sup>176</sup> Lo nota L. DANIELE, in *Diritto dell'Unione europea*, cit., 172-173.

direttamente vincolante e, più precisamente, una fonte d'ispirazione per i giudici di Lussemburgo per ricostruire i principi generali del diritto applicabili all'Unione, e i giudici nazionali non possono disapplicare la normativa interna incompatibile con la Convenzione europea<sup>177</sup>, mentre gran parte del contenuto della stessa, come interpretata ed applicata dalla Corte di Strasburgo, è stata trasfusa nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza nel 2000, elevata dall'art. 6, par. 1, TUE, nella gerarchia delle fonti, allo stesso rango sovraordinato dei Trattati.

Ciò nondimeno, nella giurisprudenza di Lussemburgo sensibile al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, rimane costante, accanto all'art. 47 («diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale») della Carta di Nizza, il riferimento agli artt. 6 e 13 della CEDU che, pur privi, come detto, di efficacia diretta, concorrono a costituire le basi giuridiche di siffatto principio generale dell'Unione europea.

Sicché mi pare si possa, concludendo, osservare che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo contribuisca a potenziare gli istituti della giustizia amministrativa e ad irrobustire le forme e i rimedi delle relative giurisdizioni nazionali non solo direttamente, vincolando essa stessa gli Stati aderenti al Consiglio d'Europa a costruire sistemi atti a garantire il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo<sup>178</sup> avverso atti e comportamenti delle pubbliche amministrazioni nazionali lesivi dei diritti della Convenzione e, in caso di violazione, sanzionandoli con le decisioni della Corte europea adita dai cittadini, ma anche indirettamente e mediatamente, e cioè per il tramite dell'ordinamento dell'Unione, del quale le norme contenute negli artt. 6 e 13 CEDU concorrono a formare i principi generali.

---

<sup>177</sup> Lo ha chiarito recentemente la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE, sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren*): «la CEDU non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Di conseguenza, il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale». In Italia, all'eccessivo «zelo» europeista (così M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 536) di talune pronunce dei giudici amministrativi (TAR Lazio, sez. II, n. 11984/2019; Consiglio di Stato, sez. IV, n. 1220/2010) che hanno ritenuto di poter disapplicare norme nazionali incompatibili con la CEDU, ha posto argine la Corte costituzionale con la sentenza n. 80/2011 che ha ricordato come l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo non sia ancora avvenuta, sicché il giudice che ravvisi un contrasto tra una norma di legge interna e la CEDU deve rinviare il caso alla Corte costituzionale, secondo lo schema del «parametro interposto» precisato dalle sentenze costituzionali nn. 347 e 348 del 2007.

<sup>178</sup> Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è quasi tralazia l'espressione «*the domestic remedies must be effective*».





## **Capitolo III LA FRANCIA.**

SOMMARIO: 1. Le idee ispiratrici e i caratteri fondamentali del sistema amministrativo e della giurisdizione amministrativa. - 2. L'organizzazione della giurisdizione amministrativa. - 2.1. Le giurisdizioni amministrative speciali. - 2.2. La giurisdizione amministrativa generale: i *Tribunaux administratifs*, le *Cours administratives d'appel* .... - 2.3. ... e il *Conseil d'État*. - 2.4. L'attenuazione della "collateralità" della giurisdizione amministrativa col Governo. - 2.5. Una giurisdizione amministrativa sempre più indipendente e autonoma come quella ordinaria. - 3. Il riparto di giurisdizione. - 3.1. La distinzione tra *actes de puissance publique* e *actes de gestion*. - 3.2. Il *service public*. - 3.3. La distinzione tra *services publics administratifs* e *services publics industriels et commerciaux*. - 3.4. Il criterio del *droit applicable*. - 3.5. Il sistema dei *blocs de compétences*. - 3.6. Una "nuova" *juridiction judiciaire* che, per esigenze di «*bonne administration de la justice*», può diventare titolare del potere di sospendere e annullare gli atti amministrativi. - 3.7. Una "nuova" *juridiction administrative* che tutela la proprietà, i diritti fondamentali e le libertà individuali della persona. - 3.8. Considerazioni conclusive. - 4. Il *contentieux administratif*. 4.1. I due più consolidati e noti criteri di classificazione. - 4.2. Il *recours pour excès de pouvoir*. - 4.3. Il carattere oggettivo del *recours pour excès de pouvoir*. - 4.4. Le procedure di *référé*. - 4.5. Le *astreintes* e le *injonctions*. - 4.6. Il *Rapporteur public*. - 4.7. Il *recours de pleine juridiction*. - 4.8. Il carattere soggettivo del *recours de pleine juridiction*. - 4.9. I *recours objectifs de pleine juridiction*. - 4.10. L'allargamento del campo di operatività del *recours de pleine juridiction* a scapito del *recours pour excès de pouvoir* e la riduzione delle distanze tra i due contenziosi. - 5. Conclusione. La "nuova" giurisdizione amministrativa francese: l'evoluzione nella tradizione. 5.1. La *subjectivation* del *contentieux administratif*. - 5.2. L'indipendenza dei giudici amministrativi e la "complementarietà" delle due giurisdizioni. - 5.3. Il giudizio amministrativo francese rimane a salvaguardia della *légalité objective*, ma è sempre più proiettato ad assicurare una tutela piena ed effettiva dell'individuo.

### **1. Le idee ispiratrici e i caratteri fondamentali del sistema amministrativo e della giurisdizione amministrativa.**

Secondo l'insegnamento tradizionale, l'ordinamento francese costituisce il modello "puro" del diritto amministrativo<sup>179</sup>.

Esso si caratterizza per almeno tre elementi: il carattere unitario e organico della pubblica amministrazione, alla quale è riconosciuta una posizione ben distinta ed equiordinata rispetto a quella degli altri poteri pubblici; la soggezione, nella sua organizzazione e soprattutto nella sua azione, ad una disciplina

---

<sup>179</sup> G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, cit., 4.

giuridica autonoma, il diritto amministrativo appunto, costituito da regole “derogatorie” ed “esorbitanti” rispetto al diritto comune, che le attribuiscono prerogative speciali che discendono dalla sua partecipazione alla sovranità dello Stato<sup>180</sup>; la sottoposizione della sua attività al controllo di legittimità di un giudice speciale, diverso da quello ordinario, con la conseguente organizzazione dualistica del sistema giurisdizionale.

La constatazione che l’ordinamento giuridico contrassegnato da questi caratteri, qualunque ne sia la nazionalità, venga usualmente indicato con le espressioni francesi “à droit administratif” o “à régime administratif”<sup>181</sup> evidenzia, più di ogni altra considerazione, l’attendibilità dell’affermazione iniziale.

Le radici dei suindicati tratti fondamentali, che contraddistinguono il sistema francese, credo possano essere sinteticamente e schematicamente individuate in almeno due grandi idee ispiratrici che si sono sviluppate e profondamente consolidate nel corso dei secoli nella cultura transalpina e che si trovano quasi sempre sottese agli istituti del *régime administratif*: la prima è la convinzione dell’esistenza, in ogni situazione politica, sociale ed economica, di un interesse generale, pur variamente concepito a seconda delle epoche, che trascende gli interessi degli individui e che può a questi contrapporsi, nel qual caso esso deve prevalere sui secondi; la seconda consiste nella rigida interpretazione del principio della separazione tra potere esecutivo e potere giudiziario, e della distinzione tra amministrazione e giurisdizione.

A ben riflettere, si tratta probabilmente di due idee figlie della singolare storia istituzionale e politica della Francia. La precoce formazione di uno Stato unitario, fortemente identitario, strutturato e accentrato nella figura del Re, e avviato ben prima di altri Paesi verso la modernità istituzionale, ha costituito il terreno fertile per la nascita e lo sviluppo di un solido concetto di interesse pubblico superiore agli interessi particolaristici e per la costruzione di un compatto e professionale apparato amministrativo deputato alla gestione di quest’interesse generale, senza le interferenze di altri centri di potere.

La declinazione di queste idee nel contesto politico e culturale francese e nella contingenza degli avvenimenti storici accaduti in Francia ha determinato che i rapporti tra amministrazione e cittadino si conformassero ai seguenti principi.

La pubblica amministrazione cura l’interesse della collettività quale determinato, più o meno esplicitamente, dalla legge, nei modi e alle condizioni da questa stabilite. Per far prevalere l’interesse generale sugli interessi individuali dei privati, essa è titolare di speciali prerogative, consistenti, da un lato, nel potere di modificare unilateralmente la sfera giuridica del destinatario, senza che occorra né il consenso di quest’ultimo né quello di un giudice terzo rispetto ai contrapposti interessi, e, dall’altro, nel potere di dare essa stessa esecuzione coattiva a queste modificazioni in caso di resistenza dei privati, senza dover adire

---

<sup>180</sup> P. LEGENDRE, *Histoire de l’administration de 1750 a nos jours*, Paris, Puf, 1968, 470 ss.

<sup>181</sup> Quest’ultima, probabilmente, coniata da M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, ed. Sirey, Paris 1914.

il giudice dell'esecuzione forzosa. Dunque, la parte pubblica del rapporto giuridico può imporsi sulla controparte privata con poteri di autotutela decisoria ed esecutoria, a differenza di quanto consentito nei rapporti interprivati<sup>182</sup>. L'unilateralità prende la forma della *décision exécutoire*, imponendosi ai privati con forza obbligatoria. E l'autorità pubblica è dispensata dall'onere di rivolgersi al giudice per ottenere dagli amministrati la conformazione ai suoi precetti, godendo del *privilège du préalable*.

Lo strumento per l'esercizio di questo potere unilaterale e autoritativo è l'atto amministrativo.

Ma, in tanto l'atto amministrativo può avere il carattere dell'imperatività e dell'unilateralità, in quanto sia rivestito di una presunzione di legittimità. Il che è possibile soltanto se il "giudice" della validità dell'atto possa essere la stessa amministrazione che lo emana. Se cioè l'atto amministrativo abbia un'efficacia molto simile a quella della sentenza, ovvero una definitività di attitudine a regolare il rapporto giuridico tra amministrazione e amministrato simile a quella della pronuncia giudiziaria. Validità ed efficacia che non possano essere messe in discussione dai tribunali.

E ancora, in tanto l'atto amministrativo può avere il regime della *décision exécutoire* e del *privilège du préalable*, in quanto l'amministrazione non debba rivolgersi ad un tribunale per ottenerne l'esecuzione coattiva, ma possa "preconfezionarsi" essa stessa i titoli esecutivi, come se fosse il "giudice" dell'esecuzione dei suoi provvedimenti. E senza che questa efficacia esecutiva possa essere annullata o sospesa da un tribunale.

Indubbiamente, il primato della legge, proclamato nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e puntualizzato con le carte costituzionali del periodo rivoluzionario<sup>183</sup>, impone che sull'atto amministrativo venga esercitato un controllo di *légalité*, ma se non si vuole minare l'idea dell'amministrazione come *puissance publique*, e cioè come *corps* dotato di *pouvoirs exorbitants du droit commun* per assicurare la cura dell'interesse generale, non si può attribuire questo controllo ai tribunali, ma lo si deve affidare alla stessa pubblica amministrazione o ad organi specializzati della stessa o, almeno, ad un giudice "collaterale" all'amministrazione, all'insegna della concezione, più o meno accentuata, del "giudice in causa propria"<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> Nei quali rapporti interprivati, com'è noto, affinché il farsi giustizia da sé non determini il turbamento della pace sociale («*ne cives ad arma ruant*»), in mancanza di consenso di una parte alla modificazione di un assetto d'interessi o alla sua esecuzione, occorre rivolgersi ad un soggetto – il giudice – posto in posizione di terzietà rispetto ai contrapposti interessi individuali in gioco, per ottenere la modificazione o la sua esecuzione.

<sup>183</sup> L'art. 4, tit. III, cap. IV, sez. III, della Costituzione del 1791, stabiliva: «*Les administrateurs sont essentiellement chargés de répartir les contributions directes, et de surveiller les deniers provenant de toutes les contributions et revenus publics dans leur territoire. Il appartient au Pouvoir législatif de déterminer les règles et le mode de leurs fonctions, tant sur les objets ci-dessus exprimés, que sur toutes les autres parties de l'administration intérieure*». E il successivo art. 5 aggiungeva: «*Le roi a le droit d'annuler les actes des administrateurs de département, contraires aux lois ou aux ordres qu'il leur aura adressés. Il peut, dans le cas d'une désobéissance persévérante, ou s'ils compromettent par leurs actes la sûreté ou la tranquillité publique, les suspendre de leurs fonctions*».

<sup>184</sup> Ciò che attira gli strali dei liberali francesi della prima metà del XIX secolo nei confronti dell'assetto della giustizia amministrativa ereditato dall'autoritarismo napoleonico dalla monarchia di Luigi XVIII e

E per dare concreta realizzazione istituzionale a questa concezione, torna utile una strumentale e forzata interpretazione del principio della separazione tra amministrazione e giurisdizione, proclamato all'art. 13, titolo II, della legge sull'ordinamento giudiziario del 16-24 agosto 1790<sup>185</sup> e, secondo una certa corrente di pensiero<sup>186</sup>, anticipato già dall'editto di Saint-Germain-en-Laye del 21 febbraio 1641<sup>187</sup> e corollario del più generale principio della separazione dei poteri scolpito nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino<sup>188</sup>.

Ancorché, com'è stato convincentemente spiegato<sup>189</sup>, quella norma di legge, emanata all'indomani della Rivoluzione, intendesse soltanto impedire ai tribunali di compiere atti che oggi diremmo di "amministrazione attiva", essa viene subito "piegata" dai rivoluzionari attraverso le leggi e le costituzioni che si succedono, per sottrarre ai tribunali tutto il contenzioso amministrativo e attribuirlo alla stessa amministrazione pubblica. Infatti, secondo la concezione degli artefici dell'abbattimento dell'*Ancien Régime* e della costruzione del nuovo Stato, rimasta pressoché intatta quasi fino ai nostri giorni, consentire ai tribunali di decidere le controversie tra cittadino e pubblica amministrazione e di giudicare l'operato di quest'ultima avrebbe significato violare il principio della separazione tra potere esecutivo e potere giudiziario e attribuire a quest'ultimo un potere sostanzialmente amministrativo, perché «*juger l'administration c'est encore administrer*»<sup>190</sup>.

Il dualismo giurisdizionale francese origina e si sviluppa nel contesto politico della Rivoluzione francese proprio sulle basi di questo "dogma" della separazione tra amministrazione pubblica e potere giudiziario, in funzione strumentale ad evitare che il completamento dell'abbattimento degli istituti

---

da quella orleanista. Si veda, *ex multis*, L. MANNORI - B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, ed. Laterza, Roma-Bari 2001, 323 ss.

<sup>185</sup> Secondo cui «*Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions*».

<sup>186</sup> Contestata, in Italia, tra gli altri, da MANNORI - SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 115-116, i quali osservano che «sovrapponendo significati moderni a lessemi antichi» in questo documento si è vista «la sacralizzazione di una funzione amministrativa già perfettamente giustapposta a quella giurisdizionale e perciò portatrice fin dagli esordi di una manifesta natura esecutiva», mentre l'editto di Saint Germain emesso da Richelieu per conto di Luigi XIII «aveva come unico scopo quello di limitare le intrusioni dei Parlamenti nell'attività politico-legislativa del sovrano: intrusioni che si concretavano tipicamente nel rifiuto di registrazione dei suoi atti normativi e nella loro mancata esecuzione giudiziaria».

<sup>187</sup> Secondo cui «*nous avons déclaré que notre Parlement de Paris et toutes nos autres Cours n'ont été établi que pour rendre la justice à nos sujets: leur faisons très espresses défenses et inhibitions, non seulement de prendre à l'avenir connaissance d'aucune affaire semblable à celles qui sont ci-devant énoncées, mais généralement de toutes celles qui peuvent concerner l'État, administration ou gouvernement d'i celui*».

<sup>188</sup> «*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*».

<sup>189</sup> MANNORI - SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 239.

<sup>190</sup> HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, ed. Th. Barrois, Paris 1827, t. 2, 331-332.

dell'*Ancien Régime* e successivamente l'autoritarismo napoleonico potessero essere ostacolati dal controllo del "contro-potere" dei tribunali.

La giurisdizione amministrativa nasce, infatti, come "contenzioso amministrativo" alla cui risoluzione è preposta la stessa autorità amministrativa, in un primo momento (1790) da sola<sup>191</sup> e successivamente (1799) con l'ausilio della consulenza dei *Conseils de Préfecture*<sup>192</sup> e del *Conseil d'État*<sup>193</sup>, suoi organi interni, alla fine del XVIII secolo «pensati come semplici "uffici legali" dell'amministrazione»<sup>194</sup>. E alla stessa amministrazione, prima nel suo vertice politico-amministrativo, il Ministro<sup>195</sup>, e successivamente nel suo organo tecnico-giuridico, il *Conseil d'État*<sup>196</sup>, è attribuito il compito<sup>197</sup> di decidere i conflitti di "attribuzione" e cioè di stabilire se la cognizione di una controversia è di competenza dell'amministrazione o dei Tribunali.

Soltanto nel 1872, col passaggio dalla *justice retenue* alla *justice déléguée*, il *Conseil d'État* cessa di essere, nel *contentieux administratif*, un mero organo consultivo formalmente incaricato soltanto di fornire pareri giuridici per la decisione dei ricorsi amministrativi ad opera del vertice del potere esecutivo (Imperatore, Re o Capo del Governo, a seconda delle epoche) il quale "ritiene" la giurisdizione amministrativa, per diventare l'organo al quale quest'ultima è "delegata" perché «*statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives*» (art. 9 legge 24 maggio 1872). E, contestualmente, ad una *juridiction paritaire*, il *Tribunal des conflits*, composto in pari numero da Consiglieri di Stato e da Consiglieri della Corte di Cassazione<sup>198</sup>, viene trasferito il compito di decidere se

---

<sup>191</sup> La legge del 6-11 settembre 1790 conferisce alle amministrazioni dipartimentali e distrettuali la cognizione delle controversie in materia d'imposta diretta (art. 1), di contrattualità amministrativa (art. 3) e di lavori pubblici (artt. 4 e 5). E l'art. 3 della legge del 7-14 ottobre 1790 stabilisce che «i ricorsi per incompetenza diretti contro i corpi amministrativi non rientrano in nessun caso nella competenza dei tribunali» e «saranno portati al Re, come capo dell'amministrazione generale».

<sup>192</sup> Istituite da Napoleone Bonaparte nel 1800, con la legge del 28 piovoso dell'anno VIII (legge del 17 febbraio 1800), perché «*remettre le contentieux de l'administration à un conseil de préfecture à paru nécessaire pour garantir aux personnes intéressées qu'elles ne seront pas jugées sur des rapports et des avis de bureaux, pour donner à la propriété des juges accoutumés au ministère de la justice, à ses règles et à ses formes*» (così il proponente P. L. ROEDERER, 1854, p. 313, *Discours prononcé devant le corps législatif, séance du 27 pluviôse an VIII, publié au Moniteur universel du 2 ventôse an VIII*, p. 607; *archives parlementaires, série 2, tome 1*, p. 170 e ss.).

<sup>193</sup> Istituito da Napoleone Bonaparte nel 1799, sulle ceneri del *Conseil du Roi* dell'*Ancien régime*, con la citata costituzione dell'anno VIII, il cui art. 52 stabiliva: «*Sous la direction des consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative*».

<sup>194</sup> MANNORI – SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 258.

<sup>195</sup> Art. 27 della legge del 21 fruttidoro dell'anno III (8 settembre 1795).

<sup>196</sup> Art. 11 del regolamento interno del 5 nevosio anno VIII (26 dicembre 1799).

<sup>197</sup> Nel previgente regime attribuito alla Corte di Cassazione.

<sup>198</sup> E formalmente presieduto dal Ministro della Giustizia; nel normale funzionamento delle sedute il *Tribunal des conflits* è presieduto dal Vice-Presidente, scelto alternativamente fra i Consiglieri di Stato e quelli della Corte di Cassazione, a conferma della struttura paritaria dell'istituto. Introdotto nel 1848, quando la nascita della Seconda Repubblica dà ingresso istituzionale alle istanze liberali, il *Tribunal des conflits* viene soppresso nel 1852 con la nascita del Secondo Impero, quando si riafferma l'autoritarismo dell'esecutivo guidato da Napoleone III. È appunto reintrodotta dalla legge del 24 maggio 1872,

la cognizione di una vertenza spetta al *Conseil d'État* o ai *Tribunaux judiciaires* e cioè di risolvere quello che ormai è divenuto un conflitto di "giurisdizione"<sup>199</sup> -  
200

Ma, nonostante questa attribuzione di funzioni giurisdizionali amministrative, il *Conseil d'État* rimane ancora oggi formalmente un "corpo amministrativo" ausiliario del Governo, che svolge funzioni consultive, amministrative e giurisdizionali. In particolare, nell'ambito delle prime, il Consiglio fornisce al Governo pareri su progetti di legge, di ordinanza e di decreto e su qualunque questione giuridica o amministrativa su cui sorga difficoltà. Ed è proprio questa natura "anfibia" del Consiglio di Stato a caratterizzare il sistema istituzionale e di giustizia amministrativa francese sia nelle sue origini e nella sua evoluzione che ai giorni nostri e a farne un modello per molti sistemi a *régime administratif*, tanto che vengono chiamati "*Pays à Conseil d'État*" tutti quegli ordinamenti in cui il supremo organo giurisdizionale amministrativo svolge anche funzioni consultive nei confronti del governo e della pubblica amministrazione (ad esempio, Italia, Paesi Bassi, Belgio, Grecia, Turchia ed Egitto).

Non v'è chi non veda il rischio di non imparzialità di giudizio e di non indipendenza di un'istituzione giurisdizionale e al contempo amministrativa, e legata al Governo con tanti, troppi, fili, dei quali la formale Presidenza, ancora oggi ufficialmente attribuita al Primo Ministro o, in sua vece, al Ministro della Giustizia, non è che la traccia meno rilevante, ancorché assai evidente<sup>201</sup>.

Innanzitutto, il *Conseil d'État* può trovarsi a giudicare della legittimità di atti amministrativi sui quali ha formulato i suoi pareri al Governo, con conseguente "incompatibilità da prevenzione" o "non indifferenza istituzionale del giudice rispetto alle parti in causa"<sup>202</sup>.

In secondo luogo, la commistione di funzioni risulta ancor più eclatante se si considera che, a seguito di una riforma del 1963 (decreto n. 766 del 30 luglio 1963)<sup>203</sup>, in luogo del sistema delle rotazioni periodiche dei *Conseillers* tra

---

all'indomani della nascita della Terza Repubblica, quando cessa il dispotismo plebiscitario dell'esecutivo e si consolida un assetto più equilibrato dei diversi poteri pubblici.

<sup>199</sup> È bene ricordare che nella dottrina francese si legge ancora, e non poche volte, che il Tribunale dei conflitti risolve conflitti di "attribuzione" (o anche conflitti di "competenza"), segno evidente che l'idea di una giurisdizione amministrativa "embricata" con l'amministrazione e mera "costola" di quest'ultima non riesce ad essere eliminata dal DNA della cultura e della tradizione.

<sup>200</sup> Per completezza, occorre ricordare che gli istituti della "giustizia delegata" al *Conseil d'État* e del *Tribunal des conflits* sono stati introdotti nel 1848 con l'affermazione degli ideali liberali della seconda Repubblica, per essere poi aboliti nel 1852 con l'avvento dell'autoritarismo del secondo Impero di Napoleone III.

<sup>201</sup> L'art. L121-1 *code de justice administrative* (d'ora innanzi *CJA*) prevede: «*La présidence du Conseil d'Etat est assurée par le vice-président. L'assemblée générale du Conseil d'Etat peut être présidée par le Premier ministre et, en son absence, par le garde des sceaux, ministre de la justice*».

<sup>202</sup> Sono le stesse critiche mosse alla natura "anfibia" del Consiglio di Stato italiano da Orsi Battaglini e rispettivamente da Travi, che abbiamo ricordato in una nota del cap. I.

<sup>203</sup> Emanato all'indomani dell'aspro scontro tra il Presidente De Gaulle e il *Conseil d'État*. Il primo aveva considerato ostili alla sua politica sia l'*avis* del 1° ottobre 1962, che aveva giudicato illegittima la revisione costituzionale, attraverso un referendum, volta ad introdurre l'elezione diretta e a suffragio universale del Capo dello Stato, e ancor più la sua diffusione alla stampa (l'*avis* avrebbe dovuto rimanere confidenziale), sia l'*arrêt Canal* del 19 ottobre 1962 con cui il *Conseil d'État* aveva annullato l'ordinanza

sezioni, viene stabilito il principio della *double affectation*, in base al quale i Consiglieri ordinari devono contemporaneamente appartenere sia alle *formations administratives* che alle *formations contentieuses*. Regola, questa, che ha destato negli studiosi e negli osservatori ben maggiori perplessità rispetto alla vicinanza col Governo prodotta dalla nomina governativa dei Consiglieri di Stato come componenti di gabinetti ministeriali e di organi di importanti istituti ed enti pubblici.

In terzo luogo, i *Conseillers d'État* non hanno lo *status* di magistrati, ma quello di (alti) funzionari amministrativi, e sono sottoposti al potere di nomina, di promozione e di sanzione disciplinare del Governo, sicché le garanzie della loro indipendenza risultano essere inferiori a quelle dei magistrati dei *Tribunaux administratifs* e delle *Cours administratives d'appel*, risiedendo in un equilibrio abbastanza fragile e precario, essenzialmente consuetudinario o fondato su una convenzione costituzionale-amministrativa e soprattutto nel prestigio del “corpo”.

Nonostante questa natura ibrida o forse proprio grazie ad essa, il *Conseil d'État* è stato e continua ad essere il vero instancabile motore di quella elegante, solida e ammirata macchina che, da più di due secoli – non a caso gli stessi di vita dell'organo - è il sistema amministrativo francese. È stata essenzialmente la sua giurisprudenza “creativa” a plasmare il diritto amministrativo sostanziale e processuale, coadiuvata dall'opera ordinatrice della scienza giuridica, di cui hanno fatto parte molti *Conseillers d'État*, capaci con il loro eclettismo professionale e con la loro levatura intellettuale di rivestire allo stesso tempo i panni di giudici, di insegnanti-studiosi<sup>204</sup>, di amministratori e di statisti<sup>205</sup> in una felice sovrapposizione di ruoli che rappresenta un *unicum* nel vasto panorama delle esperienze dello Stato moderno.

Un altro aspetto da considerare con attenzione è che un'indebita invasione di campo del potere giudiziario ai danni dell'esecutivo, nonché un indebolimento della *fonction publique* e dell'attività di cura dell'*intérêt général*, viene inizialmente considerato anche il giudizio dei tribunali sulla responsabilità dei funzionari pubblici, alla quale pure questi sono tenuti in virtù dell'art. 15 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino che li obbliga a rendere conto del loro operato alla collettività<sup>206</sup>. Sicché, con lo stesso citato art. 13, tit. II, della legge del 16-24 agosto 1790 viene introdotta la garanzia amministrativa della immunità processuale dei funzionari pubblici: i giudici non possono «citare davanti a sé gli amministratori per ragioni inerenti all'esercizio delle loro

---

istitutiva di una corte militare speciale per fronteggiare le rivolte dell'Algeria, in quanto la mancanza di un'istanza di appello era «*contraire aux principes généraux du droit*». Secondo le intenzioni della Commissione che predispose il progetto di decreto, la «*double affectation*» avrebbe dovuto «*éviter que les juges souffrent d'une méconnaissance des réalités de l'administration*».

<sup>204</sup> Come esempio di Consigliere di Stato insegnante-studioso, basterebbe fare il nome di *Edouard Lafèrrière* (1841-1901), Vice-Presidente del *Conseil d'État* e professore di diritto amministrativo all'Università di Parigi, la cui maggiore opera, il *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* del 1887, costituisce ancora oggi il testo-base per comprendere il *contentieux administratif*.

<sup>205</sup> L'elenco di Consiglieri di Stato Presidenti della Repubblica, Primi Ministri e Ministri sarebbe davvero lungo.

<sup>206</sup> «*La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration*».

funzioni» senza un'autorizzazione dell'amministrazione, sostituita nel 1799 con l'autorizzazione di quel suo organo interno, che è il *Conseil d'État*<sup>207</sup>.

Sull'importanza di questo istituto nella storia del diritto amministrativo francese e, con questo al centro dei suoi studi, della scienza gius-pubblicistica europea tutta, converrebbe forse riflettere maggiormente.

Come ci ha insegnato un grande Maestro<sup>208</sup> in pagine indimenticabili, questa iniziale garanzia dei funzionari (soppressa di diritto nel 1870, di fatto più tardi) e la conseguente loro irresponsabilità spingono in Francia verso due diverse strade. Da un lato, verso la tutela contro l'atto amministrativo, finalizzata al suo annullamento. Dall'altro, verso l'azione diretta contro lo Stato, per ottenere da esso il risarcimento al quale i dipendenti pubblici si sottraggono. Il primo sviluppo porta in Francia al centro dell'attenzione della giustizia amministrativa e della scienza giuridica, da un lato, l'atto amministrativo, che rimarrà il capitolo fondamentale del diritto amministrativo e, dall'altro, la tutela annullatoria nei confronti dello stesso, un'efficacissima "arma" del cittadino contro gli abusi del potere pubblico, usata, invece, per molto tempo con parsimonia dalle *Courts* dell'ordinamento inglese, che non a caso ammette fin da subito la responsabilità personale dei *civil servants*.

Si è detto che le idee portanti del sistema francese di giustizia amministrativa sono state essenzialmente due: la concezione della preminenza dell'interesse pubblico e il principio di separazione tra amministrazione e giurisdizione. E si è potuto constatare come si tratti di due idee strettamente correlate e funzionali l'una all'altra, con la prima – si aggiunge adesso - destinata spesso ad imporsi sulla seconda. Ne è prova che la prevalenza dell'interesse generale sugli interessi individuali è stata utilizzata non soltanto per fondare la specialità del diritto amministrativo e per realizzare il dualismo giurisdizionale («*la préeminence de l'intérêt général sur les intérêts privés impose un traitement spécial du contentieux administratif que les juges judiciaires ne peuvent mettre en oeuvre. A intérêt special, droit spécial et juge spécial*»<sup>209</sup>), ma anche, a volte, per legittimare una posizione di "superiorità" dell'apparato amministrativo - considerato come il difensore "di ultima istanza" dell'interesse pubblico - rispetto alla stessa giurisdizione amministrativa e per conformare quest'ultima come tutela di carattere oggettivo.

E così, il principio di separazione tra amministrazione e giurisdizione, che vieta ai giudici di «disturbare ("troubler") in qualsivoglia modo le operazioni dei corpi amministrativi»<sup>210</sup> e, giudicando, di amministrare, non è stato applicato soltanto per sottrarre il contenzioso amministrativo ai *tribunaux judiciaires*, ma

---

<sup>207</sup> Art. 75 della Costituzione del 22 frimaio dell'anno VIII (13 dicembre 1799): «*Les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat: en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires.*»

<sup>208</sup> CASSESE, in *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, cit., 89.

<sup>209</sup> P. SANDEVOIR, *Études sur le recours de pleine juridiction*, Paris, L.g.d.j., 1964, p. 303, citato da CASSESE, in *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, cit., 52.

<sup>210</sup> Art. 13, titolo II, della legge sull'ordinamento giudiziario del 16-24 agosto 1790. V. nota n. 7.



anche nell'ambito dei rapporti tra amministrazione e giudice speciale, per limitare i poteri di quest'ultimo.

Si è, dunque, ritenuto che il giudice amministrativo potesse annullare l'atto e anche condannare l'amministrazione al risarcimento del danno, ma non potesse sospendere automaticamente, per il solo fatto della presentazione del ricorso d'annullamento, l'esecutività del provvedimento amministrativo, e neppure potesse sospenderlo su domanda del *requérant*, se non alle condizioni restrittive previste dalla legge e rigorosamente interpretate dalla giurisprudenza per il *sursis à exécution*<sup>211</sup>; che non potesse né sostituirsi alla pubblica amministrazione nell'emanazione del provvedimento spettante e non dato, né ordinare alla pubblica amministrazione di porre in essere un determinato comportamento, compresa l'emanazione di un provvedimento, neppure per dare esecuzione ad una sentenza amministrativa.

È evidente che alla base di queste limitazioni del giudice speciale e di questi privilegi dell'amministrazione vi è, da un lato, la convinzione di una "riserva d'amministrazione" che non può essere invasa dal giudice, neppure da quello speciale del contenzioso amministrativo, ma dall'altro, l'idea che la protezione delle posizioni giuridiche soggettive sia recessiva rispetto alla cura dell'interesse pubblico la quale, nelle sue concrete modalità, dev'essere considerata una prerogativa pressoché esclusiva dell'amministrazione "attiva", che neppure dopo il passaggio in giudicato della censura del giudice amministrativo può essere messa in discussione.

La centralità dell'interesse pubblico nell'impostazione della dottrina e della giurisprudenza francesi ha poi determinato che il contenzioso d'annullamento assumesse la natura di uno strumento di tutela di diritto oggettivo. La preminenza dell'interesse generale sugli interessi individuali ha una tale portata ed estensione che persino il ricorso di annullamento (il *recours pour excès de pouvoir*) esercitato dal privato contro un provvedimento amministrativo non può mirare alla protezione delle proprie posizioni giuridiche soggettive, ma deve avere come scopo diretto l'interesse pubblico al controllo che la pubblica amministrazione non abbia violato la legge e, in caso di riscontrata illegittimità dell'atto amministrativo, al ripristino dell'ordine giuridico. Il ricorrente è un collaboratore ufficioso ed utile dell'interesse pubblico perché collabora «à la protection de la légalité»<sup>212</sup> e alla rimozione dell'atto amministrativo illegittimo dall'ordinamento giuridico; è, per usare le celebri parole di Hauriou, «un ministère public poursuivant la répression d'une infraction»<sup>213</sup>: agisce per il rispetto dell'interesse pubblico alla legalità del sistema. Non è neppure considerato "parte" del giudizio, perché il *recours pour excès de pouvoir* non introduce un "processo tra parti" o un "processo contro una parte", e cioè un giudizio di carattere soggettivo, ma, secondo le altrettante note parole di Laferrière, è un «procès fait à un

---

<sup>211</sup> L'istituto del "rinvio dell'esecuzione" è stato disciplinato nel decreto del 22 luglio 1806.

<sup>212</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, Paris 1923, 381.

<sup>213</sup> M. HAURIOU, *Note a Conseil d'État 8 décembre 1899, Ville d'Avignon*, S., 1900, 3, 73.

*acte*»<sup>214</sup>. Il *requérant* non ha un diritto soggettivo da far valere con la richiesta di annullamento del provvedimento illegittimo, ma solo un interesse fattuale riflesso e occasionalmente protetto nel contesto di un controllo giurisdizionale di legittimità che viene effettuato nell'interesse pubblico e che formalmente può essere da lui attivato solo per il perseguimento di questo interesse pubblico.

Ne consegue un'ampia legittimazione al *recours*, la sua indisponibilità da parte del ricorrente una volta promosso con conseguente non estinzione del processo in caso di rinuncia, la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice di alcuni motivi di illegittimità (i c.d. *moyens d'ordre public*), la non obbligatorietà, fatte salve talune specie di giudizio, del ministero di un avvocato, l'effetto *ex tunc* ed *erga omnes* delle sentenze di annullamento, l'impossibilità di concepire un giudizio di esecuzione forzata della sentenza di annullamento per realizzare coattivamente l'effetto conformativo in esso contenuto.

Una traccia assai evidente di questo carattere obiettivo che ispira gran parte del processo amministrativo francese la si rinviene nella figura del *Rapporteur public* e nella funzione da lui svolta.

Creato da due ordinanze del 1831 col nome di «*Maître des requêtes faisant fonction de ministère public*» o anche di «*Commissaire du roi*»<sup>215</sup>, per essere poi ribattezzato, nella seconda Repubblica (1848), col nome più conosciuto col quale è giunto sino ai nostri giorni, quello di «*Commissaire du gouvernement*», trattasi di un *Conseiller d'État*<sup>216</sup> che ha «il compito di esporre al *Conseil* i quesiti giuridici che presenta il caso in giudizio e di fargli conoscere, formulando le proprie conclusioni nella massima indipendenza, la sua valutazione imparziale sulle circostanze di fatto e sulle regole di diritto applicabili al caso di specie, nonché, in piena coscienza, la sua opinione sulla possibile risoluzione della controversia»<sup>217</sup>. Rinominato dal 1° febbraio 2009 *Rapporteur public* per non confonderlo e assimilarlo con taluni «commissari» che, in determinate giurisdizioni e autorità, “parlano” a nome del Governo, egli svolge nel processo amministrativo francese funzioni analoghe a quelle del Pubblico Ministero nel nostro giudizio di cassazione: esprime l'opinione sulla retta soluzione giuridica della controversia per contribuire all'attuazione della legge, dando ingresso nel processo all'interesse obiettivo dell'ordinamento.

La prevalenza dell'interesse pubblico sugli interessi individuali e la sottrazione ai giudici della risoluzione delle controversie con l'autorità amministrativa con contestuale attribuzione della stessa alla pubblica amministrazione difficilmente possono essere “digerite” dai cittadini e non essere intese come un inaccettabile sopruso autoritario quando vengono in gioco i diritti “borghesi” per eccellenza: la libertà individuale e la proprietà privata. Col fiuto politico di cui è dotato, lo intuisce già Napoleone, che certo non vuole alienarsi il

---

<sup>214</sup> E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Paris 1896, 561.

<sup>215</sup> M. BOUVET, *Le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet*, t. tome 17, LGDJ, coll. «*Bibliothèque de science administrative*», 2001, 357.

<sup>216</sup> Nei giudizi davanti ai tribunali amministrativi e davanti alle corti amministrative d'appello, il *rapporteur public* è un magistrato amministrativo.

<sup>217</sup> *Conseil d'État*, 10 luglio 1957, caso *Gervaise*.

consenso sociale della “sua” borghesia e che per questo consente che sulle restrizioni alla libertà individuale e ai diritti fondamentali del cittadino l’ultima parola spetti sempre ai giudici e impone che venga approvata una legge - quella dell’8 marzo 1810 – che riserva all’autorità giudiziaria la competenza esclusiva a verificare la legittimità dell’espropriazione forzata e a pronunciare il trasferimento coattivo della proprietà.

La competenza esclusiva dei *Tribunaux judiciaires* su queste due materie, concepita come garanzia del cittadino, si radica nella coscienza civile e nella cultura giuridica francese e giunge fino ai nostri giorni. L’art. 66 della Costituzione solennizza che «*l’autorité judiciaire*» è «*gardienne de la liberté individuelle*» e l’attuale legislazione conferma l’attribuzione al giudice ordinario del potere-dovere di emanare l’ordinanza di esproprio della proprietà privata dichiarata di pubblica utilità dall’amministrazione e di fissare l’indennizzo.

Concludendo, si potrebbero così riassumere, in prima battuta, le idee portanti e ispiratrici e i caratteri più rilevanti della “specialità” dell’ordinamento amministrativo e soprattutto della giurisdizione amministrativa francese per gran parte della sua esperienza storica: la concezione della preminenza dell’interesse pubblico sugli interessi particolari e dunque del potere amministrativo autoritativo ed esecutorio sul diritto soggettivo, dell’autorità pubblica sulla libertà individuale; il principio della separazione tra amministrazione e giurisdizione, intesa quest’ultima non solo come giurisdizione ordinaria, ma anche, a volte, come giurisdizione amministrativa, con conseguente sostanziale limitazione delle decisioni giurisdizionali amministrative alle sentenze costitutive di annullamento; la centralità nel sistema della giustizia amministrativa del *Conseil d’État*, organo giurisdizionale e al contempo amministrativo, ausiliario del Governo, con correlati dubbi di non completa imparzialità e indipendenza rispetto alla parte amministrativa in causa; un diritto amministrativo sostanziale e processuale essenzialmente pretorio, come tale meno idoneo ad assicurare la necessaria certezza normativa e legato alle variabili sensibilità dell’organo non legislativo – il *Conseil d’État* - che lo ha prodotto e lo produce; un contenzioso di annullamento di natura oggettiva, con connessa attenuazione della protezione degli interessi soggettivi dei ricorrenti, come comprovato dalla debolezza delle misure cautelari e dall’impossibilità di imporre all’amministrazione inottemperante di conformarsi alle pronunce giudiziarie; l’esclusione del giudice amministrativo dalla cognizione delle controversie che involgono questioni di libertà individuale, di diritti fondamentali e di proprietà privata.

E lì si riassume per evidenziare meglio nelle prossime pagine quei mutamenti e quelle evoluzioni che, lentamente nel corso dei decenni, ma con un’accelerazione sorprendente nel corso degli ultimi, sembrano indicare una profonda trasformazione del sistema francese di giustizia amministrativa, che mi pare vada verso una de-specializzazione ordinamentale e funzionale della giurisdizione amministrativa e verso un nuovo modello più “soggettivo” di processo amministrativo che, similmente al processo civile, mette sempre più al centro dei suoi fini la protezione piena ed effettiva dell’individuo, sì da potersi parlare di una giurisdizione amministrativa sempre meno “speciale” e sempre

meno distante da quella “ordinaria”. Distinta da questa soltanto perché costituita da un’organizzazione giudiziaria autonoma e da un processo a sé stante “specializzati” nella cognizione delle controversie in cui viene in considerazione l’esercizio della *puissance publique*, e però sempre più simile all’organizzazione, alle funzioni e ai poteri della giurisdizione ordinaria.

Azzardandosi a coniare un’espressione impensabile nella tradizione francese e che la gran parte della dottrina non accetterebbe, si potrebbe definire oggi la giurisdizione del contenzioso amministrativo sempre più come una “giurisdizione ordinaria specializzata” e cioè come una “giurisdizione amministrativa specializzata, ma piena, effettiva ed indipendente, come quella ordinaria”.

## **2. L’organizzazione della giurisdizione amministrativa.**

In Francia, le giurisdizioni amministrative si ripartiscono in due grandi categorie: quella delle «*juridictions à compétence générale*», atte a decidere sulla generalità delle controversie, e quella delle «*juridictions spécialisées*», che possono conoscere soltanto di determinati tipi di affari<sup>218</sup>.

### **2.1. Le giurisdizioni amministrative speciali.**

Le giurisdizioni amministrative speciali rappresentano nel sistema francese una vera e propria «nebulosa»<sup>219</sup>, formata da decine di organismi, con composizione, regole di funzionamento e competenze diversissime tra loro.

Vi rientrano istanze giurisdizionali di antica tradizione, come la *Cour des comptes*, ed altre più recenti, come la *Cour nationale du droit d'asile*, le giurisdizioni finanziarie<sup>220</sup>, le giurisdizioni sociali<sup>221</sup> titolari del contenzioso riguardante l’assistenza sociale e sanitaria, le pensioni, le pensioni militari d’invalidità, il trattamento dei lavoratori handicappati, le giurisdizioni disciplinari relative a taluni ordini professionali<sup>222</sup> e ad alcuni servizi pubblici di grande considerazione sociale, come l’istruzione<sup>223</sup>. Alcune di queste giurisdizioni speciali sono articolate in organi di primo e di secondo grado, altre, invece, sono di unica istanza. Possono decidere su liti, possono avere finalità repressive e possono anche intervenire al di fuori di qualsiasi contestazione, come accade nel caso della Corte dei Conti.

Nel tempo sono stati proposti dalla dottrina vari criteri di classificazione e di *reductio ad unum*. Se i primi non hanno condotto a conclusioni condivise, i secondi hanno, invece, individuato il minimo comune denominatore di questi organismi in una regola che, in assenza di una loro espressa definizione da parte

---

<sup>218</sup> R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris 2008, 61.

<sup>219</sup> B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, ed. Press Universitaires de France, Paris 1985, 73.

<sup>220</sup> Ad es., la citata *Cour des comptes*, le *Chambres régionales des comptes* e le *Chambres territoriales des comptes* e la *Cour de discipline budgétaire et financière*.

<sup>221</sup> Per es., la *Commission départementale d'aide sociale*, la *Commission centrale d'aide sociale*, il *Tribunal interrégional de la tarification sanitaire et sociale*, la *Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale*.

<sup>222</sup> Per es., la *Jurisdiction disciplinaire des membres du personnel enseignant et hospitalier* e il *Conseil de l'Ordre des médecins*.

<sup>223</sup> Per es., il *Conseil supérieur de l'éducation* e il *Conseil académique de l'éducation nationale*.

della legge come «giurisdizioni amministrative», consente comunque di ritenerle tali: l'essere le loro decisioni suscettibili di *recours en cassation devant le Conseil d'État*<sup>224</sup>, il quale, dunque, quale organo nomofilattico delle giurisdizioni generale e speciali, assicura l'uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione della legge sul territorio nazionale e, per questa via, l'unità dell'ordinamento giuridico amministrativo.

## **2.2. La giurisdizione amministrativa generale: i *Tribunaux administratifs*, le *Cours administratives d'appel* ....**

La giurisdizione amministrativa generale, detta anche *de droit commune*, è strutturata in quarantadue *Tribunaux administratifs*, in otto *Cours administratives d'appel* e nel *Conseil d'État*.

Per molto tempo, la giurisdizione amministrativa generale è stata esercitata soltanto dai *Conseils de Préfecture* (creati, come si è visto, da Napoleone nel 1800) e dal *Conseil d'État*.

I Consigli di Prefettura, organismi collegiali inizialmente presieduti dal Prefetto, con competenze amministrative, consultive e giurisdizionali, hanno svolto un ruolo assai importante nella giustizia amministrativa francese, in particolare dopo la ristrutturazione del 1926 che ne ha ridisegnato l'ambito territoriale, esteso le competenze e sottratto la Presidenza al Prefetto, dotandoli di un procedimento contenzioso analogo a quello davanti al *Conseil d'État*, con la presenza anche di *Commissaires du gouvernement* quali rappresentanti dell'interesse pubblico al controllo oggettivo della legalità.

Il loro difetto è risieduto, da un lato, nell'essere la loro disciplina e la loro competenza ancorate ad una serie di disposizioni normative scollegate tra loro e spesso di natura secondaria e, dall'altro, nell'aver una sfera di competenza limitata al contenzioso locale, ciò che non ha consentito di deflazionare adeguatamente il contenzioso davanti il Consiglio di Stato.

Si è deciso, dunque, nel 1953<sup>225</sup>, di sopprimerli e di istituire i Tribunali amministrativi quali giudici amministrativi di diritto comune del contenzioso amministrativo, ai quali spetta la cognizione di primo grado di tutti i processi amministrativi che la legge non attribuisce in via derogatoria ad altre giurisdizioni. La loro competenza è ripartita su base territoriale, come quella dei *Tribunaux judiciaires*. Ed hanno anche talune competenze non contenziose, retaggio di quelle dei *Conseils de préfecture*.

Nel 1987<sup>226</sup>, allo scopo di far diminuire il contenzioso amministrativo d'appello davanti al Consiglio di Stato, divenuto, dal 1953 organo giurisdizionale di secondo grado, e di assicurare, dunque, una maggiore celerità nella definizione dei procedimenti contenziosi, sono state istituite le Corti amministrative d'appello, competenti a conoscere in secondo grado dei processi amministrativi, dunque con un *arbitrage complet de fait et de droit* secondo l'effetto devolutivo tipico dell'appello; con conseguente trasformazione del giudizio davanti al

---

<sup>224</sup> CHAPUS, *op. ult. cit.*, 120.

<sup>225</sup> Decreto n. 53-934 del 30 settembre 1953.

<sup>226</sup> Legge n. 87-1127 del 31 dicembre 1987.

Consiglio di Stato, fatta eccezione per quelle fattispecie tassative in cui esso è giudice d'appello o giudice di prima ed unica istanza<sup>227</sup>, in un giudizio di cassazione<sup>228</sup>.

Per conseguenza, la giurisdizione del contenzioso amministrativo è oggi articolata negli stessi tre livelli dell'*ordre judiciaire*: un giudice di primo grado, un giudice di appello e un terzo giudice di sola legittimità. Il raccordo tra i due ordini giurisdizionali è assicurato dal già citato Tribunale dei conflitti, giurisdizione paritaria preposta a risolvere le questioni di giurisdizione.

A differenza dei *Conseillers d'État*, i componenti dei *Tribunaux administratifs* e delle *Cours administratives d'appel* sono magistrati<sup>229</sup>, ma distinti da quelli costituenti l'«autorità giudiziaria» aventi uno statuto giuridico stabilito dalla legge organica e la cui indipendenza è garantita dal Presidente della Repubblica (art. 64 Cost.) e dal Consiglio Superiore della Magistratura (art. 65 Cost.). Infatti, il loro statuto è regolato dal *code de justice administrative* e dallo statuto della funzione pubblica dello Stato<sup>230</sup>. La loro indipendenza dal Governo è assicurata dall'espressa previsione legislativa della loro inamovibilità<sup>231</sup> e dal *Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* che gestisce le loro carriere e i procedimenti disciplinari

---

<sup>227</sup> Alcune delle quali accenneremo tra poco.

<sup>228</sup> All'indomani di questa innovazione, si è posto in dottrina il problema dell'ambito entro il quale il *Conseil d'État* può essere considerato effettivamente un mero giudice di cassazione. In particolare, si è notato, da parte di alcuni (anche in Italia, per es., da parte di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 51), che una trasformazione del contenzioso davanti al *Conseil d'État* in un mero giudizio di cassazione, essendo riservata la cognizione del "merito" ai primi due gradi di giudizio, sarebbe possibile soltanto nel *plein contentieux*, dove al giudice amministrativo è attribuita, né più né meno di quanto avviene per il giudice ordinario, la cognizione di diritti soggettivi e dunque la decisione sul fatto e sul diritto; ma non anche nel *contentieux de l'annulation* dove il giudice amministrativo svolge sempre un giudizio di "cassazione" e cioè limitato alla verifica della legittimità dell'atto amministrativo e dove, dunque, il *Conseil d'État* finirebbe per svolgere un "terzo" grado di giudizio, anch'esso di cassazione, come i due gradi precedenti. Si è, però, replicato che a partire dall'inizio del Novecento, nella giurisprudenza del *Conseil d'État* si è manifestata la tendenza a distinguere tra fatto e diritto anche nel *contentieux de l'annulation* avente ad oggetto il sindacato di legittimità del provvedimento amministrativo e ad estendere il controllo giurisdizionale, azionato dal *recours pour excès de pouvoir*, dal diritto al fatto e dall'oggetto ai motivi dell'atto, vale a dire alle ragioni di fatto che hanno determinato il comportamento dell'amministrazione. Infatti, il sindacato ha avuto ad oggetto l'esistenza dei fatti adottati dall'amministrazione per motivare il provvedimento (*erreur de faits*) e progressivamente anche l'esattezza della loro qualificazione giuridica (*erreur de qualification juridique des faits*), la verifica della presenza di un vizio di ragionevolezza nella loro valutazione (*erreur manifeste d'appréciation*) e l'accertamento di un difetto di proporzionalità tra la situazione fattuale da regolare e l'intervento amministrativo deciso (*bilan coût-avantages*). Si è, dunque, più opportunamente ritenuto che anche nel *contentieux de l'annulation* sia individuabile una sfera di "merito", nel senso di "afferente ai fatti", che è riservata ai *Tribunaux administratifs* e alle *Cours administratives d'appel* e che è inibita al giudizio di cassazione, inteso come giudizio di sola legittimità, del *Conseil d'État*. Parte dei termini di questo acceso e complesso dibattito e dei suoi riferimenti bibliografici è egregiamente riassunta da M. PROTTO, *La riforma del contentieux administratif*, in *Foro amm.*, 6, 1996, 2117 ss.

<sup>229</sup> Art. L231-1 CJA: «*les membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sont des magistrats*».

<sup>230</sup> Art. L231-1 CJA: «*le statut est régi par le présent livre et, pour autant qu'elles n'y sont pas contraires, par les dispositions statutaires de la fonction publique de l'Etat*».

<sup>231</sup> Art. 231-3 CJA: «*Lorsqu'ils exercent leurs fonctions de magistrats dans une juridiction administrative, les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ne peuvent recevoir, sans leur consentement, une affectation nouvelle, même en avancement*».

intentati nei loro riguardi, ai quali fino al 1987 era preposto il Ministero dell'Interno, e che, nella misura in cui è composto anche da loro rappresentanti<sup>232</sup>, può considerarsi di “autogoverno”.

### 2.3. ... e il *Conseil d'État*.

Del *Conseil d'État* si è già detto in parte nel precedente paragrafo.

Come si è visto, esso svolge diverse funzioni: amministrative, consultive e giurisdizionali.

Tra le funzioni amministrative, va subito ricordata, per completare il quadro poc'anzi descritto, la gestione amministrativa della giurisdizione del contenzioso amministrativo esercitata dai Tribunali amministrativi, dalle Corti amministrative d'appello e dallo stesso Consiglio. È, infatti, il *Conseil d'État* che gestisce il bilancio dei Tribunali amministrativi e delle Corti amministrative d'appello; che dirige il loro personale di cancelleria, pur appartenente al Ministero dell'Interno; che «*est chargé d'une mission permanente d'inspection à l'égard des juridictions administratives*» (art. L112-5 *CJA*). Per non parlare poi dell'influenza che il *Conseil d'État* esercita sul *Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* grazie alla Presidenza del suo “presidente ufficioso-ufficiale”<sup>233</sup>, il Vice-Presidente, volta ad assicurare un pieno raccordo tra tutti gli organi della giurisdizione amministrativa generale.

Il Consiglio di Stato poi esercita la sua funzione di consigliere del Governo (alla quale abbiamo accennato nel paragrafo precedente)<sup>234</sup> grazie a cinque sezioni specializzate: la sezione dell'Interno, la sezione delle Finanze, la sezione dei Lavori Pubblici, la sezione sociale e la sezione dell'amministrazione, che è stata creata nel 2008. I rappresentanti dei ministri, che hanno il titolo di «Commissari del Governo», possono fornire chiarimenti al Consiglio di Stato sulla portata generale di un testo di legge e sulle ragioni delle scelte operate. Un relatore è incaricato di istruire un parere, con il suggerimento di eventuali

---

<sup>232</sup> Il *Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* è presieduto dal Vice-Presidente del Consiglio di Stato ed è composto dal Consigliere di Stato capo della missione permanente dell'ispettorato delle giurisdizioni amministrative, dal direttore generale della funzione pubblica, dal segretario generale del *Conseil d'État*, dal direttore dei servizi giudiziari del Ministero della Giustizia, da cinque rappresentanti dei magistrati amministrativi e dei funzionari degli uffici e da tre personalità nominate dal Presidente della Repubblica, dal Presidente dell'Assemblea Nazionale e dal Presidente del Senato (art. L232-2 *CJA*).

<sup>233</sup> Formalmente, come si è detto, il Presidente del *Conseil d'État* è ancora il Primo Ministro o, in sua vece, il Ministro Guardasigilli. Infatti, l'art. L121-1 prevede: «*La présidence du Conseil d'Etat est assurée par le vice-président. L'assemblée générale du Conseil d'Etat peut être présidée par le Premier ministre et, en son absence, par le garde des sceaux, ministre de la justice*».

<sup>234</sup> In particolare, secondo l'art. 38, comma 2, Cost., il Governo deve preventivamente chiedere il parere al *Conseil d'État* per emanare, previa autorizzazione del Parlamento, ordinanze in materie normalmente riservate alla legge, volte ad introdurre misure considerate indispensabili nell'attuare il programma governativo. E l'art. 39, comma 2, Cost., prescrive che il Consiglio dei ministri, nel predisporre i disegni di legge, debba previamente sentire il *Conseil d'État*. Inoltre, il Consiglio fornisce i suoi pareri sui progetti di modifiche di norme della Costituzione e costituzionali (legge 6 marzo 1958); sui progetti di legge di adeguamento dell'ordinamento al diritto dell'Unione europea; sulla regolarità giuridica, sulla forma e sull'opportunità amministrativa dei testi normativi contenuti in leggi, ordinanze, regolamenti, codici e decreti. Può essere consultato dal Primo Ministro e dai Ministri «*sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative*» (art. L112-2 *CJA*).

modifiche da apportare, che viene poi sottoposto all'esame della sezione di competenza per la discussione e la deliberazione finale dell'*avis* da dare al Governo. Alle sezioni consultive si aggiunge poi la prestigiosa sezione dei rapporti e degli studi. L'assemblea generale, presieduta dal Vice-Presidente e composta da tutti i Consiglieri di Stato, è incaricata dell'esame della maggior parte dei progetti di legge e delle ordinanze. Salvo rare eccezioni, i pareri del Consiglio di Stato non sono vincolanti, anche se, di fatto, raramente il Governo se ne discosta. Ogni anno, il *Conseil d'État* invia al Presidente della Repubblica un rapporto pubblico col quale propone al governo le riforme di ordine legislativo, regolamentare o amministrativo.

Infine, il *Conseil d'État* è l'organo supremo della giurisdizione amministrativa. È, di norma, il giudice di cassazione delle decisioni rese dalle giurisdizioni amministrative di diritto comune (la *Cour administrative d'appel* e il *Tribunal administratif*) e dalle giurisdizioni amministrative speciali. Giudica in prima e ultima istanza dei ricorsi esperiti contro i decreti e gli atti regolamentari dei ministri e contro le decisioni degli organismi collegiali a competenza nazionale (tra le quali sono sussumibili anche le «Autorità amministrative indipendenti»), nelle controversie di carattere individuale relative ai funzionari nominati dal Presidente della Repubblica e nel contenzioso delle elezioni regionali e dell'elezione dei rappresentanti francesi al Parlamento Europeo. È giudice di appello per il contenzioso delle elezioni municipali e cantonali e in ordine ad alcune procedure d'urgenza. Questa funzione giurisdizionale è esercitata dalla sezione del contenzioso, suddivisa, al suo interno, in dieci sotto-sezioni.

A tale ultimo proposito, è opportuno ricordare che fino a pochi anni fa, la Costituzione ha previsto e regolamentato il Consiglio di Stato soltanto come organo consultivo del Governo (artt. 37, 38, 39), senza nulla dire sulle sue prerogative giurisdizionali, e ciò probabilmente in ossequio alla tradizione e alle origini dell'istituzione nata come amministrativa e rimasta formalmente tale e alla quale soltanto dal 1872 sono state "delegate" le funzioni giurisdizionali del contenzioso amministrativo, nel contesto di un'inveterata, e tutta francese, concezione sostanziale dell'attività giurisdizionale, basata sul suo contenuto intrinseco, e non sulla natura o qualità dell'organo cui la funzione giurisdizionale è attribuita, che ha consentito che la potestà giurisdizionale venisse esercitata anche da *corps* amministrativi<sup>235</sup>.

A seguito della riforma costituzionale attuata dalla legge costituzionale n. 2008-724 del 23 luglio 2008 che ha introdotto, con la *question prioritaire de constitutionnalité*, un controllo successivo di legittimità costituzionale da parte del *Conseil constitutionnel* attivabile, in via incidentale, col "filtro" dei due vertici degli ordini giurisdizionali "giudiziario" e amministrativo, rispettivamente la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato, oggi l'aggiunto art. 61-1 Cost., che

---

<sup>235</sup> L'attività giurisdizionale è, in Francia, l'attività di soluzione delle controversie giuridiche, irrilevante essendo la qualità o la natura dell'organo preposto a questa attività ed autore dell'atto giurisdizionale. Lo ricorda anche SCOCA, in *Recours pour excès de pouvoir*, cit., 7, ricordando in proposito anche l'autorevole pensiero di Duguit.



tale sindacato successivo prevede e disciplina, finalmente riconosce espressamente al *Conseil d'État* anche la natura di organo giurisdizionale.

#### **2.4. L'attenuazione della "collateralità" della giurisdizione amministrativa col Governo.**

Al di là di questa recente disposizione, nessuna norma sulla giurisdizione amministrativa è direttamente e apertamente contenuta nella Carta costituzionale. Ho detto "direttamente e apertamente" perché, in verità, secondo il *Conseil constitutionnel*, «*l'indépendance de la juridiction administrative*» (decisione n. 80-119 DC del 22 luglio 1980) e la competenza à «*l'annulation et la réformation des décisions prises par les autorités administratives dans leurs prérogatives de puissance publique*» (decisione n. 86-224 del 23 gennaio 1987) fanno parte «*des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*» che, giusta il preambolo della Costituzione, costituiscono parte integrante di quest'ultima.

E sebbene la garanzia costituzionale d'indipendenza della giurisdizione amministrativa dal Governo e dal Legislatore sia stata sancita dal *Conseil constitutionnel* soltanto per la "funzione", risulta difficile immaginarne completamente sguarnita anche l' "organizzazione", visto l'evidente nesso che lega questi due profili. E dunque non credo si sia lontani dal vero se si sostiene, da un lato, che l'indipendenza della magistratura amministrativa dei Tribunali e delle Corti d'appello garantita dalla legge (il *CJA*) ha anche una "copertura" costituzionale, e dall'altro, che la stessa indipendenza dei *Conseillers d'État* dal Governo riposa in qualcosa di più che in una consolidata tradizione o in una prassi, essendo probabilmente difesa anche dai "principi fondamentali dell'ordinamento" integranti il c.d. *bloc de constitutionnalité*. Fermo restando che tradizioni, convenzioni e consuetudini costituzionali, quando corrispondono ad un sentimento diffuso nella società civile e ad un imperativo morale della classe dirigente, come è storicamente accaduto per l'inamovibilità dei Consiglieri di Stato, possono avere più forza della stessa costituzione scritta e della legge, che, a ben vedere, possono essere aggirate, modificate in sede di applicazione o addirittura interpretativamente "abrogate".

Cosicché non meraviglia che, sebbene nessuna norma di legge o di regolamento garantisca ai *Conseillers d'État* - che non hanno lo *status* di magistrati, ma quello di alti funzionari - l'inamovibilità, la loro indipendenza dal Governo, dal quale formalmente dipendono, è assicurata da almeno tre "pratiques": innanzi tutto, la gestione del Consiglio e dei suoi membri è assicurata da un *Bureau* interno al *Conseil d'État* (composto dal Vice-Presidente, dai Presidenti delle sette sezioni e dal Segretario Generale) che, pur essendo un organo consultivo, finisce, di fatto, per svolgere funzioni di effettivo "autogoverno", senza interferenze esterne; in secondo luogo, l'inamovibilità dei *Conseillers* è stata di fatto sempre garantita dall'Esecutivo, fatta eccezione che negli anni tragici della seconda guerra mondiale; in terzo luogo, la progressione in carriera, pur dovendo essere deliberata "per merito", avviene, di fatto, con l'automatismo dell'anzianità, ciò che assicura l'indipendenza dal "selezionatore" politico.

Ma l'attenuazione del rapporto di "embricazione" della giurisdizione amministrativa col Governo, finalizzata a tragaruardare una maggiore indipendenza del giudice amministrativo dall'esecutivo, non si è attuata soltanto con lo spostamento<sup>236</sup> del grosso del contenzioso dal *Conseil d'État* ai *Tribunaux administratifs* istituiti nel 1953 e alle *Cours administratives d'appel* create nel 1987, organi composti entrambi da magistrati amministrativi non sottoposti al Governo, inamovibili per legge e tutelati da un organo di autogoverno, con l'indiretta riconduzione ai «principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica» e alla Costituzione di uno "statuto" d'indipendenza degli stessi Consiglieri di Stato, con le accennate "*pratiques*" che hanno dato sostanza a siffatto statuto e con la trasformazione della Presidenza del *Conseil* del Primo Ministro in un titolo meramente onorifico<sup>237</sup>, ma anche con una più netta separazione tra le funzioni amministrativo-consultive e le funzioni giurisdizionali svolte dal *Conseil d'État*.

Infatti, il decreto n. 2008-225 del 6 marzo 2008 e il decreto n. 2010-164 del 22 febbraio 2010 hanno ridotto la portata della *double affectation* e il primo decreto ha stabilito, con una modifica della parte regolamentare del *CJA*<sup>238</sup>, che «*les membres du Conseil d'Etat ne peuvent participer au jugement des recours dirigés contre les actes pris après avis du Conseil d'Etat, s'ils ont pris part à la délibération de cet avis*» (art. R.122-21-1 *CJA*), rendendo non più attuale la precedente critica di "incompatibilità da prevenzione".

## **2.5. Una giurisdizione amministrativa sempre più indipendente e autonoma come quella ordinaria.**

Si possono allora concludere queste considerazioni sull'organizzazione della giurisdizione amministrativa, sottolineando che a me pare che l'ordinamento francese abbia percorso gradualmente una strada di avvicinamento di questa struttura giudiziaria a quella della giurisdizione ordinaria.

Il giudice amministrativo francese, nato, col *Conseil d'État*, da una costola dell'amministrazione, ponendosi, dal 1872 in poi, all'esterno di essa nell'esercizio della funzione giurisdizionale, pur continuandone a far parte, è andato costruendo un rapporto di sempre maggiore indipendenza dal Governo, fondata sulla consuetudine, sui principi costituzionali che indirettamente ne garantiscono la non condizionabilità dell'ufficio contenzioso e più recentemente

---

<sup>236</sup> Secondo la relazione dell'Assemblea generale del *Conseil d'État* del 23 febbraio 2012 (rinvenibile in rete sul portale del *Conseil d'État*), nel 2011 sono stati registrati davanti ai Tribunali amministrativi 187.384 nuovi affari, davanti le Corti amministrative d'appello 28.521, davanti al Consiglio di Stato 9.963, e il tempo prevedibile medio di definizione degli affari è di circa 11 mesi e mezzo per ciascuno dei primi due gradi di giudizio e di 8 mesi per il giudizio davanti al Consiglio di Stato.

<sup>237</sup> Lo si evince dall'art. L121-1 *CJA* che prevede oggi che soltanto la più alta formazione del *Conseil d'État*, l'Assemblea generale, "possa" essere presieduta dal Primo Ministro o dal Ministro Guardasigilli. La facoltatività della Presidenza "governativa" dell'Assemblea indicata dal verbo servile è, poi, particolarmente significativa.

<sup>238</sup> A differenza dell'Italia (art. 117, comma 2, lett. 1, Cost.), in Francia non vige una riserva di legge in materia di giustizia amministrativa (artt. 34 e 37 Cost.): i regolamenti possono intervenire ben al di là dell'attuazione e dell'esecuzione di norme di legge.

su quei provvedimenti normativi che hanno separato le formazioni e le funzioni consultive da quelle giurisdizionali.

L'istituzione dei *Tribunaux administratifs* e delle *Cours administratives d'appel* composte da magistrati inamovibili e tutelati nella loro imparzialità e indipendenza da un organo sostanzialmente di autogoverno, ha determinato poi la nascita di un vero e proprio ordine giurisdizionale amministrativo<sup>239</sup> dotato di autonomia e indipendenza dal Governo (e dal Parlamento) e avente al vertice il *Conseil d'État*, quale Corte amministrativa di cassazione, avente a sua volta un proprio sostanziale organo di "autogoverno". E quest'*ordre administratif* ha finito per omologarsi all'*ordre judiciaire* non solo nei presupposti di terzietà, ma anche nell'assetto strutturale dei tre livelli di istanze giurisdizionali: due di merito<sup>240</sup> e uno di legittimità. Soprattutto l'istituzione di un giudice di cassazione al vertice della giurisdizione amministrativa è stata salutata da una parte della dottrina francese come espressione dell'avvicinamento del giudice amministrativo al giudice ordinario<sup>241</sup>.

Se "specialità" del giudice amministrativo significa (anche) "colleganza" o "collateralità" di questo giudice con la pubblica amministrazione, mi pare che la giurisdizione amministrativa francese sia, sul piano ordinamentale, sempre meno "speciale" e, per indipendenza dall'esecutivo, "piramidalità" degli uffici giudiziari e organizzazione delle tre istanze di giudizio, sempre più simile alla giurisdizione "ordinaria"<sup>242</sup>.

Se la "specialità" del giudice amministrativo finisce per indicare soltanto un corpo di magistrati distinti da quelli ordinari, perché selezionati e organizzati diversamente sì da poter risolvere con più adeguata professionalità tecnica le controversie giuridiche di natura amministrativa, credo che il termine più adatto per designarlo dovrebbe essere quello di "specializzazione".

### 3. Il riparto di giurisdizione.

Come in ogni ordinamento a duplice giurisdizione, ordinaria e amministrativa, anche in quello francese vi è uno stretto nesso fra la competenza giurisdizionale e il diritto sostanziale applicabile. Ed è un rapporto di reciproca influenza perché l'attribuzione della risoluzione delle controversie amministrative al giudice amministrativo ha consentito l'elaborazione

---

<sup>239</sup> Denominato in Francia più semplicemente «*ordre administratif*», in contrapposizione all'ordine giurisdizionale ordinario, chiamato «*ordre judiciaire*».

<sup>240</sup> E ovviamente anche di legittimità.

<sup>241</sup> P. SARGOS, *Point communs et divergences des deux ordre de juridiction*, in *Actualité Juridique – Droit administratif*, 1990, 585 ss.; F. TERRÉ, *Perspectives et avenir du dualisme juridictionnel*, ivi, 595 ss.

<sup>242</sup> Personalmente non credo che sarebbe cosa buona pretendere in un'ipotetica e, allo stato, inimmaginabile prospettiva *de jure condendo*, il definitivo taglio del residuo "formale" legame strutturale tra *Conseil d'État* e Governo, con la proclamazione dell'assoluta indipendenza del primo dal secondo. Se ho capito qualcosa della storia francese degli ultimi due secoli, dell'evoluzione e dell'attuale assetto delle istituzioni nel Paese, mi sembra di poter ritenere che l'assoluta emancipazione del *Conseil d'État* dal potere esecutivo potrebbe finire per porre fuori da qualunque circuito democratico un'istituzione potentissima e fortemente corporativa sia per le funzioni svolte che per il racchiudere al suo interno l'élite della classe dirigente.

giurisprudenziale di un *droit administratif* autonomo e diverso dal diritto privato<sup>243</sup>, così come la consapevolezza dell'esistenza di rapporti giuridici sottoposti al *régime administratif* ha determinato ed accresciuto lo sviluppo di una sfera giurisdizionale amministrativa a sé stante.

Ovviamente, sia l'attribuzione di un certo novero di controversie ad un ordine giurisdizionale, che la stessa concezione del diritto amministrativo e del diritto privato e dei confini tra loro intercorrenti, sono state fortemente influenzate dalla contingenza degli accadimenti politici, sociali ed economici e dalle ideologie che li hanno accompagnati.

### **3.1. La distinzione tra *actes de puissance publique* e *actes de gestion*.**

All'indomani della Rivoluzione francese, che aveva sviluppato un atteggiamento di diffidenza, se non di vera e propria ostilità, nei confronti del potere giudiziario, tutto il contenzioso con le pubbliche amministrazioni, sia quello afferente alle obbligazioni e ai contratti che quello riguardante i provvedimenti amministrativi autoritativi ed esecutori, è affidato alla stessa pubblica amministrazione, quale «giudice in causa propria». Ai *tribunaux judiciaires* rimangono attribuite le sole questioni riguardanti la proprietà privata, la libertà individuale e lo *status*.

Tra i lasciti ereditati dalla Rivoluzione e da Napoleone Bonaparte di cui la Monarchia restaurata di Luigi XVIII (1815), la Monarchia orleanista (1830), la seconda Repubblica (1848) e il secondo Impero (1852-1870) non riescono a sbarazzarsi, accanto all'organizzazione burocratica centralizzata e gerarchizzata, vi è anche l'assetto della giustizia amministrativa fondato sull'applicazione del principio di separazione tra amministrazione e giurisdizione attuato del 1790 e degli anni successivi. E tuttavia, la dottrina liberale che, a partire dalla fine del primo quarto del XIX secolo, riconquista sempre più autorevolezza e influenza nella pubblicistica e nel dibattito politico, pur non riuscendo a riportare indietro l'orologio della storia né ad ottenere l'istituzione del “giudice unico”, costringe la giurisprudenza e la scienza giuridica ad un'interpretazione meno rigida del principio separatista, che consente di allargare i confini della competenza del giudice “giudiziario” alle dispute in tutte le materie regolate dal *code civil*, fatta eccezione per quelle relative ai *contrats administratifs* e alla responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione.

Nella seconda metà dell'Ottocento, soprattutto grazie all'influenza dottrinale di Léon Aucoc e di Edouard Laferrière, la giurisprudenza formalizza questo nuovo equilibrio di competenze tra giurisdizione e amministrazione, rinvenendo il criterio di riparto<sup>244</sup> nella distinzione tra *actes de puissance publique* e *actes de*

---

<sup>243</sup> Come ha scritto CASSESE, «il giudice speciale rafforza la specialità del diritto amministrativo» (S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, ed. Garzanti, Milano 1995, 56).

<sup>244</sup> Come ho già avuto modo di ricordare, in Francia, a proposito del riparto tra *juge judiciaire* e *juge administratif*, ancora oggi si adoperano spesso, in dottrina e in giurisprudenza, come sinonime le espressioni “attribuzione”, “giurisdizione” e “competenza”, in ossequio alle origini della giurisdizione amministrativa, nata come funzione giurisdizionale attribuita all'amministrazione, nel contesto di una concezione non formale, ma sostanziale della funzione giurisdizionale, tale per cui è giurisdizionale l'attività di risoluzione delle controversie, a prescindere dalla natura magistratuale o, ancor meglio,

*gestion*, essendo affidate le controversie sui primi, che sono espressione del potere autoritativo e unilaterale dell'amministrazione, agente come depositaria della sovranità, al giudice amministrativo, e le controversie sui secondi, che l'amministrazione pone in essere senza eccedere le facoltà spettanti al comune cittadino in base al diritto privato, al giudice ordinario.

### **3.2. Il *service public*.**

L'inizio del XX secolo porta con sé una nuova concezione del diritto amministrativo, che fa emergere un diverso criterio di riparto: quello del *service public*.

Il periodo che va dagli ultimi anni dell'Ottocento fino alla prima guerra mondiale non passa a caso alla storia come quello della *belle époque*. Sono gli anni in cui la scienza e la tecnica fanno progressi straordinari, migliorando le condizioni di benessere della popolazione e contribuendo al diffondersi di un senso di ottimismo. Soprattutto in Francia, la cui capitale, urbanisticamente ricostruita dagli sventramenti haussmanniani dei decenni precedenti e luogo d'incontro dei più grandi letterati e artisti di sempre, diventa la capitale del mondo, l'estensione della rete ferroviaria, il traforo di montagne, la costruzione di strade e viadotti, l'illuminazione elettrica, la pastorizzazione, il vaccino contro la tubercolosi, la radio, la diffusione dei giornali, l'automobile, il cinema accrescono gli *standards* di vita e impongono un "ripensamento" della funzione dell'apparato pubblico e del rapporto tra amministrazione e cittadino, che risente anche del contestuale allargamento del suffragio e del maggior rilievo dell'opinione pubblica: gli uffici pubblici non soltanto devono garantire la sicurezza e l'ordine pubblico, ma devono anche provvedere ad assicurare il trasporto pubblico, la costruzione e la manutenzione delle infrastrutture, l'illuminazione elettrica, la cura dell'igiene degli abitati e della salute dei cittadini, l'istruzione scolastica, la previdenza contro la vecchiaia, l'invalidità e gli infortuni sul lavoro. La pubblica amministrazione dev'essere il veicolo di diffusione dell'applicazione delle nuove tecnologie a favore dei cittadini per migliorarne la qualità di vita e il *droit administratif* lo strumento giuridico.

Soprattutto grazie al magistero della *École du service public* di Léon Duguit e Gaston Jèze, si fa strada una nuova concezione di Stato e di sistema amministrativo. Lo Stato è una «federazione di servizi pubblici» e la fonte di legittimazione del suo potere è nell'erogazione di prestazioni di benessere ai cittadini. L'amministrazione pubblica non deve più genericamente tutelare l'*intérêt général*, ma deve erogare *services publics*, e le sue prerogative di *puissance publique*, che continuano a costituire il nocciolo duro del *droit administratif*, servono ad assicurarne e regolarne il funzionamento in una prospettiva solidaristica. La teoria del servizio pubblico consente, dunque, di trovare una giustificazione più accettata dall'opinione pubblica della

---

giurisdizionale dell'organo che la esegue. Dunque, si parla assai spesso di "riparto di attribuzione" o "riparto di competenza" tra g.o. e g.a., come se ancora oggi la funzione giurisdizionale si ripartisse tra l'"amministrazione" e i "tribunali".

compressione delle libertà private e dei diritti individuali attuata dal provvedimento amministrativo.

«Il *service public* diviene in breve tempo baricentro del sistema amministrativo»<sup>245</sup>, «*pierre angulaire du droit administratif français*»<sup>246</sup>, l'ideologia con la quale si tenta di dare al diritto amministrativo francese un fondamento solidaristico e non autoritario, marcando le distanze, con una coloritura anche nazionalistica, dalla coeva cultura giuspubblistica tedesca imperniata sul concetto di *Herrschaft*<sup>247</sup>. E il *service public* si afferma anche come il criterio di riparto di giurisdizione: dove può riscontrarsi un *service public*, c'è la competenza giurisdizionale del *Conseil d'État* e si applicano i principi del *droit administratif*. E si rinviene un *service public* ogni qualvolta un'istituzione o un organo pubblico svolge un'attività prestazionale di erogazione di funzioni o servizi per la collettività, sotto un regime derogatorio al diritto comune.

### **3.3. La distinzione tra *services publics administratifs* e *services publics industriels et commerciaux*.**

Con lo scoppio della prima guerra mondiale, termina la *belle époque* e inizia un periodo che si prolunga fin dopo la seconda guerra mondiale, nel quale la crisi economica prodotta dalle due guerre e, in mezzo, dalla “grande depressione”, costringe lo Stato ad accrescere il suo intervento nell'economia, cosicché rilevanti attività industriali e commerciali vengono spesso esercitate da soggetti pubblici in regime di diritto privato, specialmente nel settore del credito e della manifattura, spesso a seguito di nazionalizzazioni di imprese private. Avviene, poi, con sempre maggiore frequenza, che la gestione dei *services publics* venga dallo Stato e dalle collettività territoriali affidata a soggetti privati con *contrats de délégation de service public* o con *marchés publics*. E capita anche che servizi di interesse generale vengano espletati da soggetti privati associativi al di fuori di legami contrattuali con l'amministrazione, come avviene per le casse mutualistiche in materia di previdenza sociale e di assistenza sanitaria, per le associazioni corporative per la regolamentazione e la disciplina delle libere professioni o per le “camere” nel settore del commercio.

A causa di questa dissociazione dei tre elementi originari del *service public* (fine d'interesse generale; gestione del soggetto pubblico; regime derogatorio al diritto comune) concettualizzati dalla prima dottrina, entra in crisi la teoria del *service public* e a partire dagli anni Venti del Novecento<sup>248</sup> si fa strada progressivamente la distinzione, divenuta centrale soprattutto nel secondo dopoguerra<sup>249</sup>, tra *services publics administratifs* e *services publics industriels et commerciaux*, che diventa il nuovo criterio di riparto giurisdizionale. Le

---

<sup>245</sup> M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 45.

<sup>246</sup> G. BRAIBANT - B. STIRN, *Le droit administratif français*, V ed., Paris, Sciences Po-Dalloz, 1999, 136

<sup>247</sup> S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, cit., 54.

<sup>248</sup> *Tribunal des conflits*, 22 gennaio 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*.

<sup>249</sup> Si veda, *ex multis*, *Conseil d'État*, 20 aprile 1956, *Époux Bertin et ministre de l'agriculture c/ consorts Grimouard*.

controversie riguardanti i primi, che sono i servizi pubblici gestiti in *régime administratif* dallo Stato, da una collettività territoriale o da un *établissement public*, sono attribuite al giudice amministrativo. Le controversie sui secondi, che sono i servizi pubblici gestiti in regime di diritto comune applicabile in ragione della finalità, dell'origine delle risorse e delle modalità di funzionamento, sono affidate al giudice ordinario, fatte salve le questioni sui *contrats administratifs* di affidamento della gestione, di esclusiva pertinenza del giudice amministrativo.

### **3.4. Il criterio del *droit applicable*.**

Ma neppure questo criterio di distribuzione della competenza giurisdizionale riesce a reggere agli urti degli incessanti cambiamenti politico-economici e delle evoluzioni ideologiche che producono il continuo spostamento dei confini tra *droit privé* e *droit administratif* e soprattutto alla presa di coscienza che «l'allargamento della sfera pubblica non determina necessariamente l'ampliamento "territoriale" del regime amministrativo»<sup>250</sup>. Ed infatti può accadere che la gestione di un *service public administratif* si serva dello strumento del contratto di diritto privato, non contenente nessuna *clause exorbitant* rispetto al diritto comune. In questo caso, non v'è dubbio che l'eventuale controversia sia devoluta alla cognizione del *juge judiciaire*.

Negli anni Ottanta dello scorso secolo, Jean Rivero<sup>251</sup> riassume efficacemente l'attenuata rilevanza del *service public* come criterio di riparto giurisdizionale, evidenziando che questa nozione ha ormai il significato di una mera "presunzione relativa di competenza", inversa a seconda che si tratti di *service administratif*, presuntivamente attributivo della competenza al giudice amministrativo, o di *service industriel et commercial*, presuntivamente attributivo della competenza al giudice ordinario, e suscettibile di cadere se il regime dell'atto oggetto della controversia mostri che il *service administratif* ha agito nell'ambito del diritto comune o che il *service industriel et commercial* ha adottato strumenti di *droit administratif*. Perché il vero criterio generale di competenza giurisdizionale rimane quello della natura delle norme sostanziali applicabili: il criterio del «*droit applicable*». Se alla controversia si applica il *droit privé*, la cognizione spetta al giudice ordinario. Se alla controversia si applica il *droit administratif*, la cognizione spetta al giudice amministrativo.

### **3.5. Il sistema dei *blocs de compétences*.**

Ma che cos'è oggi il diritto amministrativo? È soltanto il diritto dei poteri speciali della pubblica amministrazione e cioè «*l'exercice des prérogatives de puissance publique*»<sup>252</sup> oppure è anche quella parte del diritto che regola l'organizzazione e l'attività della pubblica amministrazione che agisce al di fuori dei poteri imperativi? E dove collocare quelle "zone incerte", come la materia dei *contrats administratifs*, della responsabilità extracontrattuale, delle imprese private partecipate totalmente o parzialmente da organismi pubblici? Dove

<sup>250</sup> G. NAPOLITANO, *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, cit., 8.

<sup>251</sup> J. RIVERO, *Droit administratif*, ed. Dalloz, Paris 1983, 171.

<sup>252</sup> *Conseil constitutionnel*, decisione n. 86-224 del 23 gennaio 1987.

collocare la materia del contenzioso fiscale, dove viene in rilievo il diritto all'integrità patrimoniale del cittadino, ma anche l'esercizio del potere "speciale" impositivo dell'amministrazione tributaria? O, ancora, dove collocare le controversie sul pubblico impiego, che involgono profili giuslavoristici, ma anche di *fonction publique* e dunque di *puissance publique* e di *service public*? E a quale giudice devono essere devolute quelle controversie in cui l'esercizio di *puissance publique* di un'autorità amministrativa incide sui diritti fondamentali e sulle libertà individuali della persona? Si deve, in tal caso, dare rilievo alla presenza di un atto amministrativo imperativo ed esecutivo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, o all'esistenza di un diritto fondamentale o di una libertà della persona, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario?

Il pericolo di incertezza nell'individuazione del giudice provvisto della potestà giudicataria è evidente.

Per farvi fronte, la dottrina e la giurisprudenza hanno prospettato un nuovo, più solido, criterio di riparto che deve integrare o può sostituire quelli tradizionali della distinzione tra *actes de puissance publique* e *actes de gestion* e tra *services publics administratifs* e *services publics industriels et commerciaux*: quello dei *blocs de compétences*.

In buona sostanza, è direttamente il legislatore a stabilire se una controversia su di un atto che non sia puramente suscettibile in quell'esercizio di *puissance publique* o di *service administratif* né totalmente sottoposto alle norme del *code civil*, o che comunque presenti profili di ambivalenza e di problematicità nel suo inquadramento, spetti alla cognizione del giudice amministrativo o del giudice ordinario. E in mancanza di una espressa indicazione legislativa, è un "concordato giurisprudenziale" tra i due ordini giurisdizionali, favorito, presidiato o suggellato dal *Tribunal des conflits*, a completare i *blocs de compétences* normativi delle fattispecie più controverse.

E dunque, ad esempio, il contenzioso fiscale, quello sul pubblico impiego e quello sui *contrats administratifs* (comprese le controversie sulla validità, sull'interpretazione e sull'esecuzione) sono *blocs* attribuiti - il primo dal legislatore, il secondo e il terzo dalla giurisprudenza - al giudice amministrativo.

Ma la regola del riparto per *blocs de compétences* merita particolare attenzione perché la filosofia che l'ispira e gli effetti prodotti nella distribuzione della competenza tra i due giudici, sono, a mio avviso, assai indicativi di una nuova concezione dei rapporti tra i due ordini giurisdizionali e, per quel che mi preme di più sottolineare, di una nuova idea di giurisdizione amministrativa.

Infatti, la finalità che pare guidare il legislatore e, in via suppletiva, la giurisprudenza "concordataria" e "paritaria" nell'assegnare le questioni più controverse all'una o all'altra giurisdizione non è più soltanto e tanto quella di rispettare il tradizionale principio della separazione tra potere esecutivo e potere giudiziario nel contesto della salvaguardia oggettiva dell'interesse pubblico, ma è anche e, vorrei dire, soprattutto, quella di assicurare la pienezza e l'effettività della tutela del soggetto, come impone la centralità dei diritti soggettivi dell'individuo nei moderni ordinamenti democratici e come richiedono



l'ordinamento comunitario (art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (artt. 6 e 13).

Se oggi si apre qualche buon manuale francese di diritto pubblico o, ancor meglio, di diritto del contenzioso amministrativo, si può constatare come per molte controversie involgenti la pubblica amministrazione siano “saltati” alcuni tradizionali schemi di riparto della giurisdizione e siano state messe da parte certe inveterate “riserve di attribuzione” ad un ordine giurisdizionale o all'altro che li hanno accompagnati. E così è accaduto che al *juge judiciaire* è stata attribuita la competenza a verificare la legittimità di taluni atti amministrativi e ad annullarli, se illegittimi, contravvenendo al principio di separazione dei poteri, mentre al *juge administratif* è stata devoluta la cognizione di una serie di controversie afferenti la proprietà, le libertà individuali e i diritti fondamentali, sulle quali non era mai stato messo in dubbio il granitico dogma liberale della giurisdizione de «*l'autorité judiciaire*» in funzione di «*gardienne*» dei più “sacri” diritti “borghesi”. Perché quel che oggi conta veramente è la tecnicità più efficace per realizzare la protezione pienamente soddisfattiva dei diritti della persona, e non l'ossequio alla vecchia ideologia “separatista” o alla concezione “oggettiva” della tutela giurisdizionale o alla “riserva di giurisdizione ordinaria” in certe materie.

### **3.6. Una “nuova” *jurisdiction judiciaire* che, per esigenze di «bonne administration de la justice», può diventare titolare del potere di sospendere e annullare gli atti amministrativi.**

A titolo meramente esemplificativo, si può qui ricordare, sul versante della “redistribuzione” delle competenze a favore del *juge judiciaire*, che una legge del dicembre 1986 ha trasferito dal Consiglio di Stato alla Corte d'appello di Parigi e alla Corte di Cassazione la giurisdizione sui ricorsi avverso le decisioni dell'*Autorité de la concurrence*, da considerarsi senz'altro atti di natura amministrativa, come amministrativa è senz'altro l'Autorità indipendente che li adotta.

Il *Conseil constitutionnel*, che è stato attivato per il controllo preventivo di costituzionalità della complessa vicenda legislativa<sup>253</sup> che ha riguardato le

---

<sup>253</sup> L'ordinanza n. 86-1243 del 1 dicembre 1986 prevede originariamente che avverso le misure cautelari e le decisioni del *Conseil de la concurrence* si possa adire il *Conseil d'État* con ricorso di *pleine juridiction*. Immediatamente dopo l'approvazione definitiva dell'ordinanza, il 20 dicembre 1986 viene approvata una modifica legislativa che prevede invece il ricorso alla Corte d'Appello di Parigi. La legge di modifica viene però giudicata incostituzionale dal *Conseil constitutionnel* con la decisione n. n. 86-224 del 23 gennaio 1987 in quanto, mentre il *Conseil d'État* ha il potere di sospendere l'esecuzione dei provvedimenti impugnati, ciò non è previsto dalla legge che attribuisce la competenza alla Corte d'Appello di Parigi, con limitazione di un'essenziale garanzia difensiva. Tuttavia, il Parlamento, con la legge n. 87-499 del 6 luglio 1987, riformula la disciplina mantenendo la competenza della Corte d'Appello di Parigi, ma prevedendo che il Primo Presidente della Corte possa ordinare la sospensione dell'atto impugnato. Sulla evoluzione normativa in questione, si veda R. CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale*, 105 ss., in G. P. CIRILLO – R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, vol. XLI, Padova 2010, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, ed. Cedam.

attribuzioni dell'allora denominato *Conseil de la concurrence*<sup>254</sup> e gli strumenti di sindacato del suo operato, ha stabilito, nella parte motivazionale della decisione n. 86-224 del 23 gennaio 1987, almeno tre principi di grande rilievo. Il primo, che è stato studiato e commentato da fiumi d'inchiostro, è che figura nel novero dei «*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*» quello secondo il quale, ad eccezione delle materie riservate per natura all'autorità giudiziaria, rientra nella competenza della giurisdizione amministrativa l'annullamento o la riforma delle decisioni adottate dalle autorità amministrative «*dans l'exercice des prérogatives de puissance publique*». Il secondo, a mio avviso troppo trascurato dalle analisi della scienza giuridica, secondo cui allorché l'applicazione di una legislazione o di una regolamentazione specifica potrebbe dare origine a contenziosi diversi suscettibili di ripartirsi tra le due giurisdizioni ordinaria e amministrativa, il legislatore può legittimamente, nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia, decidere di unificare il contenzioso a vantaggio dell'ordine giurisdizionale maggiormente interessato. Il terzo principio è che questa trasferita unificazione del contenzioso verso un determinato plesso giurisdizionale deliberata dal legislatore, può considerarsi costituzionale soltanto se garantisce effettivamente e pienamente al ricorrente il diritto di difesa ovvero, detto altrimenti, se assicura la piena ed effettiva protezione dei suoi diritti; ciò che non avviene se, come nel caso di specie, il giudice ordinario è privo di quel potere di sospendere l'esecutività del provvedimento amministrativo impugnato, di cui, invece, è titolare il giudice amministrativo.

Dal secondo e dal terzo principio si ricava che oggi l'*ordre judiciaire* e l'*ordre administratif* non sono più giurisdizioni con missioni distinte, inconciliabili e mai sovrapponibili, il primo avente la funzione di tutelare il privato nei rapporti col privato, il secondo avente la funzione di proteggerlo nei rapporti con l'ente pubblico, né con poteri "riservati" e "naturali" non trasferibili e interscambiabili, di condanna il primo, di annullamento il secondo. Non è più un principio assoluto che vi sia una giurisdizione "speciale" in grado di annullare gli atti espressione di poteri speciali – di *puissance publique* – di un'autorità amministrativa, alla quale essa è "collaterale", e una giurisdizione "ordinaria" alla quale quel potere caducatorio è precluso dal principio di separazione. Entrambe le giurisdizioni perseguono il fine di assicurare la pienezza e l'effettività della protezione dei diritti del soggetto e se questo fine richiede di concentrare le diverse tutele davanti al giudice ordinario, che è quello maggiormente competente in materia di tutela della concorrenza, come si evince dal *code de commerce*, il legislatore può anche attribuire al *juge judiciaire* il sindacato di legittimità degli atti di una pubblica amministrazione e il potere di annullarli, in caso di riscontrato *excès de pouvoir*, senza che possa essergli opposto l'obbligo di rispettare la regola di non interferenza dei giudici nell'attività amministrativa.

---

<sup>254</sup> La legge n. 2008-776 del 4 agosto 2008 di "modernizzazione dell'economia" ha ridisegnato le attribuzioni del "*Conseil de la concurrence*", ridenominando questa *Authority*, a partire dal 13 gennaio 2009, "*Autorité de la concurrence*".

### **3.7. Una “nuova” *jurisdiction administrative* che tutela la proprietà, i diritti fondamentali e le libertà individuali della persona.**

Ma è il profilo della “redistribuzione” delle competenze a favore del *juge administratif* quello che mi preme maggiormente sottolineare in questo lavoro finalizzato a verificare l’attendibilità della tesi dell’emersione di una “nuova” giurisdizione amministrativa, sempre meno “speciale” e sempre più “ordinaria”. Perché il recente sistema dei *blocs de compétences* di matrice legislativa o, in via residuale, di creazione giurisprudenziale ha condotto il sistema francese a devolvere la cognizione di una serie di controversie coinvolgenti la proprietà e la delicatissima materia dei diritti fondamentali e delle libertà individuali della persona al giudice amministrativo, allorquando questi diritti e libertà siano incisi da atti amministrativi.

Se il *juge administratif* ha potuto conquistare a sé queste aree di competenza tradizionalmente riservate ai *tribunaux judiciaires*, ciò è stato possibile perché si è ritenuto, da un lato, che la giurisdizione amministrativa non fosse una giurisdizione meno “nobile” di quella “giudiziaria” e troppo “compromessa” per collateralità con l’esecutivo, per poter adeguatamente ed efficacemente proteggere i diritti fondamentali e le libertà individuali della persona dagli attentati e dagli attacchi provenienti dagli apparati pubblici e, dall’altro lato, che anzi questo trasferimento di competenze al giudice amministrativo consentisse una tutela maggiormente soddisfattiva di quei diritti e quelle libertà; se necessario, apportando talune integrazioni al processo amministrativo volte a potenziare le relative tecniche giurisdizionali protettive, come accaduto, ad esempio, con l’introduzione legislativa del «*référé - liberté fondamentale*» (art. L521-2 *CJA*, introdotto dalla legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000).

In questa prospettiva, può tornare utile considerare almeno due profili.

Innanzitutto, si deve sottolineare che nella materia dell’espropriazione si è registrata nel corso degli anni una rilevante estensione della giurisdizione amministrativa, che ha ridotto la portata della competenza pressoché esclusiva dei “tribunali giudiziari”, vigente, nel sistema francese, addirittura dai tempi di Napoleone. Attualmente il giudice amministrativo conosce della legittimità di tutti gli atti propedeutici al decreto ablatorio, il quale rimane l’unico atto amministrativo oggetto della giurisdizione del giudice “giudiziario”. Inoltre, la giurisprudenza del *Tribunal des conflits*<sup>255</sup> distingue tra *emprise régulière* e *emprise irrégulière*. La prima è l’espropriazione forzata accompagnata da un regolare titolo legittimante e tutte le relative numerose controversie spettano al giudice amministrativo. La seconda è l’espropriazione forzata priva di un regolare titolo legittimante, che dà luogo alla c.d. *voie de fait*, e le relative meno numerose controversie sono conosciute e decise dal giudice ordinario, che può anche condannare la pubblica amministrazione a rifondere il danno cagionato al privato.

---

<sup>255</sup> *Tribunal des conflits*, 23 aprile 2007, *Arrêt ONF*.

Ma ancor più importante e interessante appare segnalare una generalizzata estensione delle competenze del giudice amministrativo e dell'area del processo amministrativo nel campo dei diritti fondamentali e delle libertà individuali, tradizionalmente presidiato dai *tribunaux judiciaires* anche nei casi d'intervento imperativo dell'autorità amministrativa. Ciò che è potuto avvenire attraverso un'interpretazione evolutiva e restrittiva da parte del legislatore, del *Conseil constitutionnel* e della giurisprudenza "paritaria" del *Tribunal des conflits*, dell'art. 66 Cost. secondo cui «*l'autorité judiciaire*» è «*gardienne de la liberté individuelle*». E per esigenze di sintesi, mi limiterò a ricordare tre settori particolarmente "sensibili" che possono aiutare l'osservatore a comprendere la portata di questa "politica" giudiziaria che denota una nuova idea di giurisdizione amministrativa, anch'essa «*gardienne de la liberté individuelle*» e dei diritti fondamentali, e che si è potuta attuare anche grazie ad un rafforzamento degli strumenti del giudizio amministrativo, specialmente di quelli cautelari.

Il primo significativo ambito è quello del diritto alla salute, che poi, a ben vedere, non è altro che un corollario del diritto all'integrità psico-fisica, espressione, a sua volta, del diritto fondamentale all'invulnerabilità della persona, già alla base della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

È il *juge administratif* che giudica delle azioni per responsabilità sanitaria da colpa medica, da mancato consenso informato, da danni derivanti da emotrasfusioni, da ritardo nelle cure, ogni qualvolta sia coinvolta una struttura pubblica. Infatti, la sanità pubblica è, insieme all'istruzione, il più importante *service public* nella patria di Pasteur e nel Paese al primo posto della classifica dei sistemi sanitari nazionali dell'Organizzazione Mondiale della Sanità. Gli atti e i comportamenti del personale che vi lavora, anche quando incidono sul diritto alla salute dell'individuo, devono essere sindacati e valutati dal giudice delle pubbliche amministrazioni.

Il secondo settore emblematico è quello dell'immigrazione e dell'asilo. Quasi tutto il "blocco" delle controversie sulle decisioni assunte dalle autorità amministrative sugli ingressi degli stranieri, sui permessi di soggiorno per ragioni umanitarie, sui ricongiungimenti familiari, sulla permanenza nei centri di accoglienza, sui respingimenti e sulle espulsioni è, *ex lege*, di competenza dei *tribunaux administratifs*; mentre le controversie afferenti la materia dell'asilo politico sono state devolute dal legislatore ad un'apposita giurisdizione amministrativa speciale, la *Cour nationale du droit d'asile*, presieduta da un Consigliere di Stato nominato dal Vice-Presidente del *Conseil d'État* e le cui decisioni possono essere impugnate per cassazione davanti al Consiglio di Stato.

È interessante notare che l'affidamento legislativo di queste controversie al giudice amministrativo generale o speciale ha originariamente avuto la finalità, neppure troppo velata, di tutelare maggiormente l'interesse dello Stato a ingressi controllati degli stranieri nel territorio della Repubblica, ma, per una sorta di "eterogenesi dei fini", nel bilanciamento dei contrapposti interessi, pubblico e individuale, il giudice amministrativo si è mostrato sempre più sensibile all'esigenza di garantire il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo all'incolumità personale, alla libertà, alla dignità, alla salute e all'unità familiare,

facendo diventare recessiva la “ragion di Stato”. Sicché, nella materia disciplinata dal *code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, si è riprodotto, specialmente negli ultimi lustri, un fenomeno di trasformazione del giudice amministrativo analogo all'evoluzione giurisprudenziale che, nel corso del XIX secolo, ha cambiato il volto del *Conseil d'État*: il mutamento da difensore delle prerogative dell'amministrazione in garante dei diritti e degli interessi dell'individuo.

Ma è forse il terzo campo di estensione della competenza del giudice amministrativo alla protezione dei diritti e delle libertà dell'individuo nei confronti degli atti amministrativi, quello che desta la maggiore attenzione dell'osservatore, specialmente di quello che, come chi scrive, non riesce ad affrancarsi dall'impulso di comparazione col sistema italiano: è il campo dell'amministrazione penitenziaria.

A partire dall'*arrêt Marie*<sup>256</sup>, si è affermato in Francia un preciso orientamento giurisprudenziale che considera le *mesures d'ordre interieur* assunte dagli organi dell'amministrazione penitenziaria nei confronti dei detenuti come tipica espressione di attività amministrativa e di esercizio di *puissance publique*, ancorché attuative di una sentenza penale di condanna. Per conseguenza, tali provvedimenti, nella cui casistica giurisprudenziale i più frequenti sono quelli di assegnazione del detenuto alle diverse tipologie di case di reclusione e alle mansioni lavorative e di determinazione dell'individuale regime di sicurezza, sono impugnabili davanti al giudice amministrativo. Così come è davanti al giudice amministrativo che il detenuto può chiedere il risarcimento del danno da maltrattamenti carcerari o da altri comportamenti illeciti subiti nel contesto del regime reclusivo e soprattutto il risarcimento dei danni da sovraffollamento, in un ponte ideale con gli ammonimenti della Corte europea dei diritti dell'uomo al rispetto della dignità del detenuto, di cui il *juge administratif* è finito per diventare il garante nazionale.

Mi pare evidente che almeno due sono le idee più rilevanti sottese a questa impostazione.

La prima è che il trattamento penitenziario sia un *service public*, sicché gli atti e i comportamenti degli organi dell'amministrazione penitenziaria sono da considerarsi amministrativi, e dunque impugnabili e censurabili davanti al giudice generale della funzione pubblica.

La seconda è l'ancor più alta considerazione che il “sistema giuridico” sembra riservare alla giurisdizione amministrativa, reputandola non più come una giurisdizione “minore” nel campo dei diritti e delle libertà fondamentali rispetto a quella dell'*ordre judiciaire* e inadatta a proteggere i diritti incompressibili della persona, ma stimandola anzi come la giurisdizione più idonea a limitare gli abusi che possono essere perpetrati all'individuo da un' “istituzione totale”, com'è il carcere, dietro lo “schermo” dell'interesse pubblico alla sicurezza e alla funzione

---

<sup>256</sup> *Conseil d'État, Assemblée*, 17 febbraio 1995, *Marie*; v. *AJDA*, 1995, 420, con note TOUVET e STAHL.

di prevenzione speciale negativa e positiva<sup>257</sup>, interesse pubblico davanti al quale la giurisdizione ordinaria potrebbe mostrare deferenza e arretrare, perché priva dell'*expertise* e degli strumenti processuali con i quali esplorare il complesso mondo del rapporto tra interesse pubblico e diritto individuale, per verificare il rispetto del giusto equilibrio tra autorità e libertà.

E dunque, con l'attribuzione del contenzioso per la tutela dei diritti del detenuto, la giurisdizione amministrativa emerge ancor più come una giurisdizione "piena", in un certo senso come una giurisdizione "ordinaria": giurisdizione dei diritti soggettivi, anche di quelli fondamentali della persona umana, come la *jurisdiction judiciaire*.

Secondo la giurisprudenza del *Tribunal des conflits*, ogni qual volta la proprietà o una libertà fondamentale subisca un attentato grave nell'esercizio di un potere amministrativo, c'è giurisdizione amministrativa; quando, invece, l'attentato grave ai diritti fondamentali avvenga con la *voie de fait*, e cioè procedendo l'amministrazione all'esecuzione forzata «nelle condizioni irregolari di una decisione anche regolare» o con una decisione manifestamente adottata in difetto assoluto di potere amministrativo, vi è giurisdizione ordinaria<sup>258</sup>.

### 3.8. Considerazioni conclusive.

Riassumendo e concludendo, si può osservare che la nascita della giustizia amministrativa in Francia ha portato con sé il problema della ripartizione di competenze tra l'amministrazione giudicante, divenuta poi *juge administratif*, e il *juge judiciaire*. E nel tempo sono stati individuati vari criteri di riparto che hanno riflettuto il diverso atteggiarsi dei rapporti tra amministrazione e cittadino e le diverse concezioni del *droit administratif*.

Inizialmente, si è individuato il criterio di riparto nella distinzione tra *actes de puissance publique* e *actes de gestion*, poi nell'esistenza o meno di un *service public*, quindi nella differenza tra *service public administratif* e *service public industriel et commercial*.

---

<sup>257</sup> Mentre la "prevenzione generale" si sostanzia nel fine della pena di impedire alla "generalità" dei consociati la commissione dei reati o, quanto meno, di ridurre il numero, con la minaccia della pena ("prevenzione generale negativa") o col rafforzamento del giudizio di disvalore dei comportamenti previsti come reati indotto dalla previsione di sanzioni penali ("prevenzione generale positiva"), la "prevenzione speciale" mira ad impedire che il singolo (particolare, "speciale") individuo che si è già reso responsabile di un reato torni a delinquere in futuro. E un simile obiettivo può essere perseguito con la "neutralizzazione" del soggetto potenzialmente pericoloso, ottenuta grazie all'impiego della coercizione fisica, per esempio, attraverso la restrizione della libertà personale attuata con la reclusione carceraria, e in tal caso si parla di "prevenzione speciale negativa". Oppure, o anche, attraverso la risocializzazione e la rieducazione del condannato, e in tal caso si parla di "prevenzione speciale positiva". G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, p.g., ed. Zanichelli, Bologna 2008, 686 ss. e 705 ss.; A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, p.g., ed. Cedam, Padova 2007, 461 ss.

<sup>258</sup> Si veda *Tribunal des conflits*, 19 novembre 2001, *Mlle Mohamed*: «*considérant qu'il y a voie de fait lorsque l'Administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières d'une décision même régulière, portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, soit a pris une décision ayant l'un ou l'autre de ces effets si cette décision est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative*».

Più recentemente, si è ritenuto che la vera regola di distribuzione di giurisdizione dovesse essere quella del *droit applicable*, del quale tutt'e tre i precedenti citati criteri di riparto devono considerarsi meri indizi.

A questa regola di riparto, se n'è andata affiancando un'altra, quella dei *blocs de compétences* stabiliti dal legislatore o individuati dalla giurisprudenza.

Quest'ultimo metodo di riparto si è rivelato particolarmente interessante e significativo, perché, nei suoi risultati, finisce per considerare assolutamente equiordinate le due giurisdizioni, reputandole entrambe idonee ad assicurare una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive ed emancipandole dai vincoli di certe tradizionali "riserve di giurisdizione" e dall'ossequio al noto principio di separazione dei poteri.

Ne emerge una concezione più unitaria e "organica" di giurisdizione, dove le competenze ad un ordine giurisdizionale o ad un altro sono distribuite sulla base di criteri di efficiente amministrazione della giustizia o di "specializzazione". In particolare, ne esce una nuova concezione della giurisdizione amministrativa che, con la titolarità del contenzioso su una parte della materia della proprietà e soprattutto su una serie di diritti fondamentali e di libertà individuali, diventa sempre più simile alla giurisdizione ordinaria di tutela subiettiva. In questa prospettiva, la si potrebbe definire una giurisdizione anch'essa "ordinaria", ma "specializzata" nel sindacato dell'esercizio della *puissance publique*.

#### **4. Il *contentieux administratif*. 4.1. I due più consolidati e noti criteri di classificazione.**

La distinzione e la classificazione dei vari giudizi che nel loro insieme compongono il *contentieux administratif* poggia, nella scienza giuridica e nella giurisprudenza francesi, su due diversi criteri: quello delle azioni esperibili in giudizio e dei correlati poteri spettanti al giudice amministrativo e quello della natura della questione sottoposta alla cognizione del giudice.

Il primo criterio, detto *formelle*, è stato teorizzato da Édouard Lafferrière<sup>259</sup> che, su questa base, distingue quattro tipi di contenzioso: il *contentieux de l'annulation*, il *contentieux de pleine juridiction*, il *contentieux de l'interprétation* e il *contentieux de la répression*.

Nel *contentieux de l'annulation*, il giudice amministrativo può pronunciare soltanto una sentenza di annullamento dell'atto amministrativo adottato in violazione delle regole di diritto, senza possibilità di riformare l'atto impugnato, né di condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni, né, fino a poco tempo fa, di conformare il successivo riesercizio del potere dell'amministrazione. Questo contenzioso è essenzialmente costituito dal *recours pour excès de pouvoir*.

Nel *contentieux de pleine juridiction*, invece, il giudice amministrativo ha poteri assai ampi: può non soltanto pronunciare l'annullamento di un atto amministrativo, ma anche riformarlo, in tal modo sostituendo la propria decisione a quella dell'amministrazione, può modificare il risultato elettorale

---

<sup>259</sup> LAFERRIÈRE, *Traité*, cit., t. 1, 15 ss.

contestato, può ridurre l'ammontare di un'imposta dovuta, può condannare l'amministrazione al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento dei danni, può dichiarare la nullità di un contratto o determinarne la risoluzione, può imporre all'amministrazione un obbligo di fare. Gli ambiti più rilevanti in cui si esplica questo contenzioso sono quello dei *contrats administratifs*, della *responsabilité de l'administration publique* e dei rapporti col fisco.

Nel *contentieux de l'interprétation et de l'appréciation de la légalité*<sup>260</sup>, il giudice amministrativo ha il potere di pronunciare una sentenza meramente dichiarativa che chiarisce l'esatto significato di un atto amministrativo o la corretta qualificazione giuridica di un certo fatto e rispettivamente la legittimità di un atto amministrativo, allorché tali questioni siano rilevanti per la decisione di una controversia pendente davanti al giudice ordinario e siano state incidentalmente sollevate.

Nel *contentieux de la répression*, il giudice amministrativo ha il potere di irrogare sanzioni all'esito di un giudizio nel quale sia rispettato il principio del contraddittorio. Vi rientra il contenzioso relativo alle *contraventions de grande voirie* poste a tutela del demanio pubblico, che si svolge davanti ai *Tribunaux administratifs* su azione di infrazione promossa dal Prefetto e che può concludersi con una condanna al pagamento di un'ammenda e al ripristino della *status quo ante*, oltre al pagamento delle spese processuali; nonché il contenzioso dei procedimenti disciplinari nei confronti degli appartenenti a taluni ordini professionali o a talune categorie di dipendenti pubblici (per es., gli insegnanti), nel qual caso il giudice competente è, di norma, un giudice amministrativo speciale.

Il secondo criterio di distinzione e di classificazione delle diverse specie di giudizio che compongono il *contentieux administratif* - criterio definito *matérielle* - è stato elaborato da Léon Duguit<sup>261</sup> e ha riguardo alla natura, oggettiva o soggettiva, della questione controversa sottoposta alla cognizione del giudice amministrativo. Si distingue, allora, tra *contentieux objectif* o *contentieux de la légalité* e *contentieux subjectif* o *contentieux de droits*.

Nell'ambito del *contentieux objectif* o *contentieux de la légalité* viene posta al giudice amministrativo una *question de droit objectif* e, più precisamente, di *légalité administrative*: il ricorrente chiede al giudice di verificare se un atto amministrativo sia conforme alle *reglès de droit* e il processo è strutturato come un giudizio obiettivo sulla legittimità di un provvedimento amministrativo. Dovendo applicare la legge e garantire il rispetto dell'ordine giuridico, il giudice, attivato dal ricorrente, qualora riscontri la non conformità alla legge, ha il dovere di annullare la decisione amministrativa. Il *recours de la légalité* assomiglia molto ad una "denuncia" di illegittimità inoltrata ad un giudice, che istruisce e decide la questione d'ufficio.

---

<sup>260</sup> Per vero, contenziosi distinti, e tuttavia accomunati dal dare origine al c.d. *contentieux de l'interrogation*, che cerca di realizzare efficacemente una leale collaborazione tra i diversi ordini giurisdizionali.

<sup>261</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, ed. Boccard, Paris 1923, t. 2, 342 ss.



Nell'ambito del *contentieux subjectif* o *contentieux de droits* viene posta al giudice amministrativo una *question de droit subjectif*: il ricorrente non chiede al giudice di verificare la legittimità dell'atto amministrativo, ma di accertare l'esistenza di una sua situazione giuridica soggettiva violata o pregiudicata da un atto o da un comportamento dell'amministrazione. Il processo è, dunque, costruito come giudizio non su un atto oggettivo, ma su un diritto soggettivo, meglio, su un rapporto (giuridico) soggettivo, e cioè su una relazione (presidiata dal diritto) tra soggetti, l'amministrato e l'amministrazione, né più né meno di quanto avviene nel processo civile che ha ad oggetto vertenze su relazioni giuridiche, e cioè su diritti e obblighi di soggetti, ovvero le controversie tra privati.

Appartiene al *contentieux objectif* o *contentieux de la légalité* essenzialmente il *recours pour excès de pouvoir*; al *contentieux subjectif* o *contentieux de droits* il *recours de pleine juridiction*.

Nonostante siano stati proposti in dottrina anche altri criteri di distinzione<sup>262</sup> delle diverse tipologie di giudizi amministrativi (recentemente anche sulla scorta di un più generale ripensamento delle categorie della giurisdizione amministrativa francese)<sup>263</sup>, questi due metodi classificatori risalenti nel tempo sono talmente penetrati e consolidati nella cultura giuridica francese, che rimangono ancora oggi i più usati dalla dottrina e dalla giurisprudenza e sono imprescindibili per qualunque studioso o semplice osservatore. Essi fanno emergere con chiarezza come pilastri del sistema del *contentieux administratif français* il *recours pour excès de pouvoir* e il *recours de pleine juridiction*, sui quali dunque dobbiamo particolarmente soffermarci.

#### **4.2. Il *recours pour excès de pouvoir*.**

Il *recours pour excès de pouvoir* è un'invenzione del *Conseil d'État*. Un'invenzione geniale, se si pensa che esso ha consentito di dare attuazione al principio di legalità amministrativa e cioè di sottoposizione dell'organizzazione, dell'attività e dei fini dell'amministrazione pubblica alla legge.

Esso nasce tra le pieghe dell'art. 3 della legge del 7-14 ottobre 1790 che abilita il Re, in quanto «capo dell'amministrazione generale», a pronunciarsi sui «ricorsi per incompetenza» aventi ad oggetto gli atti delle autorità amministrative inferiori<sup>264</sup>. Questa norma giuridica non attribuisce alcun diritto soggettivo al cittadino, ma si limita a consentire all'amministrazione l'annullamento “in autotutela” dei provvedimenti affetti da oggettiva illegalità denunciata dai privati. La caducazione dell'atto amministrativo, effettuata dall'organo amministrativo supremo, persegue l'interesse pubblico al ripristino dell'ordine giuridico e non la realizzazione dell'interesse individuale del cittadino che presenta il ricorso.

---

<sup>262</sup> Per es., quello che distingue tra *contentieux des recours* e *contentieux des poursuites*.

<sup>263</sup> Il pensiero va soprattutto al dibattito suscitato nelle Università francesi dal saggio di F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, ed. L.G.D.J., Paris 2001.

<sup>264</sup> LAFERRIÈRE, *Traité*, cit., 397 ss; P. LANDON, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir*, ed. L.G.D.J., Paris 1962.

Per comprendere questo carattere oggettivo che il *recours pour excès de pouvoir* presenta al momento della sua nascita e conserva in tutta la sua storia, occorre tenere presente almeno due profili.

Il primo è che in Francia (ma anche altrove: per esempio, in Italia<sup>265</sup>), per gran parte del XIX secolo, l'idea dello Stato di diritto e del primato della legge, che comporta che l'apparato pubblico sia sottoposto alle regole giuridiche e che tra Stato e cittadino, tra amministrazione e amministrato, esista un rapporto giuridico fatto di diritti e di obblighi reciproci, azionabile davanti a un giudice terzo, è ancora un concetto astratto, "primordiale", portato poco alle sue molteplici conseguenze pratiche. In particolare, non si riesce ancora a concepire che il cittadino abbia un diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione, fatta eccezione - e neppure da subito - per i casi in cui questa accetta di usare i comuni strumenti civilistici.

Il fatto è che, nonostante la proclamazione del principio di separazione dei poteri, per molti decenni dell'Ottocento «la funzione amministrativa continua a confondersi con le funzioni più "enfaticamente" sovrane dello Stato e in particolare con quella legislativa, i cui caratteri tipici sono l'irresponsabilità e l'insindacabilità»<sup>266</sup>. Soltanto a seguito di una lunga evoluzione culturale, cui dà un forte impulso anche la giurisprudenza del *Conseil d'État*, l'attività amministrativa cessa di essere considerata "libera nei fini", come l'attività legislativa, e si comincia a sindacarla sotto il profilo del rispetto prima della legge e poi del diritto. E però, nonostante questa evoluzione, per tanto tempo non si riesce a concepire che il cittadino vanti un "diritto soggettivo" alla legittimità dell'atto amministrativo da far valere davanti ad un giudice, ordinario o speciale che sia: egli ha soltanto un "interesse" alla legittimità. Del diritto e dell'obbligo alla legittimità dell'atto amministrativo è titolare soltanto la pubblica amministrazione.

La quale persegue un *intérêt général* nel quale deve considerarsi compresa la salvaguardia del rispetto della *legalité* da parte di tutti gli organi amministrativi. Ed è questa la seconda idea fortemente radicata nella cultura francese, che impone all'inizio una concezione "obiettiva" del *contentieux de l'annulation*, perché di fronte all'interesse pubblico, l'interesse individuale, anche quello all'annullamento del provvedimento amministrativo, arretra e non riesce ad assumere le fattezze di una vera e propria situazione giuridica soggettiva, rimanendo un mero "interesse di fatto". Le regole che disciplinano l'esercizio del potere sono poste nell'interesse pubblico e la verifica del loro rispetto è riservata alle autorità amministrative.

---

<sup>265</sup> Dove l'idea che non possa esistere un diritto soggettivo del privato (da far valere davanti ad un giudice) a fronte dell'esercizio di un potere amministrativo è talmente radicata, da determinare un'interpretazione "abrogatrice" della legge n. 2248/1865 all. E, che all'art. 4 afferma l'esatto opposto («quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa ...»), interpretazione che lascia il cittadino privo di tutela giurisdizionale nei confronti dell'attività amministrativa, ciò che fa nascere il movimento per la "giustizia nell'amministrazione" che porterà nel 1889 all'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato.

<sup>266</sup> MANNORI – SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 293.

Ebbene, in questo contesto ideologico, si va sempre più affermando, nella prima metà dell'Ottocento, la prassi dei cittadini che denunciano al Re gravi irregolarità nell'azione amministrativa, proprio sulla base della citata norma della legge del 1790. Ma è il *Conseil d'État*, che dal 1799 è divenuto l'organo consultivo dell'Esecutivo, a decidere sostanzialmente di questi ricorsi, svolgendo, nell'ambito della "giustizia ritenuta", il ruolo di guardiano della regolarità dell'azione amministrativa, in nome del Capo supremo dell'amministrazione il quale, con i suoi decreti, "sanziona" i pareri giuridici del "suo" Consiglio, motivati, in punto di fatto e di diritto, in forme che assomigliano sempre più alle sentenze.

La genialità del *Conseil d'État* consiste, da un lato, nella capacità di decidere di questi ricorsi mostrandosi formalmente come organo interno alla pubblica amministrazione, ma sostanzialmente ponendosi in una posizione di terzietà; e, dall'altro, nel riuscire a far "digerire" ai giuristi e agli amministratori contemporanei un'interpretazione oltremodo estensiva ed evolutiva, direi persino "manipolativa", del concetto di vizio di "incompetenza" dell'atto amministrativo, l'unico contemplato dalla legge del 1790.

Apparendo come organo interno di consulenza legale del vertice dell'esecutivo, il Consiglio di Stato riesce a far "accettare" alla stessa amministrazione un sindacato di legittimità anche molto approfondito dei suoi atti e a farle "sentire" come non violato il principio di separazione tra potere esecutivo e potere giudiziario. In fondo, il binomio Re-Consiglio di Stato che annulla un atto amministrativo nell'interesse pubblico e al di fuori di ogni obbligo nei confronti del cittadino ricorrente, altro non è che la stessa pubblica amministrazione che "rivede in autotutela" il suo operato.

Ponendosi in una posizione di sostanziale terzietà rispetto all'amministrazione, a poco a poco il *Conseil d'État* cessa di essere il protettore delle sole prerogative dell'amministrazione, per diventare anche il garante dei "diritti" dei cittadini. Lo scrutinio di legittimità del provvedimento amministrativo viene spesso svolto con le modalità della valutazione comparativa dell'interesse pubblico e dell'interesse individuale, e sulla bilancia comincia a diventare sempre più rilevante l'interesse privato.

Il *Conseil d'État* rafforza il suo ruolo di custode della *légalité administrative* e di garante delle istanze dei cittadini estendendo il concetto di "incompetenza", che nelle intenzioni del legislatore del 1790 avrebbe dovuto significare semplicemente un grave "straripamento di potere".

In sede di istruzione e decisione dei ricorsi, si comincia a notare che non sempre l'attività amministrativa si presenta come discrezionale o, come si usa dire in quel periodo, "amministrazione pura" o "graziosa", simile all'attività legislativa, perché a volte essa può configurarsi come vincolata o, nel linguaggio del tempo, "contenziosa", come quando è astretta dalla legge o da un precedente atto amministrativo. Casi classici sono, all'inizio, il rilascio di una licenza edilizia conforme alle previsioni di un piano d'allineamento o l'avanzamento di grado per gli ufficiali dell'esercito, i primi tra i dipendenti pubblici a veder

legalmente regolata la loro carriera<sup>267</sup>. L'atto amministrativo che non rispetta i vincoli di legge o di altri atti amministrativi dev'essere considerato come se fosse stato adottato in difetto di attribuzione e come tale dev'essere annullato.

Successivamente, il *Conseil d'État* rinviene l'incompetenza in ogni ipotesi di violazione della legge: per esempio, quando l'atto amministrativo è stato emanato al di fuori delle procedure o senza le forme sostanziali previste dalla legge.

Quindi, gradualmente ricava dal concetto di incompetenza una quantità di vizi ulteriori alla legalità estrinseca dell'atto: dall'errore nella motivazione, all'inesatta interpretazione dei presupposti di fatto, sino alla "ingegnosa invenzione" del *détournement de pouvoir*, che inizia ad accogliere tra le cause di annullamento dell'atto anche l'uso dell'autorità per un fine diverso da quello prescritto per legge, facendo breccia nella cittadella fortificata, fino ad allora ritenuta invalicabile, del sindacato della discrezionalità amministrativa.

Agli inizi degli anni Sessanta del XIX secolo, il sistema della giustizia amministrativa francese consta di un contenzioso di annullamento aperto ai titolari di un semplice interesse e proiettato verso un sindacato di legalità intrinseca<sup>268</sup>. I vizi di legittimità "creati" dalle raffinate motivazioni dei pareri del Consiglio di Stato per le decisioni dell'Imperatore sono ormai numerosi e variegati: lo straripamento di potere, il difetto relativo di competenza, la violazione manifesta delle norme di legge, la mancanza di motivazione, la violazione delle altre forme sostanziali, l'omesso rispetto delle procedure, lo sviamento di potere. Li si può racchiudere soltanto in una nuova più ampia nozione idonea a riassumere qualunque patologia dell'esercizio di *puissance publique*: quella di *excès de pouvoir*.

È per questo che al ricorso che introduce il *contentieux de l'annulation* per vizio di «incompetenza» si comincia a dare convenzionalmente il nome di *recours pour excès de pouvoir*, che, però, non compare ufficialmente in alcun testo normativo fino al 1864, quando l'espressione fa il suo ingresso nel decreto del 2 novembre che ne liberalizza la procedura, dispensando dall'obbligo del patrocinio di un avvocato e da ogni spesa, salvo i diritti di bollo e di registrazione, «i ricorsi presentati al *Conseil d'État* in virtù della legge 7-14 ottobre 1790 contro gli atti di autorità amministrative per incompetenza ed eccesso di potere». Come ricorderà cinquant'anni dopo Léon Duguit<sup>269</sup>, con un modestissimo bollo di 60 centesimi di franco, qualunque cittadino interessato avrebbe potuto provocare «la censura giurisdizionale di ogni atto illegittimo dell'amministrazione». "Giurisdizionale", perché nel frattempo il *Conseil d'État* ha assunto una posizione di più marcata indipendenza dall'esecutivo nel giudizio sull'attività amministrativa e, con i suoi pareri sui ricorsi presentati dai cittadini al Capo dello Stato, finisce per svolgere un'attività sostanzialmente giurisdizionale, che diventa tale anche formalmente quando l'art. 9 della legge 24

<sup>267</sup> MANNORI – SORDI, *op. ult. cit.*, 295.

<sup>268</sup> MANNORI – SORDI, *op. ult. cit.*, 357.

<sup>269</sup> L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris 1913, 191. Traggio questa citazione dal solito, quanto mai completo, MANNORI – SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 358.

maggio 1872 segna il passaggio dalla *justice retenue* alla *justice déléguée*, riconoscendo che «*le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives*»: scompare il riferimento al vizio d'incompetenza previsto dalla legge del 1790, perché questo è ormai inglobato in quello più generale e ormai “ufficiale” di «*excès de pouvoir*».

Da allora sino ai nostri giorni, la giurisprudenza del *Conseil d'État* sul *recours pour excès de pouvoir* percorre essenzialmente due strade che portano al consolidamento della nuova raffinata ed evoluta concezione del diritto amministrativo francese come insieme di regole che disciplinano i poteri autoritativi ed esecutori dell'amministrazione e, al contempo, tutelano i diritti e gli interessi dei cittadini dall'abuso di questi poteri: il controllo del perseguimento del fine pubblico e la verifica dei motivi del provvedimento; due strade che finiscono per confluire nella direzione del sindacato approfondito della discrezionalità amministrativa.

Il *Conseil d'État* elabora sin dal caso *Lesbats*<sup>270</sup> del 1864, affinandolo con la sentenza *Pariset*<sup>271</sup> del 1875, il concetto di *détournement de pouvoir* come vizio di *légalité* che colpisce l'atto amministrativo che devia dalla sua *destination légale*, essendo caratterizzato da *incorection du but*. E con l'individuazione del vizio della funzione, si modifica l'originario significato di *acte discrétionnaire*: questo non è più l'atto *de pure administration*, libero nei fini come quello legislativo, ma è un atto vincolato nel fine del perseguimento dell'*intérêt général* indicato dalla legge, di talché l'esercizio di potere amministrativo per uno scopo diverso rispetto a quello per il quale il potere è stato attribuito dal legislatore, costituisce una violazione della legalità sostanziale che determina l'annullamento delle relative manifestazioni.

Il sindacato sui motivi del provvedimento amministrativo si rafforza soprattutto dal secondo decennio del XX secolo. Con gli *affaires Camino*<sup>272</sup> del 1916 e *Trépont*<sup>273</sup> del 1922, il *Conseil d'État* si mostra investito del dovere di accertare la *matérialité des faits* posti a fondamento delle decisioni amministrative, sotto il profilo dell'esistenza e dell'esattezza; e a partire dalla sentenza *Gomel*<sup>274</sup> del 1914 accerta pure la correttezza delle qualificazioni relative ai fatti (luoghi, vicende, strutture, etc.) effettuate dall'amministrazione sulla base di categorie previste da norme di legge.

Dunque, con l'*erreur de fait* e con l'*erreur de qualification juridique des faits*, il giudice amministrativo può ricontrollare la valutazione dell'amministrazione sull'“esistenza” e sul “valore” dei motivi dell'atto<sup>275</sup> e può

---

<sup>270</sup> *Conseil d'État*, 25 febbraio 1864, *Lesbats*.

<sup>271</sup> *Conseil d'État*, 26 novembre, 1875, *Pariset*.

<sup>272</sup> *Conseil d'État*, 14 gennaio 1916, *Camino*.

<sup>273</sup> *Conseil d'État*, 20 gennaio 1922, *Trépont*.

<sup>274</sup> *Conseil d'État*, 4 aprile 1914, *Gomel*.

<sup>275</sup> D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 38.

verificare la congruenza con i fatti dei motivi addotti a sostegno della decisione amministrativa<sup>276</sup>.

Nella seconda metà del Novecento, il *Conseil d'État* utilizza lo scrutinio dei motivi del provvedimento per estendere il sindacato giurisdizionale sul corretto esercizio del potere amministrativo discrezionale ad una verifica di congruità e di ragionevolezza. Dall'*arrêt Lagrange*<sup>277</sup> del 1961, il giudice amministrativo ritiene di dover accertare se vi sia stato un errore evidente nella valutazione discrezionale dei fatti da parte della pubblica amministrazione. E dall'*arrêt Ville Nouvelle*<sup>278</sup> del 1971, si addentra a controllare pure l'equilibrio tra costi e benefici arrecati da un'operazione amministrativa, annullando l'atto che persegue uno scopo di pubblico interesse con un sacrificio eccessivo dei diritti individuali e degli altri interessi pubblici.

In buona sostanza, con l'*erreur manifeste d'appréciation* e ancor più con il *bilan coût-avantages*, il giudice amministrativo francese effettua un sindacato profondo dell'esercizio della discrezionalità amministrativa, che giunge sino alle soglie del controllo dell'opportunità. Ma l'organo giurisdizionale può ripetere la ponderazione comparativa di interessi compiuta dall'amministrazione per verificarne la congruità e la ragionevolezza ai soli fini dell'annullamento del provvedimento, non anche della sostituzione, vigendo una riserva di "amministrazione attiva" a favore dell'autorità amministrativa. E ciò anche quando nell'ultimo decennio del secolo, il giudizio sul *bilan coût-avantages* diviene più rigoroso e stringente, essendo svolto sulla base del principio di proporzionalità importato dalla giurisprudenza comunitaria che, a sua volta, lo ha mutuato dal sistema giurisdizionale amministrativo tedesco.

#### **4.3. Il carattere oggettivo del *recours pour excès de pouvoir*.**

Dalla giurisprudenza e dalla maggior parte della dottrina viene ribadita fino ai nostri giorni la natura oggettiva del *recours pour excès de pouvoir*. Al centro del giudizio sembra rimanere una questione di diritto oggettivo e si descrive il *recours* come un giudizio sull'atto e come un ricorso di pubblica utilità e di ordine pubblico.

Secondo la nota impostazione di Laferrière, il *recours pour excès de pouvoir* si presenta come un «*procès fait à un acte*»<sup>279</sup>, espressione che descrive assai bene il carattere oggettivo del contenzioso. Il giudice amministrativo è chiamato a verificare se *l'acte attaqué* è *légal* o *illégal* e a deciderne la sorte, non a giudicare un rapporto giuridico tra amministrazione e amministrato. Il *requérant* gioca il ruolo «*d'un ministère public poursuivant la répression d'une infraction*»<sup>280</sup> e, anche se non ne ha contezza e crede di agire per la difesa di un suo interesse personale che la decisione amministrativa ha leso, egli agisce in realtà *pour compte de la légalité, comme le ferait* «*un procureur du droit*». Si

<sup>276</sup> DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, cit., 307.

<sup>277</sup> *Conseil d'État*, 15 febbraio 1961, *Lagrange*.

<sup>278</sup> *Conseil d'État*, 28 maggio 1971, *Ville Nouvelle*.

<sup>279</sup> LAFERRIÈRE, *Traité*, cit., t. 2, 561.

<sup>280</sup> M. HAURIUO, *Note sous Conseil d'État 8 décembre 1899, Ville d'Avignon*, S., 1900, 3, 73.

potrebbe dire che esercita un'azione pubblica e non un'azione privata. Il giudice amministrativo annulla l'atto per assicurare il ristabilimento della legalità violata e non per riparare il torto fatto al ricorrente. E il processo non è tra parti perché nel giudizio l'amministrazione assume la posizione, più che di avversario del ricorrente, di difensore della decisione impugnata<sup>281</sup>.

Il carattere di ordine pubblico del *recours* comporta, in primo luogo, l'impossibilità sia di rinunciare in anticipo al suo esperimento e di rinunciarvi successivamente per produrre l'estinzione del giudizio (che, invece, prosegue, anche in caso di *désistement*), sia di rinunciare agli effetti dell'eventuale sentenza di annullamento; in secondo luogo, che l'impugnazione di un atto amministrativo tramite *recours pour excès de pouvoir* sia sempre possibile, anche in assenza di una espressa previsione di legge; in terzo luogo, che l'annullamento giurisdizionale produca la perdita di effetti dell'atto *ex tunc* ed *erga omnes*; in quarto luogo, che i più gravi motivi di illegittimità – i c.d. *moyens d'ordre public* – possano essere *soulevé* dal giudice.

E siccome il *requérant* agisce nell'interesse pubblico per collaborare al ripristino della legalità violata, non necessita generalmente del ministero di un avvocato<sup>282</sup>.

Il *recours* è dunque strutturato come un rimedio preordinato ad assicurare il rispetto del principio di legalità e solo di riflesso la soddisfazione dell'interesse individuale del ricorrente. L'interesse ad agire fatto valere con l'azione consiste nell'essere il ricorrente inciso personalmente, direttamente, attualmente e concretamente nella propria sfera giuridica, economica o morale dall'esercizio del potere amministrativo. Esso non è costruito come un diritto, ma come un presupposto di un'azione pubblica, come una condizione sotto la quale il cittadino è chiamato a far valere l'interesse generale alla legalità amministrativa, come una mera condizione giuridica legittimante all'azione. La situazione giuridica soggettiva del privato ricorrente in cui quell'interesse può essere racchiuso, così come l'interesse di fatto, privo della veste di posizione giuridica soggettiva sostanziale, ricevono protezione soltanto in via indiretta e riflessa, in ragione dell'osservanza del diritto obiettivo. Secondo le categorie concettuali della dottrina italiana, si potrebbe descrivere questo *intérêt à agir* come una situazione di interesse legittimo in senso puramente processuale: «un interesse legittimo come puro potere di reazione processuale attribuito al privato: il potere del soggetto privato, pregiudicato da un atto amministrativo illegale/illegittimo, di provocarne l'annullamento da parte del giudice»<sup>283</sup>.

La natura di rimedio processuale di utilità pubblica e di ordine pubblico, che conferisce carattere obiettivo al *contentieux de l'annulation*, determina l'ampliamento dell'accesso al giudice amministrativo: ciascun cittadino può e

---

<sup>281</sup> CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 223-224.

<sup>282</sup> L'obbligo del patrocinio di un avvocato sussiste generalmente solo per il ricorso per cassazione davanti al *Conseil d'État*.

<sup>283</sup> W. GASPARRI, *Tutele differenziate e riti speciali nel contentieux administratif*, 140, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze University Press 2009.

deve collaborare al controllo giurisdizionale di legalità dell'amministrazione per realizzare la sottomissione dell'autorità pubblica allo Stato di diritto.

Ma l'*intérêt à agir*, costituito dal dover essere il *requérant* un soggetto coinvolto dall'esercizio del potere amministrativo, evita la trasformazione del *recours pour excès de pouvoir* in un'azione popolare, fungendo da "filtro" del controllo giurisdizionale, perché questo comporta un dispendio di risorse pubbliche.

L'equilibrio tra questi due contrapposti profili si è andato recentemente un po' modificando a favore del secondo per venire incontro all'esigenza di deflazionare il carico di lavoro dei giudici amministrativi, sempre più crescente col progressivo aumento della domanda di giustizia. Sicché, nonostante l'accesso al *contentieux de l'annulation* rimanga assai più ampio di quello di altri sistemi nazionali, l'azionabilità generalizzata del passato<sup>284</sup> del *recours pour excès de pouvoir* sembrerebbe oggi meno favorita dalla giurisprudenza.

La concezione oggettiva francese del sindacato giurisdizionale di legittimità dell'attività amministrativa, se ha avuto il pregio di ampliare la legittimazione all'azione favorendo un più diffuso controllo della correttezza dell'operato dei poteri pubblici, ha però finito spesso per lasciare sguarnito il cittadino, leso da un atto amministrativo illegittimo, di una tutela pienamente ed efficacemente soddisfattiva dei suoi interessi.

Perseguendo il *contentieux objectif de l'annulation* l'interesse pubblico al rispetto della *légalité* e solo di riflesso l'interesse individuale, la protezione del privato non può che essere indiretta e attenuata. E come tale, sempre meno accettabile in un contesto culturale e istituzionale in cui il cittadino contribuente sente di non essere più un suddito, ma titolare di veri e propri diritti nei confronti di una pubblica amministrazione, depositaria sempre meno di prerogative e di privilegi e sempre più di obblighi di prestazioni di *services publics*, ed esige una protezione giurisdizionale efficace e pienamente soddisfattiva di questi diritti.

A ciò deve aggiungersi che anche nell'ordinamento francese sono penetrati i principi del giusto processo e dell'effettività della tutela giurisdizionale provenienti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (artt. 6 e 13) e dall'ordinamento comunitario (art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e che questi principi non possono non trovare applicazione anche nel *contentieux administratif*.

Non meraviglia allora che il giudizio sull'*excès de pouvoir* abbia subito negli ultimi decenni una forte torsione verso la soggettivizzazione delle sue forme di tutela. Le tracce più evidenti di questa evoluzione sono rinvenibili in molteplici

---

<sup>284</sup> Per rendere l'idea, si consideri, a titolo esemplificativo, che il *Conseil d'État* ha ammesso la sussistenza dell'interesse ad agire di un albergatore che chiedeva l'annullamento di un decreto ministeriale di determinazione del periodo delle vacanze scolastiche (*Conseil d'État*, 28 maggio 1971, *Damasio*); di un campeggiatore per l'impugnazione di un atto con il quale il Comune vietava il campeggio sull'intero territorio comunale, pur non avendo mai soggiornato su quel medesimo territorio (*Conseil d'État*, 14 febbraio 1958, *Abisset*); dei contribuenti comunali e dipartimentali contro tutti gli atti della relativa amministrazione che comportino un impegno finanziario (*Conseil d'État*, 29 marzo 1901, *Casanova*).



recenti tendenze e istituti, ma soprattutto nella disciplina dei *référés* e dell'effetto conformativo del giudicato.

#### 4.4. Le procedure di *référé*.

In un sistema di contenzioso di legalità di diritto oggettivo al cui centro non vi è la situazione giuridica soggettiva del ricorrente, ma l'interesse pubblico ad un'azione amministrativa conforme alla legge, l'eventuale questione della sospensione degli effetti della decisione amministrativa "attaccata" si pone essenzialmente in quei casi in cui la sua esecuzione possa pregiudicare l'interesse pubblico. Il rischio che nelle more del giudizio d'impugnazione si modifichi la situazione regolata dal provvedimento oggetto di *recours* è valutato prevalentemente nella prospettiva dell'*intérêt général* curato dall'amministrazione e soltanto di riflesso dell'interesse individuale coinvolto.

La preminenza dell'interesse pubblico sugli interessi individuali, caratterizzante fin dalle origini l'esperienza amministrativa francese, ha poi determinato che al *privilège du préalable* e al *privilège de l'action d'office* si possa temporaneamente derogare solo se, nel caso concreto, ricorra un altro interesse pubblico prevalente rispetto a quello in funzione del quale sono stabilite queste due prerogative della *décision exécutoire*, e solo in via eccezionale e per i casi più gravi, per evitare il pregiudizio di un interesse individuale.

Cosicché, l'art. 3 del decreto 22 luglio 1806 stabilisce che «*le recours au Conseil d'État n'aura point d'effet suspensif, s'il n'en est autrement ordonné*» e l'ordinanza del 31 luglio 1945 sul *Conseil d'État*, nel confermare il principio, autorizza unicamente il giudice amministrativo ad ordinare il «*sursis à exécution*» del provvedimento impugnato quando i motivi dell'invocato annullamento appaiano molto seri e quando l'esecuzione possa produrre conseguenze irreparabili per l'interesse pubblico o per quello privato. E nel contesto ideologico poc'anzi descritto, è normale che il rinvio dell'esecuzione venga concesso «con molta reticenza e parsimonia»<sup>285</sup>.

Ma con il mutamento, negli ultimi decenni, dell'idea di giustizia amministrativa, che si ritiene debba proteggere più direttamente e incisivamente le situazioni giuridiche soggettive degli interessati, si fa strada una nuova concezione della giurisdizione amministrativa, funzionale ad evitare che la durata del giudizio possa rendere inutile per il ricorrente la decisione finale del giudice e con la legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000 viene approvata una radicale riforma che introduce nel *contentieux administratif*, con un'organica disciplina dei *référés*, un complesso di strumenti cautelari e di procedimenti d'urgenza e a cognizione sommaria.

Ciò che in questa legge accomuna i molteplici *référés* è l'unitarietà della disciplina del procedimento, al quale è preposto un giudice monocratico che «*statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire [...] et se prononce dans les meilleurs délais*» (art. L511-1 CJA), ma nei *référés* sono

---

<sup>285</sup> GASPARRI, *op. ult. cit.*, 178.

ricompresi sia procedimenti cautelari che procedimenti a cognizione sommaria, sia d'urgenza che ordinari, sia autonomi che incidentali.

I *référé d'urgence* sono costituiti dal *référé-suspension*, dal *référé-conservatoire* e dal *référé-liberté*.

I *référé ordinaires*, che prescindono da una situazione d'urgenza, sono costituiti dal *référé-constat*, dal *référé-instruction* e dal *référé-provision*.

Il *référé-suspension* (art. 521-1 CJA) sostituisce con un accesso più ampio, snellendola e velocizzandola, la vecchia procedura del *sursis à exécution*, mentre il *référé-conservatoire* è un procedimento destinato a conservare certi diritti e interessi (art. L521-3 CJA). Il *référé-liberté* è un rito speciale preordinato all'adozione delle «*mesures nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale*» (art. 521-2 CJA).

Il *référé-constat* (art. R531-1 CJA) e il *référé-instruction* (art. R532-1 CJA) sono procedimenti per l'adozione di misure dirette a constatare una situazione di fatto e rispettivamente per ottenere una misura istruttoria. Con un po' di approssimazione, li si potrebbe assimilare ai nostri procedimenti di istruzione probatoria preventiva. Il *référé-provision* (art. R.541-1 e ss. CJA) è volto a conseguire una misura provvisoria in relazione ad un credito non seriamente contestabile.

Questi *référé* sono tutti autonomi, perché possono essere presentati senza necessità di introdurre preliminarmente o contestualmente un giudizio principale di merito, fatta eccezione per il *référé-suspension* che presenta il carattere di ricorso incidentale.

Il giudice monocratico dei *référé* decide con ordinanza adeguatamente motivata. La determinazione adottata ha «*caractère provisoire*» non perché destinata ad essere “assorbita” e superata dalla decisione definitiva di merito, perché, come detto, solo il *référé-suspension* è incidentale, e cioè subordinato alla contestuale o precedente introduzione del ricorso principale d'annullamento. La provvisorietà della misura ordinata dal giudice amministrativo è piuttosto legata al carattere reversibile della situazione di fatto o di diritto che ne è a fondamento e il cui mutamento potrebbe determinare il venir meno delle ragioni che hanno portato alla sua concessione.

Nel *référé-suspension*, invece, la sospensione produce effetti fino al momento in cui è pronunciata la sentenza che definisce il *recours* principale, il quale può avere ad oggetto o l'annullamento o la riforma dell'atto amministrativo.

Questo procedimento presuppone, oltre all'esperimento del *recours en annulation* o *en reformation*, anche l'esistenza di una decisione amministrativa, positiva o negativa, non essendo ricevibile l'istanza cautelare nel caso in cui venga richiesta la sospensione di un comportamento, anche se il ricorso principale abbia ad oggetto il risarcimento dei danni prodotti da quel comportamento.

Il giudice del *référé-suspension*, oltre a disporre la sospensione dell'esecuzione dell'*acte administratif*, in caso di sospensione di una decisione negativa può determinare in via provvisoria obblighi accessori a carico

dell'amministrazione, può richiedere all'amministrazione di riesaminare la rigettata istanza del soggetto privato, può adottare tutte le misure conservative necessarie e può anche imporre *astreintes* collegate al rispetto di queste statuizioni.

Di particolare interesse è poi il *référé-liberté*, procedimento d'urgenza a cognizione sommaria a garanzia delle libertà fondamentali e del diritto di proprietà.

Può essere introdotto in via autonoma senza necessità della preventiva o contestuale presentazione di un ricorso in via principale, contro una decisione amministrativa e anche contro un mero comportamento dell'amministrazione, lesivi di un diritto o di una libertà fondamentale.

Oltre al pregiudizio ad una libertà fondamentale<sup>286</sup>, la ricevibilità e l'ammissibilità del *référé-liberté* presuppongono, in primo luogo, l'esistenza di una situazione d'urgenza, in secondo luogo, che il pregiudizio sia grave e manifestamente illegale, e, in terzo luogo, che questo pregiudizio sia cagionato dall'esercizio di un potere spettante all'amministrazione e non da un comportamento manifestamente insuscettibile «*de se rattacher à un pouvoir*», le controversie sulla *voie de fait* essendo, come già detto in precedenza, pacificamente attribuite dalla giurisprudenza del *Tribunal des conflits* alla giurisdizione del *juge judiciaire*<sup>287</sup>.

Il ricorrente può esperire il *référé-liberté* senza l'obbligo del ministero di un avvocato (art. L522-5 *CJA*) e il giudice, che deve garantire il rispetto del contraddittorio, pronuncia sull'istanza nel termine ordinario di 48 ore, potendo adottare qualsiasi misura, anche sospensiva o ingiuntiva, volta a proteggere la situazione giuridica soggettiva del ricorrente, con l'unica eccezione dell'annullamento dell'*acte administratif* che può avvenire solo all'esito dell'ordinario procedimento giurisdizionale amministrativo.

Dai sei *référés* sopra ricordati, qualificati come "atipici", occorre distinguere i *référés* "tipici" o "speciali" previsti in molteplici settori dell'ordinamento. Si tratta di procedimenti che possono avere una finalità cautelare o essere comunque contrassegnati dal carattere d'urgenza, come quelli disciplinati dal *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* per l'impugnazione delle misure di espulsione dal territorio nazionale e di diniego dell'asilo, oppure di riti

---

<sup>286</sup> La giurisprudenza del *Conseil d'État* ha considerato «*liberté fondamentale*» tutelabile col *référé-liberté* il diritto di proprietà (*Conseil d'État*, 23 marzo 2001, *Soc. Lidl*), la libertà d'impresa e quella contrattuale (*Conseil d'État*, 12 novembre 2001, *Comm. De Montreuil-Bellay*; 6 giugno 2005, *Comm. De Houilles*), il diritto d'asilo e il diritto di sollecitare lo statuto di rifugiato (*Conseil d'État*, 15 febbraio 2002, *Hadda*), il diritto ad una vita familiare normale in occasione di un provvedimento di espulsione (*Conseil d'État*, 30 ottobre 2001, *Mme Tliba*), il rispetto della privacy dei dipendenti pubblici (*Conseil d'État*, 27 luglio 2003, *Ministre de la jeunesse*), la libertà di riunione (*Conseil d'État*, 19 agosto 2002, *Front National*), la libera disposizione dei beni necessari all'esercizio di un culto religioso (*Conseil d'État*, 25 agosto 2005, *Comm. De Massat*), la libertà individuale che presuppone il consenso del malato per qualsiasi trattamento sanitario (*Conseil d'État*, 16 agosto 2002, F., in *AJDA*, 2002, 717 e 723). Ed è stata ritenuta ammissibile la proposizione del *référé-liberté* anche per ottenere l'ottemperanza di una sentenza passata in giudicato nel caso in cui la sua mancata esecuzione possa determinare il pregiudizio ad una libertà fondamentale (*Conseil d'État*, 11 giugno 2002, *M. Ait*). Per maggiori approfondimenti, si v. GASPARRI, *op. ult. cit.*, 189 e 190 e nota n. 167.

<sup>287</sup> *Tribunal des conflits*, 19 novembre 2001, *Mlle Mohamed*.

speciali accelerati a cognizione parziale per controversie afferenti determinati settori economici, tra i quali i più rilevanti sono il *référé-précontractuel* e il *référé-contractuel* che, in attuazione delle direttive comunitarie “ricorsi” n. 89/665/CEE, n. 92/13/CEE e n. 2007/66/CE, hanno ridefinito il contenzioso in materia di contratti pubblici.

Del *référé-précontractuel* si è già detto ampiamente nel cap. II, § 7.3. In questa sede, dunque, mi limito a ricordare che esso costituisce un rimedio di *pleine juridiction* a disposizione dei soggetti pretermessi o esclusi dai procedimenti di stipulazione dei *contrats administratifs* e che consente d’impedire l’illegittima conclusione degli stessi. Dà luogo ad un giudizio accelerato volto a verificare il rispetto delle regole comunitarie di pubblicità e di concorrenza che devono essere osservate dalle amministrazioni aggiudicatrici e tende sempre più a soppiantare il *recours pour excès de pouvoir* avverso gli atti *détachables* e il connesso eventuale attivabile *référé-suspension*.

Il *référé-contractuel* consente, come il *référé-précontractuel*, di contestare la violazione degli obblighi di pubblicità e di trasparenza imposti dalla normativa comunitaria per l’affidamento dei contratti pubblici, ma dopo che il contratto è stato stipulato, per domandarne la nullità o la rescissione, e dà luogo anch’esso ad un giudizio accelerato o d’urgenza di *pleine juridiction*.

Cercando di trarre le fila da questa sintetica esposizione sui *référés*, mi sembra di poter osservare che, al di là dell’unificazione della disciplina di base delle diverse tipologie, ciò che accomuna tutti i tipi di *référé*, sia quelli menzionati che quelli non menzionati, siano essi “atipici” o “tipici”, siano essi procedimenti cautelari, d’urgenza o accelerati, consista nella loro attitudine a proteggere gli interessi individuali coinvolti non più in modo indiretto, occasionale ed eccezionale, ma in forma diretta, normale e piena.

Al centro dei *référés* non c’è l’interesse pubblico all’osservanza del diritto oggettivo, ma l’utilità concreta del ricorrente: l’utilità del ricorso, che la lunghezza del giudizio potrebbe frustrare, l’utilità di una misura istruttoria anticipata, l’utilità di una provvisoria, l’utilità di un’ordinanza che salvaguardi *hic et nunc* una libertà fondamentale, l’utilità dell’aggiudicazione di un contratto pubblico. I vari procedimenti di *référé* sono, insomma, l’effetto e la causa di un’evoluzione in senso soggettivo del *contentieux de la legalité*, perché conferiscono una posizione di primo piano alle istanze del soggetto nel giudizio amministrativo.

In tal modo, il processo amministrativo è reso più simile al processo civile, in quanto, come questo, strutturato in modo tale che l’effetto utile della sentenza per il ricorrente sia preservato o anticipato da incisive forme di tutela d’urgenza.

Al contempo, gli interessi personali, economici o morali che vengono in considerazione nei *référés* non appaiono più come meri interessi di fatto o come interessi legittimi in senso puramente processuale, ma sono elevati al rango di diritti sostanziali e processuali perché consentono al loro titolare di rivolgersi al giudice amministrativo per ottenerne una tutela sollecita, piena e diretta.

#### **4.5. Le *astreintes* e le *injonctions*.**

La connotazione obiettiva del *recours pour excès de pouvoir*, la preminenza dell'interesse pubblico sugli interessi individuali e il dogma della separazione tra amministrazione e giudici hanno avuto un'altra conseguenza assai rilevante: che il *contentieux de l'annulation* potesse concludersi soltanto con la sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo giudicato illegittimo, essendo precluso non soltanto al giudice ordinario, ma anche a quello amministrativo di imporre all'amministrazione l'esecuzione del giudicato.

La filosofia sottesa a questa limitazione è evidente. Se il *recours en annulation* serve a garantire l'osservanza del diritto obiettivo e non l'interesse individuale del ricorrente, l'annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo realizza la massima utilità perseguita dal sistema, perché produce il contestuale e immediato ripristino del principio di legalità, e non occorre andare oltre<sup>288</sup>. Sarà poi compito dell'amministrazione, alla quale spetta in esclusiva la cura concreta dell'interesse generale, decidere se, quando e come sostituire la determinazione annullata con un'altra. Non essendo il ricorrente da considerarsi né "parte" del processo, perché il *contentieux de la légalité* è un «processo fatto ad un atto», né parte vincitrice, perché, in caso di annullamento, a vincere è "l'ordinamento giuridico", né titolare di un diritto da far valere coattivamente nei confronti dell'amministrazione soccombente, egli non può "pretendere" da questa l'ottemperanza al giudicato. L'interesse del *requérant* non è protetto in via diretta e dunque il cittadino che ha spiccato l'azione, che è considerata "pubblica", non può ottenerne forzatamente il soddisfacimento. Per farlo, tra l'altro, dovrebbe adire il giudice affinché questi imponga all'amministrazione un *facere*, per lo più consistente nell'emanazione del provvedimento amministrativo, ciò che il tradizionale inveterato principio della non interferenza della giurisdizione, in questo caso anche di quella amministrativa, nello svolgimento delle funzioni dell'esecutivo, vieta.

Capita allora che con la sentenza di annullamento il cittadino possa trovarsi nella situazione di chi ha ottenuto una vittoria inutile, allorquando la pubblica amministrazione non compia spontaneamente l'attività provvedimentale o materiale necessaria a dare attuazione alla situazione giuridica modificata dalla decisione giurisdizionale di annullamento, non esistendo nel giudizio amministrativo quello strumento per dare attuazione giuridica e pratica, in via coattiva, alla regola concretamente formulata dal giudice di cognizione, che è il processo di esecuzione.

Senonché, un simile vuoto di tutela del cittadino, se può essere tollerato, ancorché a fatica, in una società classista con una domanda di giustizia limitata, chiusa nelle sue tradizioni nazionali, orgogliosa del suo giudizio amministrativo bicentenario e fiduciosa nella "moralità" della sua pubblica amministrazione che la porterà ad adeguarsi spontaneamente alle decisioni giurisdizionali, diventa "indigeribile" con l'ampliamento della domanda di giustizia della società moderna, col legarsi del *recours pour excès de pouvoir* alla tutela dei moltiplicati e diffusi interessi economici, con la presa di coscienza che in sistemi vicini, come

---

<sup>288</sup> GASPARRI, *op. ult. cit.*, 215.

quello italiano, si è molto più avanti nella materia dell'esecuzione del giudicato amministrativo, e soprattutto con la penetrazione nell'ordinamento francese dei vincoli di tutela giurisdizionale soggettivamente piena ed efficace imposti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dall'Unione europea.

È per questo che prima la legge n. 80-539 del 16 luglio 1980 e poi quella n. 95-125 dell'8 febbraio 1995 cercano di colmare siffatto vuoto di tutela, intervenendo a disciplinare il momento dell'esecuzione - sia pure indiretta, e cioè per il tramite di penalità pecuniarie - del giudicato di annullamento e facendo emergere con l'*injonction* l'effetto ripristinatorio e conformativo della sentenza di annullamento, in entrambi i casi a favore del pieno soddisfacimento dell'interesse soggettivo del ricorrente vittorioso.

La prima legge introduce l'istituto dell'*exécution sous astreinte*, che consente al giudice amministrativo d'infliggere una penale all'amministrazione inadempiente al giudicato, calcolandola in base al ritardo con cui questa ottempera all'esecuzione delle sentenze. Le *astreintes* costituiscono un mezzo di coercizione indiretta che il giudice può infliggere con un'ampia discrezionalità sia nell'*an* (potendo il giudice disporla anche d'ufficio e revocarla) sia nel *quantum*.

La seconda legge attribuisce al giudice amministrativo francese il potere di adottare una *injonction* nei confronti dell'amministrazione, che "specifica" gli effetti della sentenza di annullamento, «distruggendo finalmente un tabù del quale non si sentirà la mancanza»<sup>289</sup>.

Le situazioni nelle quali il giudice amministrativo può adottare poteri ingiuntivi sono le più diverse. Una prima situazione è quando una sentenza comporta un'attività esecutiva dell'amministrazione: in questo caso, il giudice può prescrivere le misure necessarie ad ottemperarvi e prevedere un termine entro il quale tali misure devono essere eseguite. Una seconda situazione è quando la sentenza comporti l'emanazione di un ulteriore provvedimento amministrativo che richiede un'attività istruttoria: in questo caso, il giudice può fissare un termine entro il quale l'amministrazione è tenuta a riesercitare il potere e a concludere il procedimento, senza pronunciarsi sul merito della scelta dell'autorità pubblica<sup>290</sup>. Una terza situazione è quando, a seguito del giudicato, non residui alcuna "riserva valutativa" in capo all'amministrazione che ha, come si suol dire, una *compétence liée*: in questo caso, con l'*injonction* il giudice amministrativo può individuare il contenuto del provvedimento da adottare o il comportamento materiale dovuto dall'amministrazione<sup>291</sup>.

In buona sostanza, con l'*injonction* il giudice amministrativo "specifica" l'effetto ripristinatorio e conformativo dell'annullamento del provvedimento illegittimo, dando alla relativa sentenza un contenuto ordinatorio "concreto" difficilmente eludibile dall'amministrazione soccombente.

---

<sup>289</sup> D. CHABANOL, *Un printemps procédural pour la juridiction administrative?*, in A.J.D.A., 1995, 393.

<sup>290</sup> D. AMIRANTE – F. ROSI, *La giustizia amministrativa in Francia*, cit., 218.

<sup>291</sup> S.R. MASERA, *Contenuto della sentenza amministrativa e sua esecuzione in Spagna, Francia e Germania*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, ed. CEDAM, Padova 2010, 218.

Parte della dottrina francese<sup>292</sup> individua in questi due nuovi istituti l'ennesima tecnicità con la quale il *requérant* “collabora” al ripristino della legalità in un sistema che continuerebbe ad ispirarsi alla salvaguardia del diritto obiettivo. Pronunciando le *astreintes* e le *injonctions*, il giudice amministrativo cesserebbe di comportarsi come giudice del *recours pour excès de pouvoir* e assumerebbe la qualità di giudice di *plein contentieux*<sup>293</sup>. Ma il “sistema” perseguirebbe, sempre e comunque, «*le bon fonctionnement du service de la justice*»<sup>294</sup> e il ripristino della legalità violata, funzionalizzando a questi scopi le istanze di esecuzione del giudicato del ricorrente vittorioso.

Altra parte della dottrina francese<sup>295</sup> e straniera<sup>296</sup> sottolinea come con le *astreintes* e le *injonctions*, il *contentieux de l'annulation* abbia decisamente virato verso la soggettivizzazione della tutela giurisdizionale amministrativa, ponendola a servizio dell'effettività dei diritti dei soggetti privati. Ed invero, pare difficile non ravvisare, soprattutto nell'ingiunzione, un potere che identifica un'obbligazione a carico dell'amministrazione<sup>297</sup>. E l'obbligazione evoca un rapporto giuridico tra due soggetti e dunque un “diritto soggettivo”. La sentenza di annullamento non avrebbe allora soltanto la funzione di restaurare l'ordine giuridico in sede di controllo della conformità alla legge di una decisione amministrativa, ma anche quella di accertare un rapporto giuridico tra l'amministrazione e il cittadino e di annullare l'atto che illegittimamente costituisce, modifica o estingue questo rapporto. E l'esecuzione coattiva, seppure indiretta, con le *astreintes*, servirebbe a dare attuazione effettiva al rapporto giuridico, a fare in modo che esso possa concretamente esplicarsi, facendo conseguire al cittadino l'utilità alla quale, in base al rapporto, ha diritto. Utilità concreta il cui perseguimento il cittadino chiede, anzi, pretende dall'amministrazione, dovendosi anche rammentare che l'*injonction* dovrebbe essere disposta dal giudice amministrativo su istanza di parte<sup>298</sup>.

Com'è stato condivisibilmente osservato<sup>299</sup>, il potere giurisdizionale d'ingiunzione ha trasformato il *recours pour excès de pouvoir*, perché il

---

<sup>292</sup> R. CHAPUS, *Georges Vedel et l'actualité d'une notion fonctionnelle: l'intérêt d'une bonne administration de la justice*, in *Revue de droit public*, 2003, 3 ss.; C. BROYELLE, *La convention européenne des droits de l'homme et le juge administratif en France*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 445.

<sup>293</sup> CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 225-226.

<sup>294</sup> Espressione tratata nella giurisprudenza del *Conseil d'État*.

<sup>295</sup> F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, cit. 92; M. GUYOMAR - B. SEILLER, *Contentieux administratif*, ed. Dalloz, Hypercours, 2010; N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept et droit administratif français du XIX au XX siècle*, ed. Dalloz, Paris 2003, 633 ss.

<sup>296</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma?*, cit., 44 ss.; GASPARRI, *Tutele differenziate*, cit., 214 ss.; COCA, *Recours pour excès de pouvoir*, cit., 22-23.

<sup>297</sup> E del resto, non a caso, di «obbligazione» per l'amministrazione aveva parlato M. HAURIOU per sottolineare il divieto «*d'adresser à l'administration des injonctions, autrement dit des obligation de faire ou de ne pas faire*» (nota a *Conseil d'État*, sentenza 23 luglio 1909 e 22 luglio 1910, *Fabrègues*, S., 1911 III, p. 121).

<sup>298</sup> Scrivo “dovrebbe”, perché, in realtà, a dispetto della previsione legislativa, negli anni si è fatta strada la prassi delle *injonctions* disposte anche d'ufficio dal giudice. V. C. BROYELLE, *De l'injonction légale à l'injonction prétorienne: le retour du juge administrateur*, in *Droit administratif*, 2004, 6.

<sup>299</sup> MELLERAY, *op. ult. cit.*, 96 ss.

*contentieux de l'annulation* è passato «*de l'injonction au service de l'excès de pouvoir à l'excès de pouvoir au service de l'injonction*». Infatti, il giudice adito per l'annullamento di un atto e per l'adozione di una misura esecutiva deve privilegiare in sede istruttoria e decisoria i motivi d'illegittimità che, ove fondati, determinino una pronuncia che arrechi al ricorrente la massima utilità possibile e dunque il giudizio amministrativo di legittimità si è andato riorientando in funzione dell'effetto ripristinatorio e conformativo dell'annullamento, in funzione, si potrebbe dire, di una "condanna" ad un *facere*. A tal fine, esso ha ad oggetto non più il «*contrôle d'un acte*», ma «*l'analyse d'une situation juridique litigieuse*»<sup>300</sup>.

Questo processo di *subjectivation* del *recours pour excès de pouvoir* determinato dall'*injonction juridictionnelle* e dalle *astreintes* fa assomigliare sempre più il giudizio amministrativo per antonomasia ad un giudizio sui diritti e dunque al processo civile, anche se quasi nessuno in Francia valorizza l'argomento per mettere in discussione il dualismo giurisdizionale<sup>301</sup>, presidiato, come si è visto, dalla Costituzione<sup>302</sup>.

Per completezza d'informazione, è da ricordare che all'introduzione del potere giudiziale di *injonction* non si è accompagnata in Francia l'istituzione di un'azione di esecuzione coattiva diretta e in forma specifica dell'ingiunzione che del contestuale annullamento giurisdizionale del provvedimento illegittimo specifica l'effetto ripristinatorio e conformativo, di talché continua a non essere consentito al giudice amministrativo francese di sostituirsi all'amministrazione inottemperante nell'emanazione dei provvedimenti amministrativi dovuti e non adottati, non essendo stata accolta la proposta legislativa di adottare una soluzione simile a quella italiana, assai avanzata, del giudizio di ottemperanza<sup>303</sup>. Con la conseguenza che nonostante l'insecuzione della sentenza amministrativa si riveli nella prassi amministrativa francese un'ipotesi abbastanza remota, l'unico strumento di coercizione rimane quello indiretto delle *astreintes*.

#### **4.6. Il Rapporteur public.**

Nel primo paragrafo di questo capitolo, si è accennato alla figura del *Rapporteur public*, fino al 1° febbraio 2009 denominato *Commissaire du gouvernement*, come espressione del carattere di diritto obiettivo del processo amministrativo francese.

Da non confondere col «*Rapporteur*» *tout court* che è il giudice relatore che, nel proprio *rapport*, riassume il contenuto della domanda introduttiva e i vari passaggi del procedimento giudiziale, senza poter manifestare pubblicamente la propria opinione sul merito della causa, il *Rapporteur public* ha «il compito di esporre al [giudice amministrativo] i quesiti giuridici che presenta il caso in giudizio e di fargli conoscere, formulando le proprie conclusioni nella massima

<sup>300</sup> MELLERAY, *op. ult. cit.*, 98 ss.

<sup>301</sup> N. FOULQUIER, *op. ult. cit.*, 638 ss.

<sup>302</sup> *Conseil constitutionnel*, decisione n. 86-224 del 23 gennaio 1987.

<sup>303</sup> Durante i lavori parlamentari che portarono all'approvazione della legge dell'8 febbraio 1995, n. 125, il senatore Arthuis aveva proposto l'introduzione di una figura simile al "commissario *ad acta*" previsto dall'ordinamento italiano.



indipendenza, la sua valutazione imparziale sulle circostanze di fatto e sulle regole di diritto applicabili al caso di specie, nonché, in piena coscienza, la sua opinione sulla possibile soluzione della controversia»<sup>304</sup>.

In buona sostanza, egli svolge nel processo amministrativo francese funzioni analoghe a quelle del Pubblico Ministero nel nostro giudizio di cassazione: esprime l'opinione sulla retta soluzione giuridica della controversia per contribuire all'attuazione della legge, dando ingresso nel processo all'interesse obiettivo dell'ordinamento.

La presenza di questo “rappresentante della legalità”, di questo – si potrebbe definire – “*procureur du droit*”, conferisce un ulteriore carattere di diritto obiettivo alla giurisdizione amministrativa, che neppure nel *contentieux de pleine juridiction* (a maggior ragione nel *recours pour excès de pouvoir*) è pura tenzone tra contrapposti interessi di parte, quello dell'amministrazione e quello del *requérant*, perché in essa fa ingresso anche l'interesse obiettivo all'osservanza dell'ordinamento giuridico anche attraverso la figura del *Rapporteur public*.

Il rilievo dell'interesse obiettivo alla legalità fatto entrare nel giudizio amministrativo da questo “*amicus curiae*” è reso evidente dalla circostanza che, per molto tempo, le conclusioni del *Commissaire du gouvernement* chiudono l'udienza e alla loro lettura le parti non possono replicare, quasi a voler realizzare che l'ultima parola - quella più importante - che i giudici devono ascoltare prima di ritirarsi in camera di consiglio per deliberare, dev'essere “la voce dell'ordinamento”.

Ma v'è di più, perché questa “voce” è considerata talmente essenziale, che i giudici devono poterla riascoltare quando si riuniscono per deliberare, sicché vige la regola che il *Commissaire* partecipa alla camera di consiglio decisoria, sebbene senza diritto di voto.

Due modifiche di questo assetto, attuative del principio del contraddittorio e del giusto processo, 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.

Da un po' d'anni a questa parte, prima in via di prassi e poi con il suggello del legislatore, le parti possono presentare brevi osservazioni orali di replica alle conclusioni del *Rapporteur public* (artt. R. 732-1 e R. 733-1 *CJA*).

Ma soprattutto, a seguito di diverse condanne della Francia da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>305</sup>, col decreto n. 2006-964 del 1° agosto 2006 è stata abolita la presenza del *Rapporteur public* nella camera di consiglio deliberante, nei giudizi davanti ai Tribunali amministrativi e alle Corti amministrative d'appello (art. R732-2 *CJA*), mentre in quelli davanti al Consiglio di Stato è stata attribuita alla parte il diritto potestativo di inibirne la presenza (art. R733-3 *CJA*). Secondo i giudici di Strasburgo, il principio della “parità delle armi” nel processo, presidiato dall'art. 6 della Convenzione, dev'essere rispettato non soltanto sotto il profilo dell'indipendenza e della terzietà effettive del giudice

<sup>304</sup> *Conseil d'État*, 10 luglio 1957, caso *Gervaise*.

<sup>305</sup> CEDU, sentenza 7 giugno 2001, *Kress v. Francia*; sentenza 5 luglio 2005, *Loyen v. France*; sentenza 12 aprile 2006, *Martinie v. France*.

e del Commissario di governo che gli “consiglia” la decisione (del quale si dà atto che svolge le sue funzioni in posizione di indipendenza e terzietà rispetto alle “parti” in causa), ma anche nella prospettiva dell’ “apparenza” di terzietà del giudice e dello stesso *Commissaire*, sicché quest’ultimo, se ha preso posizione contro le argomentazioni e le pretese del ricorrente in sede di discussione, non deve neppure lontanamente far sospettare di essere contro di lui anche quando i giudici deliberano, né apparire come un giudice a motivo della sua presenza in camera di consiglio («teoria delle apparenze»).

Anche attraverso queste modifiche, il giudizio amministrativo sembra andare nella direzione della sua strutturazione come un processo tra parti che rispetta, anche sul piano delle apparenze, il principio del contraddittorio e che assomiglia un po’ di più al modello processuale di diritto soggettivo per eccellenza: il giudizio civile. L’interesse obiettivo alla legalità di cui è portatore il *Rapporteur public* continua ad avere “diritto di residenza” nel *contentieux administratif*, ma in subordine alle prospettazioni delle parti e al di fuori della sede decisoria.

#### **4.7. Il *recours de pleine juridiction*.**

Il *recours de pleine juridiction* (o *recours de plein contentieux*) è l’altro grande pilastro del contenzioso amministrativo francese.

Ma se il *recours pour excès de pouvoir* è un’invenzione pressoché esclusiva della giurisprudenza del *Conseil d’État*, il *recours de plein contentieux* ha storicamente più solide fondamenta nella legge e più precisamente nella consapevole volontà del legislatore di sottrarre al giudice ordinario le più rilevanti controversie privatistiche e patrimoniali in cui è coinvolta una pubblica amministrazione, per attribuirne la cognizione prima alla stessa amministrazione in funzione di «giudice in causa propria» e poi ad un organo giurisdizionale speciale interno o “collaterale” alla stessa, sempre per dare attuazione al principio di separazione tra potere giurisdizionale e potere esecutivo.

Infatti, le radici del *contentieux de la pleine juridiction* possono rinvenirsi nella legge del 30 giugno - 2 luglio 1790 che assegna agli amministratori dipartimentali la cognizione delle controversie in materia di imposte dirette e nella legge del 6 - 11 settembre 1790 che conferisce alle amministrazioni dipartimentali e distrettuali la cognizione delle vertenze sulle imposte dirette, sui lavori pubblici e sui contratti amministrativi. Nella logica della non interferenza della giurisdizione negli affari della pubblica amministrazione, viene in tal modo istituito un “foro amministrativo” (al quale sono preposti, dalla fine del XVIII secolo, il Consiglio di Stato e i Consigli di prefettura) che, in cause assai considerevoli su diritti ed obblighi di diritto privato e di diritto tributario tra amministrazione e cittadini, sostituisce il “foro giudiziario”. E alle controversie su imposte e contratti pubblici, attribuite per legge, si aggiungono, in via giurisprudenziale, quelle sulla responsabilità extracontrattuale dello Stato<sup>306</sup>, particolarmente rilevanti in un sistema in cui per legge i pubblici funzionari sono

---

<sup>306</sup> L’*arrêt Blanco* del *Tribunal des conflits* dell’8 febbraio 1873, che si è ricordato nell’ultimo paragrafo del cap. I, sancisce autorevolmente questa ulteriore competenza giurisdizionale del giudice amministrativo.

sostanzialmente esentati da responsabilità civile per gli atti inerenti le loro funzioni<sup>307</sup>.

#### **4.8. Il carattere soggettivo del *recours de pleine juridiction*.**

Il nucleo originario del *contentieux de pleine juridiction* è, dunque, essenzialmente soggettivo, perché ha ad oggetto *droits* del privato - contraente, danneggiato o contribuente - nei confronti della pubblica amministrazione. Non a caso Léon Duguit<sup>308</sup> lo definisce come *contentieux subjectif* o *contentieux de droits*.

Il giudice amministrativo viene adito dal privato per la tutela di un diritto soggettivo e conosce pienamente - *au fond* - della controversia, svolgendo un «*arbitrage complet de fait et de droit*»<sup>309</sup>, alla stessa stregua del *juge judiciaire*, di cui ha gli stessi poteri decisorii: può invalidare o risolvere un contratto pubblico e può condannare l'amministrazione al risarcimento del danno contrattuale o aquiliano.

È evidente che la materia dei *contrats administratifs* e quella della *responsabilité de l'administration publique* sono le meno "pubblicistiche", si potrebbe dire, le meno "politiche" tra quelle deferibili alla cognizione del giudice amministrativo e che un'applicazione meno rigida del principio di separazione dei poteri potrebbe condurre senza grandi difficoltà sistematiche a devolvere al giudice ordinario, come del resto avviene in altri ordinamenti. Di qui la definizione di *contentieux ordinaire* con cui si designa nella manualistica francese il giudizio amministrativo di *pleine juridiction* su queste due materie.

E per il suo contenuto patrimoniale "sensibile", viene considerato un diritto soggettivo attivabile davanti al giudice amministrativo di "pieni" poteri anche la posizione del contribuente nei confronti dell'amministrazione fiscale, ancorché questa agisca con *actes de puissance publique*. Di qui l'appartenenza alla *pleine juridiction* anche del *contentieux fiscal*.

Se il *recours pour excès de pouvoir* introduce un «*procès fait à un acte*»<sup>310</sup>, il *recours de pleine juridiction* dà luogo, invece, ad un «*procès fait à la partie administrative, de partie à partie*»<sup>311</sup> perché il giudice «*prononce entre l'administration et ses contradicteurs comme les tribunaux ordinaires entre deux parties litigantes*»<sup>312</sup>.

Infatti, a differenza del *recours pour excès de pouvoir*, col *recours de plein contentieux* il ricorrente fa valere non già un mero interesse di fatto, ma una vera e propria situazione giuridica soggettiva, e domanda al giudice amministrativo di

---

<sup>307</sup> Come si è detto nel primo paragrafo, l'art. 13, tit. II, della legge del 16-24 agosto 1790 ha infatti introdotto la garanzia amministrativa della immunità processuale dei funzionari pubblici, stabilendo che i giudici non possono «citare davanti a sé gli amministratori per ragioni inerenti all'esercizio delle loro funzioni» senza un'autorizzazione dell'amministrazione, sostituita, nel 1799, con l'autorizzazione di quel suo organo interno, che è il *Conseil d'État*.

<sup>308</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, cit., 342 ss.

<sup>309</sup> E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, Paris 1896, 15.

<sup>310</sup> E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, cit., t. 2, 534.

<sup>311</sup> HAURIOU, *Precis de droit administratif et de droit public*, cit., 376.

<sup>312</sup> LAFERRIÈRE, *op. ult. cit.*, t. I, 15.

accertare e di proteggere un rapporto giuridico intercorrente con la pubblica amministrazione. Il giudizio ricalca il modello del processo civile tra parti contrapposte, secondo una prospettiva di tutela di diritto subiettivo. Per conseguenza, valgono le numerose regole del giudizio civile che, come si è visto, non possono applicarsi alla giurisdizione di diritto obiettivo sull'*excès de pouvoir*: il ricorrente deve stare in giudizio col patrocinio di un avvocato, può rinunciare al ricorso producendo l'estinzione del processo, la sentenza spiega effetti *inter partes* e può essere portata ad esecuzione coattiva, i motivi d'illegittimità non possono essere rilevati d'ufficio dal giudice e vale il principio della corrispondenza tra *petitum* e *decisum*.

Il *plein contentieux* si presenta, dunque, come assai diverso dal *contentieux de l'excès de pouvoir* nei presupposti, nell'oggetto e nei poteri decisionali del giudice. Se nel *recours pour excès de pouvoir*, che presuppone una *décision préalable*, il giudice amministrativo può soltanto conoscere degli *actes de puissance publique* e annullarli, nel *recours de pleine juridiction*, esperibile anche nei confronti di un comportamento, il giudice amministrativo può anche conoscere di alcuni *actes de gestion*, modificandone o estinguendone gli effetti con sentenze costitutive, può condannare l'amministrazione al pagamento di una somma di denaro, può annullare o riformare l'atto amministrativo che impone il pagamento di un'imposta, per esempio, riducendone l'ammontare, può far eseguire coattivamente la sentenza di condanna.

Si potrebbe dire che il *recours de pleine juridiction* arriva a coprire, seppur in ambiti diversi, gli spazi di tutela lasciati vuoti dal *recours pour excès de pouvoir* e rispetto a questo assicura una protezione giurisdizionale più ampia perché esercitata con poteri "pieni"; di qui il nome, l'apprezzamento degli operatori e l'auspicio della dottrina di estenderlo, ove possibile e più opportuno, anche al controllo di legalità dell'attività amministrativa presidiato dal meno "completo" *recours pour excès de pouvoir*.

#### **4.9. I *recours objectifs de pleine juridiction*.**

Col passare del tempo, allora, il campo di operatività del *recours de pleine juridiction* viene esteso dal legislatore ad ambiti tradizionalmente riservati al *contentieux de l'annulation*. Sicché, accanto al risalente *contentieux subjectif de pleine juridiction* in materia di contratti amministrativi e di responsabilità, che è un contenzioso "ordinario" attribuito al giudice "speciale" titolare di poteri "*judiciaires*", si afferma e si consolida in molti settori di attività amministrativa provvedimentoale, specialmente quando questa incide su diritti civili, economici e sociali fondamentali, il *contentieux objectif de pleine juridiction*, quale contenzioso "speciale" attribuito ad un giudice "speciale" titolare di poteri "pieni".

In tale contenzioso, a seconda dei settori, oltre alla condanna al pagamento di una somma di denaro, il giudice amministrativo, che è giudice di legittimità e di merito, può annullare l'atto amministrativo illegittimo o inopportuno, può riformarlo, sostituendo la sua valutazione a quella dell'amministrazione, e può anche conformare il successivo riesercizio del potere amministrativo nei casi in

cui la pronuncia giurisdizionale implichi necessariamente che l'amministrazione adotti un provvedimento o ponga in essere un'attività materiale; ciò che fino all'introduzione, nel 1980 e nel 1995, del *pouvoir de coercition* e del *pouvoir d'injonction* è inibito al giudice adito col *recours pour excès de pouvoir*.

I *recours objectifs de plein contentieux* costituiscono oggi una categoria alquanto eterogenea, il cui minimo comun denominatore è costituito dal porre tutti al giudice amministrativo una questione di legittimità di una decisione amministrativa, nel quadro, però, di un rapporto giuridico tra cittadino e autorità che conferisce alla questione stessa un carattere marcatamente soggettivo.

Secondo la classificazione più consolidata<sup>313</sup>, essi possono distinguersi in tre gruppi.

Il primo è composto da quei ricorsi preordinati ad ottenere una condanna al pagamento di una somma di denaro. Soprattutto nei casi in cui un vantaggio pecuniario dipenda da un atto amministrativo e questo sia di diniego, l'istante può o impugnare col *recours pour excès de pouvoir* il provvedimento negativo oppure può esperire il *recours de pleine juridiction* per porre la questione di legittimità dell'atto e contestualmente richiedere la condanna dell'amministrazione al pagamento della somma dovuta. Non v'è chi non noti come il secondo tipo di rimedio assorbe il primo e assicura una tutela più completa e concentrata.

Il secondo gruppo è costituito da tutte quelle controversie in cui al giudice amministrativo generale o speciale è attribuito dalla legge o dalla prassi giurisprudenziale il potere di sostituire la decisione annullata con la propria. A titolo esemplificativo, vi rientra il *contentieux fiscal*, che è il più risalente paradigma legislativo del *plein contentieux objectif*, nell'ambito del quale il giudice può modificare l'ammontare dell'imposizione contestata, il *contentieux électoral*, nel quale il giudice può rettificare i risultati elettorali e la designazione degli eletti, il *contentieux* sulle pensioni civili e militari, nell'ambito del quale il giudice può pronunciare direttamente sui diritti pensionistici degli interessati, il *contentieux des installations classées* per la protezione dell'ambiente, dove il giudice può autorizzare l'attività negata dal Prefetto e può modificare le condizioni dell'autorizzazione, il *contentieux de la tarification sanitaire et sociale*, nel quale l'organo giurisdizionale può sostituire la determinazione tariffaria, il *contentieux* sul riconoscimento della qualità di handicappato e il *contentieux* sull'attribuzione dello *status* di rifugiato, nei quali il giudice amministrativo può egli stesso accordare la qualità e lo *status*.

Il terzo gruppo è integrato dai ricorsi con cui si contestano le decisioni amministrative che irrogano sanzioni amministrative pecuniarie, interdittive o disciplinari. In sede di *recours objectif de pleine juridiction*, il giudice amministrativo generale o speciale può annullare la sanzione e riformarla, in senso sia favorevole che sfavorevole al ricorrente. Questo tipo di contenzioso ha assunto un notevole rilievo col proliferare delle Autorità amministrative indipendenti, che, com'è noto, sono generalmente titolari anche di una potestà

---

<sup>313</sup> CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit. 238 ss.

sanzionatoria, la legislazione istitutiva o modificativa delle quali ha *expressis verbis* attribuito al soggetto sanzionato il potere di ricorrere avverso la sanzione davanti al giudice amministrativo col *recours de pleine juridiction*.

#### **4.10. L'allargamento del campo di operatività del *recours de pleine juridiction* a scapito del *recours pour excès de pouvoir* e la riduzione delle distanze tra i due contenziosi.**

La conquista, da parte del *contentieux objectif de pleine juridiction*, di una parte rilevante dei territori riservati da una tradizione quasi bicentenaria al *recours pour excès de pouvoir*, ha posto in discussione, presso alcuni settori dell'accademia francese<sup>314</sup>, l'opportunità della sopravvivenza del classico rimedio di controllo di legalità di diritto obiettivo, rispetto al quale il primo avrebbe una maggiore "capacità performante", potendo assicurare, a protezione degli interessi del ricorrente e dell'interesse pubblico dell'ordinamento, una tutela maggiormente soddisfattiva, perché non limitata alla salvaguardia dell'integrità dell'ordine giuridico, ma estesa anche a protezione dei diritti del soggetto, perché non circoscritta alla caducazione dell'atto illegittimo, ma ampliata anche alla condanna al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento, e all'adozione di provvedimenti e comportamenti, nonché alla riforma dell'atto annullato.

A questo argomento deve anche aggiungersi quello fondato su quell'indirizzo giurisprudenziale in forza del quale il *contentieux de pleine juridiction* assorbe il *contentieux de l'annulation* quando nel medesimo ricorso è contenuta tanto la domanda di annullamento del provvedimento, quanto quella di condanna al risarcimento dei danni: in presenza di un cumulo di domande, la loro decisione è da attribuire al giudice *de plein contentieux* con la conseguente obbligatorietà del ministero di un difensore<sup>315</sup>.

Ora, non v'è dubbio che il *plein contentieux* abbia di fatto soppiantato l'*excès de pouvoir* in diversi settori dell'ordinamento ed abbia assunto un ruolo di maggiore protagonismo nella giurisdizione amministrativa francese a scapito del secondo e a beneficio di una più forte accentuazione del profilo soggettivo della tutela.

E però è altrettanto certo che il *recours pour excès de pouvoir* ha saputo resistere non soltanto a talune eccessive proposte di superamento, ma anche ai tentativi di ridimensionamento, continuando ad esibire i suoi innumerevoli caratteri pregiati, tra i quali emergono soprattutto la possibilità di contestare in maniera diretta («*attaquer*», dicono, non a caso, i francesi), immediata e generalizzata (e cioè *sans texte*: senza la necessità di un'espressa previsione normativa) la legittimità di un atto amministrativo, contribuendo, grazie all'ampia legittimazione a ricorrere, ad un diffuso controllo di legalità.

---

<sup>314</sup> D. BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, ed. LGDJ, Paris 2002.

<sup>315</sup> *Conseil d'État*, 7 novembre 1990, *Ministre de la Défense c/ Mme Slosse*. Così GASPARRI, *Tutele differenziate*, cit., 160-161.

Tuttavia, è assai verosimile che il moltiplicarsi delle fattispecie di *recours objectifs de plein contentieux* non sia stato privo di effetti sul *recours pour excès de pouvoir*.

Questo incremento, infatti, ha probabilmente contribuito a ridurre le distanze tra i due fondamentali rimedi del giudizio amministrativo francese, avendo questi in comune assai spesso il profilo di tutela di diritto obiettivo e quello della questione di legalità sottoposta al giudice. E poiché anche nel *contentieux objectif de pleine juridiction* rimane insopprimibile l'essenziale prospettiva subiettiva insita nella "missione" di protezione con poteri "pieni" della situazione giuridica soggettiva del ricorrente, l'avvicinamento tra i due rimedi ha determinato anche una "contaminazione" o, se si vuole, un "trapianto" da parte della *pleine juridiction* dei suoi profili subiettivi nel *recours pour excès de pouvoir*, nel contesto di un terreno istituzionale e culturale già abbondantemente "fertilizzato" in senso soggettivo dai vincoli di Strasburgo e di Bruxelles sul principio di effettività della tutela giurisdizionale e dall'accresciuta consapevolezza da parte del cittadino della titolarità di diritti da pretendere come azionabili nei confronti delle autorità amministrative.

Se il *recours pour excès de pouvoir*, rimedio giurisdizionale di diritto obiettivo, ha potuto intraprendere la strada della *subjectivation* col rafforzamento della tutela cautelare, con l'individuazione di un effetto conformativo della sentenza di annullamento e con l'introduzione dei poteri giurisdizionali di esecuzione della stessa, ciò è stato probabilmente possibile anche perché l'*objectivation* del *recours de pleine juridiction*, strumento giurisdizionale di diritto soggettivo, ha fatto sentire al primo la sua "concorrenza" di modello alternativo e più completo di osservanza del diritto obiettivo e di efficace protezione della persona, spingendolo al "miglioramento".

## **5. Conclusione. La "nuova" giurisdizione amministrativa francese: l'evoluzione nella tradizione. 5.1. La *subjectivation* del *contentieux administratif*.**

Se si volesse riassumere l'evoluzione del giudizio amministrativo francese in poche battute, si potrebbe dire così.

La giurisdizione amministrativa nasce in Francia, nei suoi tratti moderni con cui è giunta sino ai nostri giorni, all'indomani della Rivoluzione del 1789 e attorno a due idee fondamentali: evitare che i tribunali, eredi dei vecchi "parlamenti" locali, facessero azione di "interdizione" e di "ostruzionismo" nei confronti dell'amministrazione statalizzata, gerarchizzata, professionalizzata e trasformata da Napoleone in poi come «*le fait d'un seul*»<sup>316</sup> e concepita come titolare di una potestà "sovrana" di natura simile a quella legislativa e di rango equiordinato alla funzione giudiziaria, con conseguente obbligo di non interferenza reciproca tra potere giudiziario e potere esecutivo; e una spiccata sensibilità per l'interesse pubblico, inteso prima come interesse soggettivo

---

<sup>316</sup> Così Roeder davanti al Corpo legislativo, AP, 18 piovoso anno VIII, 2ème série, T. I, 169. In grado di trasferire la volontà statale dal centro alla periferia «con la rapidità della corrente elettrica», aggiungerà Chaptal davanti al Corpo legislativo, AP, 28 piovoso anno VIII, 2ème série, T. I, 230.

dell'apparato e successivamente come interesse della collettività, rispetto al quale le situazioni e le aspettative dei singoli sono in una prima fase temporale subordinate e in una seconda fase contemperate e coordinate in un giusto equilibrio, ciò che comporta, tra l'altro, che il principio di legalità amministrativa fonda la protezione giurisdizionale in prima battuta dell'*intérêt général* e solo indirettamente e di riflesso dell'interesse individuale.

Lo strumento giurisdizionale con cui il giudice speciale, prima interno alla pubblica amministrazione e poi ad essa "collaterale", ma sempre distinto e separato dal giudice "giudiziario", realizza questo controllo di legalità nell'interesse pubblico è il *recours pour excès de pouvoir*, creato dalla giurisprudenza del *Conseil d'État*, che in poco tempo diventa il giudizio "nobile" del *contentieux administratif*, facendo diventare "cadetto" il *recours* "primogenito" di *pleine juridiction* con cui quel giudice tutela, invece, direttamente le situazioni giuridiche soggettive dei privati, nei casi per lo più previsti dalla legge.

Grazie alla cultura "liberale" e alla *sagesse* del *Conseil d'État*, nel corso dei decenni del XIX e del XX secolo l'*excès de pouvoir* viene censurato sempre meno per sanzionare gli abusi della pubblica amministrazione e sempre più per proteggere gli interessi degli amministrati. Le tracce di questa attenzione alle posizioni e alle aspettative del privato si rinvengono sia nell'approfondimento del sindacato giurisdizionale della discrezionalità amministrativa e nell'individuazione di nuovi molteplici vizi di legittimità, sia nella configurazione giurisprudenziale di istituti che lasciano trasparire una ricostruzione in termini più "soggettivi" del giudizio amministrativo: la ricevibilità del *recours pour excès de pouvoir* proposto nei confronti di una decisione amministrativa a contenuto patrimoniale<sup>317</sup> e l'introduzione dell'opposizione di terzo avverso la sentenza di annullamento<sup>318</sup> sembrano esserne indizi assai significativi.

Nondimeno, la concezione della *legalité administrative* come servente innanzi tutto l'interesse pubblico impedisce di delineare il ricorso di annullamento con quei chiari tratti subiettivi di tutela diretta dell'individuo che si sviluppano invece in altri Paesi, il che rende questa tutela, pur assai incisiva, non pienamente soddisfattiva. Più in particolare, l'incisività è abbondantemente conseguita con l'arma distruttiva dell'annullamento dell'atto amministrativo, utilizzabile anche nei confronti delle manifestazioni di discrezionalità, ma la pienezza è preclusa dalla sporadicità della tutela cautelare, dall'impossibilità di riformare il provvedimento illegittimo o inopportuno, dall'inammissibilità della condanna a fare e a pagare, e a maggior ragione dall'inconcepibilità del costringere l'amministrazione in torto ad eseguire alcunché. La pienezza della tutela giurisdizionale è, invece, ben realizzata col *recours de pleine juridiction* che, però, è limitato a poche materie e, per questo, considerato meno utile e "pregiato" rispetto al generalizzato *recours pour excès de pouvoir* con cui si "attacca" direttamente qualunque *acte administratif*.

<sup>317</sup> *Conseil d'État*, 8 marzo 1912, *Lafage*.

<sup>318</sup> *Conseil d'État*, 29 novembre 1912, *Bussage*.



Col passare del tempo e soprattutto negli ultimi decenni, comincia a diventare sempre meno tollerabile questo vuoto di tutela dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione, specialmente ove addebitabile ad una tradizione di eccessivamente rigida interpretazione del principio di separazione dei poteri e al retaggio di un'ideologia di preminenza dell'interesse pubblico che pretende che la persona privata possa essere giurisdizionalmente protetta nei suoi interessi solo in modo indiretto e in occasione e in coincidenza della salvaguardia del diritto oggettivo. Troppo inarrestabile è la maturazione della convinzione, contrastante con questa ideologia e questa tradizione, che il cittadino sia titolare non di un semplice interesse occasionale e strumentale, ma di un vero e proprio diritto soggettivo a che l'amministrazione rispetti la legge nel suo operato e si "riscoprono" gli autori<sup>319</sup> che questo *droit à la légalité* hanno nel passato individuato ed elaborato. Troppo ineludibili per il Paese che ospita la sede della Corte europea dei diritti dell'uomo e che è tra i fondatori dell'Unione europea sono i moniti ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva della persona provenienti da Strasburgo e da Lussemburgo.

Accade allora che il "sistema" francese, che ha la fortuna di avere un assetto istituzionale moderno ed efficiente, con un legislatore sollecito e un governo ben "consigliato" da quel consesso di saggi esperti di diritto amministrativo e mai timorosi dei cambiamenti che giovino al sistema-Paese, che è il *Conseil d'État*, recepisca queste istanze di soggettivizzazione del contenzioso amministrativo, intervenendo in diverse direzioni.

Innanzitutto, con la progressiva previsione legislativa di numerose fattispecie di *recours objectifs de pleine contentieux* si estende l'ambito di operatività del rimedio giurisdizionale soggettivo per eccellenza al controllo di legalità oggettiva dell'attività amministrativa, tradizionalmente dominato dal *recours pour excès de pouvoir*, il quale dunque riduce la sua sfera di esclusiva.

In secondo luogo, si introduce prima il potere del giudice amministrativo di imporre a carico dell'amministrazione *astreintes* per l'esecuzione coattiva indiretta delle sentenze di annullamento e poi il potere di pronunciare *injonctions* nei confronti dell'amministrazione inottemperante. In tal modo, si fa emergere dalla sentenza di annullamento un effetto 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. Una vera rivoluzione copernicana nella direzione dell'efficacia e della pienezza della tutela del singolo, atteso che la declaratoria di illegittimità non si limita più a caducare l'atto amministrativo con una valenza "monitoria" o "pedagogica" per l'amministrazione sostanzialmente libera di reiterare l'atto illegittimo o comunque di non uniformarsi alla decisione giudiziale, ma consente

---

<sup>319</sup> I più notevoli sono J. BARTHÉLÉMY (*Essais d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, ed. S.R.G.L.A., Paris 1899) e R. BONNARD (*Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, in *R.D.P.*, 1923, 363 ss.; *Les droits publics subjectifs des administrés*, in *R.D.P.*, 1932, 695 ss; *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, ed. Delagrave, Paris 1934 e riprodotto nell'ed. Dalloz 2006).

di attribuire al *requérant* vittorioso l'utilità agognata, quello che in Italia verrebbe definito come il «bene della vita»<sup>320</sup>.

In terzo luogo, con una disciplina organica dei *référés* si irrobustiscono la tutela cautelare, i procedimenti d'urgenza a cognizione sommaria e i riti speciali accelerati. Grazie a questa riforma, il processo amministrativo viene ad essere 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.

Il processo amministrativo di legalità mette così sempre più al centro l'amministrato, si trasforma progressivamente in una contesa tra parti per la protezione giurisdizionale dei diritti soggettivi nascenti da un rapporto giuridico, evolve in mezzo di tutela dei diritti del soggetto e per questa via diventa sempre più simile al processo civile, di cui, non a caso, omologa la tipologia delle azioni: dichiarativa, costitutiva, di condanna, cautelare ed esecutiva. Diventa sempre più simile al processo civile persino nella codificazione della sua disciplina.

Infatti, il diritto processuale amministrativo francese, opera storica per eccellenza della giurisprudenza del *Conseil d'État*, viene interamente codificato nel *Code de justice administrative (CJA)*, emanato, nella sua parte legislativa<sup>321</sup>, con l'ordinanza n. 2000-387 del 4 maggio 2000, attuativa della legge-delega n. 99-1071 del 16 dicembre 1999. E la raccolta e la sistemazione in un corpo unitario ed organico delle norme di leggi e di decreti che si sono succedute nei decenni, così come interpretate ed applicate dalla giurisprudenza, contribuisce a rendere il diritto del contenzioso amministrativo «coerente, chiaro, intelligibile ed accessibile»<sup>322</sup> e, abbattendo la “mitologia del giurisprudenzialismo”<sup>323</sup> del *Conseil d'État*, sposta ulteriormente il baricentro della giustizia amministrativa dall'interesse pubblico all'integrità dell'ordinamento verso l'interesse del privato alla tutela dei propri diritti: ciascun cittadino può, infatti, conoscere con chiarezza e con certezza come far valere in giudizio le proprie situazioni giuridiche soggettive, né più né meno di quanto avviene nel processo civile, senza doversi aspettare sorprese dall'applicazione di un diritto giurisprudenziale incerto e suscettibile di cambiamento ad opera del giudice.

Insomma, la stessa emanazione del codice del processo amministrativo sembra evidenziare l'omologazione della funzione di tutela subiettiva del giudizio amministrativo a quella del codificato processo civile: le persone che intendono adire il giudice amministrativo per tutelare i propri diritti e interessi devono poter 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.

---

<sup>320</sup> Corte di Cassazione, Sez. Un., n. 500/1999.

<sup>321</sup> Il Codice consta di una parte di disposizioni legislative e di una parte di disposizioni regolamentari ed è costantemente aggiornato secondo la tecnica francese ben collaudata della “codificazione permanente”.

<sup>322</sup> CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 163.

<sup>323</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., 51, nota n. 13.

## **5.2. L'indipendenza dei giudici amministrativi e la "complementarietà" delle due giurisdizioni.**

Contestualmente a questa evoluzione in senso soggettivo del giudizio amministrativo, causa ed effetto della stessa, l'organizzazione giudiziaria della giurisdizione amministrativa diventa 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 o simili 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.

Si può allora osservare che l'assetto organizzativo della giurisdizione amministrativa sia diventato complessivamente indipendente e autonomo dal potere esecutivo come quello della giurisdizione ordinaria ed abbia 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 risulta anche dalla parificazione dei rispettivi organi di cassazione e di nomofilachia 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 quest'ottica, sembrerebbe non esistere più 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.

### **5.3. Il giudizio amministrativo francese rimane a salvaguardia della *légalité objective*, ma è sempre più proiettato ad assicurare una tutela piena ed effettiva dell'individuo.**

Insomma, la giurisdizione amministrativa, sia sul piano funzionale che su quello organizzativo e ordinamentale, è sempre meno distante da quella ordinaria e il giudizio amministrativo è sempre più proiettato ad assicurare una tutela piena ed efficace del soggetto, come quello civile, e come questo è sempre più costruito come un processo tra "parti", come può evincersi anche dalle numerose regole del *Code de justice administrative* che adoperano spesso quest'espressione nel disciplinare la contesa davanti al giudice amministrativo e che consentono all'amministrazione che ha emanato l'atto impugnato di produrre in giudizio le proprie ragioni per contrastare la domanda di annullamento, alla stregua di una vera e propria "parte" processuale.

La stessa non retroattività della sentenza di annullamento che, per evitare conseguenze «*manifestement excessives*» in relazione agli interessi coinvolti, può essere eccezionalmente decisa, secondo il noto arresto dell'Assemblea del *Conseil d'État*<sup>324</sup>, dal giudice amministrativo, è stata intesa da una parte della dottrina come il più convinto approdo alla soggettivizzazione del *contentieux de l'annulation*<sup>325</sup>.

Ciò nonostante, la giurisprudenza e la gran parte della dottrina francese continua a configurare il *recours pour excès de pouvoir* come uno strumento di diritto oggettivo a tutela della legalità in sé e per sé considerata.

La ragione dell'attaccamento a questa tradizionale ricostruzione, però, non può più rinvenirsi nell'originaria credenza che il cittadino non sia titolare di un diritto soggettivo alla legalità dell'azione amministrativa, troppo anacronistica ai giorni nostri in cui si ha piena contezza di tutte le implicazioni insite nel principio dello Stato di diritto e del primato della legge.

Probabilmente essa va oggi cercata nella volontà di continuare a consentire il più ampio accesso possibile dei cittadini alla giurisdizione amministrativa, ciò che produce un più diffuso controllo di legittimità dell'azione amministrativa e al contempo favorisce un più consapevole "senso di cittadinanza": ciascun *fils de la République* che sia portatore di un mero interesse di fatto può attivare una verifica giurisdizionale di legittimità dell'operato della "sua" pubblica amministrazione e collaborare al ripristino della legalità nel "suo" Paese.

---

<sup>324</sup> «Si l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu, l'office du juge peut le conduire exceptionnellement, lorsque les conséquences d'une annulation rétroactive seraient manifestement excessives pour les intérêts publics et privés en présence, à moduler dans le temps les effets de l'annulation qu'il prononce» (*Conseil d'État, Assemblée*, 11 mai 2004, n. 255886, *Association AC ! et autres*).

<sup>325</sup> J. C. RICCI, *Mémento de la jurisprudence administrative*, ed. Hachette supérieur, Paris 2008, 143; M. FROMONT, *La place de la justice administrative français in Europe*, in *Droit administratif*, n. 7/2008, 12.

Il giudizio amministrativo francese di annullamento, dunque, persegue sempre meno indirettamente e sempre più pienamente l'interesse individuale del ricorrente, ma continua anche ad attuare la salvaguardia del diritto obiettivo e dell'interesse pubblico alla legalità.

In fondo, questa "sintesi" tra interesse individuale al proprio vantaggio e interesse pubblico alla legalità, tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, tra situazione giuridica personale e utilità generale, tra libertà e autorità, è la ragion d'essere più profonda della giurisdizione amministrativa, funzionalmente sempre ordinata a realizzare la mediazione tra la tutela dell'interesse del singolo cittadino e l'interesse della collettività, entrando nel meccanismo di cura concreta, effettuata dall'amministrazione, del secondo senza sacrificare eccessivamente il primo.

Se è vero che il *contentieux administratif* nei suoi due *recours* fondamentali parrebbe assomigliare oggi sempre di più al processo civile e alla sua attitudine a «dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»<sup>326</sup>, è anche vero che il giudizio amministrativo francese sembra essere sempre più pensato come un dispositivo che deve assicurare un servizio contemporaneamente ai singoli utenti e alla collettività.

La giurisdizione amministrativa francese si va, se così si può dire, "ordinarizzando", nella misura in cui cerca di assicurare, in posizione di terzietà e di indipendenza dall'esecutivo, una più piena protezione delle posizioni della persona e con poteri omologhi a quelli del giudice civile, ma rimane anche "speciale" nella sua funzione di "guardiano" dell'osservanza del diritto obiettivo e "specializzata" nel garantire il giusto temperamento dell'interesse individuale con l'interesse della collettività, perché in una società complessa non esistono episodi di vita isolati, né diritti assoluti, né situazioni che non debbano tener conto di altre esigenze, di altri interessi e di altri valori.

---

<sup>326</sup> G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, ed. Jovene, Napoli 1912 (ristampa inalterata, Napoli, 1965), 81.



## Capitolo IV L'INGHILTERRA.

SOMMARIO: 1. Le idee ispiratrici e i caratteri fondamentali del sistema. - 2. Il “*common law*”. - 2.1. Le origini e la formazione del *common law*. - 2.2. L'*equity*. - 2.3. Le diverse accezioni dell'espressione “*common law*”. - 3. La via inglese verso lo Stato moderno: la bipartizione del potere pubblico e l'assenza di un'amministrazione esecutiva e giustiziale. - 4. L'impetuosa proliferazione, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, di organismi di amministrazione esecutiva e giustiziale. La nascita dell'*administrative law*. - 5. L'egemonia culturale di Albert Venn Dicey: la negazione del potere amministrativo e del diritto amministrativo. - 6. Un *administrative State* e un *administrative law* senza la presa d'atto della loro esistenza da parte del *legal system* e dell'accademia tradizionale. - 7. I fattori di debolezza del *judicial review* e la *deference* delle *courts*. - 8. Gli *administrative tribunals*. Il *Tribunals and Inquiries Act* del 1958. - 9. L'inizio degli anni sessanta: la scoperta del diritto amministrativo da parte dell'accademia più “tradizionale” e il risveglio del *judicial review*. La progressiva estensione del sindacato delle *courts*. - 10. La modifica nel 1977 dell'*Order 53* delle *Rules of the Supreme Court* e il *Supreme Court Act* del 1981: la codificazione del *judicial review of administrative action*. Un processo amministrativo speciale davanti una sezione specializzata della giurisdizione ordinaria. - 10.1. La regola della *procedural exclusivity*. Il problema dell'individuazione dei criteri del riparto della “giurisdizione funzionale”. - 11. Dal *Leggatt Report* al *Tribunals, Courts and Enforcement Act* del 2007: la “giurisdizionalizzazione” degli *administrative tribunals*. - 11.1. L'organizzazione del nuovo sistema degli *administrative tribunals*. - 11.2. Procedimento e attribuzioni del *First-tier Tribunal* e dell'*Upper Tribunal*. - 11.3. La natura giuridica del *First-tier Tribunal* e dell'*Upper Tribunal*. La conquista degli *administrative tribunals* alla giurisdizione. - 12. Conclusione. L'evoluzione della giustizia amministrativa inglese: dalla pluralità dei riti all'unitario processo amministrativo speciale; dal monismo giudiziario ad un sistema integrato di giurisdizione amministrativa speciale e di giurisdizione ordinaria specializzata.

### **1. Le idee ispiratrici e i caratteri fondamentali del sistema.**

Nella formazione degli ideal-tipi di sistemi amministrativi, se la Francia, come visto, ha costituito il paradigma di Stato a *régime administratif* caratterizzato da una pubblica amministrazione configurata e concepita come soggetto unitario e organico e costituente un potere pubblico equiordinato agli altri, assoggettata ad una disciplina autonoma (il *droit administratif*) “esorbitante” e derogatoria rispetto al diritto comune, e sottoposta al controllo di un giudice speciale, diverso da quello ordinario, l'Inghilterra<sup>327</sup> ha, invece,

---

<sup>327</sup> Ripetiamo qui - *repetita iuvant* – quel che abbiamo già accennato incidentalmente e più ellitticamente nel capitolo I: generalmente, certamente in questo scritto, quando si parla del sistema giuridico inglese

rappresentato, fino a poco tempo fa, il modello opposto di ordinamento, senza una pubblica amministrazione unitaria e uniforme, titolare di potestà proprie e “originarie”, e equiordinata rispetto agli altri poteri pubblici, essendo le autorità amministrative assoggettate allo stesso diritto dei privati (il *common law* ovvero l'*ordinary law of the land*)<sup>328</sup> e sottoposte al controllo dello stesso giudice dei rapporti interprivati, reputato e affermato come l'unico giudice del Regno (le *ordinary Courts of law* ovvero le Corti di *common law*).

Si suole riassumere questo sistema, detto anche di *common law* o “a diritto comune”, come quello che s'ispira al principio della *rule of law* (o della *supremacy of law* o della *predominance of law*), nel particolare significato che ad esso attribuiva Albert Venn Dicey, docente all'Università di Oxford e alla *London School of Economics and Political Science* negli ultimi due decenni dell'Ottocento e nei primi anni del Novecento, che, col suo magistero e soprattutto con la sua più nota e importante opera – *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* - pubblicata, nella sua prima edizione, nel 1885, ha influenzato tutta la cultura giuridica inglese fin quasi ai nostri giorni.

Secondo Dicey, la *rule of law* comporta, innanzi tutto, che la pubblica amministrazione non dispone di poteri discrezionali, di *prerogatives*. Nel Regno Unito, i funzionari pubblici non possono limitare discrezionalmente le libertà e i diritti dei cittadini, come avviene in Francia e negli altri paesi dell'Europa continentale. Nessuna autorità pubblica, se non il giudice e nei soli casi previsti dalla legge, può sanzionare un suddito di sua Maestà o né restringere in altro modo la sua sfera patrimoniale e giuridica.

In secondo luogo, per Dicey, la *rule of law* vuol dire che ogni uomo, qualunque sia il suo rango e la sua condizione, sia egli un soggetto privato o un funzionario pubblico, è soggetto alla *ordinary law of the realm* (in cui consiste il *common law*) e al controllo delle *ordinary Courts of law*. Non esistono diritti speciali né giudici speciali per ministri, governatori delle colonie, ufficiali

---

s'intende riferirsi, con una sineddoche, all'ordinamento non solo dell'Inghilterra, ma anche del Galles, e, soltanto raramente, per taluni istituti, a quello della Scozia e dell'Irlanda del Nord, nazioni costitutive (*Home Nations*) del Regno Unito di Gran Bretagna e dell'Irlanda del Nord, le prime tre formanti la Gran Bretagna, altra sineddoche con la quale, come, del resto, l'aggettivo “britannico”, si suole designare l'intero Regno Unito. Infatti, il diritto scozzese si fonda su due fonti principali: le leggi promulgate (*enacted law*) e la *common law*. L'*enacted law* può avere origine in diversi corpi legislativi: diritto romano del *Corpus giustiniano*, diritto canonico, atti dell'antico parlamento scozzese prima del 1707, proclami reali, atti del parlamento britannico, atti del parlamento scozzese rieletto nel 1999, trattati dell'Unione Europea o legislazione europea, leggi locali (*by-laws*). La *common law* scozzese deriva la sua autorità dalle sentenze delle Corti di Scozia e riposa sulla tradizione legale scozzese. Si potrebbe brevemente e assai schematicamente affermare che il diritto scozzese è un misto di *civil law* e *common law*, quest'ultimo parzialmente diverso da quello inglese-gallese, ovvero che, in Scozia, il *civil law*, che pure ha avuto una funzione rilevante nella formazione del *common law* inglese, ha un ruolo preminente rispetto a quello avuto in Inghilterra. Anche il diritto dell'Irlanda del Nord si è evoluto in modo parzialmente distinto da quello dell'Inghilterra.

<sup>328</sup> È opportuno precisare che la parola inglese “*law*” è femminile, ma che l'espressione “*common law*” e l'equivalente “*ordinary law of the land*” (o “*of the realm*”) vengono tradotte, in italiano, al maschile, con “diritto comune” e “diritto ordinario del paese” (o “del regno”): ragion per cui si è soliti premettere, in italiano, indifferentemente tanto l'articolo determinativo femminile (pensando al sostantivo inglese), quanto l'articolo determinativo maschile (in riferimento alla traduzione italiana), così come si è soliti usare la concordanza aggettivale sia nell'un genere che nell'altro.



dell'esercito, agenti di polizia, esattori delle imposte, funzionari di *inspectories*, *departments*, *agencies*, *authorities*, *boards* o *commissions*; nello svolgimento delle loro funzioni, essi sono tutti sottoposti all'unico diritto e all'unico giudice del Regno, gli stessi dei soggetti privati.

In terzo luogo, per Dicey, la *rule of law* significa che, in Inghilterra, i principi costituzionali, come la libertà personale, la proprietà privata, la libertà di stampa, il diritto di associazione e di pubblica riunione, non riposano su proclamazioni o dichiarazioni generali, come quelle del Continente, destinate in gran parte a restare inattuati, ma sono l'effetto delle pronunce delle corti ordinarie di giustizia, che applicano la *ordinary law of the land*<sup>329</sup>. È l'idea secondo cui la protezione dei diritti individuali non è affidata soltanto alla legislazione del Parlamento, ma anche e soprattutto ai giudici, a quella *judicial legislation* - in cui consiste il *common law* - «che per la sua forza legata al caso concreto e al fine di giustizia, assicura ampiamente il nesso tra diritto e rimedio, assai labile nei «codici costituzionali»»<sup>330</sup>.

In queste tre prospettive, e soprattutto tenendo presente l'ultima, emerge chiaramente che, per il professore oxoniense, *rule of law* significa più autenticamente «*rule of the common law*» e che Dicey nel (non) concepire il diritto pubblico, si fa interprete, tra i più eminenti nei suoi mille anni di storia, della cultura giuridica e della *mind* dei *common lawyers*.

La *rule of law* è, per Dicey, «il bastione che si erge contro il diritto amministrativo, è in funzione della negazione del diritto amministrativo, perché comporta che tutti siano sottoposti allo stesso diritto e allo stesso giudice»<sup>331</sup>.

Monismo giuridico e giudiziario, da un lato, e «pubblica amministrazione a diritto comune», cioè non governata da un «diritto speciale» com'è il diritto amministrativo, dall'altro, sono, dunque, i tratti caratteristici dell'ordinamento inglese. Anzi, sono, più correttamente, i tratti originari, perché, come cercheremo di mostrare nelle prossime pagine, da almeno un cinquantennio a questa parte è in atto una profonda trasformazione del sistema britannico che lo ha progressivamente reso sempre più simile a quello dei paesi dell'Europa continentale a diritto amministrativo e a giurisdizione speciale o, quanto meno, specializzata.

Per quel che riguarda, in particolare, l'assetto giurisdizionale, è interessante notare – ed è quello che maggiormente ci preme in questa trattazione – che se lo Stato a *régime administratif* per antonomasia, come si è visto nel capitolo precedente, vada rendendo la sua giurisdizione speciale sempre più simile, sotto il profilo organizzativo-ordinamentale e funzionale-processuale, a quella ordinaria, per converso nel sistema archetipico di diritto comune, e cioè nella Patria del *common law*, la giurisdizione unica e ordinaria è andata evolvendo verso una giurisdizione, per certi versi, speciale, per altri versi, ordinaria ma specializzata nella cognizione delle controversie amministrative, e in entrambi i casi dal punto di vista sia dell'organizzazione che del rito applicabile, al punto

---

<sup>329</sup> D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 64.

<sup>330</sup> D'ALBERTI, *op. ult. cit.*, 64.

<sup>331</sup> CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, cit., 71.

che questo ravvicinamento degli opposti ideal-tipi, comune anche ad altri paesi europei, fa dire ad una parte della dottrina che, pur nel rispetto delle diverse tradizioni giuridiche, esista oggi un modello omogeneo di “giudizio amministrativo europeo”<sup>332</sup>.

Come, in Inghilterra, si sia passati da un sistema costituzionale fondato sui due soli poteri del legislativo e del giudiziario, a quello più conosciuto e moderno della effettiva tripartizione, nel quale anche il Governo e gli apparati amministrativi svolgono rilevanti funzioni di “regolazione della società e dell’economia”, con un ruolo istituzionale equiordinato a quello del Parlamento e delle Corti; da una cultura giuridica di negazione e di rimozione del diritto amministrativo<sup>333</sup>, e di indistinzione tra *private law* e *public law*, ad un’altra di riconoscimento della dignità e della centralità dell’*administrative law* e del peculiare regime giuridico dei *public law cases*; e quindi da una “pubblica amministrazione a diritto comune” ad una “pubblica amministrazione a diritto amministrativo”; da un assetto giurisdizionale unitario senza alcuna specifica tutela del cittadino nei confronti degli abusi delle autorità amministrative, ad un assetto giurisdizionale unitario con la tutela del cittadino affidata ad un sistema di ricorsi amministrativi davanti ad organismi semi-indipendenti (*Administrative Tribunals*), e poi ad un ordinamento giurisdizionale formalmente unitario, ma articolato anche in una sezione specializzata per la cognizione delle controversie amministrative (la *Administrative Court* della *Queen’s Bench Division* della *High Court of Justice*) composta di magistrati specializzati in *administrative law*, decise con un rito speciale e differenziato da quello civile (l’*application for judicial review of administrative action*), e del quale ordinamento giurisdizionale unitario costituisce parte integrante anche il retaggio del precedente sistema dei ricorsi amministrativi, oggi definitivamente giurisdizionalizzati, davanti ai *Tribunals*, divenuti autonomi e indipendenti e anch’essi giurisdizionalizzati e assomiglianti molto ad organi giurisdizionali speciali di tipo continentale; il tutto preceduto e poi accompagnato dal mutato atteggiamento delle *Courts* nei confronti del *judicial review* dell’attività amministrativa, non più di *indulgence* e di *deference*, ma di *interventionism* all’insegna di un sindacato sempre più incisivo e penetrante, non più limitato al controllo di legalità formale e procedurale, ma esteso alla legalità intrinseca e sostanziale, che si svolge con criteri identici e tecniche simili a quelli del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa degli Stati dell’Europa continentale: è ciò di cui si cercherà di parlare nelle prossime pagine, con uno svolgimento che non potrà prescindere da una breve ricostruzione storica dell’esperienza giuridico-istituzionale inglese (connotata da una continuità quasi millenaria e da un “gradualismo” che non hanno eguali nel panorama mondiale), perché soltanto

---

<sup>332</sup> DE PRETIS, *Giustizia amministrativa*, cit., 292. Ma si leggano anche le considerazioni svolte nel cap. II, § 9.4.

<sup>333</sup> S. CASSESE (in *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, cit., 90-91) emblemizza questa rimozione e negazione del diritto amministrativo, ricordando la risposta di Dicey a Barthélemy nel resoconto indiretto fattone da W.A. Robson, in *The report of the committee on ministers’ powers*, in *Pol. Q.*, III, 1932, p. 346: «*In England we know nothing of administrative law; and we wish to know nothing*».

conoscendo il dispiegarsi dei più rilevanti e intrecciati avvenimenti degli scorsi secoli si può cercare di comprendere l'attuale sistema amministrativo inglese.

Ma prima ancora di provare a mostrare le "radici" storiche dell'attuale ordinamento giuspubblicistico britannico e del vigente *administrative law*, vorrei cercare di riflettere sul significato di un'espressione – *common law* – talmente rilevante, da essere quella con cui si è soliti designare tutto il sistema giuridico inglese e quello dei paesi ai quali, per ragioni coloniali, il diritto inglese si è esteso. Si tratta, infatti, di una locuzione polisenso che, senza un'adeguata esplicitazione e delimitazione dei vari concetti dalla stessa inglobati, può ingenerare molti equivoci ed impedire la comprensione sia dell'assetto costituzionale inglese, di cui, nel suo significato più autentico, il *common law* rappresenta, insieme alla *parliamentary sovereignty*, la struttura portante, sia della storia che dell'attualità degli istituti amministrativi inglesi.

## 2. Il "common law".

In prima battuta, si potrebbe definire il *common law* come quel diritto creato non da un monarca o da un'assemblea (diritto scritto) e neppure dalle spontanee energie popolari (diritto consuetudinario), ma, caso per caso (*case law*), «da un ristretto gruppo di giudici, immersi in una lunga e ininterrotta tradizione, che occupavano posizioni di grande importanza, e che dispiegavano un notevole senso di indipendenza»<sup>334</sup>.

L'aspetto certamente più caratteristico del *common law* è l'essere questo essenzialmente un *judge made law* e un *case law*. Non che il diritto scritto manchi in Inghilterra: perché anzi la massa degli *statutes* è assai considerevole. Ma la legge non scritta dei casi decisi giudizialmente costituisce ancora oggi il corpo principale della *common law*.

All'osservatore continentale questa constatazione potrebbe sembrare inconciliabile col principio costituzionale squisitamente inglese della *parliamentary sovereignty* e della *supremacy of law* secondo cui non deve esservi alcuna interferenza del potere statale con la vita, con la libertà e con i beni di ogni cittadino che non sia autorizzata da una legge voluta dai rappresentanti all'uopo eletti dal popolo.

«Una spiegazione frequentemente data è che in effetti la *common law* non scritta è basata sul consenso parlamentare non meno che le leggi emanate attraverso *statutes*, perché ogni regola della legge non scritta può in ogni momento essere annullata attraverso un nuovo *statute*», sicché «la mancata abrogazione da parte del Parlamento della *common law* tuttora esistente è considerata come una tacita approvazione. Tuttavia, più vicina al sentimento popolare britannico è l'idea che la *common law* non necessiti dell'approvazione dei rappresentanti del popolo, perché è la legge stessa degli inglesi, la concretizzazione della giustizia e della ragione come intese in Inghilterra»<sup>335</sup>.

<sup>334</sup> Così M. NIGRO, in *Giustizia amministrativa*, cit., 36, citando M. RHEINSTEIN, voce «*Common law – Equity*», Enc. Dir., Milano 1960, VII, 916.

<sup>335</sup> M. RHEINSTEIN, voce «*Common law – Equity*», Enc. Dir., Milano 1960, VII.

In questa prospettiva, il *common law* ha, nell'isola britannica, un rilievo costituzionale particolarmente rilevante, assai difficile, nella sua originalità, da comprendere per uno studioso abituato a ragionare sulla base delle categorie giuridiche della “costituzione scritta” e della dicotomia “flessibile-rigida”.

Com'è noto, lo Stato inglese non ha una carta costituzionale, perché la sua “costituzione” risiede in alcune dichiarazioni assai risalenti, in alcune leggi, e soprattutto nelle convenzioni e nella prassi formatesi e consolidatesi in secoli di storia. E tra queste convenzioni e prassi vi è anche, appunto, il riconoscimento del *common law* “creato” e amministrato dalle Corti giudiziarie. Anzi, si può dire che il *common law* è parte integrante della “costituzione” inglese<sup>336</sup> perché storicamente sono stati lo stesso *common law* e le *ordinary Courts of law* depositarie dello stesso ad aver contribuito a costruire l'assetto fondamentale dei poteri pubblici e il rapporto tra questi e i sudditi di sua Maestà. Quelle libertà fondamentali e quei diritti civili che, a partire dal 1789, le carte costituzionali dei paesi dell'Europa continentale cercheranno di proclamare e di proteggere, avevano già trovato tutela più di un secolo prima in Inghilterra proprio nel *common law*.

Ma come si è formato e come si forma questo diritto giurisprudenziale?

Si può concordare con quella dottrina che spiega che il *common law*, più che “creato”, viene “ritrovato” dai giudici, e il luogo in cui viene scoperto sono i precedenti giudiziari nei quali il preesistente *common law* ha trovato espressione attraverso i secoli, continuamente adattandosi alle varie circostanze e tuttavia restando sempre lo stesso. Esso è stato ed è elaborato dai giudici non arbitrariamente, ma in aderenza ai costumi e alle convinzioni del Paese.

Fin dalle origini della *Curia Regis*, i giudici di Londra si sono adoperati affinché la diversità degli usi locali fosse sostituita con uniformi “usi del reame”,

---

<sup>336</sup> E probabilmente non sarebbe errato ritenere che il *common law* sia parte integrante anche della Costituzione americana. Non solo perché ad esso rinviano esplicitamente l'art. 3, sez. II, il VII e l'XI emendamento della Carta fondamentale, ma soprattutto perché la vigenza del *common law*, ritenuto dai Padri Costituenti il presidio del diritto di proprietà e degli altri diritti civili più importanti, è il presupposto tacito dell'impianto della Costituzione. Per tutelare i diritti dei proprietari e gli altri diritti civili protetti dal *common law* anche quando essi fossero stati ridotti al ruolo di minoranza politica, i *Founding Fathers* (guidati in questo soprattutto dall'intelligenza di James Madison) costruirono il potere legislativo federale in modo da imbrigliare il principio maggioritario con un'estrema settorializzazione dei centri del potere legislativo stesso. La Costituzione americana, infatti, disegna un processo legislativo in cui per emanare una legge federale occorre trovare un compromesso tra un numero così elevato di interessi costituzionalmente diversificati, da rendere sperabilmente inagibile la legislazione come strumento di riforma del diritto privato comune. Legiferare a livello federale implica la necessità di tener conto degli interessi immediati degli Stati più popolosi, altrimenti non si ottiene la maggioranza in seno alla *House of Representatives*, i cui membri, in numero proporzionato, per ciascuno Stato, rispetto alla popolazione dei singoli Stati, debbono affrontare la rielezione ogni due anni; degli interessi di più lungo periodo della maggior parte degli Stati, altrimenti non si ottiene la maggioranza in seno al Senato, i cui membri sono due per ciascuno Stato e affrontano la rielezione ogni sei anni; dell'interesse dell'Unione così come interpretato dal Presidente in carica, altrimenti ci si scontra col suo veto. I padri costituenti speravano che da un simile processo legislativo avrebbero potuto sortire solo leggi o di rilevanza triviale o un insieme di grandi e ben ponderate leggi politiche, ma non leggi civili, perché tutti quei centri di interesse non si sarebbero mai coordinati per derogare al *common law* (così osserva acutamente GAMBARO, in *L'esperienza giuridica degli Stati Uniti d'America*, in A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, ed. 2008, 134, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, ed. UTET, Torino).

che a loro volta furono non un coacervo di consuetudini, ma l'espressione della convinzione dei giudici su ciò che fosse giusto, lecito o corretto.

Si può dire, insomma, che all'origine e alla base del *common law* vi è un *mos iudiciarius* tenacemente mantenuto ed elaborato attraverso i secoli dai giudici di una potente corte unificata e centralizzata, provenienti e coadiuvati da una classe forense fortemente corporativa e auto-perpetuantesi, da subito centralizzata e organizzata in associazioni chiuse (*Inns of Court*)<sup>337</sup>.

In seguito alle medesime tendenze che inducevano i principi dell'Europa continentale a circondarsi di consiglieri educati al diritto romano, i Tudor e gli Stuart favorirono l'insegnamento del diritto romano e tentarono di introdurre un nuovo metodo d'amministrazione governativa della giustizia imperniato sull'applicazione della più grande esperienza giuridica ultramillenaria come reinterpretata dai canonisti, dai glossatori e dai commentatori. Ma se nei paesi continentali il recepimento del diritto romano poté avere successo perché l'amministrazione della giustizia era talmente frazionata fra le innumerevoli corti locali che in nessun posto poteva svilupparsi una professione legale centralizzata ed organizzata in grado, se del caso, di interdirlo o di limitarlo, in Inghilterra, invece, l'“aggressione” del diritto romano (e del latino dei canonisti) fu sconfitta dalla resistenza della professione legale fortemente organizzata che, attraverso la sua alleanza col partito del Parlamento, contribuì ampiamente alla caduta di Carlo I, delle sue tendenze assolutiste e dei suoi sforzi di sostituire alle corti di *common law* (dove si parlava non il latino, ma il francese normanno e dal XVI sec. in poi l'inglese) nuove corti formate da giuristi educati al diritto romano<sup>338</sup>.

### 2.1. Le origini e la formazione del *common law*.

Molti storici rinvencono la nascita del *common law* nel 1066, quando Guglielmo di Normandia conquista l'Inghilterra introducendo un sistema di amministrazione centralizzata moderno e avanzato, come parziale correttivo alle spinte centrifughe dei poteri baronali, tipiche dell'assetto feudale dell'epoca. Sotto questo profilo, il Regno normanno percorre due strade: da un lato, la realizzazione di una “tecnocratica” struttura fiscale<sup>339</sup>, fondata su una sorta di catasto col quale censire per iscritto tutte le ricchezze del Regno<sup>340</sup>; dall'altro, l'istituzione di un sistema giudiziario centralizzato attraverso cui la giustizia regia viene regolarmente dispensata da membri della Corte del Sovrano<sup>341</sup>. E lo strumento della giustizia regia è quello dei *writ*, ordine<sup>342</sup> con cui il Re si rivolge ad un suo funzionario locale, lo sceriffo, o anche al signore locale, di cui il Re è a sua volta “signore” (perché il Re, nella teoria feudale, è considerato il *Lord* di

---

<sup>337</sup> RHEINSTEIN, *op. ult. cit.*

<sup>338</sup> RHEINSTEIN, *op. ult. cit.*

<sup>339</sup> A. GAMBARO, *Common law ed equity in Inghilterra*, in A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, ed. 2008, 49, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, ed. UTET, Torino.

<sup>340</sup> Il c.d. *Domesday Book*.

<sup>341</sup> J.H.BAKER, *An Introduction to English Legal History*, ed. Butterworth, London 1979, 10.

<sup>342</sup> Il «*writ*» (letteralmente, «scritto», participio passato antico del verbo «*write*»), chiamato anche *brevis*, era un documento breve, costituito da un foglio di pergamena di venti centimetri per dieci, che assumeva la forma di una lettera missiva.

tutti i *Lords*), affinché essi si attivino per la soddisfazione del diritto di colui che se lo è procurato rivolgendosi, previo pagamento di una sportula, all'ufficio della cancelleria regia. E a ciascun *writ* corrisponde un'azione (*action*) fondata su di un diritto (*cause of action*).

Ma a partire dal XIII secolo i *writs* diventano pian piano una sorta di *numerus clausus* e le azioni cominciano a precedere e a determinare il diritto. Si sviluppano così gradualmente i due caratteri essenziali del *common law*: l'attribuzione del diritto soggettivo attraverso l'azione, all'insegna del noto principio *remedies precede rights*<sup>343</sup>; e la funzione in parte evolutrice e in parte creatrice della giurisprudenza, perché «le *forms of action* sono date e i diritti devono essere di lì dedotti»<sup>344</sup>; sicché i giudici applicano la stessa regola ai casi simili e, “forzando” i limiti dell'ambito dell'azione prestabilita, modificano la regola se il fatto concreto è parzialmente diverso da quello precedentemente deciso.

Si sviluppa in tal modo l'atteggiamento tipico del *common lawyer*: da un lato, il vincolo del precedente giudiziario (*stare decisis*) e la connessa abilità a ragionare per analogia da un caso all'altro; dall'altro, la tecnica del *distinguishing* con la quale il giudice esclude l'applicabilità di uno specifico precedente al caso di specie sulla base delle sottili differenze in fatto che possano marcare una certa distanza fra la fattispecie portata alla sua cognizione e la fattispecie decisa in passato da altro giudice; dall'altro ancora, l'*overruling* con cui il giudice revoca il precedente giudiziario e, decidendo il caso di specie, ne stabilisce un altro, a seguito di una più approfondita analisi della fattispecie, di un mutamento delle circostanze di fatto, dell'interesse pubblico o – e soprattutto – della coscienza sociale.

È questo un sistema che assicura (o dovrebbe assicurare) il principio di “legalità”, di prevedibilità della decisione e dunque di certezza del diritto, senza sacrificare il valore della flessibilità col quale garantire l'evoluzione del diritto e l'adeguamento alle istanze e alle nuove sensibilità provenienti dalla società.

I giudici regi, che all'origine fanno parte della *Curia Regis* ma che sin dai primordi decidono a *Westminster* in assenza del Re, pian piano si affrancano completamente dal Sovrano nel cui nome, tuttavia, continuano ad amministrare la giustizia (e, del resto, gli stessi *writs* da loro pronunciati sono, non a caso, *prerogative writs* e cioè ordini emessi in nome e per conto del Sovrano e delle sue prerogative<sup>345</sup>): lo *Statute of Northampton* del 1328 cerca di “costituzionalizzare” questo graduale sostanziale passaggio dalla “giustizia ritenuta” alla “giustizia delegata” prevedendo che nessun ordine personale del sovrano possa interferire con il corso del *common law*.

---

<sup>343</sup> Che ricorda molto il sistema giuridico e giudiziario romano, dove, similmente, soprattutto nell'ambito dello *jus praetorium*, il diritto nasceva sulla base dell'azione: *ubi remedium, ibi jus*.

<sup>344</sup> F.W. MAITLAND, *The Forms of Action at Common Law*, Cambridge 1948, 2.

<sup>345</sup> E da tale tradizione deriva che ancora oggi nelle procedure di *prerogative orders*, figlie di quelle di *prerogative writs*, attore nominale è sempre la Corona, anche se ad avvantaggiarsene è un privato. La Corona presta le sue prerogative legali ai cittadini affinché essi possano collaborare nell'assicurare un governo buono e legittimo e quella pace e quella giustizia del Regno che spetta al Re conservare.

Nascono in questo quadro le tre celeberrime Corti superiori di *Westminster* depositarie del *common law*: la *Court of King's Bench*, competente nelle cause riguardanti la violazione della pace del Re, e cioè essenzialmente nelle cause criminali, nonché in alcune controversie demaniali e, in senso moderno, “amministrative”; la *Court of Common Pleas*, competente per le controversie civili dei sudditi; e la *Court of Exchequer*, preposta a risolvere le questioni fiscali.

Queste tre Corti di *Westminster*, anche come giudici di ultima istanza ai quali si può ricorrere, per lo più per *questions of law*, avverso le decisioni emesse nella periferia dai *Justices of the Peace* e dai *Juries of the Counties*, assicurano l'uniformità del *common law* su tutto il territorio del Regno, contribuendo a sradicare le innumerevoli variegiate tradizioni giuridiche locali e facendo dell'Inghilterra, in anticipo di secoli rispetto ad altri paesi europei, il primo Stato moderno ad avere un diritto nazionale unitario.

Mentre i giudici di pace nelle contee e nei borghi sono *laymen* (*lay magistrates* o *lay justices*) e cioè persone estranee alla professione legale, formalmente nominate dal Re, ma in sostanza designate dalle *élites* dirigenti locali nell'ambito dei grandi proprietari terrieri<sup>346</sup>, i giudici delle Corti superiori londinesi hanno una fortissima caratterizzazione e formazione professionale perché sono formalmente reclutati dal Re, con un sistema nella sostanza cooptativo, nell'ambito di quel ceto corporativo ed auto-perpetuantesi di *barristers* che è il depositario del *common law*: «e ciò attribui[sce] loro uno spiccatissimo spirito di corpo e un forte senso d'indipendenza»<sup>347</sup> anche dal Sovrano.

## 2.2. L'*equity*.

Nel XIV e ancor più nel XV secolo, il *common law* è già un diritto solido, organico e assai sviluppato, fondato sui principi di legalità e di prevedibilità; ma è anche estremamente formalistico e “legalistico”; nell'adesione alle forme tradizionali e ai precedenti giudiziari, spesso si mostra assai refrattario al cambiamento; tutela essenzialmente la ricchezza dei baroni e la proprietà terriera; il giudizio delle *Courts* è lento e costoso.

Per converso, la diffusione in Inghilterra della cultura mercantile fa emergere una domanda di giustizia più snella, più rapida, più economica, che sappia andare alla “sostanza” delle questioni, che sappia recepire le istanze provenienti da commercianti, artigiani, piccoli proprietari terrieri, piccoli professionisti, che sappia far prevalere l'equità rispetto alla legge. Non potendo trovare udienza nelle Corti di *Westminster*, la valvola di sfogo di questa domanda diventa un ritorno alle prerogative giurisdizionali del Sovrano.

Ancorché avesse delegato ai giudici il potere-dovere di rendere giustizia, il Re rimaneva ancora formalmente titolare della funzione giurisdizionale, che aveva continuato ad esercitare sporadicamente *ex gratia* a favore di soggetti svantaggiati al punto di non potersi permettere le spese della giustizia ordinaria.

<sup>346</sup> T. SKYRME, *History of the Justices of the Peace*, Chichester 1991, II, 21 ss.

<sup>347</sup> MANNORI – SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 80.

A partire dal XV secolo, le suppliche al Re di coloro che non potevano ricevere giustizia nelle corti regie o che avevano bisogno di nuovi *remedies*, diversi da quelli, spesso “ingessati”, di *common law*, a tutela delle nuove esigenze economico-sociali di cui erano portatori, aumentarono notevolmente, sì da rendersi necessario esaminarle e deciderle in un modo più organizzato. La figura e l’ufficio più adatto allo scopo sembrò quello del Cancelliere, non solo perché si trattava di un funzionario di fiducia del Re, ma anche perché normalmente il *Chancellor* era un Vescovo confessore del Re e quindi *keeper of the king’s conscience* (rettore della coscienza del Re), al quale il destinatario delle suppliche poteva delegarne la cura mettendo in pace la propria coscienza, oltre che risparmiando tempo<sup>348</sup>.

L’estrazione religiosa del soggetto deputato ad amministrare questo nuovo tipo di giustizia fece sì che le regole applicate fossero grosso modo quelle della morale cristiana tratte in gran parte dal diritto canonico e dal diritto romano reinterpretato. E ben presto anche la giustizia del Cancelliere venne amministrata in una Corte, la *Court of Chancery*, composta da ecclesiastici e pian piano da laici che potevano sostituire il Cancelliere (in qualità di vice cancellieri), definita *court of conscience* in contrapposizione alle *courts of law*. In essa si applicava l’*aequitas* e con l’*equity* essa poteva sovvertire le decisioni di *common law* delle Corti, perché scopo della *Court of Chancery* era *iuris communis supplendi causa et iuris communis corrigendi causa*. E l’accertamento dei fatti del relativo giudizio non si svolgeva secondo il rito *adversary* delle *Courts of common law*, ma secondo quello *inquisitorial* di matrice romano-canonistica, assai meno formale e senza termini processuali<sup>349</sup>.

Nacque in questo modo quel ramo del diritto inglese, diverso e anzi contrapposto al *common law*, che prese il nome di *equity law* e che ha generato istituti di diritto sostanziale e processuale fondamentali negli ordinamenti anglofoni (tra i primi che vengono in mente, sul versante sostanziale, il *trust* e tutte le figure ereditarie dalla causa simile, le ipoteche, i vizi del consenso negoziale e la buona fede contrattuale; sul versante processuale, l’*injunction*, la *declaration* e la *specific performance*).

La *Court of Chancery*, la *Court of the Star Chamber*, la *Court of Admiralty*, la *Court of High Commission*, la *Court of Requests* ed altre istanze giurisdizionali costituivano quelle *Prerogative Courts* (chiamate anche *Conciliar Courts*) con le quali i sovrani inglesi, soprattutto i Tudor e in certa misura anche gli Stuart, cercarono di riformare il sistema giuridico e giudiziario inglese valorizzando le *prerogatives* giurisdizionali regie, formalmente mai irrevocabilmente delegate alle *Courts of law*, introducendo elementi di maggiore flessibilità, rapidità, economicità e “vicinanza” alla gente comune, attraverso l’apertura del *common law* al diritto romano e al diritto canonico (dove anche il nome di *Civilian Courts*). Queste Corti ovviamente minacciavano il privilegio del monopolio nell’amministrazione della giustizia delle Corti di *common law*, sicché nello

---

<sup>348</sup> GAMBARO, *op. ult. cit.*, 71 ss.

<sup>349</sup> La procedura avanti la *Court of Chancery* iniziava con una petizione, tratta dal modello della canonica *denuntiatio*, in cui l’attore lamentava una ingiustizia. E questa petizione poteva essere anche orale.



scontro che vide nel XVII secolo contrapposte la Corona, di cui le *Prerogative Courts* erano diretta emanazione, e il Parlamento, espressione degli interessi dei baroni e della *gentry* (soprattutto della *county gentry*), fu giocoforza che le *Courts of law* si schierassero a fianco del Parlamento.

La vittoria del Parlamento e del partito dei giudici di *common law* sulla Corona (vittoria che fu indubbiamente l'affermazione del principio di legalità contro l'assolutismo regio, ma anche – nonostante la *vulgata* storiografica<sup>350</sup> - il trionfo delle istanze “conservatrici” incarnate dai baroni e dai *common lawyers* rispetto ai tentativi di riforma e di modernizzazione dello Stato da parte dei Sovrani inglesi e dei loro Ministri), sancita definitivamente con la *Glorious Revolution* del 1688<sup>351</sup>, consentì l'abolizione delle giurisdizioni conciliari che più erano state usate dagli Stuart a fini oppressivi (sopra tutte, la *Star Chamber*) e la “normalizzazione” delle altre che furono piegate al rispetto della primazia del *common law* e delle Corti di *common law*. In particolare, sopravvisse la giurisdizione del Cancelliere, assumendo le forme di una giurisdizione speciale ma prevedibile, che si cristallizzò in determinate materie; e le sue decisioni, divenute motivate, cominciarono ad essere conservate in appositi *reports*.

Nel XVIII secolo e nel successivo, nel corso di questo processo di assoggettamento all'ortodossia del *common law* (per molti versi riassunto dal principio, giunto fino a noi, dell'*equity follows the law*) anche la *Court of Chancery* assunse la tendenza a seguire i suoi precedenti e l'*equity law*, da diritto imprevedibile e di equità del caso concreto, diventò anch'esso diritto dello *stare decisis* e si trasformò in un diritto “complementare” all'originario *common law* nel senso che i *remedies in equity*, ormai anch'essi cristallizzati, erano considerati come quelli che supplivano ai limiti e correggevano le storture del risalente *common law*, all'insegna della massima secondo cui *equity will not suffer a wrong to be without remedy*. La differenza tra il diritto sostanziale applicato e il rito seguito, da una parte, dalla Corte conciliare e, dall'altra, dalle tre più risalenti Corti di *Westminster* divenne pressoché formale e di mera origine e tradizione storica, sicché la riforma del sistema giudiziario dell'Inghilterra e del Galles, approvata nel 1873 e nel 1875 con i *Supreme Court of Judicature Acts*, poté fondere senza sostanziale soluzione di continuità la *Court of King's Bench*, la *Court of Common Pleas* e la *Court of Exchequer* con la *Court of Chancery* e le altre residue giurisdizioni speciali di prerogativa, dando vita alla nuova *Supreme Court of Judicature* composta dalla *High Court of Justice* e dalla *Court of Appeal*, con la *High Court* articolata in cinque divisioni specializzate: la *King's Bench*, la *Common Pleas*, la *Exchequer*, la *Chancery* e la *Probate, Divorce and Admiralty*.

L'*equity law* è oggi divenuto, in un certo senso, parte del *common law* (*lato sensu* inteso) e fa parte del bagaglio culturale di qualunque *common lawyer*,

---

<sup>350</sup> Addebitabile in Inghilterra alla retorica *whig*, sul continente alla prospettiva clericale: lo sottolinea U. MATTEI, in *Common Law. Il diritto angloamericano*, Torino 1992, 38-39, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, ed. UTET, ricordando che fu lo storico F.W. Maitland (in *English Law and the Renaissance*, 1901, 3 ss.) a richiamare l'attenzione su questa verità.

<sup>351</sup> L'*Act of Settlement* del 1701 proclamò l'inamovibilità dei giudici dal loro ufficio «*quamdiu se bene gesserint*», riservandone la rimozione al solo Parlamento, ed estinse ogni forma di “giustizia ritenuta”.

indicando semplicemente una particolare branca del diritto processuale e sostanziale inglese (essenzialmente *business law*, *trusts law*, *probate law*, *insolvency* e *land law* afferente a questioni di *equity*), da azionare davanti l'apposita sezione specializzata (*Chancery Division*) della *High Court of Justice*, oggi organizzata in tre *divisions*: la *Queen's Bench Division*, la *Chancery Division* e la *Family Division*.

### 2.3. Le diverse accezioni dell'espressione "common law".

Dunque, la prima accezione in cui dev'essere intesa l'espressione *common law* è in contrapposizione ad *equity law*, e cioè come volta ad indicare quel diritto giurisprudenziale elaborato ed applicato dalle tre antiche Corti superiori di *Westminster* (la *Court of King's Bench*, la *Court of Common Pleas* e la *Court of Exchequer*) e successivamente dalle divisioni della *High Court of Justice* diverse dalla *Chancery*, nonché dagli altri giudici inferiori o superiori, comunque diverso dal diritto di *equity* elaborato dalla *Court of Chancery*.

La distinzione tra *common law* ed *equity law* designa, dunque, in buona sostanza, due filoni giuridici distinti sia nel diritto processuale che nel diritto sostanziale. Le azioni e i diritti discendenti dal sistema di *common law* (ad es., l'azione di responsabilità per danni) sono detti *in law* o *at law*, mentre gli altri diritti e azioni discendenti dal sistema di *equity law* (ad es., l'azione di risoluzione contrattuale) sono detti *in equity*<sup>352</sup>.

È importante per il giurista continentale rammentare tale bipartizione, in quanto spesso *in law* viene tradotto come "secondo diritto" e *in equity* come "secondo equità"; il che è evidentemente del tutto errato.

Nel campo del diritto amministrativo, la distinzione tra *common law* ed *equity law* è stata assai rilevante perché la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione è stata storicamente affidata, in Inghilterra, a due tipologie di *remedies* soggette a due procedure diverse: i *prerogative orders* (*habeas corpus*, *certiorari*, *mandamus*, *prohibition*), derivanti dagli antichi *prerogative writs*, che sono azioni di *common law*; e gli *equitable remedies* (*injunction* e *declaration*) che sono, invece, azioni di *equity*.

Con la riforma, nel 1977, dell'*Order 53* delle *Rules of the Supreme Court*, tutti i citati rimedi proponibili nei confronti del potere pubblico, sia quelli di prerogativa che quelli di *equity*, sono stati assoggettati ad un unico rito, l'*application for judicial review of administrative action*, sicché, sotto questo aspetto, la rilevanza della distinzione è scemata. Sotto altro aspetto, però, essa continua a venire in considerazione, perché rimane ancora controverso in

---

<sup>352</sup> La distinzione tra *common law* ed *equity law* è, per esempio, evidente nella Costituzione americana quando l'art. 3, sez. II, stabilisce che «il potere giudiziario si estenderà a tutti i casi di *common law* e di *equity*» e quando l'XI emendamento dichiara che «il potere giudiziario federale degli Stati Uniti non si intenderà esteso a qualsivoglia processo, di *common law* o di *equity*, iniziato o proseguito contro uno degli Stati Uniti da cittadini di un altro Stato o da cittadini o sudditi di qualsivoglia Stato straniero», mentre il VII emendamento esclude l'*equity law* dall'ambito della sua applicazione nello statuire che «in tutti i procedimenti che rientrano nell'ambito del *common law*, sarà fatto salvo il diritto al giudizio da parte di una giuria ogni volta che l'oggetto della controversia superi il valore di venti dollari, e nessun caso giudicato da una giuria potrà essere sottoposto a nuovo esame in qualsiasi altra corte degli Stati Uniti, se non secondo le norme del *common law*».

giurisprudenza se alle azioni di *equity* nei confronti della pubblica amministrazione debba applicarsi il rito dell'*application for judicial review* in via esclusiva o se possa applicarsi anche il rito ordinario, come accadeva prima della riforma (o, meglio, prima del caso *O'Reilly v. Mackman* in cui sembra essere stato fissato il principio della *procedural exclusivity*)<sup>353</sup>.

In una seconda accezione, l'espressione *common law* include tutto il diritto di creazione giurisprudenziale, sia esso di *common law* che di *equity*, e si contrappone allo *statutory law* che è il diritto scritto di matrice parlamentare: lo *statute* è, infatti, con buona approssimazione, l'equivalente della nostra legge. Quello che si potrebbe definire "diritto positivo", insomma, ha, in Inghilterra (ma anche in altri paesi di *common law*), due fonti di produzione, la giurisprudenza e la "legge", ed è, dunque, costituito da due tronconi: il diritto giurisprudenziale, e cioè il *case law*, e il diritto costituito dalle norme emanate dal legislatore e dal potere esecutivo delegato.

Anche questa distinzione tra *common law* e *statutory law* è assai importante sia per comprendere, in generale, il diritto inglese, sia ai fini della nostra indagine.

Infatti, quando Dicey, facendosi interprete dei convincimenti o, forse meglio, degli ideali e degli auspici dei *common lawyers*, affermava che l'unico vero diritto della sua Inghilterra era e doveva rimanere il *common law*, intendeva riferirsi a tutto il *judicial law* delle Corti, inclusivo anche dell'*equity law*, implicitamente scagliandosi contro quegli innumerevoli *statutes* approvati dal Parlamento che, a tutela delle *new properties* e istituendo nuovi organismi non giurisdizionali di tutela a favore dei sudditi inglesi, introducevano deroghe al diritto – tutto - elaborato ed applicato dalle *Courts*, che egli considerava la più autentica *rule of law*.

E a loro volta, le *Courts*, quando, soprattutto nel corso dell'Ottocento (perché nel Novecento, fino agli anni sessanta, adottarono un atteggiamento di tale *deference* e distanza dall'attività amministrativa da sottrarsi quasi completamente al relativo sindacato), cercarono di ridurre la portata innovativa degli *administrative statutes*, interpretandoli ed applicandoli restrittivamente o addirittura "abrogativamente" nei loro effetti derogatori all'*ordinary law of the realm*, ebbero come stella polare di questa attività di "interdizione" la salvaguardia del *common law*, inteso come inclusivo anche dell'*equity*.

In una terza accezione, l'espressione *common law* si contrappone a *civil law* e, includendo sia il *common law* (a sua volta comprensivo dell'*equity law*) sia lo *statutory law*, viene usata come sinonimo di sistema giuridico di tipo anglosassone, come tale caratteristico dell'Inghilterra e dei paesi di tradizione anglofona, in contrapposizione ai sistemi giuridici "romanistici" dei paesi dell'Europa continentale e dei paesi extraeuropei di cultura latina o che comunque non hanno avuto rapporti coloniali con la Gran Bretagna.

---

<sup>353</sup> Se nella decisione *O'Reilly v. Mackman*, la *House of Lords* (1983, 2 AC, 237) sembra aver aderito alla tesi dell'esclusività, nella decisione *Roy v. Kensington and Chelsea FPC* (1992, 1 AC, 624) la *House of Lords* sembra essere andata di diverso avviso o comunque sembra aver assunto un atteggiamento meno assertivo.

In questo senso, *common law* indica quei sistemi di diritto prevalentemente non codificato, che si basano essenzialmente sul modello del precedente giurisprudenziale; al contrario, *civil law* designa i sistemi giuridici fondati sul diritto codificato e nei quali le precedenti decisioni giudiziarie non costituiscono una fonte normativa. Non a caso, secondo la teorica dei “formanti” di Rodolfo Sacco<sup>354</sup>, tra le più autorevoli ed apprezzate al mondo dagli studiosi di diritto comparato, i paesi di *common law* sarebbero sistemi giuridici a “formante” giurisprudenziale, i paesi di *civil law*, invece, ordinamenti giuridici a “formante” legislativo.

Un’ultima considerazione.

In riferimento alla pubblica amministrazione, l’espressione *common law* viene spesso tradotta in italiano con “diritto privato” o anche con “diritto comune” ma nel significato (espreso o tacito) di “diritto privato”, e comunque viene sovente considerata come equivalente di “diritto privato”. Si ritiene allora che la pubblica amministrazione assoggettata al *common law* voglia dire pubblica amministrazione disciplinata dal diritto comune e cioè pubblica amministrazione sottoposta, nella sua organizzazione e soprattutto nella sua azione, al regime di diritto privato.

È un errore, in parte, addebitabile alla costruzione dei due ideal-tipi di sistemi amministrativi, quello francese e quello inglese, sulla base della nota contrapposizione tra Dicey e Hauriou, responsabile il primo di un difetto di prospettiva sia del sistema inglese che di quello francese, responsabile il secondo di opporsi al primo senza la presa di coscienza di quel difetto<sup>355</sup>; in parte, addebitabile alla superficiale conoscenza del sistema giudiziario e del connesso diritto inglese, ai quali spesso ci si accosta senza sapere come essi si sono storicamente formati e come sono realmente strutturati.

Perché, invece, il *common law* (inteso sia *stricto sensu* sia come comprensivo dell’*equity*) è un diritto che, pur essendo costituito per la maggior parte da norme di diritto privato, include anche norme di diritto pubblico<sup>356</sup>: norme di diritto penale, di diritto processuale civile, di diritto processuale penale, di diritto costituzionale, di diritto amministrativo, di diritto tributario. E ne include molte, anche nella disciplina dell’organizzazione e dell’attività delle autorità amministrative. Solo che è un diritto elaborato, interpretato ed applicato dalle Corti “ordinarie” e di *common law* (le *ordinary courts of law*) e non da giudici speciali “vicini” al potere esecutivo, come Dicey e i *common lawyers*

---

<sup>354</sup> Secondo Sacco, un “formante” è la base giuridica sulla quale si sviluppa l’ordinamento giuridico di una società. V. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino 1992; R. SACCO, *Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law*, (Installment I of II) in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n° 1, Winter, 1991, pp. 1-34; R. SACCO, *Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law*, (Installment II of II) in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n° 2, Spring, 1991, pp. 343-401.

<sup>355</sup> Sulla contrapposizione tra Dicey e Hauriou non si può che rinviare a CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, cit., 30 ss.

<sup>356</sup> Così F.H. LAWSON, *Dicey revisited*, in *Pol. St.*, VII, 1959, p. 207 ss. Ma in Italia lo aveva già notato M.S. GIANNINI, in *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), ora in *Quad. fior. stor.*, 1973, n. 2, 193, 196 e 201.

consideravano le abolite *prerogative courts* e il loro equivalente francese, il *Conseil d'État*.

In questo senso, nella contrapposizione al sistema francese in cui Dicey dipingeva l'ordinamento inglese, anche le norme giuspubblicistiche del *common law*, pur essendo diverse (e dunque, in un certo senso, "speciali") rispetto a quelle giusprivatistiche, venivano ritenute "ordinarie" e di "diritto comune", perché non create da un giudice speciale storicamente nato o sviluppatosi per garantire i privilegi della pubblica amministrazione e per fare in modo che questa non venisse "intralciata", nella sua attività, dal giudice ordinario, bensì create dallo stesso giudice dei rapporti interprivati, che era ed è l'unico giudice del Regno inglese - quello, appunto, e necessariamente, "ordinario" - e cioè le Corti di *common law*, in grado, per la loro autorevolezza, il loro prestigio e il loro forte senso di indipendenza, di rimanere egualmente equidistanti sia dai privati in lite che dalle autorità amministrative convenute in giudizio dai privati. Ed è proprio e soltanto per questa equidistanza dei giudici di *common law* dalle autorità pubbliche che si può affermare che, in Inghilterra, la pubblica amministrazione è posta sullo stesso piano dei privati; che essa è "eguale" al cittadino. Ma di qui a sostenere l'equivalenza tra "amministrazione pubblica soggetta al *common law*" e "amministrazione pubblica soggetta al diritto privato" e la contrapposizione tra "amministrazione pubblica di *common law*" ovvero "amministrazione pubblica a diritto comune" e "amministrazione pubblica a diritto amministrativo", ce ne passa.

Nondimeno, poiché questi *false friends* e concetti inesatti sono spesso i presupposti della maggior parte delle trattazioni comparatistiche, vi si è aderito e vi si aderirà sovente anche in questo lavoro, per esigenze meramente convenzionali.

### **3. La via inglese verso lo Stato moderno: la bipartizione del potere pubblico e l'assenza di un'amministrazione esecutiva e giustiziale.**

Il principio della tripartizione dei poteri, così come lo conosciamo noi oggi, secondo il quale la funzione legislativa, quella esecutivo-amministrativa e quella giurisdizionale - nelle quali si sostanzia la sovranità dello Stato - sono esercitate da organi distinti, è stato elaborato, valorizzando alcune intuizioni di Montesquieu<sup>357</sup>, dal costituzionalismo liberale ottocentesco con l'obiettivo di limitare il potere politico per tutelare la libertà degli individui. Ma per molti secoli le tre funzioni pubbliche sono rimaste indistinte e accentrate nella persona del Sovrano; il quale, *legibus solutus*, era l'indiscusso titolare del potere di emanare norme giuridiche, di comandare gli eserciti e di svolgere l'attività di "finanza" e di "polizia", e di rendere giustizia per qualunque controversia civile, penale o amministrativa.

Nel basso Medioevo e nei secoli successivi, anche dove esistevano le monarchie assolute, cominciarono a nascere le prime assemblee rappresentative dei territori che emanavano "leggi" che, aggiungendosi allo *ius commune*

---

<sup>357</sup> Nel celeberrimo *L'Esprit des Lois* (1748).

(nell'Europa continentale) e al *common law* (nell'Inghilterra), venivano a comporre quel diritto oggettivo che i magistrati, delegati dal Re, dal Principe o dalle assemblee comunali, avevano il compito di riaffermare, applicare e difendere. E quindi iniziò relativamente presto, seppure in modo per lo più immaturo e irriflesso, a farsi strada l'idea di una distinzione tra la funzione normativa e la funzione giudiziaria.

Ma che potesse o dovesse esistere qualcosa di assimilabile alla moderna "amministrazione esecutiva" fu, per molto tempo, un concetto di là da venire, perché, almeno fino al XVIII secolo, un po' in tutta l'Europa "si amministrava" con le leggi e con le sentenze.

Con "leggi" (che oggi definiremmo "leggi-provvedimento") si approvavano vendite o divisioni di determinate terre, si disponevano le singole espropriazioni necessarie per costruire opere pubbliche, si stabiliva dove e come edificare. Con "leggi" (di carattere generale) si recepiva l'antica consuetudine secondo cui ogni comunità territoriale è tenuta ad assicurare la manutenzione delle strade entro i propri confini, si obbligavano gruppi di cittadini a determinate prestazioni, si regolamentavano i lavori, i commerci, le professioni, i culti e l'uso dei beni demaniali, si stabilivano le regole dell'igiene degli abitati.

Con le "sentenze" i magistrati irrogavano le sanzioni ai cittadini che non avessero rispettato quelle leggi, provvedendo, dunque, a farle applicare attraverso i processi. Ed anche l'attuazione di quelle che, secondo le moderne categorie giuridiche, potrebbero essere considerate "ordinanze di polizia locale" e che erano emanate dalle assemblee rappresentative, era demandata ai giudici e ai giudici, i quali, dunque, in tal modo, finivano per svolgere funzioni di "amministrazione attiva": in buona sostanza, "amministravano giudicando".

Inoltre, con quella stessa "sentenza" con cui componevano una lite interprivata o condannavano l'autore di un crimine, i magistrati potevano trovarsi, anche a prescindere da qualunque specifica disposizione legislativa approvata dalle assemblee locali, «a ordinare la levata di una contribuzione locale, la costituzione di riserve granarie, la chiusura di un esercizio commerciale non ammesso, la distruzione di beni infetti, la riparazione di un ponte pericolante, la segregazione di un vagabondo, la requisizione di generi alimentari in epoca di penuria e così via»<sup>358</sup>: potevano, insomma, trovarsi ad emanare essi stessi le "ordinanze di polizia locale" e sempre all'esito di un procedimento dalle forme giurisdizionali.

*Courts, justices of the peace e juries* in Inghilterra e in Galles, parlamenti e tribunali di baliaggio in Francia e nei principati di lingua tedesca, tribunali rotali e podestà in Italia non svolgevano soltanto funzioni giudiziarie, ma anche funzioni di "amministrazione esecutiva" e sempre mediante le tecniche tipiche della giudicatura. «Contrariamente al "*juge bouche de la loi*" che ne prenderà il posto a fine Settecento, il magistrato premoderno era un personaggio perfettamente abilitato ad assumere decisioni per loro natura più legate a

---

<sup>358</sup> MANNORI – SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 58.

valutazioni di opportunità che non all'applicazione di norme formalizzate, come sono oggi le decisioni amministrative»<sup>359</sup>.

In buona sostanza, negli apparati pubblici premoderni, sia i legislatori che i giudici erano anche “amministratori” che esercitavano le loro attribuzioni nel campo della “finanza” e in quello della “polizia”: ripartivano e spesso imponevano le imposte regie; regolamentavano il commercio, il lavoro e le professioni, l'igiene degli abitati, il sistema annonario, i culti e l'uso dei beni pubblici; provvedevano alla cura concreta degli interessi della collettività sulla quale dispiegavano la loro *auctoritas* e sempre all'esito di una sequenza di atti, formalizzata secondo gli stilemi del processo giurisdizionale (di carattere inquisitorio, nei paesi più intensamente romanizzati; di tipo più “triadico”, oltre Manica). E come le moderne pubbliche amministrazioni, i magistrati avevano anche una limitata potestà normativa, potendo specificare con propri regolamenti variamente denominati (editti, *by-laws*, *arrêts de règlement*) la portata della normativa esistente e supplire alle eventuali sue lacune; e sempre con un procedimento svolgentesi nelle forme giudiziarie, d'ufficio o su istanza di un “procuratore” pubblico, professionale o onorario.

Per la centralità che nell'apparato pubblico premoderno assumono, più ancora delle assemblee legislative, i giudici-amministratori, garanti del diritto oggettivo e attuatori del governo della società, si suole definire la realtà istituzionale di questo contesto storico e politico come uno “Stato giurisdizionale” o anche come uno “Stato di giustizia”.

Nel XVII secolo e soprattutto nel XVIII, in Francia questa commistione tra *jurisdictio* e *gubernaculum* incarnata dagli esponenti dell'aristocrazia feudale dei territori si attenua a seguito della politica di accentramento amministrativo perseguita e realizzata dalla monarchia borbonica. E la molla per la formazione di una *administration royale* accentrata, gerarchizzata e dotata di poteri di comando nei confronti dei sudditi è quella fiscale: evitare di dover negoziare con la nobiltà del territorio la raccolta delle imposte dirette, così vitale per il finanziamento degli eserciti con i quali far fronte alle innumerevoli guerre interne e internazionali. L'ufficio istituito allo scopo è quello degli “intendenti”, funzionari di giustizia, di polizia e di finanza, che, nelle province del Regno, esercitano poteri molto estesi, che vanno dall'imposizione fiscale, alla coscrizione militare, alla gestione dei lavori pubblici, alla cura dell'ordine pubblico e alla risoluzione delle controversie amministrative. Essi dipendono gerarchicamente e fiduciarmente dal *Conseil du Roi*, «corpo amministrativo di singolare potenza»<sup>360</sup> sviluppatosi a Parigi vicino al Re e detentore anche del potere di giustizia amministrativa di ultima istanza.

Questa primeva seicentesca transalpina esigenza di cesura tra la funzione giurisdizionale svolta dai parlamenti locali e l'attività amministrativo-politica che avrebbe dovuto essere esercitata, non più da quei giudici territoriali, ma dai nuovi funzionari di diretta emanazione del Re, è ben testimoniata dal noto Editto di

---

<sup>359</sup> MANNORI – SORDI, *op. ult. cit.*, 56.

<sup>360</sup> A. de TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, libro II, cap. II, tradotto in italiano in ID., *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, vol. I, Torino 1969.

*Saint Germain en Laye* del febbraio 1641 con cui il Monarca fece divieto a tutte le corti di «prendere conoscenza [...] degli affari [...] che possono riguardare lo Stato, l'amministrazione e il governo dello stesso».

Come intuito da Tocqueville nelle sue note riflessioni sulla linea di continuità tra l'*Ancien régime* e la Rivoluzione, oggi ampiamente rivalutate dagli storici, l'intendente borbonico e il *Conseil du Roi* furono gli antesignani del prefetto e rispettivamente del *Conseil d'État* istituiti da Napoleone, il quale consolidò e completò l'accentramento e l'articolazione in diramazioni periferiche dell'amministrazione pubblica monarchica, gerarchizzandola secondo un regime di tipo quasi militare.

Quando, dopo Waterloo, finisce il primo impero, l'edificio amministrativo francese ha ormai la solidità e la collaudata funzionalità di una costruzione bicentenaria che neppure l'ideologia liberale che si afferma, pur avversa ai retaggi dell'autoritarismo napoleonico, può ignorare o cercare di rimuovere. L'esistenza di un apparato amministrativo unitario e uniforme, titolare di poteri unilaterali di regolazione della società e dell'economia per il conseguimento dell'interesse generale, è una realtà troppo radicata nella vita francese per poter essere estirpata, è un pezzo ormai irrinunciabile dell'organizzazione statale per poter anche soltanto immaginare di farne a meno: si può al massimo tentare di giuridicizzarla in modo da garantire al cittadino le sue libertà fondamentali e i suoi diritti civili. Ecco allora che il costituzionalismo liberale ottocentesco la riconduce nell'alveo dei canoni dello Stato di diritto, teorizzando la sottoposizione dell'amministrazione pubblica al Governo e la soggezione dell'azione amministrativa alla legge, in un quadro costituzionale fondato sul principio della tripartizione dei poteri, nel quale quello esecutivo-amministrativo è, nella separazione dagli altri, equiordinato al legislativo e al giudiziario.

Per questo, si suole condivisibilmente affermare che in Francia e, più in generale, nell'Europa continentale, «lo Stato moderno fu figlio dell'assolutismo regio»<sup>361</sup>.

In Inghilterra, invece, i valori del liberalismo trionfano assai precocemente, quasi un secolo e mezzo prima rispetto alla Francia (si potrebbe dire nel 1688, con la *Glorious Revolution*), quando un'amministrazione pubblica unitaria e centralizzata non si è ancora formata, sicché gli equilibri costituzionali liberali che in quel momento si stabilizzano, possono ben prescindere dal dover dare sistemazione istituzionale ad un apparato amministrativo che ancora non c'è, e che neppure si vuole che si strutturi, essendo reputato come espressione delle tendenze assolutistiche del Sovrano. Di talché, paradossalmente, la via inglese allo Stato "moderno" è consistita nella perpetuazione, seppur aggiornata, dello Stato "premoderno" fondato sulla bipartizione del potere pubblico in potere legislativo e potere giudiziario, ulteriormente esaltati e ampliati, con un esecutivo – il Re e il suo Gabinetto – titolare di attribuzioni minime di carattere meramente gestionale (per es., l'impiego e la distribuzione del denaro pubblico in conformità agli stanziamenti generali decisi dal Parlamento, l'organizzazione dell'esercito e

---

<sup>361</sup> Così, per esempio, U. MATTEI, *Common law. Il diritto anglo-americano*, cit., 38.



della marina, il comando delle operazioni belliche) e di rappresentanza esterna (per es., la conduzione concreta dei negoziati con le potenze straniere, la firma dei trattati internazionali), ma privo della potestà di amministrazione esecutiva e giustiziale e, dunque, del potere di modificare unilateralmente la sfera giuridica e patrimoniale dei propri sudditi e di riesaminare le proprie decisioni, ed espropriato della prerogativa di tassare, di legiferare e di giudicare, attribuzioni divenute esclusive, le prime due del Parlamento, la terza delle Corti.

Per comprendere le cause di questa diversa evoluzione dell'assetto costituzionale inglese rispetto a quello francese e degli altri paesi dell'Europa continentale occorre considerare almeno due profili.

Innanzitutto, occorre tenere presente che il Governo centrale inglese non fu stimolato da urgenze fiscali a sviluppare un apparato coercitivo più efficace, in aggiunta o in sostituzione agli apparati pubblici territoriali. E non perché l'esazione fiscale fosse seconda a quella francese o spagnola o asburgica, perché anzi lo Stato inglese ebbe bisogno di finanziare non soltanto l'esercito per la sua guerra, pressoché ininterrotta nel XVII secolo, con la Francia e le altre potenze nemiche, ma anche la marina più potente dell'epoca, con la quale costruì il suo primo impero coloniale e poté gettare le basi per la conquista del secondo. Quanto piuttosto perché l'efficienza costituzionale e "tecnica" del meccanismo del prelievo rese superfluo potenziare la macchina amministrativa e burocratica.

Infatti, dal punto di vista costituzionale, il principio *no taxation without representation* che, tra alti e bassi, aveva cominciato a farsi strada fin dai tempi della *Magna Charta Libertatum* (1215), e che subordinava il prelievo fiscale all'approvazione da parte di un organo rappresentativo degli "stati della terra", fece sentire il tributo meno "imposto" e dunque determinò meno nei contribuenti il sentimento dell'avversione. Inoltre, una volta approvata dal Parlamento, nel quale erano rappresentati anche i poteri territoriali, l'imposta non ebbe più bisogno di ricevere il *placet* dalle ulteriori istanze periferiche che, invece, in Francia e negli altri paesi del Continente costringevano il sovrano a rinegoziare all'infinito le sue pretese fiscali con i vari ordinamenti locali; e quindi, in Inghilterra, il *tax State* necessitò assai meno di essere supportato da quel continuo, stringente e pervasivo controllo sull'amministrazione locale che fu alle radici, in Francia, dell'istituto degli intendenti<sup>362</sup>.

Dal punto di vista tecnico, poi, il grosso delle entrate nazionali non provenne dalle imposte dirette e, in particolare, da quelle fondiari, tanto invise ai proprietari terrieri che costituivano la classe dirigente a livello sia centrale che locale, bensì dalle imposte di consumo su vari generi, amministrare direttamente dal Governo, in un contesto economico mercantile in cui i consumi medi inglesi erano superiori a quelli dei paesi continentali. L'efficienza e l'intelligenza del sistema finanziario delle *excises* eliminò, dunque, ulteriormente l'esigenza di istituire quelle forme di raccordo più strette tra centro e periferia, tipiche dell'imposizione diretta<sup>363</sup>.

---

<sup>362</sup> MANNORI – SORDI, *op. ult. cit.*, 84-85.

<sup>363</sup> MANNORI – SORDI, *op. ult. cit.*, 86-87.

Fu così che in Inghilterra poté prendere forma un maturo e stabile sistema di *local government* e *self-government*: gli affari locali vennero gestiti in modo autonomo rispetto a quelli nazionali, senza che Londra sentisse il bisogno di amministrare direttamente la periferia o di controllarla con propri funzionari, e il governo dei borghi e delle contee continuò ad essere esercitato, secondo la fisiologia dello “Stato giurisdizionale” medievale, dai *justices of the peace*, magistrati onorari, scelti tra i maggiorenti locali (la *gentry*), che svolgevano gratuitamente sia funzioni giudiziarie che funzioni amministrative.

In secondo luogo, per afferrare come e perché, in Inghilterra, si sia consolidata e per tanto – troppo – tempo non sia stata revocata in dubbio la medioevale rappresentazione bidimensionale del potere pubblico, imperniata sul binomio della legge e della sentenza e sull’assenza di una pubblica amministrazione con un suo diritto speciale e un suo giudice speciale, occorre tenere presente gli avvenimenti storici che nel XVII secolo videro contrapposti, da un lato, la Corona e la sua corte e, dall’altro, il partito del Parlamento e dei giudici di *common law*, perché quegli avvenimenti hanno segnato irreversibilmente il patrimonio genetico della costituzione inglese. Com’è stato scritto, il trionfo nel 1688 del Parlamento e delle corti di *common law* sul Re «fu il trionfo del medioevale sul moderno»<sup>364</sup> e la sconfitta dell’assolutismo troncò «ogni possibilità di sviluppare un’amministrazione di tipo esecutivo»<sup>365</sup>.

Fin dai primi secoli del Regno normanno, ebbe luogo, in Inghilterra, una lotta di potere assai aspra tra il Re e il Parlamento per la titolarità della potestà legislativa e di imposizione tributaria e per l’indisponibilità della libertà personale e della proprietà dei nobili e dei sudditi.

La *Magna Charta* e altre successivi dichiarazioni regie e parlamentari avevano formalizzato una sostanziale erosione dei poteri regi a favore del Parlamento che, con il consolidarsi della Camera dei Comuni, era divenuto sempre più rappresentativo della struttura economico-sociale portante del Paese. E sul versante giurisdizionale, le *courts* di *common law*, che amministravano la giustizia ed elaboravano il diritto positivo, composte da una potentissima corporazione di *lawyers*, erano divenute completamente indipendenti dalla Corona.

Nondimeno, la figura del Re rimaneva istituzionalmente assai forte: non solo perché in una società intensamente religiosa e clericale egli era considerato il rappresentante di Dio sulla nazione, sovrano per grazia divina, ma anche perché, da un lato, condivideva col Parlamento il potere legislativo e dunque poteva “sospendere” l’emanazione di una legge approvata dalla Camera dei Lords e dalla Camera dei Comuni, dall’altro, poteva sciogliere il Parlamento, e poi soprattutto era il *commander in chief* dell’esercito e della marina militare<sup>366</sup>.

Nel Seicento, questa plurisecolare lotta tra Re e Parlamento degenerò, dapprima, in una guerra civile e in una “rivoluzione nel sangue” e,

---

<sup>364</sup> MATTEI, *op. ult. cit.*, 38.

<sup>365</sup> MANNORI – SORDI, *op. ult. cit.*, 430.

<sup>366</sup> Si veda per questo e altri aspetti della storia costituzionale britannica D. L. KEIR, *The Constitutional History of Modern Britain since 1485*, (I ed. 1938), London 1975 (IX ed.).

successivamente, in una “rivoluzione senza sangue”, essendo il contrasto divenuto insanabile in quanto acuito anche da motivi religiosi ed economici, perché sul Re e sul Parlamento si convogliò la rappresentanza di contrapposte appartenenze religiose e di inconciliabili interessi materiali.

Infatti, i primi sovrani della dinastia Stuart cercarono di consolidare la Chiesa anglicana, facendo dei vescovi e dei sacerdoti delle città e delle campagne il loro *instrumentum regni*; di contro, in Parlamento, specialmente nella Camera bassa, venivano eletti molti calvinisti di fede presbiteriana<sup>367</sup>, congregazionista<sup>368</sup> e anabattista<sup>369</sup>. Gli ultimi due Stuart ebbero addirittura una simpatia, una politica e un'appartenenza cattolica, considerate come “anti-nazionali” da una parte rilevante della popolazione. Attorno al Re e alla sua Corte, poi, si coagularono gli interessi economici della grande proprietà terriera baronale, della classe mercantile detentrica dei monopoli regi e di parte della classe rurale; mentre attorno al Parlamento quelli della piccola e media proprietà terriera, dei commercianti, dei mercanti e delle professioni. Superfluo ricordare la rispettiva coincidenza dei citati ceti economico-sociali e delle ricordate fedi religiose, essendo la nuova emergente classe mercantile, commerciale e professionale portatrice anche di istanze di maggiore integrità morale e di rinnovamento spirituale contro il decadimento pastorale e la venalità dei vescovi e sacerdoti cattolici convertitisi all'anglicanesimo e più a suo agio in quella concezione puritana della vita in cui l'azione buona è fine a sé stessa e il successo negli affari segno della benevolenza divina.

Lo scontro si combatté non solo sui campi di battaglia, dando luogo ad una guerra civile che, nel 1649, si concluse con la decapitazione del Re Carlo I, ma anche sul piano più strettamente istituzionale e giuridico. Infatti, gli Stuart utilizzarono le *prerogative courts*, emanazione del *Privy Council* del Re e istituite dai Tudor per ammodernare il sistema giuridico e giudiziario inglese, come strumento di oppressione degli avversari politici. È stata tramandata come particolarmente nefanda la fama della *Star Chamber* che, sotto Giacomo I, venne stabilendo *ad libitum*, con inusitata fantasia e crudeltà, le pene da infliggere ai *members of Parliament* che avevano violato i proclami reali<sup>370</sup>. E nella lotta tra

---

<sup>367</sup> I presbiteriani volevano creare una nuova chiesa di Stato di dottrina calvinista, sostituendo l'autorità dei vescovi anglicani con quella di consigli formati da pastori (predicatori) e anziani (presbiteri), incaricati di controllare il comportamento morale dei fedeli; ed erano intolleranti verso le altre confessioni religiose.

<sup>368</sup> I congregazionisti erano calvinisti che propugnavano una chiesa indipendente dallo Stato ed intesa come congregazione di credenti.

<sup>369</sup> Gli anabattisti rivendicavano la libera interpretazione della Bibbia, erano a struttura democratica e davano spazio alle donne.

<sup>370</sup> E proprio il famigerato ricordo della crudeltà e della “creatività” delle pene inflitte dalla *Court of Star Chamber*, abolita nel 1641, spinse il Parlamento ad inserire nel *Bill of Rights*, fatto approvare nel 1689 dal nuovo re Guglielmo d'Orange, la previsione secondo cui «*excessive bail ought not to be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*» («non debbono essere richieste cauzioni eccessive, né imposte eccessive ammende, né inflitte pene crudeli o inusitate»), mutuata nel 1791 dall'VIII emendamento della Costituzione americana («*excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*») che attrae grande attenzione dei giudici, dei giuristi e dei politici statunitensi, perché legato al dibattito sulla costituzionalità della pena di morte, che viene definita «crudele e inusitata» dai suoi oppositori e, come tale, incostituzionale.

Corona e Parlamento, i giudici di *common law* non poterono non schierarsi col secondo, non solo allo scopo di preservare le libertà e i diritti civili calpestati dall'assolutismo degli Stuart<sup>371</sup>, ma anche per conservare il monopolio dell'amministrazione della giustizia e della creazione del diritto, minacciato dalla concorrenza delle efficienti *prerogative courts*. Per vero, era in gioco anche il primato del tradizionale diritto inglese – il *common law* - e dell'uso della lingua inglese nei tribunali, rispetto al diritto romano e al diritto canonico applicati e alla lingua latina utilizzata dalle corti vicine al Re.

La guerra militare, politica e istituzionale terminò nel 1688 con la vittoria del Parlamento, che “si scelse” il nuovo Re (Guglielmo d'Orange).

Da quel momento in poi, il Sovrano inglese perse definitivamente, da un lato, il potere di legiferare e di tassare, che passò al Parlamento e, dall'altro, il potere di giudicare, che passò irreversibilmente alle Corti. Fu abolita ogni forma di “giustizia ritenuta”<sup>372</sup>, al cui servizio erano state le *prerogative courts*, avversate come corti speciali “eversive” del diritto ordinario, e fu ripudiata ogni idea di amministrazione esecutiva dotata di poteri discrezionali imperativi nei confronti dei sudditi, entrambe considerate come sinonimo di tirannia. Nacque il principio della *parliamentary sovereignty* e il Parlamento diventò il nuovo vero “Re” dell'Inghilterra. Scriverà Bagehot, quasi due secoli dopo, che il Re è obbligato a firmare persino la sua condanna a morte, se il Parlamento l'ha decisa nel rispetto delle procedure, delle leggi e delle regole consuetudinarie<sup>373</sup>.

La sconfitta dell'assolutismo regio abortisce la possibilità di sviluppare un'amministrazione pubblica esecutiva, una giustizia amministrativa speciale e un diritto pubblico alternativo a quello applicato dalle corti ordinarie.

L'Inghilterra entra nella modernità senza passare attraverso lo Stato amministrativo ed anzi presupponendo l'assenza dell'apparato amministrativo e dei giudici speciali delle regie “prerogative” politico-amministrative, aborriti

---

<sup>371</sup> In questo scontro tra Corona e giudici di *common law*, ci viene raccontata dalla storiografia giuridica quasi come epica la figura di sir Edward Coke, *Chief Justice* del *King's Bench*, teorizzatore della sovranità e dell'indipendenza dal Re delle corti di *common law*, che ebbe il coraggio di comunicare a Giacomo I, in nome della *rule of law*, che il Re non aveva autorità neppure a partecipare alle decisioni delle “sue” corti di giustizia (*Case of Prohibition del Roy* – 1608, 12 co, Rep. 63). Ma di grande spessore culturale erano anche i Cancellieri che presiedevano la più prestigiosa delle *conciliar courts*, la Corte di Cancelleria, e che, in questo scontro, si facevano ovviamente interpreti delle istanze e della politica del Re. Tra le figure più eminenti di questo periodo, sarebbero sufficienti ricordare i nomi di Lord Ellesmere (vincitore nella battaglia giuridico-giudiziaria contro Coke) e del celebre Francis Bacon (non solo scienziato e filosofo, ma anche politico e giurista).

<sup>372</sup> Nel 1765, nei *Commentaries on the Laws of England*, pubblicato ad Oxford in quattro volumi, W. BLACKSTONE, tra i più grandi giuristi della storia inglese, ebbe a sottolineare che pur essendo il Re «la fontana della giustizia» e il «conservatore generale della pace del Regno», di quella giustizia il Monarca non era affatto «l'autore o il titolare originario, ma solo il distributore», e che dunque risultava «tanto impossibile quanto inopportuno» che egli la amministrasse in prima persona» (I, pag. 275), rilevando, altresì, che molto saggiamente, «per lungo e uniforme uso di molte epoche, i nostri re hanno delegato il loro intero potere giudiziario ai giudici delle loro varie corti; i quali sono i depositari delle leggi fondamentali del Regno», al punto che «in questa distinta e separata esistenza del potere giurisdizionale in un peculiare corpo di uomini, nominati ma non revocabili a piacere dalla Corona, consiste uno dei grandi palladi della pubblica libertà» (I, pag. 259). La citazione è tratta da MANNORI – SORDI, *op. ult. cit.*, 82, n. 11.

<sup>373</sup> W. BAGEHOT, *The English Constitution*, 1867 (tradotto in italiano da Sonia Pastorino per Il Mulino, Bologna 1995).

come un pericoloso ricettacolo di autoritarismo, e per i secoli a venire il suo assetto costituzionale si fonderà soltanto sul Parlamento e sulle Corti giudiziarie, che saranno considerati i due presidi delle libertà e dei diritti dei sudditi inglesi e gli unici titolari del potere di comando sugli stessi; e si concepirà il Regno inglese come governato soltanto dalle leggi del Parlamento e dal *common law* delle decisioni giudiziarie delle Corti, emesse all'esito del *due process of law*<sup>374</sup>.

Due secoli più tardi, a questo assetto costituzionale, avverso al potere amministrativo e ai giudici speciali, e imperniato sul solo potere del Parlamento e delle corti di *common law*, Dicey darà il nome di *rule of law*.

#### **4. L'impetuosa proliferazione, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, di organismi di amministrazione esecutiva e giustiziale. La nascita dell'*administrative law*.**

Per tutto il Settecento e fin quasi alla metà dell'Ottocento, il regime medioevale dello "Stato giurisdizionale", svecchiato dalla *legislative sovereignty of Parliament* conquistata con la *Glorious Revolution* (1688) e sancita dal *Bill of Rights* (1689) e dall'*Act of Settlement* (1701), riuscì a governare efficacemente la società inglese attraverso l'emanazione di leggi rivolte direttamente agli individui, attraverso l'attività giurisdizionale e amministrativa dei *justices of the peace* e attraverso la minaccia di sanzioni giudiziarie irrogabili dalle *courts*. Anche perché quella dell'epoca era «una società tendenzialmente autosufficiente, che affidava la soddisfazione dei propri bisogni all'iniziativa privata e ai rodati meccanismi del *local government*»<sup>375</sup>.

La legislazione poteva, dunque, essere *self-operating*, e cioè destinata ad attuarsi senza alcun supporto amministrativo, essendo costituita o da *local acts* o da *private acts* e cioè da leggi-provvedimento emanate su domanda di comunità territoriali, corporazioni o privati cittadini ai quali veniva rilasciata un'abilitazione a svolgere attività che, in base al diritto comune, sarebbero state loro precluse e che, però, venivano in deroga consentite, in quanto considerate di pubblica utilità. I compiti dell'esecutivo erano esclusivamente "ministeriali" e cioè di puro supporto all'attività di esecuzione del diritto, che rimaneva quella giudiziaria: si trattava di quelle funzioni di polizia in senso stretto, consistenti nell'accertare, perseguire e denunciare comportamenti illeciti ai giudici, i quali continuavano a rimanere al centro dell'ordinamento<sup>376</sup>.

Con questo sistema costituzionale di potere pubblico a due dimensioni, legislativa e giurisdizionale, l'Inghilterra riuscì ad emergere nell'Ottocento come una grande potenza fiscal-militare, a costruire un vasto impero coloniale e a diventare il dominatore del commercio mondiale.

---

<sup>374</sup> Sulle origini storiche della concezione bidimensionale del potere pubblico in Inghilterra, si segnalano, tra le principali opere, R.C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge 1973; J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, London 1979; S.F.C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, London 1981.

<sup>375</sup> MANNORI – SORDI, *op. ult. cit.*, 435.

<sup>376</sup> MANNORI – SORDI, *op. ult. cit.*, 434-435.

Le cose, però, cambiarono quando, con l'avvicinarsi alla metà del XIX secolo, la Rivoluzione industriale trasformò profondamente l'economia, la società e l'assetto politico dell'Inghilterra vittoriana.

Infatti, l'industrializzazione del paese e la connessa infrastrutturazione ferroviaria determinarono il rapido accentramento della popolazione nelle grandi città, con conseguente urbanizzazione precaria e condizioni sanitarie pessime; una notevole immigrazione degli irlandesi, funzionale alla vertiginosamente accresciuta domanda di mano d'opera industriale che le campagne inglesi non riuscivano più a soddisfare; condizioni scadenti di vita e di lavoro nelle miniere, nelle fabbriche e alle macchine; lo sfruttamento del lavoro femminile e minorile; un'altissima mortalità; e la crescita demografica moltiplicò l'analfabetismo. Inevitabilmente aumentarono i disordini sociali e i reati nei centri abitati, rendendo assai forte l'esigenza di costituire un organizzato corpo di polizia; si fece impellente la necessità di portare acqua e gas nelle sempre più affollate abitazioni e di potenziare il reticolo fognario e la pulizia urbana; la classe operaia cominciò ad acquistare consapevolezza della propria identità e della propria "funzione economica" e a reclamare maggiori tutele; e queste maggiori tutele domandavano per gli operai anche i proprietari immobiliari e gli industriali per continuare ad arricchirsi con gli affitti e con la produzione senza correre il rischio di rivolte sociali alimentate dal diffondersi delle idee cartiste e socialiste.

L'opinione pubblica acquista un rilievo innanzi sconosciuto, sia per il diffondersi dei giornali e delle stampe, favorito dalla libertà di manifestazione del pensiero che ormai, da un secolo e mezzo, è garantita come "sacra" e inviolabile dal Parlamento e dai giudici, sia per l'allargamento del suffragio, esteso ai proprietari immobiliari non terrieri dalla grande riforma del 1832 e, dalle leggi del 1867 e del 1884, anche agli affittuari delle città e rispettivamente delle campagne. Questo maggior peso dell'opinione pubblica rende anacronistico anche il vecchio sistema non elettivo del *local government*, trasferendo, tra il 1835 e il 1888, molte delle competenze dei giudici di pace nelle mani di rappresentanze elettive di borgo e di contea. Ma soprattutto impone che si dia una risposta sollecita e adeguata ai molteplici e preoccupanti problemi sociali.

Inizialmente, il Parlamento s'illude di poterli fronteggiare con leggi che stabiliscono gli orari di lavoro nelle fabbriche e nelle miniere, che vietano l'impiego del lavoro minorile, che approvano i piani urbanistici delle grandi città, che impongono l'illuminazione delle strade e la fornitura di acqua e gas nelle case, demandando alle *ordinary courts* il compito di farle applicare. Ma ben presto il tradizionale binomio legge-sentenza si rivela anacronistico e inadeguato a governare l'impetuosa trasformazione: a causa della Rivoluzione industriale, l'Inghilterra è divenuta, nel giro di pochi lustri, un paese completamente diverso rispetto a quello dei secoli precedenti. È uno Stato diventato moderno nell'economia e nella società, ma rimasto con un assetto costituzionale essenzialmente medioevale.

Il Parlamento non riesce più da solo con le sue leggi a regolare nel dettaglio ambiti tanto vasti e complessi della vita sociale, quali i rapporti di lavoro, l'igiene

urbana, i trasporti, la sicurezza nelle fabbriche e nelle miniere, l'autorizzazione agli esercizi commerciali, la salute dei cittadini.

E la tradizionale macchina giudiziaria appare sempre più inadatta ad assicurarne l'attuazione: troppo lenta, costosa e formalistica, essa è in grado di tutelare benissimo gli interessi dei proprietari e degli imprenditori, ma non quelli degli operai e della *lower class*. Il *common law* protegge efficacemente la *private property* e la *freedom of contract*, ma non le limitazioni a questi diritti poste, a favore dei moltissimi che non fanno parte delle *élites*, dai nuovi *statutes* concernenti la sanità, l'edilizia, la pianificazione delle città e delle campagne, il lavoro nelle industrie, l'istruzione pubblica. Anche perché, per estrazione sociale e per formazione professionale, le *ordinary courts* tendono a interpretare restrittivamente le nuove leggi parlamentari di intervento sociale che derogano ai *private rights* e ai tradizionali valori individualistici della società inglese e che non posseggono ai loro occhi la dignità del *common law*.

A cavallo della metà dell'Ottocento, la risposta alle impellenti emergenze sociali inizia ad aver luogo con una nuova tecnica di governo, consistente nell'affidare il completamento e l'applicazione delle nuove leggi di intervento pubblico e di regolazione sociale ad appositi corpi di funzionari pubblici, che danno vita al primo nucleo dell'amministrazione pubblica inglese moderna<sup>377</sup>.

Con specifiche leggi, vengono istituiti *inspectories* e *commissions*, i più importanti dei quali sono quelli per l'industria (1833), per il commercio (1835), per le ferrovie (1840), per l'istruzione (1840), per le miniere (1842), per la sanità (1848), per la marina mercantile (1848), per la sicurezza delle navi (1854), per la polizia (1856), per il gas (1859), per gli alcali (1863), per gli esplosivi (1875), per il controllo degli edifici (1875), per le piante e i semi (1877), per la sicurezza degli impianti elettrici (1882), per gli approvvigionamenti alimentari sulle navi (1892)<sup>378</sup>.

Inizialmente, in ossequio alla tradizionale diffidenza verso un esecutivo forte, al principio della *parliamentary sovereignty* e al ruolo costituzionale delle *courts*, queste autorità sono indipendenti dal Governo, sono formate da componenti di nomina parlamentare ed hanno funzioni meramente ispettive essendo incaricate di vigilare sul rispetto della nuova legislazione sociale e di deferirne le eventuali violazioni ai giudici secondo la vecchia logica dello Stato giurisdizionale. Ma ben presto vengono fornite di poteri di autorizzazione, di ingiunzione, di sanzione, di *rule making* e di *adjudication*, dando vita al modello tutto inglese dell'amministrazione esecutiva per *boards* e dell'amministrazione giustiziale dei *tribunals*; e sul finire del secolo, pur in posizione di semi-indipendenza, questi organismi sono ricondotti all'interno della struttura ministeriale, i loro componenti divenendo di nomina governativa, nel quadro di un assetto costituzionale in cui tutta la responsabilità politica dell'azione amministrativa fa capo al Ministro davanti al Parlamento.

---

<sup>377</sup> MANNORI – SORDI, op. ult. cit., 437; H. PARRIS, *Una burocrazia costituzionale. L'esperienza amministrativa dello Stato britannico e la sua evoluzione dal Settecento ad oggi* (1969), trad. it. Milano 1979, 269 ss.

<sup>378</sup> CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, cit., 27.

Fanno da battistrada a questa *nineteenth-century revolution in government*<sup>379</sup> la *Poor law commission* e il *General board of health* che, sin dalla loro istituzione nella metà dell'Ottocento, assommano in sé poteri di emanare *regulations*, di amministrare mediante sovvenzioni, autorizzazioni e ispezioni, di risolvere litigi e casi individuali; secondo un modello analogo a quello che ispirerà le *independent agencies* statunitensi<sup>380</sup>.

Le *courts* di *common law* sono refrattarie a tutelare, nei confronti delle autorità amministrative e dei privati, i nuovi “diritti sociali” della *lower class* nascenti dagli *statutes* concernenti la sanità, l'edilizia popolare, la pianificazione urbanistica e territoriale, il lavoro nelle industrie, la disoccupazione e le pensioni di vecchiaia, sicché il legislatore decide di affidare la funzione di tutela giustiziale di questi *social rights* al sistema dei ricorsi ad appositi organi amministrativi, gli *administrative tribunals* (chiamati anche *statutory tribunals*, per il fatto di essere istituiti dagli *statutes*, o anche, più semplicemente, *commissions*, *authorities* o *committees*), che in quelle materie diventano sostanzialmente *court substitutes* e che sono composti da esperti delle stesse, in prevalenza non giuristi accanto a giuristi di diversa estrazione sociale e formazione culturale rispetto ai *common lawyers*<sup>381</sup>.

La funzione di normazione tecnica e di dettaglio, poi, non è affidata dagli *statutes* soltanto ai nuovi organismi semi-indipendenti di amministrazione esecutiva (*inspectors*, *commissions*, *boards*), ma anche agli istituiti ministeri e dipartimenti del Governo statale e agli organi degli enti territoriali. La maturata consapevolezza dell'impossibilità di regolare soltanto con la legge i molteplici variegati e complessi aspetti della nuova realtà sociale determina il passaggio dalla legge-provvedimento alla legge generale contenente i principi della materia, che delega ai diversi organi amministrativi centrali e periferici il compito di stabilire la normativa di dettaglio. È il fenomeno della *delegated legislation* che si sostanzia nell'emanazione di *regulations*, *orders*, *rules* e *by-laws* da parte del Governo e delle diverse autorità amministrative. Formalmente il principio della *legislative sovereignty of Parliament* è salvo, perché la titolarità della funzione legislativa rimane in capo al Parlamento, che decide se e in che misura delegare agli organi esecutivi la regolamentazione di attuazione; ma sostanzialmente si fa strada l'idea di un esecutivo-amministrativo che ha anche un potere normativo.

E soprattutto, potendo con provvedimenti concreti e individuali imporre la sua volontà ai singoli cittadini senza il loro consenso, questo nuovo apparato esecutivo-amministrativo ha un potere ingiuntivo non dissimile dalla potestà imperativa e unilaterale di cui è titolare la pubblica amministrazione in Francia già da molto tempo.

Rispetto all'esperienza francese, tuttavia, risaltano alcune differenze notevoli.

---

<sup>379</sup> O. MAC DONAGH, *The Nineteenth-Century Revolution in Government: A Reappraisal*, in *Hist. J.*, 1958, I, p. 56 ss.

<sup>380</sup> D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 73.

<sup>381</sup> Sulle origini dei *tribunals*, si legga C. STEBBINGS, *Legal Foundations of Tribunals in Nineteenth Century England*, New York 2006.



Innanzitutto, diversamente da quella francese centralizzata, unitaria e uniforme, la pubblica amministrazione inglese è decentrata, disomogenea e multiforme, essendo composta da molteplici organismi scollegati e di diversa natura: *departments, offices, commissions, inspectorates, boards, tribunals*. La ragione è da ravvisarsi nell'essersi essi formati e sviluppati al di fuori di un disegno organico e razionale e di una politica centralistica, ma per rispondere ad urgenze particolari che, di volta in volta, si presentano e che il vero Sovrano della Nazione, il Parlamento, ritiene di dover affrontare e risolvere in modo empirico e per certi versi estemporaneo.

In secondo luogo, il ripudio dell'amministrazione esecutiva e della giurisdizione speciale, determinato, in funzione antiassolutistica, dall'equilibrio costituzionale venutosi ad instaurare alla fine del XVII secolo, soffoca la nascita di una cultura legale del diritto amministrativo e di una giurisprudenza amministrativa capaci di governare la crescita dei poteri unilaterali degli organi amministrativi, sì da assicurare al cittadino le opportune tutele contro gli abusi delle nuove autorità; mentre in Francia la dottrina e la giurisprudenza amministrative si sviluppano precocemente, debitrice l'una dell'altra, riuscendo in un'opera di razionalizzazione del sistema e di garanzia degli interessi degli amministrati.

In terzo luogo, manca in Inghilterra una teoria dell'atto amministrativo grazie alla quale configurare le tutele specifiche nei confronti dell'esercizio illegittimo del potere amministrativo. E ciò sia per l'assenza di una scienza del diritto amministrativo in grado di concentrare la sua riflessione su questa peculiare categoria giuridica; sia a causa dell'ereditato impianto costituzionale, basato sulle sole funzioni legislativa e giurisdizionale, con conseguente incapacità di concepire manifestazioni del potere pubblico diverse dalla legge e dalla sentenza; sia perché, mentre in Francia l'immunità processuale dei funzionari, formalmente abolita solo nel 1870, canalizza il diritto amministrativo verso l'atto, spingendo la dottrina e la giurisprudenza ad elaborare il rimedio dell'annullamento e la teoria dei vizi di legittimità che lo determinano, in Inghilterra l'immunità della Corona (e conseguentemente dello Stato-apparato) e la responsabilità personale dei funzionari convogliano la tutela del cittadino essenzialmente sull'azione di risarcimento dei danni verso questi ultimi e conducono ad uno studio assai superficiale (limitato all'*ultra vires*) del regime d'invalidità del provvedimento.

Nonostante queste differenze con l'archetipo di Stato a *droit administratif*, l'Inghilterra comincia ad avere, dalla seconda metà dell'Ottocento in poi, un suo peculiare apparato amministrativo, un suo – seppur ancora immaturo - diritto amministrativo e una sua primordiale giustizia amministrativa.

Infatti, le neo-istituite autorità esecutive semi-indipendenti, insieme agli organi del governo centrale e di quello locale, sono preposte alla cura concreta di interessi pubblici ritenuti dal legislatore meritevoli di tutela. E l'assicurano mediante l'esercizio di poteri unilaterali ed imperativi di espropriazione, di requisizione, di sequestro, di ispezione, di vigilanza, di autorizzazione, di concessione, di sovvenzione e di sanzione.

Con la potestà di *rule-making*, esse completano la normativa di settore posta dal legislatore e, su delega del Parlamento, possono anche sostituirvisi, emanando la *delegated legislation*.

Gli *administrative tribunals* svolgono funzioni di amministrazione contenziosa, decidendo i ricorsi gerarchici propri e impropri proposti avverso le decisioni degli organismi esecutivi, e si sostituiscono alle corti che non vogliono o non riescono a tutelare adeguatamente i nuovi “diritti sociali” conferiti a lavoratori e cittadini dalla legislazione amministrativa.

Grazie all'imponente legislazione amministrativa di carattere sociale che le istituisce e gliene attribuisce le potestà, le nuove autorità amministrative, con l'adozione dei provvedimenti imperativi individuali e concreti, con l'emanazione della normazione delegata e secondaria, con l'espletamento dell'attività di *adjudication*, contribuiscono a costruire un diritto amministrativo fatto di regole ampiamente derogatorie alla *ordinary law of the realm*.

Sono, in tal modo, scalfiti i tradizionali pilastri della Costituzione inglese: l'assenza di un'amministrazione esecutiva, il monopolio normativo del Parlamento, l'esclusiva delle corti nel rendere giustizia, il primato del *common law*. E l'isola britannica, nonostante la Manica, sembra avvicinarsi sempre di più alla Francia, al suo assetto costituzionale di poteri tripartito e al suo *régime administratif*.

## **5. L'egemonia culturale di Albert Venn Dicey: la negazione del potere amministrativo e del diritto amministrativo.**

È in questo contesto di impetuosa crescita dell'amministrazione e del diritto amministrativo nell'Inghilterra della seconda metà dell'Ottocento, che vede la luce il celebre libro di Dicey, destinato a diventare per i decenni a seguire l'immagine autentica della Costituzione inglese per i *common lawyers* e a segnare – o, forse meglio si dovrebbe dire, “frenare” – lo sviluppo della riflessione scientifica inglese sul diritto amministrativo, nonché dello stesso diritto amministrativo.

Nel 1885 il professore dell'università di Oxford pubblica l'*Introduction to the Study of the Law of the Constitution* nel quale descrive i cardini dell'ordinamento costituzionale inglese per sostenere la nota tesi, esposta nel dodicesimo capitolo del volume, secondo la quale il diritto amministrativo e la presenza di un'amministrazione pubblica dotata di poteri di supremazia sono incompatibili con la costituzione inglese.

E per esaltare questa che egli ritiene essere una virtù dell'ordinamento inglese, Albert Venn Dicey gli contrappone il sistema costituzionale-amministrativo continentale e, in particolare, quello francese, da considerarsi, a suo avviso, ancora arcaico, utilizzando gli stessi argomenti comparativi addotti dai liberali francesi della prima metà dell'Ottocento<sup>382</sup> che, per spingere a correggere i profili di autoritarismo dell'edificio amministrativo francese

---

<sup>382</sup> Si allude, per es., a Jacques Necker, Benjamin Constant, Jeanne Guillaume Locré, Alexis de Tocqueville. In particolare sul circolo di Coppet, si veda L. LACCHÉ, *Il circolo di Coppet e gli orizzonti liberali dello Stato costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 529 ss.

ereditato dalla Rivoluzione e da Napoleone, gli avevano contrapposto i pregi del più liberale sistema inglese.

Con questa tecnica contrappuntistica, Dicey sottolinea, in particolare, i tratti autoritari dell'ordinamento francese e quelli simmetricamente garantisti della costituzione inglese sui quali si era concentrata soprattutto l'attenzione di Tocqueville<sup>383</sup>.

In Francia – nota Dicey - i funzionari sono titolari di privilegi e prerogative che i privati non hanno, motivati dal fatto che essi sono portatori di interessi generali: in particolare, non possono essere convenuti nei tribunali per gli illeciti funzionali, se non previa autorizzazione del *Conseil d'État*, e possono discrezionalmente restringere la sfera giuridica dei cittadini, i cui diritti e libertà sono comprimibili dai poteri pubblici con poche o nessuna garanzia. La pubblica amministrazione e i suoi funzionari sono dunque soggetti a norme speciali esorbitanti e derogatorie rispetto a quelle che si applicano ai privati e queste norme speciali compongono il diritto amministrativo. L'operato della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti è sottoposto al controllo "amico" di un giudice speciale, diverso da quello ordinario, che è il garante dei loro privilegi e delle loro prerogative e che applica il diritto amministrativo che questi privilegi e prerogative contiene e riassume.

In Inghilterra, invece, esiste un solo diritto, il *common law*, inteso come l'*ordinary law of the land*, al quale tutti i soggetti sono sottoposti, indipendentemente dalla loro natura privata o pubblica, ed esiste un solo giudice – le *ordinary courts of law* - che applica l'unico diritto a tutti, privati e pubblici.

La Costituzione inglese si regge, per Dicey, su tre pilastri. Il primo è quello della *sovereignty of Parliament*, per cui il Parlamento è onnipotente e l'esecutivo, rappresentato dalla Corona, è ad esso subordinato, a differenza della Francia dove l'esecutivo si sottrae in parte al Parlamento. Il secondo pilastro è la *rule of law*, intesa come predominio del diritto rispetto al potere discrezionale dell'esecutivo, come eguale sottoposizione di ogni persona, privata e pubblica, ai giudici ordinari, come formazione giudiziaria delle norme (il *common law*) dirette a proteggere gli individui, ancora una volta a differenza della Francia dove il *droit administratif* riconosce ampia discrezionalità e poteri speciali agli uffici pubblici. Il terzo pilastro è costituito dalle convenzioni costituzionali, dirette a limitare le prerogative dell'esecutivo<sup>384</sup>.

Se qualcosa di simile al *droit administratif* e al *Conseil d'État* aveva mai messo piede in Inghilterra, ciò era avvenuto – secondo Dicey - nel periodo più buio della storia dell'isola, quando i Tudor e gli Stuart avevano tentato di

---

<sup>383</sup> A. TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (1840), Laffont, Paris 1986. Di Tocqueville sono poi assai interessanti le *Oeuvres complètes*, II, t. V, *Voyages en Angleterre, Irlande, Suisse et Algérie*, Gallimard, Paris 1958; gli appunti del primo viaggio in Inghilterra, ora tradotti in A. Tocqueville, *Viaggio in Inghilterra del 1833*, a cura di U. Coldagelli, in *Micromega*, 1988, n. 1, e in A. Tocqueville, *Viaggi, a cura di U. Coldagelli*, Bollati Boringhieri, Torino 1997; *Correspondence and conversations of A. de Tocqueville with Nassau William Senior from 1834 to 1859*, ed. by M.C.M. Simpon, 2, London, King, 1872. Per comprendere le ragioni dell'ammirazione di Tocqueville per il sistema costituzionale inglese e per individuare i tratti autoritari da lui avvertiti di quello francese, può essere d'ausilio la lettura di S. CASSESE, *Tocqueville e il diritto amministrativo*, in *Carte stor.*, 1997, n. 2, p. 7 ss.

<sup>384</sup> CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, cit., 32-33.

installarvi un sistema di giurisdizioni speciali simile a quello della monarchia francese. Ma la sconfitta dell'assolutismo regio aveva troncato ogni possibilità di sviluppare un'amministrazione di tipo esecutivo e giustiziale e segnato la fine di qualsiasi forma di diritto pubblico alternativo a quello di *common law* applicato dalle Corti di Westminster<sup>385</sup>.

Una tale rappresentazione dell'ordinamento inglese non poteva non toccare le corde profonde di una cultura giuridica e politica da sempre fiera della propria insularità e abituata a definire i suoi lineamenti in contrapposizione a quelli della civiltà continentale<sup>386</sup>. E nel suo ribadire la fedeltà dell'Inghilterra al modello dello Stato giurisdizionale fondato soltanto sulla funzione legislativa e su quella giudiziaria, essa venne accolta come la raffigurazione più vera della Costituzione inglese e più aderente all'essenza del *common law*.

Ma si trattava di una rappresentazione veritiera dell'ordinamento inglese - e di quello contrapposto francese - vigente negli anni in cui Dicey la esplicitava?

La moderna storiografia giuridica<sup>387</sup> è ormai concorde nel rispondere di no. E proprio per le ragioni che abbiamo esposto nel paragrafo precedente, e cioè per essere stata approvata, nell'Inghilterra della seconda metà del XIX secolo, una moltitudine di leggi amministrative di deroga ai *private rights* e per essere stato istituito un gran numero sia di organismi amministrativi semi-indipendenti titolari di poteri provvedimentali unilaterali e di *administrative rule making*, sia di organi amministrativi del contenzioso col ruolo di *court substitutes*, tutti fattori di produzione di un diritto "speciale" rispetto al *common law* elaborato ed applicato dalle *courts*; di talché il vecchio modello costituzionale derivante dalla *Glorious Revolution*, imperniato sull'assenza dell'apparato esecutivo-amministrativo, di organismi di "amministrazione attiva", di giudici amministrativi speciali e del diritto amministrativo era ormai inequivocabilmente superato.

Così come, sul versante dell'oggetto del contrappunto, le considerazioni della *Law of the Constitution* evidenziavano che Dicey descriveva della Francia il sistema amministrativo di cinquant'anni prima, quello con i tratti autoritari avvertiti da Tocqueville e dagli altri liberali francesi, e che erano stati ormai ampiamente cancellati. Infatti, l'immunità processuale dei funzionari era stata abolita nel 1870 e il *Conseil d'État* aveva cessato già da decenni di essere il garante dei privilegi e delle prerogative degli uffici pubblici e dei funzionari amministrativi, per trasformarsi in un organo di tutela delle libertà e dei diritti dei cittadini. Sicché, nel suo nocciolo essenzialmente pretorio, anche il *droit*

---

<sup>385</sup> MANNORI – SORDI, *op. ult. cit.*, 430.

<sup>386</sup> MANNORI – SORDI, *op. ult. cit.*, 430.

<sup>387</sup> F.H. LAWSON, *Dicey revisited*, in *Pol. St.*, VII, 1959, 109 ss.; S. FLOGAITIS, *Administrative law et droit administratif*, L.g.d.j., Paris 1986; N. LEWIS, *If you see Dicey will you tell him? Regulatory problems in british constitutional law*, in *Pol. Q.*, 1988, 6 ss.; S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quad. fior. stor.*, 1990, n. 18, 5 ss.; S. CASSESE, *La ricezione di Dicey in Italia e Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, in *Mat. stor. cultura giur.*, 1995, 107 ss.; E. SANTORO, *Common Law e costituzione nell'Inghilterra moderna: introduzione al pensiero di Albert Venn Dicey*, ed. Giappichelli, Torino 1999; MANNORI – SORDI, *op. ult. cit.*, 428 ss.; J.A. ROHR, *Dicey's Ghost and Administrative Law*, in *Adm. Soc.*, 34, 2002; Lord BINGHAM of CORNBILL, *Dicey Revisited*, in *Publ. Law*, 2002, 39 ss.

*administratif*, da diritto dei privilegi e delle prerogative della pubblica amministrazione, era in gran parte divenuto il diritto delle garanzie degli amministrati contro gli abusi delle autorità amministrative.

Ora, se può ritenersi verosimile che Dicey avesse una conoscenza abbastanza anacronistica del sistema francese, per averlo approcciato quasi esclusivamente attraverso la lettura dei liberali francesi della prima metà del XIX secolo (da lui ammiratissimi nella misura in cui essi guardavano alla *happy british Constitution* come modello da importare), appare inimmaginabile che egli non si fosse accorto dei profondi cambiamenti occorsi e in atto nell'ordinamento costituzionale inglese rispetto a quell'assetto istituzionale di cinquant'anni prima che egli sembrava, in realtà, raffigurare nella sua opera più famosa. Sicché non si è lontani dal vero nell'affermare che il misconoscimento dell'esistenza di un'amministrazione pubblica come potere e di un *administrative law* speciale e derogatorio rispetto al *common law*, più che frutto di una rappresentazione erronea della nuova realtà istituzionale inglese degli ultimi decenni del XIX secolo, fosse il modo con il quale il conservatore Dicey, preoccupato dal pericolo di disgregazione dell'unità giuridica del suo Paese<sup>388</sup> e facendosi interprete della mentalità e del sentimento dei *common lawyers* e del loro attaccamento alle gloriose tradizioni costituzionali inglesi, cercò di esorcizzare il "fenomeno amministrativo", così difficile da collocare all'interno del vecchio quadro costituzionale magnificato fino ad allora come il presidio delle libertà e formatosi sul ripudio del potere amministrativo e delle giurisdizioni speciali in funzione antiassolutistica e che concepiva due sole fonti di comando sui cittadini: il Parlamento e le *Courts*.

In altre parole, la negazione diceyana del potere amministrativo dev'essere letta come l'espressione più evidente del profondo disagio della cultura giuridica anglosassone nei confronti dell'amministrazione esecutiva e come la testimonianza più limpida del conseguente tentativo di rimuoverla da un organismo costituzionale non programmato per riceverla. E per escludere l'esistenza in Inghilterra di un diritto e di un sistema amministrativo, fu sufficiente a Dicey osservare che, a differenza che in Francia, i poteri provvedimentali e normativi del Governo e dei nuovi organismi amministrativi semi-indipendenti dovevano pur sempre essere esercitati sotto il controllo delle *ordinary courts* e nel rispetto del *common law*, ciò che, a suo avviso, metteva sullo stesso piano privati e autorità pubbliche, impediva alle amministrazioni britanniche di disporre *ad libitum* dei diritti e delle libertà dei sudditi di sua Maestà e ostacolava lo sviluppo di un diritto amministrativo speciale.

Proprio per le profonde radici nazionalistiche che la sorreggevano, l'opera di Dicey ha avuto una fortuna enorme nella cultura giuridica inglese, soffocando per più di un cinquantennio la maturazione della consapevolezza dell'esistenza di un apparato amministrativo dotato di poteri di supremazia e di un *administrative law* diverso e speciale rispetto all'*ordinary law of the realm* e concorrendo a

---

<sup>388</sup> Sono gli anni della *Home Rule* irlandese e del *Collectivism*.

diffondere l'idea – errata – di una pubblica amministrazione inglese senza diritto amministrativo.

Ma soprattutto, l'autorevolezza dell'anatema di Dicey ha ostruito in Inghilterra lo sviluppo scientifico-accademico del diritto amministrativo, contribuendo paradossalmente a pregiudicare quello stesso primato della *rule of law* e dei giudici ordinari sull'amministrazione pubblica, che il modello diceyano postulava.

Infatti, aderendo all'idea diceyana che in Inghilterra non esistesse un potere amministrativo e un diritto delle pubbliche amministrazioni, si è necessariamente ritenuto che non potesse neppure esistere una disciplina scientifica che di questo potere e di questo diritto specificatamente si occupi, essendo sufficiente, per teorizzare la loro negazione, una mera appendice di diritto costituzionale. E questa marginalizzazione della scienza del diritto amministrativo, da un lato, ha impedito alla classe dirigente e al *legal system* di acquisire la specifica preparazione giuridica necessaria per governare la crescita dell'amministrazione e per giuridicizzarne l'azione e, dall'altro, ha generato un ceto giudiziario e forense incapace di penetrare il corretto rapporto tra amministrazione e cittadino e più incline ad aggirare le relative complesse questioni, che ad affrontarle direttamente e responsabilmente.

#### **6. Un *administrative State* e un *administrative law* senza la presa d'atto della loro esistenza da parte del *legal system* e dell'accademia tradizionale.**

L'emanazione della legislazione amministrativa di intervento pubblico e di regolazione economico-sociale caratterizza non solo l'epoca vittoriana, ma prosegue anche nei decenni successivi, arrestandosi soltanto sul finire degli anni settanta del XX secolo. Mutuando l'immagine di uno studioso<sup>389</sup>, essa appare come una valanga che, scendendo, aumenta progressivamente di volume.

Nel 1902 viene approvato l'*Education Act* che rafforza il sistema educativo nazionale, uniformando le scuole elementari e incrementando le scuole secondarie; nel 1908 l'*Old Age Pension Act* attribuisce una pensione di vecchiaia ai lavoratori settantenni residenti nel Regno Unito da almeno vent'anni; nel 1911 il *National Insurance Act* istituisce a favore dei lavoratori sussidi contro la disoccupazione e congedi e prestazioni sanitarie in caso di malattia; nel 1928 l'*Equal Franchise Act* conferisce il diritto di voto a tutte le donne sopra i ventun anni; nel 1929 il *Local Government Act* riduce i poteri locali e realizza una considerevole centralizzazione amministrativa e, all'insegna di un "socialismo municipale", estende a tutti i cittadini l'erogazione dei servizi pubblici, che riguardano ormai tutte le *utilities*; nel 1931 l'agricoltura britannica viene aiutata con l'imposizione di dazi di importazione e, negli anni seguenti, diversi provvedimenti normativi cercano di sostenere l'economia in crisi; nel 1914 e nel 1939 il Parlamento attribuisce al governo poteri eccezionali per fronteggiare la guerra, ma la legislazione emergenziale rimane in vigore anche nel dopoguerra; nel 1948 il Governo laburista, da un lato, dà attuazione alle raccomandazioni del

---

<sup>389</sup> D. ROBERTS, *Victorian Origins of the British Welfare State*, New Haven, Yale University Press, 1960, 300.

*Beveridge Report* e approva il *National Insurance Act*, il *National Assistance Act* e il *National Health Service Act* con cui dà vita al moderno *Welfare State* britannico e, dall'altro, accresce la regolazione pubblica dell'agricoltura e nazionalizza l'industria dell'acciaio, del gas, del carbone e del trasporto ferroviario.

Molteplici e diversi sono i fattori alla base di questa imponente e variegata legislazione amministrativa.

Innanzitutto, l'accrescimento del peso dell'opinione pubblica, effetto, oltre che causa, del progressivo allargamento del suffragio e della prima massiva scolarizzazione della popolazione.

In secondo luogo, la nascita e il consolidamento di una "società pluriclasse", alla base della cui piramide c'è un ampio ceto popolare, sempre più rappresentato dove si decide, che reclama una maggiore protezione economico-sociale dallo Stato e la redistribuzione della ricchezza e dei diritti a detrimento delle altre classi sopraelevate della piramide sociale, in un contesto ideologico in cui il progressivo farsi strada degli ideali democratici rende sempre più anacronistiche le distinzioni di condizione fondate sull'appartenenza nobiliare e sulla proprietà.

In terzo luogo, l'affermazione, come grande partito di massa contrapposto a quello dei *Tories*, del *Labour Party*, interprete di un socialismo eterodosso rispetto all'impostazione marxista, capace prima di collaborare con il partito liberale nell'attuazione delle riforme sociali e poi, nel quadro bipartitico, progressivamente di sostituirlo. Il rafforzamento di questa formazione politica di governo, propugnatrice ed attuatrice di riforme incisive ma graduali, è resa possibile dalla guida di una classe dirigente responsabile, aliena da velleità rivoluzionarie e formatasi alla scuola della *Fabian Society*<sup>390</sup>, movimento che si propone di elevare le condizioni dei lavoratori con una tattica gradualista e temporeggiatrice<sup>391</sup>, ripudiando l'ideologia comunista<sup>392</sup>.

In quarto luogo, gli straordinari eventi economici, sociali e politici che si susseguono negli anni. Le esigenze di difesa imposte dalle due guerre mondiali portano il legislatore ad estendere i poteri del governo, a rafforzare e centralizzare l'amministrazione pubblica, a istituire nuovi ministeri e autorità. Tra le due guerre, la crisi economica causata dalla ricostruzione e dalla

---

<sup>390</sup> Fondata da Sidney e Beatrice Webb, la *Fabian Society* ebbe tra i suoi membri più noti gli scrittori George Bernard Shaw, Leonard Woolf e sua moglie Virginia Woolf, l'anarchica Charlotte Wilson, la femminista Emmeline Pankhurst, il sessuologo Havelock Ellis, lo scrittore H.G. Wells, il militante Edward Carpenter, la scrittrice Annie Besant, il fisico Oliver Joseph Lodge, il politico Ramsay MacDonald. Della matrice fabiana risentì anche la *London School of Economics and Political Science* fondata da Sidney e Beatrice Webb nel 1895, nella quale venne "scoperto" il diritto amministrativo tra il secondo e il quarto decennio del XX secolo da Harold Laski, William Robson, Frederick Port e Ivor Jennings.

<sup>391</sup> Donde il nome di "Fabianesimo" mutuato da Quinto Fabio Massimo il Temporeggiatore che, nella lotta contro i cartaginesi guidati da Annibale, scelse una strategia attendista di lento logoramento, che avrebbe poi permesso a Scipione l'Africano di battere il nemico nella battaglia decisiva, nonostante le molte sconfitte subite da Roma. L'emblema di questo "gradualismo" era non a caso la tartaruga, ma a fugare il dubbio che lentezza volesse significare debolezza, il simbolo era accompagnato dalle parole: "*When I strike, I strike hard*".

<sup>392</sup> L'incipit dei saggi fabiani era: «Il fabianesimo si nutre di capitalismo, e il suo escremento è il comunismo».

riconversione dell'economia di guerra e la grande depressione economica successiva al 1929 conducono il Parlamento inglese ad approvare leggi di intervento pubblico nell'economia più affini di quel che si pensi alla coeva legislazione italiana e di altri paesi europei. La voglia di benessere che segue i sei duri anni di guerra trascorsi negli stenti sotto la minaccia dell'invasione nazista e sotto i bombardamenti aerei e missilistici produce la legislazione che costruisce il moderno *Welfare State* britannico. La fiducia nell'amministrazione pubblica rende benvenute le *public enterprises* e il positivo ricordo dei protettivi poteri governativi di guerra ben accetta la gestione pubblica delle *utilities*.

Insomma, dalla metà dell'Ottocento fino alla fine degli anni settanta del Novecento, in Inghilterra si consolida, nonostante la tesi di Dicey, un possente *administrative State*, fondato su un vasto *administrative law*, non molto diverso dal regime amministrativo dei paesi del continente europeo e anzi, sotto il profilo delle istituzioni finanziarie, militari e di polizia e sotto quello del *Welfare*, persino più esteso.

Esso si compone di numerose autorità amministrative, di enti economici e non economici, di organismi e uffici pubblici centrali, variamente denominati, che spesso hanno anche diramazioni periferiche che attenuano il tradizionale *local government*; di una legislazione di deroga alla *parliamentary legislative sovereignty* e al *common law*, che attribuisce a questi organismi amministrativi poteri di normazione e poteri impositivi nei confronti dei cittadini; di "commissioni" di *administrative justice* (i *tribunals*) preposte alla decisione dei ricorsi esperibili nei confronti delle determinazioni delle amministrazioni.

Quello che per molto tempo difetta a questo regime amministrativo e a questo diritto amministrativo dell'Inghilterra, marcandone notevolmente la distanza con l'esperienza francese ed europeo-continentale, è, da un lato, la presa d'atto, da parte del *legal system*, della loro esistenza e, dall'altro, e per conseguenza, un efficace controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa da parte delle corti.

Parlando di Dicey, si sono evidenziate le ragioni che hanno fatto sì che la scienza giuridica inglese negasse l'esistenza di un autonomo sistema del diritto amministrativo e dunque la necessità di una specifica disciplina che del diritto amministrativo e della pubblica amministrazione facesse il suo oggetto. Queste ragioni – lo si ribadisce – consistono nell'identificazione della specialità con il privilegio, nell'avversione verso il potere esecutivo-amministrativo, incarnato dalla Corona, considerato come foriero di possibili attentati alle libertà e ai diritti dei sudditi, nel desiderio nazionalistico di sottolineare le proprie tradizioni, distinguendosi, come un'isola felice al centro di un impero di ineguagliabile civiltà, dal modello continentale autoritario di ascendenza napoleonica.

Si deve ora dar conto del fatto che questa mentalità e questa idiosincrasia erano talmente radicate nelle *élites* dirigenti e soprattutto nei *common lawyers*, costituenti la spina dorsale del sistema giudiziario e forense inglese, che non vennero scalfite neppure dalla "scoperta" del diritto amministrativo avvenuta negli anni venti e trenta nell'ambiente accademico della *London School of Economics and Political Science*, trasformata dalla prestigiosa direzione di



William Beveridge da “covo” di intellettuali socialisti in un centro di studi sociali di eccellenza dello stesso livello della Oxbridge<sup>393</sup>. Ci si riferisce, in particolare, agli studi di Harold Laski, William Robson, Frederick Port e Ivor Jennings.

Nel 1919, Harold Laski nota che una delle più gravi negazioni del mito diceyano del diritto eguale per tutti, pubblici e privati, riguarda la responsabilità della Corona, perché, secondo il più risalente costituzionalismo inglese, *the King can do no wrong*<sup>394</sup> e dunque la Corona non risponde neppure per *torts* davanti alle *ordinary courts of law*. Tanto più che queste sono pur sempre *King's courts* e sarebbe assurdo che «la Fontana della Giustizia»<sup>395</sup> fosse chiamata a rispondere di un'ingiustizia davanti a sé stessa. E siccome l'immunità della Corona era stata per lunga consuetudine giudiziaria estesa anche agli uffici del Re, il *common law* aveva elaborato la regola secondo cui può essere convenuto in giudizio per un illecito il singolo funzionario, ma non l'amministrazione pubblica. Con la conseguenza che il privato danneggiato da un atto amministrativo illegittimo può rimanere privato di un adeguato risarcimento allorquando il patrimonio del funzionario non sia capiente, proprio a causa di questa assurda immunità di cui godono gli uffici pubblici considerati proiezione del Re<sup>396</sup>. Ben a ragione Laski può allora scrivere che «*the british Crown covers a multitude of sins*»<sup>397</sup>.

Nel 1928 Frederick Port pubblica l'*Administrative Law* nel quale, fin dal titolo provocatorio, rompe con la tradizione diceyana di negazione dell'esistenza di un diritto delle pubbliche amministrazioni diverso e speciale rispetto al *common law*, dimostrando non solo la presenza in Inghilterra, in quegli anni e nei decenni precedenti, di autorità amministrative dotate di poteri imperativi, ma sostenendo altresì che un potere amministrativo centrale non dissimile da quello dei paesi dell'Europa continentale, l'Inghilterra lo avrebbe avuto fin dal Medioevo. Come non accorgersi che da sempre il Governo inglese può tassare, espropriare, ordinare, obbligare a un comportamento, condannare al pagamento di una sanzione amministrativa, tutte attività che il privato non può svolgere in modo unilaterale, e dunque che quello dell'eguaglianza tra pubblica amministrazione e privato è semplicemente un mito?

Nello stesso 1928, William Robson dà alle stampe il suo *Justice and Administrative Law*, nel quale offre una ragionata esposizione degli innumerevoli *tribunals* che, in meno di cent'anni, hanno cambiato profondamente

---

<sup>393</sup> Con l'espressione “Oxbridge” ci si riferisce in Inghilterra e nel mondo alle due celeberrime e rivali università di Oxford e Cambridge, costituenti la fucina della più elevata preparazione scientifica del Regno Unito.

<sup>394</sup> Possono soltanto sbagliare i consiglieri del Re, il primo ministro, il lord cancelliere, il cancelliere dello scacchiere e gli altri ministri, i quali, allora, debbono rispondere del loro operato dinanzi al loro “giudice”, il Parlamento, e dunque è meglio che del Parlamento abbiano la “fiducia”; donde la prassi affermata a poco a poco secondo cui i governi di sua Maestà devono avere la fiducia delle due Camere; e di qui anche il progressivo “svuotamento” delle prerogative regie: se il Re non può commettere errori è perché, in realtà, non ha poteri; ha solo poteri formali, perché quelli sostanziali fanno capo ai ministri del Governo che ne rispondono politicamente e giuridicamente; ovvero ad ogni potere corrisponde una responsabilità e ad ogni responsabilità corrisponde un potere e chi è irresponsabile non ha potere.

<sup>395</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford 1765, I, 275.

<sup>396</sup> Il *Post Office* era tra gli enti pubblici che, più spesso, finiva per godere di questo assurdo privilegio.

<sup>397</sup> H. LASKI, *The responsibility of the State in England*, in *Harvard Law Review*, (32), 1919, 447; nonché in *The foundations of sovereignty and other essays*, London, Allen and Unwin, 1921, 103.

l'ordinamento inglese, introducendo fonti paragiurisdizionali di creazione del diritto amministrativo che concretano un sistema di *administrative justice* non molto diverso da quello francese di cent'anni prima (col *Conseil d'État* organo amministrativo di giustizia amministrativa non ancora giurisdizionalizzato). Non è vero, dunque, che in Inghilterra non esiste né un diritto amministrativo né una giustizia amministrativa diversa e speciale rispetto a quella ordinaria: solo che l'uno e l'altra sono ancora "disordinati" e disorganici a causa della mancanza di una corte amministrativa centrale in grado di ricondurre ad un nucleo di principi unitari le mille pratiche amministrative di *boards*, *commissions*, *committees*, *ministers*, *departments*, *authorities* e *offices* e i mille orientamenti decisionali dei *tribunals*.

Questi studiosi esortano tutti a prendere atto dell'esistenza dell'*administrative law* e della necessità di tutelare adeguatamente i diritti dei cittadini nei confronti dell'esercizio dei poteri speciali dell'amministrazione pubblica, guardando senza diffidenza e pregiudizio all'esperienza francese della giurisdizione speciale ed anzi prendendola come esempio di ordinamento evoluto, sottolineando che il vero problema non è quello della illegittimità del potere amministrativo, ma quello di un efficace controllo giurisdizionale sul suo esercizio che le corti ordinarie non sono in grado di assicurare.

Ma l'attaccamento alle tradizioni costituzionali di avversione all'autorità amministrativa e la fedeltà alla prospettiva diceyana di rimozione culturale del potere amministrativo sono, in quegli anni, ancora molto forti nel ceto giudiziario-forense e in gran parte dell'accademia.

Nel 1929 lord Hewart of Bury, *Chief Justice* del Regno, nel suo *The New Despotism*<sup>398</sup>, si scaglia contro i poteri esorbitanti che l'amministrazione ha acquisito, descrivendo l'esercizio di facoltà di *rule making* e di *adjudication* da parte della burocrazia come un attentato alle libertà dei sudditi britannici ed invocando una restaurazione della sovranità del Parlamento e della *rule of law*. E nel 1931 l'oxoniense Carleton Allen<sup>399</sup> denuncia i pericoli dell'avanzata di una "burocrazia trionfante" col potere di legiferare e di giudicare, tanto estranea alla tradizione costituzionale inglese.

Soprattutto per l'allarme lanciato da lord Hewart, il problema della legittimità costituzionale dei "nuovi" poteri del Governo, dei corpi esecutivi e dei *tribunals* e del rapporto tra amministrazione e giustizia non è più soltanto l'oggetto di un acceso dibattito coinvolgente accademici e giuristi, ma diventa un affare politico-istituzionale che costringe il Governo britannico a nominare una commissione, presieduta da Lord Donoughmore, incaricata di censire i poteri del Governo e delle autorità esecutive e giustiziali, e di verificarne la legittimità costituzionale, per poi riferire al Parlamento.

Nel 1932 il *report* del *Donoughmore Committee* respinge l'allarme lanciato da lord Hewart, ma ribadisce che la supremazia del *common law* è un principio fondamentale della costituzione inglese e che la creazione di una giurisdizione amministrativa speciale è in contraddizione con l'eguale sottoposizione di tutti i

---

<sup>398</sup> HEWART OF BURY, *The New Despotism*, London 1929.

<sup>399</sup> C.K. ALLEN, *Bureaucracy triumphant*, London 1931.

soggetti, privati e pubblici, all'*ordinary law of the land* amministrato dalle *ordinary courts of law*. Sono di fatto respinte le istanze di riforma provenienti dalla *London School* e ribadite le idee di Dicey: l'amministrazione pubblica non ha poteri speciali, esorbitanti e derogatori rispetto all'*ordinary law of the land*, e i suoi atti e comportamenti sono sottoposti al controllo giurisdizionale dell'unico giudice del Regno: le *ordinary courts*.

### **7. I fattori di debolezza del *judicial review* e la *deference* delle *courts*.**

Il problema, però, era che le *ordinary courts*, sin dalla metà dell'Ottocento in cui avevano cominciato a nascere e ad operare corpi amministrativi di tipo esecutivo, non avevano potuto o non avevano voluto esercitare quel sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa necessario a tutelare i diritti dei cittadini, che il modello diceyano della *rule of law* postulava e che il *Donoughmore Committee Report's* del 1932 aveva sostanzialmente ribadito. E questa inerzia giurisdizionale si prolungò fino agli anni sessanta del ventesimo secolo.

Ma prima di cercare di riassumere le cause di quest'atteggiamento di *deference* dei giudici britannici nei confronti dell'amministrazione nel corso dei decenni, conviene ricordare com'era configurato il sistema di giustizia amministrativa di *common law* col quale, dai primi decenni dell'epoca vittoriana, sono chiamati a fare i conti gli atti e i comportamenti delle autorità esecutive istituite per rispondere ai problemi della società inglese repentinamente modernizzata dalla rivoluzione industriale.

Organi giurisdizionali di primo grado sono i *justices of the peace*, magistrati onorari formalmente nominati dal Re, ma sostanzialmente designati dalla *landed gentry*: sono *laymen* ovvero non giuristi che decidono il più delle volte secondo equità (non «*in equity*», ma in senso atecnico) e che possono essere affiancati per i casi tecnicamente più complessi da specialisti. L'impugnazione di taluni atti amministrativi davanti i giudici di pace può avere i caratteri di una istanza di revisione interna, essendo essi stessi organi amministrativi della periferia.

Giudici amministrativi di appello sono le *Courts of Quarter Sessions*, corti giudiziarie di contea che si riuniscono in sessioni trimestrali e che sono anch'esse titolari di molte competenze amministrative (il *Local Government Act* del 1888 ridurrà il numero di queste competenze) e, come tali, destinatarie anch'esse di istanze di revisione interna delle loro determinazioni amministrative, oltre che delle impugnazioni delle decisioni dei giudici di pace.

L'istanza suprema è costituita dalle *ordinary courts of law* e cioè dalle tre Corti di Westminster (la *Court of Common Pleas*, la *Court of Exchequer* e soprattutto la *Court of King's Bench* che, come si è già accennato, ha da secoli le maggiori competenze nelle materie "amministrative") e dalle residue e "normalizzate"<sup>400</sup> *prerogative courts* (soprattutto la *Court of Chancery*), le quali tutte esercitano un controllo di mera legittimità delle decisioni amministrative e

---

<sup>400</sup> E cioè ricondotte, dopo la vittoria nel 1688 del Parlamento e dei giudici di *common law* sul Re e sulle speciali giurisdizioni regie (le *prerogative courts*), nell'alveo del *common law* e della primazia delle Corti di Westminster: si veda § 2.2.

lo esercitano le prime tre con i *prerogative writs* del *judicial review* e la *Court of Chancery* con gli *equitable remedies* del diritto (processuale) privato.

Qui è necessario osservare che quell'idea medioevale dello Stato con cui l'Inghilterra, alla fine del Seicento, entra nella modernità, che concepisce due soli poteri pubblici, quello legislativo e quello giurisdizionale, e due sole manifestazioni del potere pubblico, la legge e la sentenza, ripudiando la stessa ipotizzabilità di una potestà esecutivo-amministrativa, produce l'effetto di portare a vedere nell'atto amministrativo, quando esso ha un contenuto generale, una legge, e quando – e più spesso - invece, ha un contenuto individuale e concreto, una sentenza, e dunque ad inquadrare per lo più la funzione amministrativa nella funzione giurisdizionale. Del resto, non a caso, come si è ricordato a suo tempo, i giudici di pace e le corti trimestrali di contea sono organi giurisdizionali e, al contempo, amministrativi, com'è tipico di uno Stato giurisdizionale caratterizzato da una commistione tra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa (non a caso, definite entrambe *jurisdiction*): le loro decisioni, che pure possono avere, secondo le moderne categorie giuridiche, un contenuto giurisdizionale o un contenuto amministrativo, sono considerate sempre “giurisdizionali” nell'Inghilterra dell'epoca.

Senza questa considerazione non si riuscirebbe a capire perché le Corti di Westminster possono esercitare il loro *judicial review*, oltre che sulle sentenze dei giudici di pace e di contea, sulle decisioni amministrative degli organismi esecutivi e giustiziali - *boards, commissions, committees, authorities, offices, ministers, tribunals* – che dall'epoca vittoriana in poi cominciano ad essere istituiti e a moltiplicarsi. Così come possono essere adite per verificare che le decisioni dei giudici di pace e di contea siano conformi all'*ordinary law of the realm*, senza entrare nel merito delle stesse, allo stesso modo le *courts* possono conoscere delle *questions of law* delle determinazioni dei nuovi organismi e possono pronunciare nei loro confronti i medesimi provvedimenti adottabili nei confronti dei giudici inferiori, perché le decisioni di questi organismi amministrativi, nell'impossibilità di concepire la “funzione amministrativa” e l’“atto amministrativo”, sono considerate pronunce “giurisdizionali”. E dunque, allo stesso modo in cui le Corti di Westminster esercitano la loro giurisdizione in nome del Sovrano<sup>401</sup>, assicurando, col *judicial review*, che i giudici di periferia osservino la legge, adempiano ai loro doveri e non superino i limiti dei propri poteri, esse sono ora chiamate ad esercitare la loro giurisdizione, e con le stesse finalità, nei confronti delle decisioni di *boards* e *tribunals*. E così come possono emanare il *writ of certiorari* per controllare la legittimità di una sentenza e, in caso di accertata illegittimità, per annullarla, il *writ of mandamus* per ordinare al giudice di adempiere ad un dovere impostogli dalla legge, il *writ of prohibition* per vietare ad un giudice di continuare ad eccedere dei poteri conferitigli dalla legge, le Corti di Westminster (e soprattutto la *Court of King's Bench*) possono adottare quegli stessi *writs* nei confronti delle decisioni delle nuove autorità

---

<sup>401</sup> Ma ormai, dopo il 1688, nel contesto di una concezione di “giustizia delegata”.

amministrative di tipo esecutivo o giustiziale, pronunciando una sentenza di annullamento, di adempimento o di inibizione<sup>402 - 403</sup>.

Occorre poi rammentare che davanti ai giudici inglesi, i soggetti pubblici e i soggetti privati sono tutti posti sullo stesso piano, non avendo i primi alcun tipo di privilegio rispetto ai secondi derivante da uno statuto speciale e da un foro speciale. Si spiega così perché la giurisprudenza, a far data dall'inizio del XX secolo, abbia ritenuto che anche ai rapporti tra cittadini e amministrazione, regolati dai provvedimenti amministrativi, possano applicarsi i rimedi privatistici della *declaration* e della *injunction* conosciuti dalla *Court of Chancery* in nome dell'*equity* (dove il nome di *equitable remedies* ovvero "rimedi di equità") per risolvere controversie interpretate quando le lacune del *common law* in senso stretto producono un vuoto di tutela e un diniego di giustizia (*equity does not suffer a wrong to be without remedy*). La *declaration* è un'azione esclusivamente dichiarativa, diretta a produrre un accertamento giudiziale della situazione dei reciproci rapporti tra le parti in giudizio e quindi, secondo la giurisprudenza, anche l'accertamento giudiziale dell'illegittimità dell'atto dell'amministrazione. L'*injunction* è un rimedio con cui si può chiedere al giudice di ordinare ad un privato o ad un'amministrazione di fare o di non fare, anche in via provvisoria, una determinata azione. Molto utile, dunque, anche come strumento di tutela cautelare, esso si sovrappone, nel controllo giurisdizionale dell'attività

---

<sup>402</sup> In molti manuali inglesi di *administrative law*, tra i *writs* emanabili nei confronti delle autorità amministrative si trova opportunamente riportato anche il *writ of habeas corpus*, rimedio di *common law* diretto ad accertare la legittimità della carcerazione e, più in generale, di qualunque forma di restrizione della libertà personale, quando essa dipenda da un atto amministrativo, come nel caso di uno straniero che, in attesa di rimpatrio, sia detenuto in base ad un *deportation order* di un'autorità di polizia. In tal caso, col *writ (order: v. nota successiva) of habeas corpus* si contesta la legittimità del provvedimento amministrativo e si chiede la liberazione del detenuto. Anche questo *writ* fu, sin dalle origini medioevali del *common law*, elaborato e concesso dalle Corti di Westminster, prima, per ordinare ai giudici inferiori di portare al proprio cospetto un prigioniero per poterne verificare le condizioni personali ed evitare una detenzione senza concreti elementi di accusa, successivamente, per annullare gli ordini e le sentenze di carcerazione dei giudici periferici e per restituire la libertà ai sudditi illegittimamente imprigionati. E, com'è facile intuire, era il provvedimento che regalava a queste corti un grande prestigio tra la gente e che contribuiva a vedere nelle stesse il presidio della libertà. Nei secoli di più acceso scontro tra Sovrano, da una parte, e Parlamento e Corti, dall'altra, il *writ of habeas corpus* fu l'arma più potente e prestigiosa nelle mani del partito del Parlamento e delle corti di *common law*, grazie alla quale poterono essere liberati molti avversari politici del Re, da questi fatti illegittimamente arrestare. Nella materia delle controversie amministrative, il *writ of habeas corpus* è progressivamente caduto in disuso. Riaffiora oggi qualche volta, soprattutto nella materia dell'immigrazione e dell'estradizione.

<sup>403</sup> È interessante notare che i *prerogative writs* (trasformati in *prerogative orders* dall'*Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Act* del 1983) costituiscono, fino ai *Judicature Acts* del 1875, non un diritto dei sudditi, ma un privilegio del quale occorre sollecitare la concessione e che una *King's Court*, in nome del Re, accorda soltanto con cognizione di causa. La Corona "presta" le sue prerogative legali ai cittadini «affinché possano collaborare nell'assicurare un governo buono e legittimo» (H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, ed. Giuffrè, Milano 1969, 172). È per questo che nelle procedure in esame ancora oggi l'attore nominale rimane la Corona, anche se ad avvantaggiarsene è il privato. Ed infatti, la parte lesa dal provvedimento della pubblica amministrazione è definita "relatore" (*relator*) e non "attore" (*plaintiff*), per sottolineare che si tratta di un'azione, nell'interesse della Corona, diretta ad assicurare la legittimità dell'azione amministrativa. La parte agisce, in altri termini, come una sorta di pubblico ministero privato (*private attorney-general*). Dove è difficile non ravvisare un profilo di funzione "oggettiva" della tutela giurisdizionale, analogo a quello del francese *recours pour excès de pouvoir*.

amministrativa, ai *prerogative remedies* della *prohibition* e del *mandamus*, ma con un ambito di applicazione reso più ampio dalla sua estensione privatistica.

Con i *Supreme Court of Judicature Acts* del 1873 e del 1875 viene istituita la *Supreme Court of Judicature*, composta dalla *High Court of Justice* e dalla *Court of Appeal*, con la *High Court* che assorbe le corti superiori di *common law* e le sopravvissute *conciliar courts* (*Chancery* inclusa) e che viene articolata in cinque divisioni specializzate<sup>404</sup>, tra cui la *King's Bench* con competenza nelle controversie amministrative. Nel 1881 un *Order in Council* incorpora le funzioni di *Common Pleas* e di *Exchequer* nella *King's Bench*, riducendo a tre le divisioni specializzate della *High Court* (*King's Bench*, *Chancery* e *Family*).

Con l'*Appellate Jurisdiction Act* del 1876 sono regolamentate le funzioni giurisdizionali della *House of Lords* che la Camera alta inglese aveva tradizionalmente esercitato in base ad una plurisecolare consuetudine, per essere attribuite ad una sua composizione interna, i *Lords of Appeal in Ordinary*, comunemente chiamati *Law Lords*<sup>405</sup>. Quest'organismo è stato la più alta giurisdizione di appello del Regno, anche nelle controversie amministrative, fino a quando il *Constitutional Reform Act* approvato nel 2005 ne ha trasferito, a partire dal 2009, le alte funzioni giurisdizionali alla neo-istituita *Supreme Court of the United Kingdom*<sup>406</sup>.

Si è detto che sulle determinazioni amministrative, le *superior courts* svolgono il *judicial review*, esercitando un controllo di mera legittimità. È allora opportuno svolgere in proposito alcune considerazioni e precisazioni.

Il *judicial review* è, per plurisecolare tradizione di *common law*, un *inherent power* delle corti superiori, il che vuol dire che viene esercitato sulle sentenze

---

<sup>404</sup> *King's Bench*, *Chancery Division*, *Common Pleas Division*, *Exchequer Division* e *Probate, Divorce, and Admiralty Division*.

<sup>405</sup> I *Lords of Appeal in Ordinary* o *Law Lords*, istituiti dall'*Appellate Jurisdiction Act* del 1876, erano *salaried life peers* con lo scopo di svolgere, in via professionale, la sola attività di giudici. A partire dalla seconda guerra mondiale, si costituirono in un *Appellate Committee*, poi denominato *Judicial Committee of the House of Lords*.

<sup>406</sup> La Camera dei Lord, contrariamente a quanto accadeva nella Camera dei Comuni, non eleggeva il suo portavoce, ma era presieduta *ex officio* dal Lord Cancelliere, che era anche Segretario della Giustizia e, quale Presidente del *Judicial Committee* della *House of Lords*, primo giudice del Regno, col compito, in queste sue vesti, di garantire l'indipendenza della magistratura e l'efficiente funzionamento della giustizia. Il fatto che, da un lato, il Lord *Chancellor* fosse contemporaneamente Ministro della Giustizia, membro e Presidente della Camera alta del Parlamento e primo giudice del Regno e che, dall'altro, la *House of Lords* fosse, al contempo, organo legislativo e supremo organo giurisdizionale, era oltremodo emblematico di come in Gran Bretagna il principio della separazione dei poteri non esistesse nella stessa purezza degli altri ordinamenti giuridici europei. Con l'entrata in vigore del *Constitutional Reform Act* del 2005, con il quale il legislatore britannico ha cercato di realizzare con più nettezza la separazione dei poteri dismettendo tradizioni di indistinzione di origine medioevale, è stata istituita la carica di *Lord Speaker* eletto dalla Camera dei Lord e nominato dalla Corona e le più alte funzioni giurisdizionali sono state devolute dalla *House of Lords* alla istituita *Supreme Court of the United Kingdom*; il *Lord Chief Justice* è divenuto, per l'Inghilterra e il Galles, il Presidente della *Court of Appeal* di Inghilterra e Galles, per la Scozia il Presidente della *Court of Session* scozzese, per l'Irlanda del Nord il Presidente della *Court of Appeal* nord-irlandese. Il *lord Chancellor*, che fino al 2009 riuniva in sé le cariche di *Speaker* della Camera dei Lord, di Primo Giudice del Regno (quale Presidente della *House of Lords* in sede giurisdizionale e del *Judicial Committee* della *House of Lords*) e di Ministro della Giustizia, è attualmente soltanto Ministro della Giustizia, garante dell'indipendenza delle *Courts* e dei *Tribunals* e del loro efficiente funzionamento.

delle *inferior courts* e sulle decisioni degli organismi amministrativi senza che occorra una specifica norma di *statute* che lo preveda. Il *judicial review*, che costituisce una *supervisory jurisdiction*<sup>407</sup>, è, insomma, norma di *common law*. Esso consiste in un giudizio limitato alla legittimità (*lawfulness*) della decisione impugnata, che non involge la cognizione dei fatti, che si conclude con l'annullamento del provvedimento illegittimo, e non permette alla corte di sostituire la propria decisione a quella dichiarata invalida, ma consente, dopo l'annullamento, di ordinare all'amministrazione di riesercitare il suo potere decisorio *tout court* o di riesercitarlo con l'obbligo di conformarsi alle direttive contenute nella sentenza.

L'*appeal*, invece, dev'essere espressamente previsto da una legge<sup>408</sup> e la parola richiama un po' equivocamente due istituti distinti. In una prima accezione, più prettamente processualistica, il termine indica il mezzo di impugnazione di una decisione dall'effetto devolutivo, che cioè introduce un giudizio nuovo, nel quale viene riesaminata l'intera controversia, comprensiva sia delle questioni di diritto che delle questioni di fatto, e che si conclude con una nuova decisione. In un secondo significato, l'*appeal* designa il rimedio col quale si attiva un sindacato esteso al merito della decisione, che permette al giudice "appellato" (o all'autorità "appellata", per es., un *board* o una *commission* o un *tribunal*) di sostituire la propria decisione a quella impugnata. Non s'identifica, però, con la prima accezione nella misura in cui, a volte, l'*appeal* con cui si chiede la riforma della decisione appellata può essere limitato dallo *statute* alle sole *questions of law*.

Alla metà dell'Ottocento, i vizi di legittimità che, nell'ambito del *judicial review*, le *ordinary courts* possono rilevare nei provvedimenti amministrativi adottati dalle neo-istituite autorità esecutive o giustiziali, sono suscumbibili in due grandi *grounds*, l'*ultra vires* e la violazione dei principi di *natural justice*, patologie relative rispettivamente ai paradigmi normativi posti dalle due fonti di produzione normativa tipiche dello Stato inglese premoderno, ispirato alla *rule of law*, con bipartizione dei poteri: la legge del Parlamento e il diritto giurisprudenziale (il *common law*).

Infatti, ogni potestà dispositiva di un'autorità pubblica diversa dal Parlamento e dalle corti deve avere il suo fondamento in uno specifico *statute*. Questa potestà di comando sui cittadini, delegata dalla legge del Parlamento ai corpi amministrativi, può essere anche assai ampia in un paese che, come l'Inghilterra, non ha una costituzione rigida che consenta ai giudici di sindacare la legittimità costituzionale del trasferimento con legge di funzioni autoritative da taluni organi costituzionali ad altri soggetti<sup>409</sup>. Il principio della "onnipotenza del

---

<sup>407</sup> P. CANE, *Administrative law*, Oxford 2004, 29.

<sup>408</sup> E non a caso viene definito *statutory appeal*.

<sup>409</sup> E in ciò è netta la differenza con gli Stati Uniti d'America in cui, vigendo una costituzione rigida, il potere legislativo non è illimitato e non può trasferire poteri d'imperio oltre i limiti previsti dalla Costituzione. Secondo la "dottrina della non delegazione", i giudici, in quanto titolari del sindacato diffuso di costituzionalità delle leggi, debbono controllare che l'attribuzione legislativa di funzioni potestative ad autorità diverse dalle Corti e dagli organi legislativi (per esempio, alle *independent agencies*) risulti il più circoscritto possibile e osservi una serie di condizioni desunte dalla costituzione.

Parlamento” vincola i giudici inglesi a rispettare la volontà legislativa, per quanto essa possa essere distonica rispetto alla tradizione costituzionale. Ma questo stesso principio della sovranità legislativa importa che le autorità amministrative possano esercitare soltanto i poteri ad esse attribuiti dalla legge e che il provvedimento che viola la legge, che sia stato cioè adottato *ultra vires*<sup>410</sup>, sia invalido.

L’*ultra vires (action being beyond power)*<sup>411</sup> può assumere diverse forme: quella del compimento dell’atto amministrativo non autorizzato, perché adottato in difetto di competenza o al di fuori dei presupposti di fatto o di diritto previsti dalla legge; quella della cessione o della rinuncia al potere discrezionale, come quando un’autorità amministrativa si adegua alle direttive di un’altra autorità o si obblighi contrattualmente a non esercitare talune delle proprie prerogative; quella della delegazione non autorizzata di poteri amministrativi; quella della violazione di regole procedurali stabilite dalla legge.

L’invalidità degli atti degli organismi amministrativi può poi derivare dalla violazione dei principi di *natural justice* propri del *common law*, che costituiscono le regole basilari e irrinunciabili alle quali le amministrazioni esecutive e giustiziali, come, del resto, i giudici, devono conformare la propria azione. E tra i principi più risalenti di *natural justice* e facenti parte del *common law* fin dalle sue origini medioevali, spiccano senz’altro quello del *nemo debet esse iudex in causa propria* e quello dell’*audi et alteram partem*.

Il principio del *nemo iudex in causa propria*, conosciuto anche come *rule against bias*, comporta che sia invalida qualunque decisione giudiziale o amministrativa non soltanto concretamente condizionata da un interesse personale del decidente, ma anche più semplicemente assunta in presenza di un interesse potenzialmente condizionante<sup>412</sup>.

Il principio dell’*audi alteram partem*, declinato nella sua forma più moderna nel *right to be heard*, impone che ogni interessato da una decisione giudiziale o amministrativa abbia il diritto di prospettare le proprie ragioni all’organo giurisdizionale o amministrativo decidente e costituisce la colonna portante della *fair procedure* britannica e del *due process of law* americano<sup>413</sup>. Qualunque

---

<sup>410</sup> Sulla genesi del principio dell’*ultra vires*, si legga H.A. STREET, *A Treatise on the Doctrine of Ultra Vires*, London 1930.

<sup>411</sup> P. CRAIG, *Ultra vires and the foundations of judicial review*, in *Cambridge law journal*, 1998, 63.

<sup>412</sup> Con riguardo agli organi giurisdizionali, la più classica formulazione del *nemo iudex in causa propria* si trova enunciata nel caso *Dimes v. Grand Junction Canal Proprietors* del 1852 (3 HL Cas. 759, HL), nel quale la *House of Lords* annullò una serie di decisioni assunte dall’allora lord Chancellor Cottenham, in quanto risultò che questi era azionista della società parte in causa. Spiegò Lord Campbell: «*no one can suppose that Lord Cottenham could be, in the remotest degree, influenced by the interest that he had in the concern, but, my Lords, it is on the last importance that the maxim that no man is to be judge in his own causa should be held sacred [...]. It will have a most salutary influence on [...] (inferior) Tribunals when it is known that this high Court of last resort, in a case in which the Lord Chancellor of England had an interest, considered that his decree was on that account a decree non according to law, and was set aside*».

<sup>413</sup> «La tradizione costituzionale, e la risalente concezione del potere che prende le mosse dal problema della libertà per poi giungere alla considerazione dell’autorità, hanno condotto a porre in primo piano l’idea che una *fair procedure* costituisca la condizione indispensabile per la validità d’ogni decisione pubblica che incida su diritti» e una *procedure* è *fair*, cioè conforme ai principi di *natural justice*,



provvedimento sfavorevole così giudiziario come amministrativo, adottato senza aver prima ascoltato l'interessato, deve essere considerato invalido<sup>414</sup>.

La sentenza di annullamento (*quashing*) di un provvedimento amministrativo illegittimo pronunciata da una corte cancella dalla realtà giuridica l'atto annullato (effetto "eliminatorio"), obbliga l'amministrazione ad eliminare l'assetto di interessi regolato dall'atto annullato e a ripristinare lo *status quo ante* (effetto "ripristinatore") e vincola l'amministrazione, chiamata a riesercitare il suo potere, ad adeguarsi alle indicazioni della sentenza (effetto "conformativo"). *Boards, committees, commissions, offices, authorities, departments, ministers e tribunals* difficilmente non eseguono gli obblighi derivanti dalla sentenza di annullamento, perché in caso d'inottemperanza il funzionario preposto è incriminato per *contempt of court*.

Le considerazioni che precedono mostrano che, sin dai primordi dell'epoca vittoriana, quando comincia ad affermarsi un'amministrazione multiforme di tipo esecutivo e giustiziale, titolare di poteri provvedimenti imperativi individuali, di normazione secondaria e di *adjudication*, e quando inizia a formarsi l'*administrative law* che, col passare dei decenni, come una valanga, aumenta di consistenza, alimentato da innumerevoli *statutes, rules, orders, regulations e bye-laws* e da molteplici prassi amministrative, l'ordinamento di *common law*, con le sue molteplici e prestigiose strutture giudiziarie centrali e periferiche, con i *writs* del suo *judicial review*, con gli *equitable remedies* di diritto privato esperibili anche nei confronti degli atti e comportamenti amministrativi, con la dottrina dell'*ultra vires* e i principi di *natural justice*, con la deterrenza del *contempt of court*, sembra presentare un sistema di giustizia amministrativa di elevata civiltà giuridica, solido, completo ed efficace, potenzialmente in grado di assicurare ai sudditi britannici una tutela giurisdizionale incisiva nei confronti dei possibili abusi delle nuove autorità amministrative.

L'esperienza degli anni dimostra, però, che la realtà è ben diversa e che il sistema di protezione giurisdizionale dei cittadini nei confronti delle amministrazioni è indebolito da molteplici fattori.

Innanzitutto, l'accesso alla giustizia delle corti è assai costoso e dunque è consentito soltanto alle classi più abbienti. L'operaio della fabbrica tessile di Manchester non può certo pagare un avvocato che contesti davanti ad una corte superiore la violazione della normativa sugli orari di lavoro o di igiene nelle fabbriche o il provvedimento amministrativo che gli nega il congedo di malattia o la prestazione sanitaria.

In secondo luogo, le azioni esperibili nei confronti degli atti e dei comportamenti amministrativi non sono elaborate dalle *courts* per attaccare

---

soprattutto se rispetta la regola dell'*audi alteram partem*. Così M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 80.

<sup>414</sup> Tra i casi di provvedimenti amministrativi sfavorevoli giudicati illegittimi e invalidati, perché emessi in violazione del *right to be heard*, degno di nota è quello del 1723 *R. v. University of Cambridge* (1 Stra. 557), nel quale la *Court of King's Bench* dichiarò la nullità di una decisione dell'Università di Cambridge con la quale il dott. Bentley era stato privato dei suoi gradi accademici, in quanto il provvedimento era stato adottato senza che il suo destinatario avesse potuto difendere le proprie ragioni, essendo previamente ascoltato.

specificatamente l'illegittimo esercizio del potere amministrativo, ma sono mutate o dagli antichi meccanismi di *common law* (i *writs*) di supervisione e controllo di legittimità da parte delle corti superiori delle decisioni delle corti inferiori o dalle azioni di diritto privato. Risultano, dunque, poco incisive ed efficaci nella misura in cui sono calibrate per scopi diversi da quello di fronteggiare gli effetti pregiudizievoli delle manifestazioni di comando degli organismi esecutivi. Permettono un controllo di legittimità meramente formale e procedurale e non riescono neppure lontanamente a sindacare la discrezionalità amministrativa.

In terzo luogo, il sistema giurisdizionale è complicato da un estremo formalismo, da talune incompatibilità, da limiti di natura istruttoria e dalla discrezionalità giudiziaria. Infatti, ciascun *writ* ha una sua specifica procedura. Non si possono esercitare cumulativamente gli *equitable remedies* e i *prerogative remedies*, sicché se si percorre inutilmente la strada dei primi si può rimanere fuori termine per i secondi. Risulta vietato persino il cumulo della domanda di risarcimento con un'azione pubblicistica di revisione giudiziale. Nel corso del giudizio, nessun rimedio è convertibile in un altro, neppure nell'ambito della stessa famiglia *prerogative* o *equitable*. Nel *judicial review* sono spesso vietati o limitati determinati mezzi di prova (per es., la *discovery of documents*, la *cross examination*, l'audizione delle parti). Lo svolgimento del *judicial review* è, poi, subordinato ad un giudizio discrezionale di ammissione da parte del giudice, perché l'azione non è un diritto, ma una graziosa concessione della Corte (deriva di qui il *leave*, ridenominato *permission*, dei *prerogative remedies*, divenuto poi condizione di procedibilità dell'*application for judicial review*). Alcuni *remedies*, poi, non possono neppure essere esercitati direttamente dal cittadino, ma, un po' come per l'azione penale, occorre sollecitarne o provocarne l'esperimento da parte dell'*Attorney General*.

In quarto luogo, il risarcimento dei danni per *torts* commessi nell'esercizio di attività amministrativa può essere domandato soltanto al singolo funzionario responsabile, ma non all'ufficio o ente pubblico che, essendo considerato una *longa manus* del Sovrano, gode della stessa immunità giuridica di quest'ultimo. E anche il funzionario gode di un privilegio, perché l'azione di danni nei suoi confronti è soggetta al termine di decadenza di sei mesi<sup>415</sup>, invece che al termine di prescrizione di sei anni previsto per l'analoga azione interprivata.

In quinto luogo, molti atti amministrativi non possono essere impugnati davanti ai giudici o possono esserlo soltanto a ristrette condizioni, e ciò per almeno due ragioni.

La prima è che le leggi del Parlamento, che prevalgono sul *common law* che concepisce il *judicial review* come *inherent power*, prevedono spesso *finality clauses*, *no certiorari clauses*, *conclusive evidence clauses*, *time-limited clauses*, che impediscono l'impugnabilità delle decisioni amministrative davanti alle *ordinary courts* (sia perché il legislatore ritiene i giudici privi della necessaria competenza tecnica per conoscere di controversie amministrative, sia perché

---

<sup>415</sup> È quanto previsto dal *Public Authorities Protection Act* del 1893.

intende evitare che il giudiziario s'intrometta nella sfera decisionale, voluta dal Parlamento, di organi istituiti dal Parlamento) o che limitano l'impugnabilità (al fine di garantire la stabilità degli assetti di interessi pubblici e privati regolati dalle determinazioni amministrative).

La seconda è che molti atti amministrativi sono ritenuti non giustiziabili da parte delle stesse *ordinary courts*. Certamente sono considerati tali quelli di carattere generale e normativo, perché essendo equiparati alla "legge", condividono la stessa insindacabilità di questa. Per i provvedimenti amministrativi concreti e individuali, si distingue spesso tra quelli *judicial* e quelli *non judicial*. I primi sono oggetto di *judicial review* così come lo sono le sentenze dei giudici inferiori da parte delle *superior courts*, di cui mutuano la natura. Molti dei secondi, invece, sono spesso ritenuti dai giudici insindacabili, o perché valutati alla stessa stregua degli atti politici e, come tali, considerati come sottoposti al solo controllo del Parlamento, o perché presuntivamente ritenuti *intra vires*, in quanto consentiti da leggi di ampia delega. Nei confronti di questi atti amministrativi, specialmente di quelli discrezionali, e cioè di quelli la cui emanazione è rimessa dalla legge all' "opinione" del Ministro o all' "apprezzamento" della *commission* o del *committee*, le *ordinary courts*, proprio per rispetto della volontà legislativa del Parlamento, indulgono ad un atteggiamento di *deference*. Ed è proprio questo atteggiamento di *deference* dei giudici la principale ragione della debolezza della giustizia amministrativa inglese.

Ma alla base della *deference* delle *courts* nei confronti dell'attività amministrativa non vi è soltanto il rispetto della sovranità del Parlamento, ma anche altre ragioni più tecniche, culturali e "politiche".

Sul piano tecnico, il *self restraint* dei giudici è innanzi tutto determinato dalla mancanza in loro dell'*expertise* necessaria per giudicare di controversie amministrative involgenti conoscenze specialistiche nel campo urbanistico, sanitario, lavorativo, previdenziale, fiscale, economico-industriale. Ciò induce spesso il legislatore, al momento di istituire le nuove autorità e di conferirgli nuove potestà, a prenderne atto e a sottrarre *expressis verbis* alle *ordinary courts* il potere di riesaminare (*by appeal*) le determinazioni amministrative, attribuendolo, se del caso, alle stesse autorità o ad organismi esterni (i *tribunals*) composti da personale esperto delle diverse materie. E ritenendo esteso l'*appeal* espressamente tolto loro dal legislatore, i giudici di *common law* ritengono dover essere il loro *inherent power* di *judicial review* limitato alla sola legalità esterna delle decisioni amministrative. È anche per questo che i giudici inglesi conquistano il sindacato sulla discrezionalità amministrativa con circa un secolo di ritardo rispetto ai loro dirimpettai francesi che, grazie al *Conseil d'État*, già nel 1864 avevano elaborato il vizio del *détournement de pouvoir*<sup>416</sup>.

Sul piano culturale, la mancanza di una scienza del diritto amministrativo, prodotta dalla peculiare concezione costituzionale e dall'assenza di una giurisdizione speciale in grado di creare giurisprudenzialmente un diritto speciale

---

<sup>416</sup> *Conseil d'État*, 25 febbraio 1864, *Lesbats*.

a sé stante, oggetto di una disciplina scientifica a sé stante, soffoca lo sviluppo di un ceto giudiziario e forense capace di affrontare con competenza e responsabilità le specifiche problematiche poste dalle controversie amministrative, determinando l'inclinazione ad aggirarle. Sotto questo profilo, la crociata di Dicey contro il diritto amministrativo, che tarpa la riflessione scientifico-accademica per oltre un cinquantennio, finisce per alimentare l'atteggiamento di *deference* dei giudici inglesi e dunque produce l'effetto paradossale di ostacolare il controllo dell'attività amministrativa da parte delle *courts*, che proprio il modello diceyano postulava.

Sul piano più propriamente "politico", poi, la *judicial indulgence* verso l'amministrazione è anche il risultato di una precisa, ancorché spesso irriflessa, strategia di auto-difesa e di auto-conservazione delle *ordinary courts*. Infatti, dalla seconda metà dell'Ottocento in poi, ma soprattutto nei primi decenni del Novecento, l'amministrazione pubblica, alla quale è stata data una funzione di protezione della *lower class* da un Parlamento sempre più dominato dai grandi partiti di massa e dalle idee riformiste, ha ormai conquistato la "stima" di un'opinione pubblica sempre più "progressista", che guarda con avversione ai riti polverosi e alle parrucche delle aule giudiziarie di Westminster e che considera i giudici come i più accesi difensori della "conservazione" e come i nemici dei "diritti sociali" derivanti dalla nuova legislazione amministrativa. Per evitare il rischio di uno scontro letale con queste nuove dominanti forze politiche amiche del *Welfare State* e dell'*administrative law*, i giudici britannici scelgono prudenzialmente di rimuovere dal loro ambito di competenza tutto ciò che possa in qualche modo afferire alla sfera dei *social rights*, trincerandosi dietro un puro sindacato dei vizi di forma e di procedura dell'agire amministrativo ed evitando accuratamente di apprezzare qualunque profilo di legalità sostanziale e di interferire con l'esercizio di facoltà discrezionali dell'amministrazione<sup>417</sup>.

### **8. Gli *administrative tribunals*. Il *Tribunals and Inquiries Act* del 1958.**

Si è visto che i giudici delle corti londinesi, reclutati tra i *barristers* secondo un sistema sostanzialmente cooptativo e depositari del *common law*, erano, per estrazione sociale e per formazione professionale, generalmente ostili alla nuova legislazione di amministrazione pubblica dei servizi sociali e di regolazione pubblica della proprietà privata e delle imprese. Educati nelle elitarie università ai valori liberali dell'individualismo, essi vedevano come fumo negli occhi le idee cartiste, collettivistiche, socialiste e fabiane che auspicavano l'elevazione delle classi più povere e la redistribuzione della ricchezza per mezzo di politiche pubbliche interventiste. E in nome della tutela della *private property* e della *freedom of contract*, si erano adoperati per interpretare restrittivamente tutti quegli *statutes* che, in materia di sanità, di edilizia, di pianificazione delle città e delle campagne, di lavoro nelle industrie, di disoccupazione, di istruzione pubblica, avevano, dai primi anni dell'età vittoriana, cominciato ad attribuire nuovi diritti - *new properties* - agli appartenenti alla *lower class*.

---

<sup>417</sup> MANNORI – SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 494-495.

Si è anche ricordato che, negli ultimi decenni dell'Ottocento, prendendo atto dell'irreversibilità di questo processo legislativo di attenuazione degli *absolute rights* e di conferimento di *social rights*, le *ordinary courts* si erano trincerate dietro un atteggiamento di *deference* verso l'attività amministrativa, che aveva lasciato i cittadini privi di tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti e dei comportamenti illegittimi posti in essere dagli organismi amministrativi.

E si è anche detto che il *judicial review of the administrative action*, divenuto sempre più deferente col passare degli anni, era indebolito da numerosi fattori: la lentezza e la farraginosità del procedimento, l'eccessivo formalismo, il costo, la mancanza di competenza tecnica dei decidenti, la non giustiziabilità di molte decisioni amministrative.

Orbene, per evitare che i cittadini rimanessero senza un'adeguata protezione dei loro "diritti sociali" a causa, in un primo momento, dell'azione d'interdizione delle *courts* nei confronti della legislazione di intervento pubblico, successivamente, dell'atteggiamento di *judicial deference* verso l'attività amministrativa, nonché, in ogni caso, a causa dei sottolineati difetti del *judicial review*, fu giocoforza per il legislatore di approntare un sistema di tutele dell'amministrato alternative alla giurisdizione, quello dei ricorsi amministrativi davanti alle stesse autorità (*inspectories, boards, commissions, committees, offices, ministers, authorities, departments*) emananti il provvedimento o davanti ad altri organi amministrativi del contenzioso (*tribunals*), ricorsi che, con un po' di approssimazione, potrebbero essere inquadrati nelle categorie giuridiche italiane dei ricorsi amministrativi gerarchici propri e impropri e in opposizione.

Un ordinamento, come quello inglese, che non aveva mai stabilito una netta distinzione tra funzioni giudiziarie e funzioni amministrative, costituì il terreno fertile per la crescita massiva e disordinata di questi procedimenti amministrativi *quasi-judicial* e di questi organismi amministrativi con funzioni contenziose per le controversie, anche nel merito, con le pubbliche amministrazioni.

Nell'ambito dell'*administrative justice*, l'istituto più rilevante e degno di nota è indubbiamente quello del ricorso davanti gli *administrative tribunals*.

I vantaggi pratici rispetto al *judicial review* davanti alle *courts* sono evidenti: l'economicità del ricorso, per presentare e proseguire il quale non occorre il patrocinio di un avvocato; la rapidità del procedimento, la cui fase istruttoria è assai informale e caratterizzata per lo più dall'acquisizione di prove documentali; la flessibilità, dovuta al carattere non vincolante dei precedenti; la tecnicità della decisione, essendo alcuni dei componenti il collegio esperti della materia della controversia; la rappresentanza, da parte dei non giuristi del collegio (gli *wing laymen*), degli interessi contrapposti delle parti, in un giudizio che, in molti casi, ha il sapore dell'arbitrato; la riformabilità del provvedimento amministrativo, potendo il *tribunal* sostituire la decisione impugnata con la propria all'esito di una nuova valutazione degli interessi pubblici e privati.

Gli svantaggi sono la faccia rovescia dei vantaggi: la scarsa *openness*, dovuta alla frequente mancanza di pubblicità delle *hearings* tipica di un procedimento rapido e informale; un sistema probatorio che privilegia i documenti scritti rispetto alle testimonianze; ma soprattutto la pretermissione o l'attenuazione dei

due fondamentali canoni di *natural justice* (o *fairness*) iscritti nel patrimonio genetico del *common law*, il *right to be heard* (o *audi alteram partem*) e la *rule against bias* o *impartiality* (o *nemo iudex in causa propria*), determinate da una procedura meno garantista e assai lontana dagli elevati standard del *due process of law* del *fair trial* e rispettivamente dalla non terzietà dell'organo che decide il ricorso rispetto all'autorità che ha adottato il provvedimento impugnato. In particolare, sotto quest'ultimo profilo, non si può non osservare che, quando addirittura i due soggetti non coincidono, come nel caso dei "ricorsi in opposizione", i componenti dei *tribunals* sono nominati dagli stessi Ministri i cui provvedimenti o settori sono coinvolti nei ricorsi amministrativi che i *tribunals* sono chiamati a decidere<sup>418</sup>.

Un altro elemento caratterizzante in positivo e in negativo i ricorsi amministrativi davanti gli *administrative tribunals* è il loro rimanere al di fuori del *legal system*. Gli *statutes* escludono quasi sempre il controllo in via di *appeal* delle *ordinary courts* sulle decisioni giustiziali e, a volte, con le *finality, no certorari, conclusive* e *time-limited clauses*, limitano lo stesso *judicial review*, e questa esclusione e questa limitazione, se, da un lato, consentono ai *tribunals* di elaborare principi "giurisprudenziali" nuovi che possono deviare dalle dottrine dei *common lawyers* basate sui *private rights*, proteggendo incisivamente i nuovi "diritti sociali" senza l'ostracismo dei giudici ordinari e concorrendo ad alimentare l'*administrative law*, dall'altro, anche in considerazione della gracilità del *judicial review* determinata dalla *deference* dei giudici, producono uno iato assai poco tollerabile tra il mondo dei *tribunals* e il sistema giudiziario e legale di *common law* che, da secoli, è una colonna portante dell'assetto costituzionale e dell'ordinata convivenza della società inglese. Tant'è che non soltanto sul finire degli anni venti del XX secolo con la *Donoughmore Committee*, ma anche sul finire degli anni cinquanta ci si chiede se il sistema dei *tribunals* (e quello delle *public inquiries*) sia compatibile con l'ordinamento costituzionale e, per compiere questo studio, nel 1957 viene dal Lord Cancelliere incaricata una Commissione, presieduta da Oliver Franks.

Il *report* che tira le somme dei lavori della commissione osserva che l'organizzazione degli *administrative tribunals* dev'essere ricondotta non alla

---

<sup>418</sup> Si può allora osservare che il sistema inglese di giustizia amministrativa sembra confermare quel (primordiale?) *trade off* tra indipendenza e *deference* che ha caratterizzato molte esperienze giuridiche e su cui si è recentemente soffermata parte della nostra dottrina (S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia. Un dualismo a trazione monista*, in *Riv. tr. dir. pub.*, n. 1/2013, 47 ss.; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, ed. Il Mulino, Bologna 2014, 304). Ovvero esisterebbe un rapporto di proporzionalità inversa tra indipendenza strutturale del giudice, da un lato, ed effettività della tutela che esso è in grado di offrire sul piano funzionale, dall'altro lato. Infatti, nell'esperienza inglese, gli *administrative tribunals*, legati al governo nella nomina dei loro componenti, sentendosi vicini all'amministrazione, si sentono autorizzati a rivederne le decisioni e a riponderare la sua valutazione dell'interesse pubblico, anche con la riforma del provvedimento amministrativo. Invece, le *ordinary courts*, totalmente indipendenti dal governo e terze rispetto all'amministrazione, sentono, in ossequio al principio della separazione dei pubblici poteri, di dover rispettare la discrezionalità dell'amministrazione e la rilevanza "politica" della sue scelte, assumendo un atteggiamento di deferenza quando sono chiamate a sindacarne la legittimità dell'operato.

*machinery of administration*, ma alla *machinery of adjudication*<sup>419</sup>, e proprio per questo raccomanda che i *tribunals* operino secondo procedure e modi somiglianti a quelli delle corti e siano sottoposti ad un più ampio controllo giudiziale. A tal fine suggerisce che l'attività dei *tribunals* sia *open, fair ed impartial*, e si svolga in pubbliche *hearings*, come quella delle *courts*; che le loro decisioni siano sempre motivate<sup>420</sup> e soggette ad *appeal* davanti alle corti per *questions of law*; che i loro componenti siano nominati dal *lord Chancellor*; che la loro indipendenza sia garantita da un *Council on Tribunals*, che faccia anche da supervisore sulla correttezza del loro operato.

Il *Tribunals and Inquiries Act* del 1958, sostanzialmente confermato dall'omonimo *Act* del 1971, recepisce solo parte delle raccomandazioni della *Franks Committee*. Infatti, da un lato, attenua l'originaria contrapposizione dei *tribunals* alle *courts*, realizza una maggiore pubblicità del procedimento, disciplina le procedure con forme più garantistiche e simili a quelle giurisdizionali e trasforma in regola il *right of appeal* davanti la *High Court* per questioni di diritto; dall'altro, però, non riesce a modificare il sistema di nomina dei membri, che rimane affidato ai ministeri di settore (che li scelgono nell'ambito di elenchi predisposti dal lord Cancelliere), garantendo una semplice indipendenza funzionale dall'apparato ministeriale, ma non un'indipendenza organizzativo-strutturale, e riconosce all'istituto *Council on Tribunals* un debole ruolo consultivo. Il *Tribunals and Inquiries Act* del 1992 accentua poi il carattere giurisdizionale delle funzioni dei *Tribunals* e rafforza le garanzie di indipendenza delle loro decisioni dal governo e dall'amministrazione.

Il percorso di giurisdizionalizzazione degli *Administrative Tribunals* viene portato a termine soltanto recentemente, dal *Tribunals, Courts and Enforcement Act* del 2007<sup>421</sup>, che li trasforma da organi amministrativi paragiurisdizionali in giudici amministrativi svolgenti funzioni pienamente *judicial*, inserendoli a pieno titolo nel sistema giurisdizionale ordinario, tanto che, com'è stato autorevolmente notato, oggi sarebbe «più corretto riconoscere loro il nome di *courts*, quali giudici ad ogni effetto, e non più di *minicourts*, quali sinora erano gergalmente denominati»<sup>422</sup>.

### **9. L'inizio degli anni sessanta: la scoperta del diritto amministrativo da parte dell'accademia più "tradizionale" e il risveglio del *judicial review*. La progressiva estensione del sindacato delle *courts*.**

Nel 1947, il *Crown Proceedings Act*, da un lato, abolisce il risalente principio di *common law* in base al quale la Corona non risponde per *torts*, aprendo finalmente l'ordinamento inglese alla responsabilità degli enti pubblici

---

<sup>419</sup> «We consider that tribunals should properly be regarded as machinery provided by Parliament for adjudication rather than as part of the machinery of administration.»: così si legge nel *Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries* (1957), al par. 40.

<sup>420</sup> La motivazione garantisce il corretto esercizio del potere e favorisce il controllo delle Corti sugli errori rilevabili *on the record* (c.d. *error of law on the face of record*).

<sup>421</sup> Di cui parleremo in un successivo paragrafo.

<sup>422</sup> M.P. CHITI, I «nuovi poteri» nel *common law*. La prospettiva del diritto amministrativo, in *Dir. pubbl.*, 2/2009, 397.

per danni cagionati ai cittadini da provvedimenti e comportamenti illegittimi dei funzionari; dall'altro, cancella la procedura del *petition of right* che, in caso di *breach of contract* da parte della Corona e degli uffici pubblici che formalmente la rappresentano, subordinava la possibilità di ricorrere alle Corti alla concessione della regia autorizzazione. E nel 1954, il *Law Reform (Limitation of Actions) Act* sopprime il termine semestrale di decadenza per l'esercizio dell'azione di responsabilità per gli illeciti commessi dai funzionari pubblici, estendendo alla fattispecie l'ordinario termine di prescrizione di sei anni previsto per le analoghe azioni interpretate di danni.

Sono, in tal modo, abolite risalenti e consolidate prerogative e immunità degli organi esecutivi dietro le quali, nonostante il mito dicevano del diritto uguale per tutti, pubblici e privati, si nascondevano intollerabili posizioni di privilegio delle pubbliche amministrazioni, sconosciute persino ai denigrati ordinamenti continentali. E soprattutto, con l'abolizione dell'immunità della Corona e con l'affermazione del principio della responsabilità dell'amministrazione, si consolida l'idea di un rapporto amministrativo intercorrente non più tra cittadino e funzionario, ma tra cittadino e apparato amministrativo. E quindi comincia a delinearsi una concezione di Stato-amministrazione come ente unitario e superiore assai simile a quella esistente in Francia e negli altri paesi dell'Europa continentale già da molto tempo.

Sul finire degli anni cinquanta, sollecitata dai primi seri studi comparativi<sup>423</sup> e dall'influenza dell'esperienza giuridica degli Stati Uniti in cui l'*Administrative Procedure Act (APA)* del 1946 aveva fornito alle corti americane lo schema ordinario su cui far crescere un diritto amministrativo giurisprudenziale, anche l'accademia inglese più "tradizionale" si apre al diritto amministrativo e recepisce l'esigenza di un controllo giudiziario più incisivo sull'attività degli organismi amministrativi.

Nel 1959 Stanley De Smith pubblica uno studio pionieristico sul *judicial review*<sup>424</sup>, destinato a divenire la bibbia di generazioni di studenti e di *lawyers* nella materia della giurisdizione amministrativa, nel quale esamina le funzioni e le manifestazioni del controllo giudiziale delle *courts* nel diritto amministrativo inglese. In particolare, risalendo alle radici del *common law*, egli auspica un maggior utilizzo nel sindacato giurisdizionale dei due basilari canoni di *natural justice*, l'*audi alteram partem* e il *nemo iudex in causa propria*, per troppo tempo dimenticati da giudici immobilizzati nella postura di *deference*, ritenendo che su questi antichi principi di *common law* possa e debba costruirsi la disciplina inglese del procedimento amministrativo.

---

<sup>423</sup> Si allude agli studi comparativi di D.H. LAWSON, *Le droit administratif anglais*, in *Revue internationale de droit comparé*, LXXIV, 1951, 412 ss; di C.J. HAMSON, *Executive Discretion and Judicial Control. An Aspect of the French Conseil d'État*, Cambridge 1954; di B. SCHWARTZ, *French Administrative Law and the Common Law World*, New York 1954; di J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé*, Paris 1955-58; di M. LEFÉBURE, *Le pouvoir d'action unilaterale de l'administration en droit anglais et français*, Paris 1961.

<sup>424</sup> S.A. DE SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, London 1959.



E nel 1961 William Wade dà alle stampe la prima edizione del suo fortunatissimo manuale di *Administrative Law*<sup>425</sup> nel quale, per la prima volta, la materia viene sistematizzata facendo perno sia sul *judge made law* prodotto dal *judicial control* sia sulla *natural justice* concepita come il fondamento dell'*administrative process*.

Questo mutato quadro legislativo e scientifico predetermina le condizioni nelle quali le *ordinary courts* possono finalmente abbandonare l'atteggiamento di *judicial indulgence* verso l'attività amministrativa, al fine di raccogliere la forte domanda di giustizia che proviene da una società ormai troppo pervasivamente governata da innumerevoli autorità amministrative per lasciare che i cittadini siano tutelati contro le illegittimità dell'esercizio dei poteri pubblici soltanto con i poco garantistici ricorsi amministrativi davanti ai *tribunals*.

E così, nei primi anni sessanta, si assiste ad un risveglio del *judicial review* delle *courts* che ricominciano a sindacare la legittimità dei provvedimenti e dei comportamenti amministrativi sulla base dei due citati principi di *natural justice* ritenuti vincolanti l'agire amministrativo.

Nel 1962, nel caso *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*<sup>426</sup>, il *Privy Council* qualifica il *right to be heard* come uno dei caratteri essenziali di *natural justice*, sentenziando che ai privati interessati spetta il diritto di essere previamente informati dell'instaurazione di un procedimento amministrativo che li riguarda e nel 1964, nel noto caso *Ridge v. Baldwin*<sup>427</sup>, la *House of Lords* dichiara l'invalidità di un provvedimento di destituzione di un funzionario di polizia, in quanto adottato senza che l'interessato abbia potuto far valere le sue ragioni. Nel 1969, nel caso *Metropolitan Properties Co. (FGC) Ltd v. Lannon*<sup>428</sup>, la Corte d'Appello annulla una decisione amministrativa adottata in presenza di un interesse personale dell'organo decidente, motivando che a rendere illegittimo il provvedimento di un'amministrazione è sufficiente una mera *appearance of bias*<sup>429</sup>. E nel caso *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*<sup>430</sup> del 1969 e nel caso *R. v. Gaming Board for Great Britain*<sup>431</sup> del 1970, le corti precisano che i due corollari di *natural justice*, ribattezzata in *fairness*, vincolano tutti gli atti delle autorità esecutive, sia quelli *judicial* che quelli *non judicial*, costituendo un parametro di legittimità di ogni procedimento amministrativo, anche di quello non paragiurisdizionale.

Queste due ultime sentenze sono assai interessanti anche perché in esse viene per la prima volta elaborato il concetto di *legitimate expectation* di carattere procedurale e di carattere sostanziale. Sussiste la prima specie quando una pubblica autorità induce nel destinatario di un provvedimento la ragionevole

---

<sup>425</sup> H.W.R. WADE, *Administrative Law*, Oxford 1961.

<sup>426</sup> *Kanda v Government of the Federation of Malaya* (1962) AC 322, 2 WLR 1153, PC.

<sup>427</sup> *Ridge v. Baldwin* (1964) AC 40, (1963) 2 All ER 66, HL.

<sup>428</sup> *Metropolitan Properties Co. (FGC) Ltd v. Lannon* (1969) 1 QB 577, (1968) 3 All ER 304, CA.

<sup>429</sup> Nel caso di specie, l'essenza della necessità di imparzialità viene così descritta da Lord Denning, il Master of the Rolls: «Justice must be rooted in confidence and confidence is destroyed when right-minded people go away thinking: "The judge was biased"».

<sup>430</sup> *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs* (1969) Ch 149, (1969) 1 All ER 904.

<sup>431</sup> *Gaming Board for Great Britain, ex parte Berain and Khadia* (1970), 2 QB 417, (1970) 2 All ER 528.

aspettativa che gli verrà concessa un'udienza o un'altra garanzia procedimentale con cui far valere le proprie ragioni. Sussiste la seconda quando la ragionevole aspettativa indotta riguarda un provvedimento favorevole. Il *judicial review*, tradizionalmente schiacciato, secondo la cultura di *common law*, nella protezione di *private legal rights* proprietari e personali e nella riparazione di *damages*, comincia ad aprirsi alla protezione di altre posizioni soggettive, spianando la strada nei decenni che verranno alla tutela prima degli *interests* e poi dei *legitimate interests* sui quali potrà fiorire in Inghilterra, anche sotto l'influsso della giurisprudenza europea, il moderno istituto della tutela del legittimo affidamento.

Alla fine degli anni sessanta, l'attivismo del *judicial review* è tale che i giudici inglesi non si sentono neppure più in obbligo di rispettare la previsione legislativa di *ouster clauses* che rende non giustiziabili molti atti amministrativi. Nonostante che una legge del 1950 preveda inequivocabilmente che «*the determination by the commission of any application made to them under this Act shall not be called into question in any court of law*», nel caso *Anisminic Ltd v. Foreign Compensation Commission*<sup>432</sup> del 1969, la *House of Lords* afferma che i giudici possono egualmente essere aditi per scrutinare la legittimità della determinazione amministrativa e, in caso di accertato *error of law*, debbono annullarla.

E sulla scia di quest'orientamento volto a spazzare via qualunque sacca di immunità giurisdizionale dei provvedimenti amministrativi, nel caso *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* del 1984<sup>433</sup>, la *House of Lords* stabilisce la massima secondo la quale anche le prerogative regie (*prerogative powers*) che ineriscono alle funzioni "sovrane" dello Stato e che, in quanto tali, non necessitano neppure di un esplicito riconoscimento legislativo, sono sottoposte a *judicial review*. E nel caso *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Fayed* del 1997<sup>434</sup>, la Corte d'Appello dichiara illegittimo il diniego immotivato di concessione della cittadinanza richiesta da un cittadino egiziano residente in Inghilterra, a dispetto del fatto che la legge stabilisca *expressis verbis* che la decisione amministrativa sulla richiesta di concessione della cittadinanza non ammetta né *appeal* né *review* davanti alcuna corte.

L'orientamento giurisprudenziale *de quo* è veramente degno di nota, perché, forse per la prima volta, le corti di *common law* mettono in dubbio il primato della *legislative sovereignty of Parliament*: qualunque provvedimento è soggetto al *judicial review* delle *courts*, anche se una legge del Parlamento lo esclude espressamente, perché il *judicial review* inerisce al *common law* e il *common law*, sotto questo profilo, prevale rispetto allo *statutory law*. Viene, insomma, scalfito dai giudici il plurisecolare principio dell'onnipotenza della legge del Parlamento, che la primazia del diritto comunitario e della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo contribuiranno ulteriormente a revocare in dubbio.

---

<sup>432</sup> *Anisminic Ltd v. Foreign Compensation Commission* (1969), 2 AC 147, (1968) HL 6.

<sup>433</sup> *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* (1985), 4 AC 374, HL.

<sup>434</sup> *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Fayed* (1997) 1 All. ER 228, CA.

Inoltre, a far data dal caso *R. (Datafin plc) v. Panel on take-overs and Mergers, ex parte Datafin plc* deciso dalla Corte d'Appello nel 1986<sup>435</sup>, le corti giudiziarie inglesi estendono il *judicial review of administrative action*, che fino ad allora era stato limitato agli atti dei soli organismi soggettivamente e formalmente pubblici, tali in quanto istituiti (*established*) da *statutes*, alle decisioni dei *private bodies exercising public functions*, aderendo ad una concezione oggettiva e sostanziale di pubblica amministrazione e di atto amministrativo, tanto cara, negli anni a venire, alla giurisprudenza comunitaria.

Ma è soprattutto nel campo “strategico” del sindacato giudiziale sulla discrezionalità amministrativa<sup>436</sup> che, a partire dagli anni sessanta, si osserva il potenziamento e l'estensione del *judicial review*.

L'idea che il controllo giurisdizionale sul potere amministrativo possa estendersi anche all'attività discrezionale per accertare la ragionevolezza e la proporzionalità della scelta amministrativa e l'effettivo e corretto perseguimento del fine di interesse generale stabilito dal legislatore, si afferma in Inghilterra con una certa difficoltà e con netto ritardo rispetto ad altri ordinamenti. Le ragioni sono varie, ma tra le più importanti se ne possono sinteticamente ricordare alcune. In primo luogo, un'idea molto estesa di attività politica sottratta al controllo dei giudici e, in quanto ricondotta alla responsabilità politica dei Ministri, soggetta soltanto al controllo del Parlamento. In secondo luogo, l'assenza di un giudice amministrativo “embricato”<sup>437</sup> con l'amministrazione e, in quanto tale, sententesi autorizzato a rivedere la valutazione comparativa d'interessi dalla stessa compiuta, senza la remora di interferire con la sfera di autonomia di un altro potere, tutelata dal principio della separazione. In terzo luogo, il peso della dottrina dell'*ultra vires*, che porta il giudice inglese a ritenere a lui consentita la sola verifica del rispetto dei limiti esterni della *jurisdiction*, e cioè dell'attribuzione legislativa del potere, per cui può considerarsi nullo l'atto *out of jurisdiction* (o, appunto, *ultra vires*), mentre resterebbe di regola escluso dal *judicial review* tutto ciò che è *within the jurisdiction* (o, appunto, *intra vires*)<sup>438</sup>. Situazione, quest'ultima, che si verifica ogni qual volta la legge rimette all'opinione del Ministro o all'apprezzamento di un *board, committee, office* o *commission* l'adozione di un provvedimento. Dove è evidente l'ossequio dei giudici verso la sovranità legislativa del Parlamento.

E dunque, fino agli anni sessanta, il controllo giudiziale sostanziale della decisione amministrativa è sporadico e superficiale. Sporadico, perché si contano sulle dita di una mano i casi di “abuso di potere discrezionale” sanzionati dalle *courts*<sup>439</sup>. Superficiale, perché limitato ai casi in cui l'irragionevolezza sia

---

<sup>435</sup> *R. (Datafin plc) v. Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin plc*, (1987) 1 All ER 564, CA.

<sup>436</sup> D. J. GALLIGAN, *Discretionary Powers, A legal study of official discretion*, Clarendon Press, Oxford 1990.

<sup>437</sup> Per usare la felice, già citata, espressione di M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, ora in ID., *Scritti giuridici*, ed. Giuffrè, Milano 1996, II, 1051 ss.

<sup>438</sup> D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa*, cit., 182 ss.

<sup>439</sup> Tra i rari e più noti, il caso *Sidney Municipal Council v. Campbell* del 1925 (AC 338, PC). La città di Sidney aveva disposto l'espropriazione di un terreno nell'esercizio di un potere riconosciuto dalla legge in vista della costruzione di strade e dell'esecuzione di migliorie o di rimaneggiamenti in qualunque parte della città. Solo che l'autorità municipale non aveva approvato alcun piano di miglioramento in quella

macroscopica ed evidente, tale da risultare *on the face of record* (e cioè dalla lettura dei documenti e della motivazione). E lo standard dell'irragionevolezza è quello esplicitato dalla sentenza *Wednesbury* del 1948<sup>440</sup>: si considera viziata per irragionevolezza quella decisione amministrativa *so unreasonable that no reasonable authority could ever come to it*. Il sindacato di legittimità sull'esercizio del *discretionary power* è, come si può intuire, "esterno" ed "epidermico", assai lontano dalla profondità degli ordinamenti continentali.

Ma negli anni sessanta, la legittimità dell'esercizio dei poteri discrezionali dell'amministrazione comincia ad essere sindacata dalle Corti in maniera più penetrante. Nel già citato caso *Ridge v. Baldwin* del 1964, la *House of Lords* dichiara illegittimo il licenziamento dell'ufficiale di polizia non solo perché avvenuto senza ascoltare le ragioni del destinatario del provvedimento sfavorevole, ma anche perché adottato in "eccesso di potere", non essendo stati specificati i motivi della negligenza causativa della sanzione disciplinare (si direbbe in Italia: "in difetto di motivazione"). Nel caso *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food* del 1968<sup>441</sup>, alcuni produttori di latte impugnano il rifiuto del Ministro dell'Agricoltura di istituire una commissione per esaminare le loro istanze, come previsto dalla legge. La *House of Lords* ritiene che il rifiuto violi lo spirito della legge e ordina al Ministro di riesaminare il suo diniego. Secondo l'alto giudice, è vero che la legge attribuisce al Ministro un potere discrezionale di istituire una siffatta commissione, ma se tutti gli elementi del caso sembrano spingere nella direzione dell'opportunità di nominare la commissione e il Ministro decide di non nominarla, egli è tenuto ad esplicitarne le ragioni, altrimenti l'esercizio del potere discrezionale deve considerarsi arbitrario e illegittimo.

Negli anni ottanta, l'irrazionalità della decisione amministrativa discrezionale assume la dignità di un autonomo vizio di legittimità. Nella già citata sentenza *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* del 1984, passata alla storia come sentenza *GCHQ* (acronimo di *Government Communications Headquarters*), Lord Diplock razionalizza il sistema dei vizi di legittimità invocabili nel *judicial review* in tre categorie (o *grounds of review*): *illegality* (o *ultra vires*) in cui rientrano le figure della violazione di legge, dell'errore di diritto, della mala fede e dell'abuso o eccesso di potere per

---

zona della città e l'espropriazione era stata disposta allo scopo di acquisire la maggior parte possibile di un'area per farne aumentare il valore con il prolungamento di una strada. L'ordine di espropriazione fu dichiarato illegittimo in quanto il consiglio municipale si era servito dei propri poteri per conseguire un fine diverso da quello stabilito dalla legge. "*Détournement de pouvoir*", si direbbe in Francia e nell'ordinamento comunitario (art. 263, comma 2, TFUE); "eccesso di potere per sviamento dal fine", si direbbe in Italia (v. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, ed. Giappichelli, Torino 2011, 484 ss.).

<sup>440</sup> *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* (1948) 1 KB 223, CA. Il caso era quello di un'autorizzazione all'apertura di un cinema alla domenica, alla quale era stata apposta la condizione che sarebbero stati ammessi solo i ragazzi di età superiore a quindici anni. Nel ricorso per la declaratoria dell'illegittimità della condizione per irragionevolezza, la Corte di Appello dichiarò legittima la clausola impugnata, in applicazione del concetto che è irragionevole solo ciò che appare assolutamente al di fuori del normale.

<sup>441</sup> *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food* (1968), AC 997, HL.

sviamento dal fine stabilito dalla legge; la *procedural impropriety* che copre tutti i casi di violazione delle garanzie procedurali di *natural justice*; e appunto l'*irrationality*, che ricorre, come si legge nella sentenza *GCHQ*, in quella decisione amministrativa discrezionale «*which is so outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it*».

La piena verifica sostanziale dei contenuti del provvedimento amministrativo discrezionale giunge a compimento negli anni novanta con l'introduzione, nell'ordinamento inglese, del principio di proporzionalità, determinata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

In tutti i casi in cui i giudici inglesi sono chiamati a tutelare posizioni giuridiche di matrice comunitaria, essi debbono verificare che l'atto amministrativo non sia sproporzionato rispetto allo scopo perseguito. La decisione amministrativa discrezionale, per essere legittima, dev'essere, tra tutte le scelte ipotizzabili, quella meno gravosa (*less restrictive*) per il privato inciso dall'esercizio del potere unilaterale.

Le corti inglesi dapprima resistono all'idea di applicare il principio di proporzionalità al di fuori dei casi di diritto europeo. Nel 1991, la *House of Lords*, nel caso *R. v. Home Secretary, ex parte Brind*<sup>442</sup>, ritiene non sindacabile col criterio della proporzionalità tra la misura assunta a tutela della sicurezza e il diritto di cronaca e di manifestazione del pensiero, il divieto imposto dal Ministro dell'Interno alle emittenti radiotelevisive di trasmettere in diretta dichiarazioni dei rappresentanti dell'IRA. Ma ben presto il principio di proporzionalità viene riconosciuto come parte del diritto amministrativo inglese e viene applicato anche alle questioni di diritto interno<sup>443</sup>: in un primo momento, nei soli casi in cui vengano in considerazione diritti fondamentali protetti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>444</sup>, in conseguenza degli interventi della Corte di Strasburgo che giudica insufficiente in questi casi lo standard della *Wednesbury unreasonableness*<sup>445</sup>; successivamente anche in altri campi<sup>446 - 447</sup>.

E a proposito della CEDU, non si può non sottolineare che tra le cause dell'espansione del *judicial review* degli ultimi anni vi è stata senz'altro anche

---

<sup>442</sup> *R. v. Home Secretary, ex parte Brind* (1991), 1 AC 696, HL.

<sup>443</sup> Si è già avuto occasione di osservare che, essendo il giudice nazionale il giudice normale - "comune" - delle controversie comunitarie, nessun sistema riesce a reggere a lungo la pratica di un organo giurisdizionale nazionale che applica un "doppio registro" e cioè un regime processuale differente e tecniche di sindacato distinte a seconda che debba risolvere controversie comportanti l'applicazione del diritto comunitario o invece l'applicazione del diritto nazionale. Il giudice nazionale, chiamato ad applicare la regola nei casi di diritto europeo, sempre più la acquisisce come tecnica normale di sindacato e la applica anche quando non si tratta di diritto comunitario. Sull'influenza del diritto comunitario sul *judicial review*, può leggersi D. LONGLEY – R. JAMES, *Administrative Justice*, Cavendish Publishing Ltd., London-Sidney 1999.

<sup>444</sup> Come nel caso *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* (2001), HL 26.

<sup>445</sup> CEDU, *Smith and Grady v. United Kingdom*, 27 settembre 1999.

<sup>446</sup> Come nel caso *Alconbury* (2001), HL 23.

<sup>447</sup> R. THOMAS, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Oxford 2000. Il percorso storico dell'affermazione del criterio di proporzionalità nel *judicial review* dell'ordinamento inglese è ben riassunto in DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, cit., 310-311.

l'approvazione nel 1998 dello *Human Rights Act*, con cui il Regno Unito ha trasposto nel suo ordinamento la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

L'art. 6 della legge, che al primo comma definisce illegittimo per una pubblica autorità agire in un modo incompatibile con i diritti tutelati dalla Convenzione, si premura al terzo comma di definire «pubblica autorità» una *court* o un *tribunal* e «*any person certain of whose functions are functions of a public nature*». Quest'ampia definizione, che include tra le pubbliche autorità anche i soggetti privati che svolgono funzioni oggettivamente pubbliche, unita al catalogo dei diritti individuali inviolabili contenuto in una legge fondamentale che, in un paese privo di costituzione scritta e in cui la legge ordinaria del Parlamento è «onnipotente», sembra aver avvicinato l'Inghilterra agli ordinamenti a costituzione rigida, dandole un *higher law*, ha attribuito ai giudici inglesi un ulteriore possente nucleo di parametri di legittimità sostanziale e procedurale con cui svolgere il *judicial review* sull'operato delle amministrazioni pubbliche.

Si può insomma osservare che, a partire dagli anni sessanta e nel giro di qualche decennio, i giudici inglesi arrivano a colmare buona parte del ritardo secolare che distanzia il *judicial review* dal più collaudato, raffinato ed evoluto *contentieux administratif*, plasmando un giudizio amministrativo che, pur senza raggiungere la maturità e la profondità di quello dei sistemi continentali, è ora capace di accertare e di sanzionare efficacemente gli errori di fatto e di diritto e la violazione della *reasonableness* e della *proportionality* delle manifestazioni dell'esercizio del potere amministrativo. E con la loro giurisprudenza stabiliscono un insieme di principi che regolano l'esercizio del potere amministrativo e che costituiscono la trama dell'*administrative law*, che finalmente assurge al rango di disciplina autonoma e di dignità non inferiore a quella delle altre branche del diritto, definito da una dottrina autorevole come la disciplina «*relating to the control of governmental power*»<sup>448</sup>.

Riescono a conseguire questo risultato senza rinnegare la millenaria tradizione giuridica inglese, ma anzi proprio attraverso la rivisitazione e la valorizzazione di antichi istituti e principi di *common law*, quali sono il *judicial review* e la *natural justice*. Innovando nella tradizione, secondo la tipica *british mind* del graduale riformismo senza soluzioni di continuità col passato.

#### **10. La modifica nel 1977 dell'Order 53 delle Rules of the Supreme Court e il Supreme Court Act del 1981: la codificazione del judicial review of administrative action. Un processo amministrativo speciale davanti una sezione specializzata della giurisdizione ordinaria.**

Questo inaspettato notevole dinamismo delle *Courts* ha avuto come effetto e, al contempo, come sua concausa, l'introduzione nel 1977 di un nuovo e speciale rito processuale per le cause di diritto amministrativo: l'*application for judicial review of administrative action*.

---

<sup>448</sup> H.W.R. WADE – C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, London 1994, 4.

La nuova organica e unitaria disciplina del giudizio amministrativo è stata adottata con una semplice riforma del regolamento di procedura della *Supreme Court*<sup>449</sup>, e cioè con la modifica dell'*Order 53* delle *Rules of the Supreme Court*, successivamente elevata al rango di normativa legislativa col *Supreme Court Act* del 1981, ed è attualmente contenuta nella *Part 54* delle *Civil Procedure Rules*, oltre che nella citata legge sulle corti superiori, ribattezzata *Senior Courts Act*<sup>450</sup>.

Lo scopo di questa storica riforma, che ha codificato un unico rito speciale per il sindacato giurisdizionale sull'azione amministrativa, è stato quello di superare molti dei tradizionali fattori di debolezza del *judicial review*, aumentando le forme di tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione e integrando in modo più sistematico quelle già esistenti, senza peraltro dimenticare le esigenze di pubblico interesse e di *good administration*<sup>451</sup>.

Si sono già illustrati i numerosi elementi problematici del giudizio di revisione degli atti amministrativi, dovuti sia all'arcaicità degli strumenti processuali, peraltro forgiati ad altro fine, e cioè per il controllo di legalità dell'attività giudiziaria, sia alla mancanza di opportune riforme modernizzatrici stimolate dalla scienza giuridica, anch'essa assente per la rimozione culturale del diritto amministrativo.

Ciascun *prerogative remedy* seguiva una sua specifica procedura e non poteva essere domandato insieme ad un altro. Lo svolgimento del *judicial review* era subordinato ad un giudizio discrezionale di ammissione da parte del giudice, perché l'azione non era un diritto, ma una graziosa concessione della *King's Bench Division*. Il processo si svolgeva in forma estremamente sommaria ed erano vietati molti mezzi istruttori: la *discovery of documents*, la *cross examination*, l'audizione delle parti. La tutela cautelare era sporadicamente

---

<sup>449</sup> Da intendersi come la *Supreme Court of Judicature* istituita nel 1873 e composta dalla *Court of Appeal*, dalla *High Court of Justice* e dalla *Crown Court* e da non confondersi con la *Supreme Court of the United Kingdom*, istituita dal *Constitutional Reform Act* del 2005, alla quale sono state trasferite dal 2009 le funzioni di giudice di ultima istanza prima spettanti alla *House of Lords*. Proprio per non confondere le *Superior Courts* della *Supreme Court* di Inghilterra e Galles con la *Supreme Court of the United Kingdom* istituita dal *Constitutional Reform Act*, quest'ultima legge ha modificato la denominazione della *Court of Appeal*, della *High Court of Justice* e della *Crown Court* da *Supreme Court (of Judicature)* in *Senior Courts* e per conseguenza ha modificato anche la denominazione del consolidato *Supreme Court Act*, oggi intitolato *Senior Courts Act*.

<sup>450</sup> La disciplina della procedura del *judicial review* deriva da un percorso normativo lungo e complesso. Nel 1969, alla *Law Commission*, istituita quattro anni prima come autorità semi-indipendente col compito di monitorare lo stato della legislazione e di proporre le necessarie e opportune modifiche, era stato affidato l'incarico di rivedere la disciplina del *judicial review*. Le riforme proposte dalla Commissione sono state introdotte con due regolamenti (*statutory instruments*), il n. 1955 del 1977 e il n. 2000 del 1980, che hanno modificato l'*Order 53* delle *Rules of the Supreme Court*. Una serie di norme procedurali è stata poi inserita nel *Supreme Court Act* del 1981. Le *Rules of the Supreme Court* (e le *County Court Rules*) sono poi state sostituite, nel 1999, dalle *Civil Procedure Rules* (emanate sulla base del rapporto della commissione Woolf, istituita nel 1994). All'interno di queste, il *judicial review of administrative action* è attualmente disciplinato nella parte (*part*) 54, che contiene 24 articoli (*rules*).

<sup>451</sup> Nella letteratura italiana, è assai pregiata la ricostruzione del *judicial review*, nei suoi precedenti elementi di criticità e nei suoi nuovi punti di forza, effettuata da R. CARANTA, *Judicial Review*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, ed. Utet, Torino 1994, 53 ss.

concedibile e consisteva nella sola sospensione del procedimento amministrativo. Il risarcimento dei danni poteva essere chiesto soltanto nel giudizio ordinario.

Per superare queste limitazioni, la giurisprudenza ammise nei confronti degli atti e dei comportamenti delle pubbliche amministrazioni l'esperibilità delle azioni civilistiche di *equity* della *injunction* e della *declaration*, non sottoposte né al *leave* delle *Courts* né a limitazioni istruttorie e tali da consentire interinalmente anche l'adozione di ordinanze cautelari propulsive e positive. Ma neanche le *actions in equity* potevano cumularsi con i *prerogative remedies*, sicché il ricorrente era costretto a penalizzanti strategie processuali preventive e irreversibili. La *declaration* non costituiva titolo esecutivo. E la *injunction* non era ammessa nei confronti degli uffici della Corona. Erano poi controversi i criteri in base ai quali gli *equitable remedies* potevano essere disposti dai giudici per "attaccare" episodi di illegittimo esercizio di *public functions* eludendo la necessaria brevità del termine decadenziale posto a presidio della stabilità dei rapporti giuridici e in qualche modo tutelato dal *leave* dei *prerogative remedies*.

Il nuovo *application for judicial review of administrative action* del 1977, ridenominato, a far data dal 2004, *claim for judicial review of administrative action*, ha introdotto un unico rito per tutte le azioni, sia per quelle "pubblicistiche" di *prerogative*, che per quelle "civilistiche" di *equity*, consentendo il cumulo sinergico dei rimedi giudiziari, anche se di diversa natura, e, come recita l'art. 1 della *part 54* delle *Civil Procedure Rules (CPR)*, è volto «*to review the lawfulness of an enactment, or decision, action or failure to act in the exercise of a public function*».

Il ricorso è sottoposto ad un breve termine di decadenza. Ai sensi dell'art. 5 della *part 54* delle *CPR*, la domanda deve essere proposta sollecitamente (*promptly*) e comunque entro tre mesi dalla prima emersione delle ragioni di illegittimità che si vogliono denunciare, *dies a quo* che viene fatto coincidere dalla giurisprudenza con il momento dell'adozione dell'atto. Ma l'art. 31 del *Supreme Court Act (SCA)* stabilisce che il *leave* può essere rifiutato nel caso in cui, a giudizio della Corte, l'*application* sia stato presentato con ingiustificato ritardo (*undue delay*) e il suo corso possa arrecare pregiudizi ai diritti dei terzi (*substantially prejudice the rights of any person*) o all'interesse pubblico (*would be detrimental to good administration*), sicché i giudici possono ritenere tardivo e dunque non ammettere un ricorso pur presentato entro i tre mesi, in quanto non proposto sollecitamente in considerazione dell'affidamento fatto dai terzi sulla validità dell'atto impugnato o dell'interesse alla buona amministrazione<sup>452</sup>.

L'accesso al *judicial review* è regolato nel sistema inglese attraverso il riconoscimento al ricorrente del *locus standi* (o *standing*), nozione che grosso modo corrisponde alla nozione di "legittimazione" nei sistemi continentali<sup>453</sup>. Al riguardo, l'art. 31, c. 3, del *SCA* dispone che la Corte non concederà il *leave* al

---

<sup>452</sup> È quanto accaduto, *ex multis*, nel caso *R. v. Independent Television Commission, ex parte TV Northern Ireland Ltd*, (1991) TLR 606, CA, e nel caso *R. v. Rochdale Metropolitan Borough Council, ex parte Tew* (2000), Env. L.R. 1.

<sup>453</sup> Gli sviluppi della tematica del *locus standi* nel sistema britannico di tutela contro la pubblica amministrazione sono ripercorsi da P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, ed. Giappichelli, Torino 1996, 121 ss.



ricorrente che non abbia «*a sufficient interest in the matter to which the application relates*».

L'ampiezza della formula lascia ai giudici ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti soggettivi di legittimazione e le corti l'hanno interpretata in base alla funzione che nel corso degli anni hanno attribuito al controllo giurisdizionale sull'amministrazione. All'inizio, in adesione ad una concezione di tutela giurisdizionale soggettiva, la giurisprudenza ha ritenuto dover sussistere in capo all'*applicant* o un *private right* inciso da un atto amministrativo oppure un *public right* e uno *special damage* subito. Successivamente, per aumentare le possibilità di un controllo generale della legittimità dell'azione amministrativa secondo una prospettiva di tutela tipicamente oggettiva, la giurisprudenza ha progressivamente ampliato i requisiti di legittimazione, ravvisandoli anche in posizioni di *legitimate expectation*<sup>454</sup> ed anche in capo a gruppi o associazioni portatori di interessi collettivi e diffusi<sup>455</sup>, tanto che oggi la dottrina inglese più autorevole è indotta a vedere nel *judicial review*, seppure in termini critici o quanto meno problematici, una sorta di azione popolare (*citizen action*)<sup>456</sup>.

Il *judicial review* consta di due fasi: lo *stage of leave* e lo *stage of hearing*.

L'*applicant* presenta al giudice una richiesta di autorizzazione all'azione (di *leave to make the application*, secondo l'art. 31 delle *SCR*; di *permission to proceed*, secondo la *part 54* delle *CPR*), che introduce una fase preliminare celere e informale, nella quale si confrontano solo il ricorrente e il giudice, senza coinvolgimento né dell'amministrazione né dei controinteressati che, per questo stadio del procedimento, non devono neppure essere intimati. La corte nega l'autorizzazione se ritiene intempestivo o prematuro il ricorso, se considera mancante il requisito della legittimazione e dell'interesse ad agire, se giudica palesemente infondata la domanda (*non arguable case*), se ravvisa l'esistenza di rimedi alternativi all'azione giudiziale, se reputa l'*application* contrario all'interesse pubblico.

---

<sup>454</sup> C.F. FORSYTH, *The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*, in *C.L.J.*, 1988, 238.

<sup>455</sup> Nel celebre caso *Inland Revenue Commissioners ex p. National Federation of Self-Employed and Small Business Ltd* (1982, AC 617), la *House of Lords* negò ad un'associazione di lavoratori e imprenditori autonomi la legittimazione a proporre *application for judicial review* contro l'atto dell'autorità fiscale di approvazione di un concordato fiscale intercorso con i rappresentanti sindacali di lavoratori occasionali del settore della stampa. E ancora nel 1990, nel caso *Rose Theater (R. v. Secretary of State for the Environment, ex parte Rose Theatre Trust Co.* (1990) 1 All ER 754) fu negato lo *standing* ad un gruppo di persone interessate a preservare il luogo dove erano stati rinvenuti resti storici teatrali. Lo *standing* fu finalmente riconosciuto nel 1994 all'associazione *Greenpeace* che aveva impugnato una decisione del *Secretary of State* di autorizzazione di scarichi radioattivi (*R. v. H.M. Inspectorate of Pollution, ex parte Greenpeace Ltd.* (1994), 4 All. ER 329) e nel 1995 ad un gruppo di pressione, il *World Development Movement Ltd*, impegnato a promuovere aiuti umanitari in paesi in via di sviluppo, per contestare un discusso provvedimento di finanziamento, da parte del Governo britannico, per la costruzione di una diga in Malesia (*R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte World Development Movement Ltd*, (1995) 1 WLR 386).

<sup>456</sup> Così H.W.R. WADE - C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford University Press 2000, 693. Per il dibattito sull'opportunità di restringere o di ampliare il *locus standi*, si veda C. HARLOW - R. RAWLINGS, *Law and Administration*, Cambridge 1997, 531 ss.

L'amplissima discrezionalità del giudice nel concedere l'autorizzazione costituisce un efficacissimo filtro che consente di evitare l'inflazione dei carichi processuali<sup>457</sup>. Nondimeno, nella misura in cui la *permission* cancella il diritto di accesso alla giustizia amministrativa del cittadino inglese (come da tradizione dei *prerogative remedies*, che erano una graziosa concessione della Corte del Sovrano) e nella misura in cui può degenerare in arbitri giudiziali (fino a poco tempo fa, il tempo medio di deliberazione della decisione di richiesta di *leave* era di venti minuti), è da tempo oggetto di riflessione l'opportunità di rivedere la disciplina dell'istituto<sup>458</sup>.

Concesso il *leave*, si apre, previa notificazione del ricorso alle parti, l'udienza (*hearing*) per la trattazione del merito.

Nel *judicial review* opera il principio dispositivo, di talché il giudice prende in considerazione solo i rimedi richiesti e i motivi di illegittimità proposti dal ricorrente.

Grazie alla riforma del 1977, i mezzi istruttori utilizzabili dal giudice si avvicinano molto a quelli del processo civile: sono oggi ammessi la *discovery of documents*, la *cross examination*, l'audizione orale delle parti e ogni altro mezzo di prova e di ricerca delle prove. Il giudice può limitarne l'introduzione solo al fine di far conservare al processo amministrativo la sua natura di giudizio di legittimità, ciò che comporta generalmente il divieto di accedere ai fatti della controversia<sup>459</sup>.

I *grounds* del *judicial review* rimangono ancora oggi quelli "categorizzati" da lord Diplock nella notissima citata sentenza *GCHQ* del 1984, e cioè *illegality*, *irrationality* e *procedural impropriety*, e con lo stesso rito – e dunque, nelle stesse forme, alle stesse condizioni e negli stessi termini – possono essere richiesti al giudice sia i *prerogative orders* che gli *equitable remedies*.

Per quanto riguarda i primi, a seguito del *The Civil Procedure (Modification of Supreme Court Act 1981) Order* del 2004, gli *orders of mandamus*, *prohibition* e *certiorari* sono stati ridenominati rispettivamente *mandatory order*, *prohibiting order* e *quashing order*. Gli *equitable remedies* continuano a chiamarsi *declaration*, *injunction* e *action for damages*.

Il ricorrente può domandare cumulativamente e sinergicamente sia più *prerogative orders* sia i rimedi di *equity*; e anche l'azione di danni può essere proposta insieme ad un'azione di *quashing*, di *prohibiting* e di *mandatory*.

La suddivisione del *judicial review* in una fase preliminare alla *permission* e in una fase successiva di trattazione del merito, ha portato ovviamente le *CPR* a collocare il momento della decisione sui rimedi cautelari richiesti nello *stage of leave*. Se la *permission* viene concessa su un'azione di *quashing* o di *prohibiting*, il procedimento amministrativo sottoposto al sindacato del giudice è automaticamente sospeso con lo *stay of proceedings*. Se, invece, l'autorizzazione

---

<sup>457</sup> S.A. DE SMITH - H. WOOLF - J. JOWELL, *Judicial review of administrative action*, Sweet and Maxwell, London 1995, 661 ss.

<sup>458</sup> Ad esempio, criticano il contesto di *discretion and managerialism* e i criteri di applicazione del *leave* C. HARLOW - R. RAWLINGS, *Law and Administration*, cit., 531 ss.

<sup>459</sup> S.A. DE SMITH - H. WOOLF - J. JOWELL, *Judicial review of administrative action*, cit., 670.

al processo si riferisce ad altri tipi di azione, il giudice può concedere ogni altra specie di rimedio cautelare – *interim remedy* - somministrabile nel processo ordinario.

Per molto tempo, parallelamente al divieto di *injunctions*, sono state ritenute inammissibili nei confronti della Corona, e dunque anche dei Ministri e degli uffici del Sovrano, le *interim injunctions*. Grazie all'influsso della giurisprudenza comunitaria, che impone agli Stati dell'Unione Europea alti *standard* di protezione giurisdizionale, anche cautelare, delle posizioni giuridiche di matrice comunitaria<sup>460</sup>, questo limite si considera oggi superato anche per la tutela cautelare dei diritti soggettivi di fonte nazionale<sup>461</sup>.

Nessuna norma delle *CPR* né del *SCA* si occupa di disciplinare l'esecuzione coattiva, nei confronti dell'amministrazione soccombente, delle sentenze *non self-executing*. La ragione è che nell'ordinamento inglese la violazione della decisione del giudice determina la piena e personale responsabilità del funzionario pubblico per oltraggio alla corte (*contempt of court*), con conseguente irrogazione di una sanzione pecuniaria o addirittura di una pena detentiva. Se a questa considerazione si aggiunge che il prestigio delle corti è tale che è inconcepibile che qualcuno, tanto meno una pubblica autorità, non applichi una sentenza, si può agevolmente comprendere come quella dell'inottemperanza ad un giudicato amministrativo sia oltremarica un'ipotesi talmente altamente improbabile a verificarsi, da rendere superflua la previsione di appositi procedimenti giudiziari coattivi, come quelli continentali.

Com'è noto, non esiste in Inghilterra un giudice speciale al quale è affidata la conduzione e la decisione del processo amministrativo.

Fino al 1977, le azioni ordinarie di *declaration* e di *damages* erano esaminate in un giudizio monocratico del *Queen's Bench* della *High Court*; le azioni di *injunctions* dalla *Chancery Division*. Le tre azioni di prerogativa erano invece giudicate, di regola, tutte dalla *Queen's Bench Divisional Court*.

Dopo il 1977, tutte le azioni di *prerogative* e di *equity*, ricondotte all'unità del rito dell'*application for judicial review*, sono esperibili dinanzi ad una sezione specializzata della *Queen's Bench Division* della *High Court*, il *Crown*

---

<sup>460</sup> Il pensiero corre ovviamente al noto caso *Factortame* del 1990-91, originato da un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee da parte della *House of Lords* nella controversia *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame and Others*. Sospettando che determinate norme britanniche non fossero compatibili con la libertà di stabilimento, la *House of Lords* chiese alla Corte di Lussemburgo se, in attesa di ricevere risposta ai quesiti sollevati in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, potesse concedere dei provvedimenti provvisori di tutela comportanti la sospensione delle norme contestate, nonostante che, in base al proprio diritto nazionale, un giudice britannico non ha il potere di emettere ingiunzioni nei confronti delle autorità statali. La Corte rispose affermativamente in nome del principio dell'effettività del diritto comunitario (CGCE, sentenza 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame I*; sentenza 25 luglio 1991, causa C-221/89, *Factortame II*).

<sup>461</sup> Vale la solita considerazione che essendo il giudice nazionale il giudice normale - "comune" - delle controversie comunitarie, nessun sistema riesce a reggere a lungo la pratica di un organo giurisdizionale nazionale che applica un "doppio registro" e cioè un regime processuale differente e tecniche di sindacato distinte a seconda che debba risolvere controversie comportanti l'applicazione del diritto comunitario o invece l'applicazione del diritto nazionale. Il giudice nazionale, chiamato ad applicare la regola nei casi di diritto europeo, sempre più la acquisisce come tecnica normale di sindacato e la applica anche quando non si tratta di diritto comunitario.

*Office List*, significativamente denominata dal 2000 in poi *Administrative Court* in recepimento del suggerimento della commissione Bowman<sup>462</sup>. I magistrati della *Administrative Court* sono reclutati tra i *barristers* esperti in *administrative law* e in *judicial review*; e dunque, nonostante il formale monismo giudiziario, l'organo preposto al giudizio amministrativo è un giudice ordinario fortemente specializzato.

Avverso le sentenze emesse dalla *Administrative Court* è ammesso appello davanti alla *Court of Appeal*, ma la proposizione dell'impugnazione è subordinata al *leave* di quest'ultima.

Le decisioni della *Court of Appeal* possono poi essere impugnate in ultimo grado di fronte alla *Supreme Court of the United Kingdom*.

Il numero dei giudizi amministrativi è straordinariamente esiguo, soprattutto se guardato con gli occhi dell'osservatore continentale. Nel 2012, gli *applications for judicial review* presentati sono stati soltanto 12.434 (l'80% dei quali in materia di immigrazione ed asilo). E negli ultimi anni, mediamente, solo circa il 15% dei ricorsi ha ottenuto in primo grado la *permission to proceed*<sup>463</sup>. Se si considera che il numero dei ricorsi davanti ai *tribunals* viaggia ogni anno verso la cifra del milione, si può comprendere bene in quale sede si svolga effettivamente in Gran Bretagna l'esercizio della giustizia amministrativa e come il *judicial review* assolva più che altro ad una funzione di "guardiano" della legalità e dell'uniformità del sistema.

### **10.1. La regola della *procedural exclusivity*. Il problema dell'individuazione dei criteri del riparto della "giurisdizione funzionale".**

Si è visto come le corti inglesi, facendo leva sul principio della *rule of law* (inteso come esistenza di un unico diritto, l'*ordinary law of the land*, per tutti i soggetti, pubblici e privati), avessero ammesso le azioni "civilistiche" della *declaration* e della *injunction* contro gli atti e i comportamenti dei *public bodies* allo scopo di consentire ai cittadini lesi da un'illegittimità amministrativa di tutelare efficacemente i propri diritti sfuggendo alle strettoie del *judicial review* della discrezionalità nella concessione del *leave* e della limitatezza dei mezzi istruttori.

Fu dunque logico, all'indomani della codificazione del *judicial review* del 1977 e della riconduzione degli *equitable remedies* alla disciplina unitaria del nuovo processo amministrativo, chiedersi se le azioni di *declaration* e di *injunction* potessero continuare ad essere esercitate contro gli atti e i

---

<sup>462</sup> Istituita nel 2000, la commissione Bowman sottolineò che «c'è un bisogno continuo di una corte specializzata, all'interno della *High Court*, per la trattazione di casi di diritto pubblico e amministrativo. Per enfatizzare che questo è il principale compito del *Crown Office List*, bisognerebbe chiamarla "*the Administrative Court*"». Il Lord Cancelliere accettò la proposta e nel 2000 adottò la *Practice Direction (Administrative Establishment) Queen's Bench Division* che istituì come sezione specializzata della *Queen's Bench Division* della *High Court* la *Administrative Court*. Attualmente, dunque, la *High Court* è articolata in tre *Divisions*: la *Queen's Bench*, la *Chancery* e la *Family*. La *Queen's Bench* è ulteriormente suddivisa in diverse sezioni, tra cui, in particolare, la *Administrative Court*, la *Technology and Construction Court*, l'*Admiralty Court* e la *Commercial Court*.

<sup>463</sup> I dati statistici ufficiali sono facilmente rinvenibili in rete sul sito del Governo britannico.

comportamenti delle autorità amministrative nel processo ordinario e secondo le forme e i termini del rito ordinario.

La risposta affermativa avrebbe significato, sul piano culturale, la riconferma dell'idea diceyana di un unico diritto uguale per tutti i soggetti, a prescindere dalla loro natura pubblica o privata; sul piano ideologico, la fedeltà alla tradizionale concezione liberale britannica della prevalenza della libertà dei cittadini sull'autorità pubblica; e, sul piano pratico, una più ampia, meno vincolata, e variegata possibilità di tutela del cittadino.

La risposta negativa, invece, avrebbe comportato, sul piano culturale, l'adesione al modello "continentale" della giurisdizione speciale - sia pure di tipo meramente funzionale-processuale (e non organizzativo-ordinamentale) - per tutte le controversie amministrative; sul piano ideologico, la maturazione della convinzione che, in una società moderna, non esistono diritti dei singoli che non debbano fare i conti con interessi generali e che, dunque, non richiedano un sindacato "speciale" delle valutazioni comparative effettuate dalle pubbliche amministrazioni; e, sul piano pratico, la necessità di individuare i criteri di riparto per le *actions in equity* tra processo civile e *judicial review* (e tra le diverse articolazioni del giudice ordinario).

La soluzione alla spinosissima questione è stata la seconda ed è stata data dalla *House of Lords* nella - come nessun'altra, studiata e commentata - sentenza *O'Reilly v. Mackman* del 1983<sup>464</sup>.

Quattro detenuti del carcere di Hull, ritenuti responsabili di aver preso parte a rivolte all'interno dell'istituto penitenziario, erano stati sanzionati in via amministrativa per violazione delle *Prison Rules* con varie misure disciplinari e con la perdita del beneficio premiale del condono della pena. Avverso le misure sanzionatorie adottate dal *board of prison visitors* (autorità amministrativa penitenziaria semi-indipendente), i detenuti esperiscono col rito ordinario un'azione di *declaration* per ottenere l'accertamento giudiziale dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi disciplinari, ma i giudici aditi nei diversi gradi, e soprattutto la *House of Lords* in ultima istanza, accolgono l'eccezione del *board* di inammissibilità dell'azione e di *abuse of process*, per non essere stata l'impugnazione proposta nelle forme del *judicial review*, come invece avrebbe dovuto, perché la posizione giuridica soggettiva fatta valere dai detenuti non ha la consistenza di «*private law right*», ma di «*public law right*»<sup>465</sup>, e la controversia in considerazione è di diritto pubblico.

La sentenza sottolinea la distinzione tra «*private law rights, which might be vindicated in an ordinary action*» e «*rights under public law, which look to judicial review for their remedy*» e ammonisce che costituisce «*abuse of process*» utilizzare un processo ordinario per instaurare una controversia di diritto pubblico. Nelle controversie di diritto pubblico, le azioni di *declaration* e di *injunction*, se preferite alle azioni di *quashing*, di *mandatory* o di *prohibiting*,

---

<sup>464</sup> *O'Reilly v. Mackman* (1983), 2 AC 237.

<sup>465</sup> Ed anzi, spiega il *law lord* Diplock che «*under the Prison Rules, remission of sentence*» non è neppure un diritto, ma una «*legitimate expectation*» all'osservanza di una prassi consolidata (*general practice*).

con le quali pure sono cumulabili, vanno sempre e soltanto esercitate con l'*application for judicial review*.

La più alta Corte britannica, dunque, pochi anni dopo la codificazione del *judicial review*, stabilisce la regola della *procedural exclusivity*, alla stregua della quale le controversie di diritto pubblico possono essere portate alla cognizione del giudice soltanto attraverso l'*application for judicial review of administrative action* disciplinato dalla *part 54* delle *CPR*, motivando che le esigenze di interesse pubblico e di salvaguardia degli affidamenti dei terzi, presidiate dalla specialità della disciplina del processo amministrativo, sarebbero frustrate se fosse consentito al cittadino di esperire avverso i provvedimenti amministrativi le azioni civilistiche di *declaration* e di *injunction* nelle forme del rito ordinario. E tra queste esigenze spicca soprattutto quella della stabilità e della certezza dei rapporti giuridici regolati da determinazioni amministrative, che impone il rispetto di un breve termine di decadenza per rimetterli in discussione<sup>466</sup>.

Ma quando si è in presenza di *issues of public law*, con conseguente applicazione del *judicial review*, e quando, invece, di *issues of private law* soggette al processo civile?

Si affaccia in Inghilterra, a fini del riparto delle controversie fra le due procedure, la complessa questione ben nota all'ordinamento francese e agli altri sistemi continentali à *régime administratif* a fini del riparto della giurisdizione, segno evidente dell'avvicinamento dell'esperienza inglese agli ordinamenti à *droit administratif*. E anche in Inghilterra la soluzione viene data dalla giurisprudenza<sup>467</sup>. Sinteticamente, si può dire che le *courts* ritengono che occorre fare riferimento alla *causa petendi* e cioè alla situazione giuridica di diritto pubblico o di diritto privato azionata in giudizio e che, nei casi dubbi<sup>468</sup>, il carattere della posizione giuridica possa inferirsi dalla natura dell'organo che ha emanato l'atto e dalla natura dell'attività esercitata, con prevalenza di questo secondo criterio sul primo, dovendo considerarsi amministrativo e involgente una questione di diritto pubblico, come tale sindacabile soltanto col *judicial review*, anche l'atto emanato da un soggetto privato, se esso costituisce esercizio sostanziale di una *public function*<sup>469</sup>.

La sottoposizione nel 1977 alla disciplina del *judicial review* delle *equitable actions* contro le pubbliche amministrazioni e l'affermazione giurisprudenziale nel 1983 della regola della *procedural exclusivity* hanno, nel giro di pochi anni, scosso con la forza di un terremoto le fondamenta di un edificio giuridico costruito in secoli di storia sulla indistinzione tra controversie di diritto pubblico

---

<sup>466</sup> Come ha scritto lord Diplock nelle motivazioni della sentenza *O'Reilly v. Mackman*, «*the public interest in good administration requires that public authorities and third parties should not be kept in suspense as to the legal validity of a decision' disputed by a litigant*».

<sup>467</sup> La rassegna della giurisprudenza può leggersi in R. BEATON, *Procedural Exclusivity: What Happened to Clark?*, in *Judicial Review*, 2004, 140 ss.

<sup>468</sup> C.F. FORSYTH, *Beyond O'Reilly Mackman: The Foundations and Nature of Procedural Exclusivity*, in *C.L.J.*, 1985, 427 ss.; J. ALDER, *Hunting the Chimera. The End of O'Reilly v. Mackman?*, in *Legal Studies*, 1993, July 13, 183 ss.

<sup>469</sup> Il *leading case* di quest'orientamento di "prevalenza" del criterio funzionalistico e sostanzialistico può considerarsi senz'altro il citato *R. (Datafin plc) v. Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin plc*, (1987) 1 All ER 564, CA.

e di diritto privato e sul principio di *common law* di un diritto processuale e sostanziale unico ed uguale per tutti, soggetti privati e soggetti pubblici, avvicinando l'Inghilterra ai sistemi continentali à *régime administratif* e a giurisdizione speciale. Per molti *common lawyers* educati al culto delle plurisecolari tradizioni giuridiche insulari e al graduale riformismo delle istituzioni si è trattato di un cambiamento troppo radicale nella sua repentinità (è avvenuto in sei anni soltanto!) per essere facilmente e generalmente accettato. Per di più, la rinuncia alla possibilità di “attaccare” nelle forme del processo ordinario gli atti *ultra vires* dei *public bodies* è sembrata loro diminuire inspiegabilmente le opzioni di tutela del cittadino conquistate in decenni di illuminata giurisprudenza.

Queste considerazioni aiutano a spiegare l'approccio più sfumato, adottato successivamente dalla giurisprudenza, nei confronti della regola della esclusività procedurale e della necessità della distinzione tra questioni di diritto pubblico e questioni di diritto privato, e soprattutto la valorizzazione dell'istituto del *collateral challenge*<sup>470</sup>, «come strumento di impugnazione indiretta dell'atto amministrativo illegittimo»<sup>471</sup>.

E così, nel caso *Roy v. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee* del 1992<sup>472</sup>, la *House of Lords* ha ritenuto di precisare che in presenza di situazioni soggettive tutelabili sul terreno del diritto privato, anche se per la definizione della controversia si renda necessario risolvere una questione incidentale riguardante la legittimità di un atto amministrativo, non occorre azionare il *judicial review*, ma si può percorrere la sola strada del giudizio ordinario.

Ciò nondimeno, l'esclusività del *judicial review* per le controversie di diritto pubblico si conferma ancora oggi nella giurisprudenza una regola fondamentale che patisce poche eccezioni. E l'adesione ad un modello di giurisdizione amministrativa speciale, dal punto di vista processuale, e specializzata, dal punto di vista organizzativo, imperniato sul *judicial review* davanti l'*Administrative Court*, pare ormai in Gran Bretagna un percorso irreversibile, che il *Tribunals, Courts and Enforcement Act* del 2007, di cui si parlerà nel prossimo paragrafo, non solo conferma, ma consolida ed amplia con la trasformazione dei *tribunals* in organi di vera e propria giurisdizione amministrativa speciale, integrati nel sistema della giurisdizione ordinaria specializzata delle *courts* e del *judicial review*.

Ed anche i paventati condizionamenti all'accesso alla tutela giurisdizionale del cittadino derivanti dalla regola della *procedural exclusivity*, nell'opinione dominante della dottrina inglese<sup>473</sup> e straniera<sup>474</sup> non importerebbero un

---

<sup>470</sup> C. EMERY, *Collateral Attack. Attacking Ultra Vires Action Indirectly in Courts and Tribunals*, in *Modern Law Review*, 1993, 56, 5, 643 ss.

<sup>471</sup> Tra virgolette è riportato il titolo dello studio più completo dell'istituto nella dottrina italiana: B. MARCHETTI, *Il collateral challenge come strumento indiretto di impugnazione indiretta dell'atto amministrativo illegittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 46 ss.

<sup>472</sup> *Roy v. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee* (1992) 1 AC 624.

<sup>473</sup> Si veda, *ex multis*, P.P. CRAIG, *Administrative Law*, Londra 2003, 754 ss.; S.A. DE SMITH - H. WOOLF - J. JOWELL, *Judicial review of administrative action*, cit., 765 ss.

sostanziale pregiudizio alla posizione del ricorrente, proprio grazie al complessivo ampliamento delle possibilità di tutela determinato dal sistema integrato e razionalizzato dell'*application* (dal 2004 «*claim*») *for judicial review of administrative action* introdotto con le riforme del 1977 e del 1981.

### **11. Dal *Leggatt Report al Tribunals, Courts and Enforcement Act del 2007*: la “giurisdizionalizzazione” degli *administrative tribunals*.**

All'inizio del terzo millennio, sono circa cento gli *administrative tribunals*, dei quali settanta esercitano funzioni di risoluzione delle controversie come *court substitutes* con diverse denominazioni (*tribunals, commissions, committees, authorities, etc.*).

Istituiti da singole leggi del Parlamento al di fuori di qualunque disegno razionale, unitario e organico, per soddisfare gli specifici contingenti interessi pubblici che, di volta in volta, si presentano come meritevoli di protezione nella società britannica, con l'obiettivo pragmatico di garantire speditezza, economicità e specializzazione nella tutela dei diritti nascenti dalla legislazione sociale e di intervento pubblico nell'economia, i *tribunals* sono caratterizzati da una spiccata eterogeneità nella composizione e nel funzionamento. Alcuni hanno struttura monocratica ed altri, invece, collegiale; in alcuni è prevalente la componente giuridica, in altri quella “tecnica” relativa alla materia trattata; ciascuno ha una propria procedura di decisione, la cui disciplina è stabilita dalla propria legge istitutiva e dalla normativa secondaria di attuazione; per le decisioni di alcuni è previsto l'*appeal a tribunals* di secondo grado, che, invece, manca per le decisioni di tanti altri; a volte l'*appeal* è consentito solo per *issues of law*, altre volte anche per *issues of fact*.

Considerando che sono circa un milione le controversie portate ogni anno alla cognizione dei *tribunals*<sup>475</sup> e che, dunque, il sistema assorbe quasi tutta la domanda sociale di giustizia amministrativa, questo quadro di estrema frammentarietà di organi, di disciplina e di funzioni, nella misura in cui compromette la certezza e l'efficienza derivanti dall'uniformità istituzionale e operativa, appare sempre più incompatibile con le moderne esigenze dell'economia e della società di uno Stato avanzato, come il Regno Unito, tanto più in un contesto in cui la riduzione tecnologica e infrastrutturale delle distanze con gli altri paesi e l'integrazione europea sollecitano la comparazione con i più

---

<sup>474</sup> Tra i massimi conoscitori stranieri del sistema britannico, vi è l'italiano M.P. CHITI che, anche recentemente, ha ribadito un pensiero già espresso altre volte in studi molto reputati (M.P. CHITI, *Cittadino e potere in Inghilterra*, ed Giuffrè, Milano 1990; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, ed. Utet, Torino 1990, V, 206 ss.): «In realtà, il *judicial review* previsto dal 1977 ha comportato un significativo aumento delle opportunità di tutela contro le pubbliche amministrazioni, consentendo alle Corti di penetrare nei recessi della discrezionalità; là dove il *common law* si fermava a grande distanza. L'esclusività della procedura determina soltanto una razionalizzazione della confusa situazione dei rimedi di *common law*. Che poi dalla procedura derivi anche una maggiore certezza dei poteri amministrativi e dei rapporti tra amministrazione e privati è conseguenza positiva, comune a tutti i sistemi di controllo giurisdizionale dell'amministrazione» (M.P. CHITI, I «nuovi poteri» nel *common law*. *La prospettiva del diritto amministrativo*, cit., 389-390).

<sup>475</sup> M. PARTINGTON, *The future of Tribunals*, in *Legal Action*, 5/1993, 9; R. CARNWATH, *Tribunal Justice. A New Start*, in *Public Law*, 2009, 249 ss.



razionali e omogenei ordinamenti di giustizia amministrativa dei propri *competitors*.

A più di quarant'anni dall'ultimo grande studio ufficiale del sistema dei *tribunals* compiuto dalla *Franks Committee*, si fa dunque strada l'idea di istituire una nuova Commissione governativa col compito di censire gli organismi giustiziali esistenti, di individuarne gli eventuali fattori di debolezza e, se necessario, di proporre interventi di ristrutturazione sia sotto il profilo organizzativo sia sotto quello delle procedure.

La Commissione viene istituita nel maggio del 2000 e, sotto la Presidenza di sir Andrew Leggatt, termina i lavori l'anno successivo, raccomandando una serie di misure di razionalizzazione e di omogeneizzazione di strutture e di disciplina, volte a realizzare un sistema *independent, coherent e user-friendly*.

In risposta al *Leggatt Report*<sup>476</sup>, il governo inglese pubblica, nel luglio 2004, un *White Paper* dedicato alla riorganizzazione del sistema dei *tribunals* di risoluzione delle controversie tra privati e amministrazione e di alcuni tipi di controversie tra privati<sup>477</sup> e nel 2007 il Parlamento approva il *Tribunals, Courts and Enforcement Act* (legge più nota come *TCE Act*) che accoglie parte delle proposte della Commissione Leggatt.

Quattro sono in estrema sintesi le innovazioni introdotte dalla legge<sup>478</sup>: la riorganizzazione di un buon numero di *tribunals* statali in una struttura semplificata a due livelli (*First-tier Tribunal* e *Upper Tribunal*); una maggiore uniformazione e giurisdizionalizzazione delle procedure contenziose per le diverse materie trattate, affidandone la predisposizione al *Tribunal Procedure Committee*; l'assicurazione dell'indipendenza del sistema attraverso la recisione del legame strutturale dei *Tribunals* con i singoli *departments* ministeriali e la loro riconduzione all'agenzia, istituita nel 2006, del *Tribunals Service*, nonché attraverso l'istituzione dell'*Administrative Justice and Tribunals Council (AJTC)* e del *Senior President of Tribunals*; l'integrazione del sistema dei *Tribunals* con la giurisdizione delle *Courts*.

### **11.1. L'organizzazione del nuovo sistema degli *administrative tribunals*.**

Il *TCE Act* del 2007 ha istituito il *First-tier Tribunal* e l'*Upper Tribunal*, attribuendo al *Lord Chancellor* la delega per accorpate nei due nuovi organismi

---

<sup>476</sup> Dall'emblematico titolo «*Tribunals for Users. One System, One Service*».

<sup>477</sup> Taluni *tribunals* non sono propriamente amministrativi, perché sono preposti alla risoluzione di controversie tra privati involgenti diritti disciplinati dalla legislazione "sociale": per es., gli *Employment Tribunals* e l'*Employment Appeal Tribunal* giudicano in primo grado e rispettivamente in appello delle controversie lavoristiche tra lavoratori e datori di lavoro.

<sup>478</sup> Le novità apportate dal *Tribunals, Courts and Enforcement Act* sono illustrate e commentate in tutta la manualistica britannica di *administrative law* pubblicata dopo il 2007, la più importante della quale è già stata citata nella bibliografia delle note precedenti, cui si rinvia. Nella letteratura italiana, meritano di essere segnalati i resoconti di M. MACCHIA, *La riforma degli administrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 1, 209 ss; G. LIGUGNANA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa inglese: la riforma dei tribunals*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 2, 432 ss.; D. DE GRAZIA, *Il sistema di giustizia amministrativa del Regno Unito*, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, cit., 238 ss; G. LIGUGNANA, *L'altra giustizia amministrativa. Modelli ed esperienze d'oltremarica*, ed. Giappichelli, Torino 2010, specialmente da pag. 85 a pag. 128.

un elenco di *tribunals* statali “amministrativi”<sup>479</sup> e il potere, da esercitarsi d’intesa col *Senior President of Tribunals*, di suddividere i due nuovi Tribunali in un numero variabile di *Chambers*, ciascuna competente su una determinata area di materie correlate. Le *Chambers* con aree di competenza molto vaste sono a loro volta suddivise per materie in sezioni, chiamate *jurisdictions*, corrispondenti grosso modo agli ambiti dei più rilevanti vecchi *tribunals*.

Attualmente, il *First-tier Tribunal* è suddiviso in sette *Chambers*: la *War Pensions and Armed Forces Compensation*, la *Social Entitlement Chamber*<sup>480</sup>, la *Health, Education and Social Care Chamber*<sup>481</sup>, la *General Regulatory Chamber*<sup>482</sup>, la *Tax Chamber*<sup>483</sup>, la *Immigration and Asylum Chamber*, e la *Property Chamber*<sup>484</sup>.

L’*Upper Tribunal* è articolato in quattro *Chambers*: la *Administrative Appeals Chamber*, la *Tax and Chancery Chamber*, l’*Immigration and Asylum Chamber* e la *Lands Chamber*. Esso è definito dalla legge «*superior court of record*»<sup>485</sup> ed è dunque equiparato alla *High Court*, alla *Court of Appeal* e alla *Supreme Court*. Come tale, è, da un lato, obbligato a tenere in via permanente ed ufficiale la raccolta dei casi discussi davanti ad esso, che costituiscono precedenti vincolanti per il *First-tier Tribunal*; e, dall’altro, è abilitato a perseguire e sanzionare esso stesso i casi di oltraggio (*contempt of court*).

Giudici dei due *Tribunals* sono *lawyers* e *lay members*, intendendosi, per tali ultimi, tecnici esperti della materia: solo i primi acquistano il titolo di *judges*, mentre i secondi sono qualificati genericamente *members*. Il requisito che debbono possedere i *judges* è la *judicial appointment eligibility*<sup>486</sup>, quello dei *members* è l’esperienza tecnica nella materia delle controversie della *Chamber* di cui aspirano a far parte. Tutti, formalmente nominati dalla Corona o dal *Lord Chancellor*, sono designati dalla stessa autorità amministrativa indipendente, la *Judicial Appointments Commission (JAC)*, istituita dal *Constitutional Reform Act* del 2005 con la funzione di selezionare, sulla base del criterio del merito, tutte le cariche giudiziarie, potere fino al 2006 esercitato dal *Lord Chancellor*. In questo modo, è finalmente garantita, sotto il profilo della nomina, l’indipendenza dei componenti dei *Tribunals* dal Governo. Se il *Tribunals and Inquiries Act* del 1958 aveva provveduto a realizzare l’indipendenza funzionale dei *tribunals* dai

---

<sup>479</sup> E quindi rimangono fuori dall’accorpamento i giudici speciali del lavoro, l’*Employment Tribunal* e l’*Employment Appeals Tribunal*, la cui autonomia è tuttora salvaguardata.

<sup>480</sup> Suddivisa nelle seguenti *jurisdictions*: *Social Security and Child Support*, *Asylum Support* e *Criminal Injuries Compensation*.

<sup>481</sup> Suddivisa nelle seguenti *jurisdictions*: *Mental Health*, *Special Educational Needs and Disability*, *Care Standards* e *Primary Health Lists*.

<sup>482</sup> Suddivisa nelle seguenti *jurisdictions*: *Charity (onward appeals to Tax & Chancery)*, *Consumer Credit*, *Estate Agents*, *Transport (Driving Standards Agency Appeals)*, *Information Rights*, *Claims Management Services*, *Gambling*, *Immigration Services*, *Local Government Standards* e *Environment*.

<sup>483</sup> Suddivisa in due *jurisdictions*: *Direct and indirect taxation* e *MPs Expenses*.

<sup>484</sup> Suddivisa nelle seguenti *jurisdictions*: *Residential property*, *Agricultural lands & drainage* e *Land Registration (onward appeals to Tax Chancery)*.

<sup>485</sup> Art. 3, comma 5, *TCE Act*.

<sup>486</sup> E cioè l’aver esercitato le funzioni di *barrister* o di *solicitor* per un certo numero di anni o l’aver maturato una sufficiente *experience in law* per aver ricoperto la carica di *judge*, *arbitrator* o *mediator* o per aver svolto l’attività di *teaching or researching in law*.

Ministeri di settore, il *TCE Act* del 2007 ne assicura anche l'indipendenza strutturale, alla stessa stregua di quella delle *Courts*. Il fatto che i giudici dei *Tribunals* vengano scelti con i medesimi criteri di meritocrazia e con le stesse garanzie di salvaguardia dell'indipendenza dei giudici delle *Courts* è oltremodo emblematico del nuovo “sentire” l'*administrative justice* come parte integrante del *judicial system*.

Il numero dei componenti di ciascuna *Chamber* non è fisso, ma variabile a seconda delle necessità e delle circostanze, ed è determinato dal *Lord Chancellor*, d'intesa col *Senior President of Tribunals*.

Quest'ultimo è il Presidente del *First-tier Tribunal* e dell'*Upper Tribunal*. È nominato dalla Corona, su proposta del *Lord Chancellor*, d'intesa con il *Chief Justice* dell'Inghilterra e del Galles, con quello della Scozia e con quello dell'Irlanda del Nord<sup>487</sup>, tra coloro che sono giudici della *Court of Appeal* dell'Inghilterra e del Galles, della *Court of Session* di Scozia e della *Court of Appeal* dell'Irlanda del Nord e gode di ampia indipendenza sia dal *Lord Chancellor* che dai citati vertici del potere giudiziario.

Il *Senior President of Tribunals* concorre con il *Lord Chancellor* a determinare l'assetto strutturale e l'organizzazione delle *Chambers* del *First-tier Tribunal* e dell'*Upper Tribunal*, a distribuire le relative funzioni, a stabilire i requisiti per accedere alla carica di componente il *Tribunal* e può emanare direttive in relazione alle procedure e alla prassi che devono seguire le *Chambers*. Più in generale, insieme al *Lord Chancellor*, è tenuto a garantire l'indipendenza dei due *Tribunals* e ad investire il lord Cancelliere di ogni questione rilevante per il funzionamento del sistema.

Il *TCE Act* del 2007, in sostituzione del *Council on Tribunals*<sup>488</sup>, aveva anche istituito l'*Administrative Justice and Tribunals Council (AJTC)*, quale autorità indipendente con funzioni di consulenza e di vigilanza non soltanto sul sistema britannico di *administrative justice*, ma anche sull'intera attività amministrativa degli organi pubblici. Ma in esecuzione del *Public Bodies Act* del 2011, approvato dal Parlamento con lo scopo di realizzare un taglio drastico di strutture amministrative di non primaria rilevanza per esigenze di riduzione della spesa pubblica, l'*AJTC* è stato abolito con un *Order* del Ministro della Giustizia del 2013.

L'indipendenza dal potere esecutivo del *First-tier Tribunal* e dell'*Upper Tribunal* è assicurata anche dall'istituzione del *Tribunals Service*, agenzia governativa semi-indipendente che ha il compito di fornire tutto il supporto amministrativo necessario per garantire l'accessibilità dei cittadini ai *Tribunals* e una tutela equa, rapida ed efficiente. Nel 2011 il *Tribunals Service* è stato fuso col *Courts Service*, svolgente le stesse funzioni relativamente alla giustizia delle *Courts*, dando vita al *Her Majesty's Courts and Tribunals Service*, il quale

---

<sup>487</sup> Come si è già detto, a seguito del *Constitutional Reform Act* del 2007, il *Lord Chief Justice* è divenuto, per l'Inghilterra e il Galles, il Presidente della *Court of Appeal* di Inghilterra e Galles, per la Scozia il Presidente della *Court of Session* scozzese, per l'Irlanda del Nord il Presidente della *Court of Appeal* nord-irlandese.

<sup>488</sup> Creato, come si ricorderà, dal *Tribunals and Inquiries Act* del 1958.

testimonia plasticamente come il sistema dei *Tribunals* sia stato integrato con quello delle *Courts* anche dal punto di vista gestionale e amministrativo, perché, in ultima analisi, viene avvertito dal Parlamento, dal Governo e dal *legal system* come facente parte a pieno titolo del complessivo sistema della giurisdizione britannica.

### **11.2. Procedimento e attribuzioni del *First-tier Tribunal* e dell'*Upper Tribunal*.**

Il procedimento contenzioso davanti a ciascuna *Chamber* del *First-tier Tribunal* è disciplinato da un proprio specifico regolamento di procedura, mentre le *Chambers* dell'*Upper Tribunal* sono sottoposte sostanzialmente ad un unico regolamento processuale. Si è in tal modo realizzata l'auspicata maggiore uniformazione della disciplina dei giudizi di impugnazione, rispetto al precedente sistema in cui ciascuno delle decine di *Tribunals* oggi accorpati era sottoposto ad un proprio "codice" di procedura; tanto più che i singoli regolamenti procedurali di ciascuna *Chamber* hanno in comune gran parte della disciplina e spesso presentano persino il medesimo articolato, la stessa numerazione e la stessa intitolazione.

Queste *Tribunals Procedure Rules* sono emanate con regolamenti ministeriali (*statutory instruments*) dal *Lord Chancellor* e sono predisposte dal *Tribunal Procedure Committee*, istituito dal *TCE Act* e composto dal *Senior President of Tribunals*, da quattro membri nominati dal *Lord Chancellor*, da tre membri nominati dal *Lord Chief Justice* e da un membro nominato dal Presidente della *Court of Session* scozzese.

Concentrandoci ora sulla normativa comune delle discipline procedurali davanti le singole *Chambers* del *First-tier Tribunal*, è possibile in estrema sintesi dar conto di alcuni dei suoi più rilevanti principi e istituti.

L'impugnazione della decisione amministrativa davanti al *First-tier Tribunal* inizia con la presentazione del ricorso (*notice of appeal*) o al *Tribunal*, che, in questo caso, provvederà a notificare il ricorso e l'allegata documentazione alla controparte e ai controinteressati, o direttamente all'amministrazione che ha emanato la decisione contestata, la quale, in tal caso, dovrà inviare al *Tribunal* copia del ricorso e la propria comparsa di risposta (*response*).

Il ricorso deve indicare nome e indirizzo del ricorrente e del suo rappresentante, l'amministrazione che ha emanato la decisione impugnata, i nomi degli eventuali controinteressati, il provvedimento contestato, i motivi del ricorso e la sottoscrizione del ricorrente. Quest'ultimo può partecipare al procedimento personalmente o a mezzo di rappresentante.

I termini per la presentazione del ricorso variano in base alla decisione impugnata e alla competente *Chamber*<sup>489</sup>, ma non sono quasi mai perentori, perché il *Tribunal* può decidere di ammettere il ricorso presentato tardivamente.

---

<sup>489</sup> Da un minimo di tre giorni per i casi di *asylum support* ad un massimo di sei mesi per l'impugnazione davanti la *War Pensions and Armed Forces Compensation Chamber* o davanti la *Health, Education and Social Care Chamber*.

La caratteristica saliente del procedimento davanti il *Tribunal* è la snellezza e l'informalità del giudizio, assicurate attraverso l'esercizio dei *case management powers*: in buona sostanza, l'organo giudicante gode di ampia discrezionalità, quasi "manageriale", nell'organizzare il procedimento contenzioso, potendo dettare specifiche *directions* in relazione ai termini e alle modalità degli adempimenti procedurali, così come, sotto il profilo istruttorio, il *Tribunal* può ammettere tutti i mezzi di prova che ritiene utili alla soluzione del caso, come e forse più di quanto possono fare le *Courts* nel giudizio civile, e con un approccio più *inquisitorial* che *adversarial*.

Regola generale del procedimento contenzioso davanti al *First-tier Tribunal* è la pubblicità della *hearing*.

La decisione che conclude il procedimento deve sempre essere scritta e motivata, ancorché la motivazione possa essere resa pubblica successivamente al dispositivo. La *decision notice* deve indicare l'esistenza del diritto di appello avverso il provvedimento decisorio, unitamente alle modalità, all'organo di appello e ai termini per il suo esercizio.

Le pronunce con le quali il *First-tier Tribunal* risolve le controversie portate alla sua cognizione sono sempre "decisioni di merito", nel duplice senso che l'organo giudicante, da un lato, scioglie le *issues of fact*, oltre alle *issues of law*, e dall'altro, decide – come dicono gli inglesi – «*standing in the shoes of the decision-maker*» e cioè sostituendosi all'amministrazione, con un sindacato che - noi diremmo - si estende all'opportunità della decisione.

Istituti peculiari britannici che afferiscono alle decisioni che concludono i procedimenti davanti al *First-tier Tribunal* (ma anche davanti all'*Upper Tribunal*) sono il *setting aside* e il *self-reviewing*.

Con il primo, il *Tribunal* ha il potere di riesaminare, d'ufficio o su istanza di parte, le proprie decisioni e di disporre l'annullamento e la riforma, nel caso di riscontrati vizi procedurali e sempre che sussistano le ragioni di interesse pubblico per l'annullamento. Si tratta di una sorta di potere di "autotutela decisoria".

Con il secondo, il *First-tier Tribunal*, chiamato a decidere sull'istanza di *permission* di *appeal* davanti l'*Upper Tribunal*, può, in sede di esame della richiesta, rilevare un *error of law* nella propria decisione e modificarla.

Le decisioni del *First-tier Tribunal* possono essere contestate (oltre che col *judicial review* davanti la *Administrative Court* della *Queen's Bench Division* della *High Court*) davanti l'*Upper Tribunal* o con l'*appeal* o col *judicial review*.

Sotto questo profilo, le innovazioni introdotte dal *TCE Act* del 2007 sono state notevolissime.

L'istituzione dell'*Upper Tribunal* come unico organismo di seconda istanza delle decisioni giustiziali di primo grado, prima impugnabili davanti a diversi organismi, unitamente alla previsione di un unico rito per l'appello (disciplinato dal *Tribunal Procedure (Upper Tribunal) Rules*), ha finalmente semplificato e razionalizzato il sistema degli appelli.

L'attribuzione all'*Upper Tribunal* del potere di *judicial review* sulle decisioni del *First-tier Tribunal* in sostituzione di quello della *High Court*, la

previsione dell'appellabilità delle decisioni dell'*Upper Tribunal* soltanto davanti la *Court of Appeal*, la qualificazione dell'*Upper Tribunal* come «*superior court of record*» in grado di formare precedenti giudiziari vincolanti, hanno fatto del neo-istituito organo di secondo grado del contenzioso amministrativo la “cerniera”<sup>490</sup> tra il sistema dei *tribunals* e quello delle *courts*.

Dunque, avverso le decisioni del *First-tier Tribunal* può essere interposto *appeal* davanti l'*Upper Tribunal* per questioni di diritto (*issues of law*)<sup>491</sup>, a meno che la legge espressamente escluda l'appello di alcune decisioni o, al contrario, lo estenda anche alle questioni di fatto (*issues of fact*).

Per poter accedere al procedimento di secondo grado, occorre ottenere la *permission* del *First-tier Tribunal*. Nel caso in cui venga negata, il ricorrente può presentare la richiesta di *permission* direttamente all'*Upper Tribunal* che, in questo modo, si configura come giudice di seconda istanza anche della richiesta di autorizzazione al procedimento di appello.

I termini per impugnare sono sempre non perentori e il ricorrente può stare in giudizio anche personalmente.

In pendenza della deliberazione sull'istanza di *permission* e del giudizio di appello, l'*Upper Tribunal* può sospendere gli effetti delle decisioni del *First-tier Tribunal*.

Anche l'*Upper Tribunal* dispone di ampia discrezionalità nella gestione dell'istruttoria e, più in generale, dell'intero procedimento (*case management powers*) e può acconsentire alla pubblicità della *hearing* che, a differenza del giudizio di primo grado, non è normalmente *open*.

A conclusione del procedimento di appello, l'*Upper Tribunal* può annullare l'atto impugnato e rinviare al *First-tier Tribunal* per l'adozione delle determinazioni conseguenti, eventualmente impartendo direttive per l'adozione della nuova decisione, oppure può sostituire la propria “decisione di merito” a quella di primo grado, esercitando tutti i poteri che sarebbero spettati al *First-tier Tribunal*.

Le decisioni di appello dell'*Upper Tribunal*, soggette anch'esse al *setting aside* e al *self-reviewing*, possono essere appellate per *error of law* non davanti la *High Court* (alla quale l'*Upper Tribunal* sembra ormai equiordinato), ma soltanto davanti la *Court of Appeal*, previa *permission* dell'*Upper Tribunal* o, in caso di diniego, della stessa *Court of Appeal*. Quest'ultima può decidere l'*appeal* con gli stessi ricordati poteri dell'*Upper Tribunal*: può annullare la decisione di secondo grado, senza rinvio o con rinvio “conformativo”, o sostituire la propria decisione a quella dell'*Upper Tribunal*.

Con l'attribuzione da parte del *TCE Act* del potere di giudicare in *judicial review* le decisioni del *First-tier Tribunal*, l'*Upper Tribunal* è diventato una sorta

---

<sup>490</sup> L'efficace espressione è di D. DE GRAZIA, *Il sistema di giustizia amministrativa del Regno Unito*, cit., 244.

<sup>491</sup> «*On any point of law arising from a decision of the First-tier Tribunal other than an excluded decision*»: sec. 11 (1) TCE.

di “*alter ego*” dell’*Administrative Court* della *High Court*, ancorché dotato di una specializzazione molto più elevata<sup>492</sup>.

In sede di *judicial review*, l’*Upper Tribunal* è soggetto agli stessi principi ed è titolare degli stessi poteri del *judicial review* davanti la *High Court*. E dunque, il procedimento si suddivide in due stadi, la fase di “filtro” della *permission* e la fase della *hearing*, e l’autorizzazione a procedere viene concessa soltanto qualora l’istanza venga presentata tempestivamente (*promptly*) e comunque non oltre tre mesi dalla data della decisione impugnata. E l’*Upper Tribunal* può decidere il ricorso concedendo tutti i *remedies* del *judicial review* previsti dall’art. 31 del SCA del 1981 e dalla *part 54* delle *CPR* e cioè il *quashing order*, il *mandatory order*, il *prohibiting order*, la *declaration* e l’*injunction*, oltre alla condanna alle restituzioni e al risarcimento del danno.

Il *judicial review* delle decisioni del *First-tier Tribunal* è obbligatorio davanti all’*Upper Tribunal*, se ricorrono determinate condizioni<sup>493</sup>; è facoltativo, nel caso in cui ne ricorrano soltanto alcune<sup>494</sup>. Nel primo caso, se il *judicial review* è iniziato davanti la *High Court*, questa deve trasferirlo all’*Upper Tribunal*. Nel secondo caso, il trasferimento è nella discrezionalità della *High Court*, che può anche scegliere di trattenerlo presso di sé. Qualora non ricorrano le condizioni minime, l’istanza di *judicial review* presentata dinanzi all’*Upper Tribunal* dev’essere da questo rimessa alla *High Court*, presso la quale il procedimento potrà proseguire.

### **11.3. La natura giuridica del *First-tier Tribunal* e dell’*Upper Tribunal*. La conquista degli *administrative tribunals* alla giurisdizione.**

Gli *administrative tribunals* nascono nella prima metà e si sviluppano nella seconda metà dell’Ottocento, in concomitanza con la legislazione economico-sociale determinata dall’industrializzazione, come corpi amministrativi con funzioni giustiziali, preposti a decidere ricorsi amministrativi.

La funzione di *adjudication* si accentua nella prima metà del Novecento insieme alla crescita del numero indotta dalla progressiva realizzazione del *Welfare State*. Già nel 1928 Robson<sup>495</sup> intuisce che, introducendo maggiori garanzie giurisdizionali nel contenzioso davanti gli *administrative tribunals* e integrandoli nel *judicial system*, si potrebbe costruire in Inghilterra un efficace sistema di giurisdizione amministrativa simile a quello continentale e nel 1957 il *Franks Report* sottolinea come gli *administrative tribunals* debbano essere

---

<sup>492</sup> LIGUGNANA, *L’altra giustizia amministrativa. Modelli ed esperienze d’oltremontana*, cit., 114.

<sup>493</sup> Le condizioni sono le seguenti: 1) che il ricorrente chieda uno dei *remedies* ottenibili in sede di *judicial review* o la *permission* per ottenere uno di quei rimedi; 2) che non siano coinvolti atti della *Crown Court*; 3) che il ricorso verta su una delle categorie di decisioni stabilite con apposita *direction* emanata dal *Lord Chief Justice*, d’intesa con il *Lord Chancellor*; 4) che il collegio sia presieduto da un giudice della *High Court* o della *Court of Appeal* o (per la Scozia) della *Court of Session* o da un giudice designato in accordo dal *Senior President of Tribunals* e dal *Chief Justice* della regione.

<sup>494</sup> Più precisamente, qualora ricorrano soltanto le condizioni di cui ai numeri 1, 2 e 4 della precedente nota.

<sup>495</sup> W.A. ROBSON, *Justice and Administrative Law. A Study of the British Constitution*, London 1928.

riguardati come facenti parte della *machinery of adjudication* piuttosto che della *machinery of administration*<sup>496</sup>.

Ciò nonostante e nonostante le diverse riforme che si succedono dal 1958 fino alla fine del XX secolo (con i *Tribunals and Inquiries Acts* del 1958, del 1971 e del 1992), volte a valorizzare il carattere giudiziale delle loro funzioni e a garantire l'indipendenza degli organi che questo carattere presuppone, rimane indubbio, fino all'inizio del nuovo Millennio, che gli *administrative tribunals* siano estranei al *regular judicial system* incarnato dalle *Courts* e si continua a considerarli degli organismi "ibridi", in parte amministrativi e in parte giudiziali, appartenenti – per citare l'efficace immagine di un'autorevole dottrina - ad un *twilight world* in cui si mescolano politica e diritto, amministrazione pubblica e giurisdizione<sup>497</sup>, titolari di funzioni giammai *judicial*, ma – al massimo - *quasi-judicial*.

Nel *Leggatt Report* del 2001 si sottolinea che i *tribunals* costituiscono «a *substantial part of the system of justice*»; ma quell'aggettivo qualificativo, nel definirne il ruolo, contestualmente esclude che i *tribunals* costituiscano parte "formale" del sistema di giustizia e siccome nel diritto e nel mondo istituzionale "la forma è sostanza", quella stessa affermazione rischia di non essere del tutto inconfutabile.

Ebbene, dopo aver evidenziato nelle pagine precedenti le notevolissime innovazioni introdotte dal *TCE Act* del 2007, viene spontaneo domandarsi se con questa legge il quadro sia cambiato e, in particolare, se i nuovi *First-tier Tribunal* e *Upper Tribunal* possano definirsi non più come organi amministrativi del contenzioso, titolari di poteri *quasi-judicial* ed estranei al *judicial system*, ma come veri e propri "organi giurisdizionali" facenti parte del sistema giudiziale britannico dal punto di vista sia sostanziale che formale, finalmente emancipati dal potere esecutivo e dall'apparato amministrativo al pari delle *Courts*, e titolari di poteri pienamente *judicial*.

A me pare che la risposta a questa domanda debba senz'altro essere affermativa per le ragioni che cercherò adesso di sintetizzare.

Ma preliminarmente credo sia opportuno accordarsi sulla nozione di "organo giurisdizionale".

I criteri di individuazione della giurisdizione sono molteplici, variano da ordinamento a ordinamento e sono di carattere soggettivo, funzionale e oggettivo. Generalmente – e ritengo di poter dire anche nel Regno Unito – un organo può definirsi "giurisdizionale" se è indipendente dagli altri poteri dello Stato, se ha origine legale, se ha carattere permanente, se in posizione di terzietà

---

<sup>496</sup> «We consider that tribunals should properly be regarded as machinery provided by Parliament for adjudication rather than as part of the machinery of administration.»: così si legge nel *Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries* (1957), al par. 40.

<sup>497</sup> R.E. WRAITH – P.G. HUTCHSSON, *Administrative Tribunals*, London 1973, 17: «The British constitution tries to keep law and politics apart, and on the whole succeeds, but administrative tribunals inhabit a twilight world where the two intermingle; they are in a sense the orphaned child of both. To the politician they are part of the judicial system in that they enable the ordinary man to obtain a cheap, fair and impartial hearing when he is affected by administrative action; to the lawyer they are not fully within the legal fold since they are, in certain aspects, an appendage of bureaucracy».



applica norme giuridiche e risolve controversie con pronunce di carattere giurisdizionale dotate dell'efficacia della cosa giudicata, all'esito di un procedimento in cui è garantito il contraddittorio<sup>498</sup>.

Ora, se l'origine legale e il carattere permanente del *First-tier Tribunal* e dell'*Upper Tribunal* sono talmente evidenti da non richiedere spiegazioni, per quanto riguarda il requisito dell'indipendenza si deve osservare che il *TCE Act* del 2007 ha reciso il legame dei vecchi *tribunals* statali con i singoli ministeri sia nella nomina dei loro componenti, sia nell'esercizio delle loro funzioni, sia nell'amministrazione del sistema dei *tribunals*, applicando ai due nuovi Tribunali le medesime garanzie delle *Courts*.

Infatti, tanto i *lawyers* che i *lay members* che li compongono sono nominati dalla Corona o dal *Lord Chancellor* su designazione della stessa autorità indipendente (la *Judicature Appointments Commission*) che seleziona i *judges* delle *Courts*. L'indipendenza dell'esercizio delle loro funzioni è salvaguardata dal *Lord Chancellor* e dal *Senior President of Tribunals*, analogamente alla garanzia dell'indipendenza dell'esercizio della giurisdizione delle *Courts* assicurata dal *Lord Chancellor* e dal *Lord Chief Justice*. E il sistema dei *tribunals* è quotidianamente gestito dalla stessa agenzia semi-indipendente che si occupa dell'amministrazione delle *Courts*: la *Her Majesty's Courts and Tribunals Service*.

Si può allora asserire che, dal punto di vista organizzativo, le garanzie d'indipendenza del *First-tier Tribunal* e dell'*Upper Tribunal* sono le stesse delle *Courts* e dunque tali da consentire la qualificazione dei recenti istituiti organismi come "soggetti giurisdizionali".

Venendo al profilo funzionale, si può rilevare che il *TCE Act* ha certamente potenziato il carattere giudiziale delle procedure seguite nel contenzioso davanti il *First-tier Tribunal* e l'*Upper Tribunal*. Le *Tribunal Procedure Rules* hanno gli stessi istituti e persino la stessa struttura delle *Civil Procedure Rules*. Il procedimento, ancor più di quanto avveniva prima del 2007 quando il principio del contraddittorio trovava la sua fonte nell'*audi alteram partem* della *natural justice*, garantisce la piena "parità delle armi" delle parti processuali in ogni stadio del giudizio, da quello iniziale, con l'obbligo di notifica del ricorso all'amministrazione resistente e a tutti i controinteressati, fino al momento conclusivo, dovendo persino l'eventuale *self-reviewing* della decisione finale essere eseguito dal *Tribunal* soltanto dopo aver letto le relative osservazioni delle parti. E la terzietà dell'organo decidente rispetto all'amministrazione dei cui provvedimenti dev'essere accertata la legittimità è assicurata dal nuovo meccanismo di designazione dei giudici, affidato alla citata autorità indipendente (la *JAC*).

I due *Tribunals* decidono entrambi applicando norme e principi di diritto, ma possono sostituire le loro determinazioni a quelle impugnate. Nella misura in cui

---

<sup>498</sup> Questo è, per es., l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in merito ai requisiti che un organo deve possedere per essere considerato "giurisdizionale", come tale abilitato ad effettuare il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE (CGCE, sentenza 19 ottobre 1995, causa C-11/94, *Job Centre*; CGCE, sentenza 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*).

si estende all'opportunità del provvedimento, previa rivalutazione dei fatti e interessi già accertati e ponderati dall'amministrazione, quella dei due *Tribunals* è, dunque, una "giurisdizione di merito".

Non direi che il fatto che l'organo giudicante possa sostituire la propria decisione al provvedimento amministrativo impugnato, comportandosi, di fatto, come un amministratore, osti, agli occhi del giurista *civilian*, alla sussunzione dei *Tribunals* nell'ambito della giurisdizione<sup>499</sup>, se solo si consideri che nessuno dubiterebbe che è "vera" giurisdizione quella del *plein contentieux* in Francia, quella amministrativa di merito in Italia e quella che a Lussemburgo consente la riforma degli atti comunitari.

Sempre sotto l'aspetto dell'oggettività "giurisdizionale" della pronuncia decisoria, mi pare poi che l'efficacia di "giudicato formale" delle pronunce del *First-tier Tribunal* e dell'*Upper Tribunal* si evinca dal fatto che, pur non essendo mai perentori i termini di impugnazione previsti dalle *Tribunal Procedure Rules* e indicati nell'atto di notifica della decisione finale, l'*appeal* giudicato tardivo possa e debba essere dichiarato improcedibile dal giudice *a quo* ed eventualmente dal giudice *ad quem*, con conseguente definitiva consolidazione della pronuncia decisoria.

L'efficacia di "giudicato sostanziale" è incontrovertibile almeno per le decisioni dell'*Upper Tribunal*, perché esse costituiscono precedenti vincolanti – e cioè, nel sistema di *common law*, vere e proprie norme giuridiche non solo del caso concreto, ma anche dei casi futuri identici o simili - ai quali, secondo il principio dello *stare decisis*, devono attenersi sia il *First-tier Tribunal* che le pubbliche amministrazioni.

Si può allora ritenere che il procedimento davanti al *First-tier Tribunal* e all'*Upper Tribunal* si svolga con le stesse garanzie del rispetto del contraddittorio e dell'equidistanza del decidente tipiche della giurisdizione e che i provvedimenti decisori spieghino i medesimi effetti dell'accertamento incontrovertibile della situazione esaminata caratteristici delle sentenze delle *Courts*. E che dunque i due nuovi *Tribunals* possano essere qualificati "giurisdizionali" anche sotto il profilo funzionale e per la natura giudiziale delle loro pronunce.

L'integrazione sostanziale e formale del nuovo sistema dei *tribunals* nel *judicial system* è completata dall'appellabilità delle decisioni dell'*Upper Tribunal* soltanto davanti alla *Court of Appeal* e dall'attribuzione all'*Upper Tribunal* delle funzioni e dei poteri di *judicial review*. Il Tribunale Superiore è dunque "costruito" dal *TCE Act* come una corte giudiziaria che sostituisce la *High Court*, alla quale è equiparato anche attraverso l'espressa qualificazione di «*superior court of record*» (art. 3, c. 5, *TCE Act*): è una *court* che costituisce l'anello di congiunzione tra il sistema dei *Tribunals* e quello delle *Courts*.

Se il *Leggatt Report* del 2001 constatava che i *tribunals* costituiscono «*a substantial part of the system of justice*», oggi il *report* di una ipotetica nuova commissione di studio potrebbe senz'altro osservare che il *First-tier Tribunal* e

---

<sup>499</sup> Come sostiene LIGUGNANA, *L'altra giustizia amministrativa. Modelli ed esperienze d'oltremarica*, cit., 119-120.

*l'Upper Tribunal costituiscono a formal and substantial part of the judicial system.*

**12. Conclusione. L'evoluzione della giustizia amministrativa inglese: dalla pluralità dei riti all'unitario processo amministrativo speciale; dal monismo giudiziario ad un sistema integrato di giurisdizione amministrativa speciale e di giurisdizione ordinaria specializzata.**

Volendo conclusivamente tirare le fila di questa ricostruzione storica, si può senz'altro individuare una chiara linea di evoluzione del sistema britannico di giustizia amministrativa nella direzione di un avvicinamento ai sistemi continentali generalmente caratterizzati dal dualismo giurisdizionale ordinamentale e processuale. 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, prendendo pian piano 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, la giurisdizione ordinaria tradizionale delle *Courts* essendosi 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.

La necessità di formalizzare in un rito a sé stante il giudizio amministrativo si sviluppa man mano che cresce il contenzioso tra i cittadini e le pubbliche amministrazioni e si scopre, da un lato, che i provvedimenti amministrativi, in quanto espressione di un'attività finalizzata alla cura di interessi generali, sono assoggettati ad uno statuto speciale per ciò che riguarda validità ed efficacia, nonché presupposti, termini e modalità d'impugnazione, e, dall'altro, che il cittadino è maggiormente protetto nei confronti degli abusi del potere pubblico da un processo speciale piuttosto che dal rito civile ordinario.

La giustizia amministrativa inglese conosceva da tempo le azioni pubblicistiche dei *prerogative remedies* e consentiva contro la pubblica amministrazione anche l'esercizio delle azioni privatistiche di *declaration* e di *injunction*, oltre che, più recentemente, di *damages*. Ma si trattava di azioni incompatibili tra loro e sottoposte a regimi diversi.

L'introduzione nel 1977 dell'*application for judicial review* ha razionalizzato e coordinato le diverse forme di tutela 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. E la confluenza delle azioni privatistiche nell'unitario rito pubblicistico ha ampliato i mezzi istruttori utilizzabili nel giudizio amministrativo. Questo processo accerta i vizi di illegittimità dell'attività amministrativa dell'*illegality*, della *procedural impropriety* e dell'*irrationality* che sono stati individuati e categorizzati dalla giurisprudenza e che corrispondono a quelli dei sistemi continentali di giustizia amministrativa.

Insomma, con il *judicial review of administrative action* l'Inghilterra ha oggi non solo una "giurisdizione amministrativa funzionale" e cioè un processo amministrativo speciale, come ce l'hanno i paesi dell'Europa continentale, ma ha un giudizio amministrativo assai simile, nell'oggetto, negli istituti e nelle tecniche decisionali, a quello di questi Paesi. La larghezza dei mezzi istruttori e della gamma delle possibili decisioni giurisdizionali, che sul continente è stata l'effetto del progressivo avvicinamento del processo amministrativo a quello ordinario, oltremarica è stata prodotta dalla confluenza degli *equitable remedies* nel *judicial review*.

La necessità di gestire professionalmente questo nuovo processo amministrativo ha determinato l'istituzione di una sezione specializzata presso la *Queen's Bench Division* della *High Court*, il *Crown Office List*, significativamente ridenominata, dal 2000 in poi, *Administrative Court*. I magistrati della *Administrative Court* sono reclutati tra i *barristers* esperti in *administrative law* e in *judicial review*. E dunque, nonostante il formale monismo giudiziario, l'organo preposto al giudizio amministrativo è, in Inghilterra, un giudice ordinario fortemente specializzato reclutato secondo logiche di *expertise*. In altre parole, dal punto di vista organizzativo e ordinamentale, il sistema britannico di giustizia amministrativa è caratterizzato, con riferimento alla *Administrative Court* della *High Court*, da una giurisdizione ordinaria specializzata.

Ma, se si fa riferimento agli *administrative tribunals*, è oggi lecito parlare, dopo il *TCE Act* del 2007, di una vera e propria giurisdizione amministrativa speciale (non solo sotto il profilo processuale, grazie al *judicial review* davanti le *Superior Courts*, ma) anche sotto il profilo organizzativo. E se i numeri del contenzioso contano qualcosa (circa un milione di controversie l'anno davanti gli

*administrative tribunals* contro meno di tredicimila davanti la *Administrative Court*), si può osservare che proprio questa giurisdizione amministrativa speciale degli *administrative tribunals* è oggi la struttura portante del sistema inglese di tutela del cittadino nei confronti dei provvedimenti della pubblica amministrazione.

Gli *administrative tribunals* nascono come organi amministrativi del contenzioso per assicurare ai cittadini inglesi la tutela dei *social rights*, introdotti dalla legislazione di intervento pubblico nell'economia e di *Welfare State*, che le *courts* sono refrattarie a concedere. Legati a doppio filo al potere esecutivo, di cui spesso sono organi, decidono i ricorsi amministrativi in modo rapido, economico e con un procedimento meno formale rispetto a quello giudiziario, con un alto grado di specializzazione che deriva loro dall'essere composti per lo più da funzionari amministrativi esperti dello specifico settore della controversia.

Il riversarsi di un gran numero di controversie amministrative nella competenza di questi organi ne accresce il ruolo istituzionale e politico e, al contempo, in un ordinamento di *common law* ispirato al *right to be heard* (*audi alteram partem*) e alla *rule against bias* (*nemo iudex in causa propria*), reclama che le decisioni vengano assunte all'esito di procedimenti non dissimili da quelli giurisdizionali, che rispettino il principio del contraddittorio e quello della terzietà del decisore, la quale, in particolare, presuppone l'indipendenza dal potere esecutivo, dei cui atti gli *administrative tribunals* sono chiamati a giudicare la legittimità.

I *Tribunals and Inquiries Acts* del 1958, del 1971 e del 1992 soddisfano solo parte di queste istanze, non riuscendo ad introdurre procedimenti decisionali autenticamente giurisdizionali, né a realizzare una buona integrazione del sistema dei *tribunals* con quello delle *courts*, né ad andare al di là dell'attuazione di un'autonomia meramente funzionale dagli organi esecutivi.

Vi riesce, invece, il *Tribunals, Courts and Enforcement Act* del 2007.

Questa legge ha finalmente catturato alla giurisdizione il sistema dei *tribunals*, facendo dunque smettere al termine di essere un *false friend*. Essa ha riorganizzato un buon numero di *administrative tribunals* statali in una struttura semplificata a due livelli, il *First-tier Tribunal* e l'*Upper Tribunal*; ha giurisdizionalizzato e, al contempo, uniformato le procedure contenziose per le diverse materie trattate; ha assicurato l'indipendenza ordinamentale dei due nuovi *Tribunals* dai singoli *departments* ministeriali, riconducendoli all'agenzia del *Tribunals Service*, prevedendo meccanismi di reclutamento dei giudici identici a quelli dei magistrati delle *Courts* e istituendo a garanzia dell'indipendenza funzionale la figura del *Senior President of Tribunals*; ha integrato il sistema dei *Tribunals* nella giurisdizione delle *Courts*, trasformando l'*Upper Tribunal* in un "*alter ego*" della *High Court*, titolare persino della potestà di *judicial review*.

Si può, insomma, ritenere che il *TCE Act* ha reso, anche dal punto di vista formale, *court substitutes* gli *administrative tribunals*, che già erano tali dal punto di vista sostanziale.

Possono considerarsi il *First-tier Tribunal* e l'*Upper Tribunal* come “giudici amministrativi speciali”, facenti parte di una organizzazione giurisdizionale “altra” rispetto a quella ordinaria delle *Courts*?

A me pare di sì per diverse ragioni.

In primo luogo, il reclutamento dei giudici che compongono questi due organismi, pur procedendo con gli stessi criteri meritocratici di selezione e di nomina dei magistrati delle *Courts* da parte della *Judicature Appointments Commission* e del *Lord Chancellor*, viene effettuato tra i *lawyers* amministrativisti e gli esperti (*layman*) della singola materia amministrativa trattata, e non tra i candidabili alla giurisdizione ordinaria. Insomma, la selezione dei componenti dei *Tribunals* viene effettuata nell'ambito di una platea diversa da quella entro la quale sono scelti i magistrati delle *Courts*.

In secondo luogo, al vertice del sistema dei *Tribunals* vi è il *Senior President of Tribunals* che concorre, con il *Lord Chancellor*, a determinare la struttura e l'organizzazione delle *Chambers* del *First-tier Tribunal* e dell'*Upper Tribunal*, a distribuire le relative funzioni e a stabilire i requisiti per accedere alla carica di componente il *Tribunal*. Ma soprattutto il *Senior President* garantisce l'indipendenza dei due *Tribunals*, svolgendo la funzione che, per le *Courts*, è tradizionalmente assicurata dal *Chief Justice*. Sicché, in definitiva, si potrebbe immaginare il sistema giurisdizionale britannico come bipartito in due diverse strutture organizzative: la struttura giurisdizionale delle *Courts*, al cui vertice vi è il *Chief Justice*, e la struttura giurisdizionale dei *Tribunals*, al cui vertice vi è il *Senior President*. Il collegamento e il coordinamento tra i due apparati organizzativi è assicurato dal *Lord Chancellor* che, anche dopo il *Constitutional Reform Act* del 2005, ha il compito di garantire, come da plurisecolare tradizione britannica, l'indipendenza e la funzionalità di tutti gli organi giurisdizionali, tali dovendo essere considerati oggi, come si è detto nel precedente paragrafo, anche il *First-tier Tribunal* e l'*Upper Tribunal*.

Occorre, in terzo luogo, considerare che la specialità organizzativa della giurisdizione dei *Tribunals* è in funzione della specialità della loro competenza giurisdizionale. Infatti, pur essendo ammissibile il *judicial review* davanti la *High Court* per tutte le controversie amministrative, avverso i provvedimenti amministrativi è quasi sempre esperibile l'*appeal* davanti i *Tribunals*, che si svolge secondo lo specifico rito disciplinato dalle *Tribunals Procedure Rules*. E questa strada è quella di gran lunga<sup>500</sup> preferita dall'amministrato che intenda contestare la legittimità di un atto amministrativo, per la *expertise* dell'organo decidente, per l'economicità del ricorso, per la snellezza e l'informalità del procedimento, nonché per la riformabilità del provvedimento impugnato.

Riassumendo, mi pare allora di poter osservare che oggi il cuore pulsante della giustizia amministrativa britannica sia il sistema dei *Tribunals*, che può considerarsi, dal punto di vista dell'organizzazione giudiziaria e del procedimento contenzioso seguito, come una “giurisdizione amministrativa

---

<sup>500</sup> Si sono già citati i numeri, che parlano assai chiaro.

speciale” molto simile a quella dei giudici amministrativi francesi, tedeschi o italiani.

Questa giurisdizione amministrativa speciale dei *Tribunals* è tuttavia 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 una funzione nomofilattica: assicurano l'unità dell'interpretazione e dell'applicazione delle norme di diritto.

Il sistema britannico della giustizia amministrativa è, insomma, costituito dalla giurisdizione dei *Tribunals*, che può considerarsi una giurisdizione amministrativa “speciale” sia dal punto di vista organizzativo-ordinamentale (ordine di giudici a sé stante) che dal punto di vista procedimentale (procedimento contenzioso autonomo, disciplinato dalle *Tribunals Procedure Rules*), dalla giurisdizione ordinaria “specializzata” dell'*Administrative Court* e dalla giurisdizione ordinaria *tout court* della *Court of Appeal* e della *Supreme Court*, in entrambi i casi con un processo “speciale” costituito dall'*application for judicial review*.

Nel distinguere i sistemi di giustizia amministrativa in sistemi monistici e sistemi dualistici, a seconda che la tutela del privato contro la pubblica amministrazione sia concentrata in un solo giudice (ordinario o amministrativo) o suddivisa tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo e nel sottolineare, però, che il monismo non è mai allo stato puro, ma solo attenuato e tendenziale, perché «negli ordinamenti che si conviene chiamare monistici campeggia un giudice, che si presenta come il maggior polo d'attrazione delle liti con l'amministrazione», Mario Nigro aveva classificato la giustizia amministrativa inglese tra i «sistemi monistici con prevalenza della giurisdizione ordinaria»<sup>501</sup>. Credo che oggi i grandi numeri del contenzioso davanti gli *administrative tribunals* e la giurisdizionalizzazione degli stessi attuata dal *TCE Act* del 2007 avrebbero indotto il grande maestro ad altra classificazione.

Molto più modestamente, mi permetto di osservare che la giustizia amministrativa inglese è andata gradualmente convergendo da un sistema che l'assicurava tramite la giurisdizione ordinaria delle *Courts*, ad un sistema di giurisdizione ordinaria specializzata (dell'*Administrative Court*) e di giurisdizione amministrativa speciale (dei *Tribunals*), in cui il monismo giurisdizionale viene mantenuto soltanto a livello di principio.

Un percorso, insomma – quello dell'ordinamento britannico - di “specializzazione” organizzativa e processuale della giurisdizione amministrativa e, sotto questo profilo, di avvicinamento agli ordinamenti dell'Europa continentale.

---

<sup>501</sup> NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 35.





## Capitolo V LA GERMANIA.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Le vicende storiche della giurisdizione amministrativa. - 3. La *Grundgesetz*. I principi costituzionali in materia di giurisdizione amministrativa e il dibattito sulle modalità della loro attuazione. - 4. La struttura giudiziaria della giurisdizione amministrativa. - 5. La *Generalklausel*: la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo su «tutte le questioni di diritto pubblico non costituzionale». - 6. Il riparto di giurisdizione. - 7. Il *Verwaltungsprozeß*. 7.1. Principi e condizioni dell'azione. - 7.2. La ricchezza dei rimedi esperibili. Il principio di atipicità delle azioni di cognizione. - 7.3. La tutela cautelare. - 7.4. L'esecuzione. - 8. Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità. - 9. Conclusione. Una giurisdizione amministrativa "specializzata", per una tutela piena ed effettiva di tipo subiettivo, governata da un giudice amministrativo separato dall'amministrazione e indipendente come il giudice ordinario.

### 1. Introduzione.

La Germania ha un sistema di giustizia amministrativa fondato sul dualismo giurisdizionale, con un apparato di giudici amministrativi totalmente indipendenti dalla pubblica amministrazione e costituenti una giurisdizione perfettamente equiordinata a quella ordinaria, anche per l'attitudine alla cognizione generalizzata delle «controversie di diritto pubblico di tipo non costituzionale» attribuite, col criterio della *Generalklausel*, dal § 40, comma 1, della *Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*<sup>502</sup>.

Il processo amministrativo, disciplinato in una legge organica di alto spessore tecnico risalente al 1960 (la citata *VwGO*), assicura da tempo una tutela piena ed effettiva del cittadino secondo una prospettiva marcatamente soggettiva della giurisdizione amministrativa, non diversa da quella del processo civile, anche grazie al principio di atipicità delle azioni che conferisce a chi afferma di essere stato leso da un'autorità amministrativa in un suo diritto soggettivo pubblico «uno strumentario processuale dei più completi in assoluto»<sup>503</sup>.

Sicché non meraviglia che, negli ultimi decenni, il sistema tedesco di giustizia amministrativa non solo sia stato visto da molti ordinamenti europei come un modello da cui attingere a piene mani<sup>504</sup>, ma abbia costituito la

---

<sup>502</sup> La *Verwaltungsgerichtsordnung* (abbreviato in *VwGO*) è la legge sull'ordinamento processuale amministrativo.

<sup>503</sup> G.F. FERRARI, *Giustizia amministrativa in diritto comparato*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VII, 1991, 577.

<sup>504</sup> A titolo meramente esemplificativo, si pensi alla riforma francese, attuata con la legge dell'8 febbraio 1995 n. 95, che ha trasformato il *Conseil d'État* in una Corte di Cassazione Amministrativa «guardando al modello tedesco del *Bundesverwaltungsgericht*» (M. PROTTO, *La riforma del contentieux administratif*, in *Foro amm.*, n. 6/1996, 2120 ss.); ma si pensi anche all'indicazione dell'esempio tedesco effettuata

“locomotiva d’Europa” anche nel percorso di implementazione delle garanzie giurisdizionali dei cittadini europei nei confronti dei poteri pubblici. E questo perché, come si è già avuto modo di ricordare nel secondo capitolo<sup>505</sup>, la Corte costituzionale tedesca si è mostrata storicamente molto poco accomodante nel valutare la compatibilità con la *Grundgesetz* della partecipazione della Germania al processo d’integrazione europea, anche in ragione del profilo della pienezza della tutela giurisdizionale. Poiché il livello di protezione offerto dal sistema processuale tedesco è per tanti aspetti più alto di quello offerto dall’ordinamento comunitario e dagli ordinamenti degli altri paesi dell’Unione Europea, è spesso accaduto che la Corte di Giustizia di Lussemburgo abbia sentito di dover adeguare a quel livello gli *standards* comunitari di riferimento, al fine di evitare che tale compatibilità potesse essere messa in discussione dal *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)*<sup>506</sup>. E soprattutto per il tramite della procedura di rinvio pregiudiziale interpretativo (art. 19, par. 3, lett. b, TUE e art. 267 TFUE), volta ad assicurare l’uniforme applicazione del diritto comunitario in tutti gli Stati dell’Unione, questi alti livelli - prima tedeschi e poi comunitari - di protezione giurisdizionale del cittadino nei confronti dei poteri pubblici si sono “irradiati” nei vari ordinamenti nazionali.

L’esempio più eclatante e noto è dato dal principio di proporzionalità che, come parametro di controllo delle scelte amministrative, prima nasce e si sviluppa nella giurisprudenza amministrativa tedesca (*Verhältnismäßigkeitprinzip*)<sup>507</sup>, poi viene fatto proprio dalla Corte di giustizia dell’Unione europea e successivamente da questa viene imposto per la discrezionalità attuativa del diritto europeo ai giudici amministrativi degli altri Stati membri (inclusi quelli francesi, pur all’avanguardia nel sindacato della discrezionalità amministrativa), i quali poi hanno finito per applicarlo anche alle controversie amministrative non comunitarie<sup>508</sup>.

---

dalla dottrina italiana (M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 557 ss.) per estendere al nostro processo amministrativo il principio di atipicità delle azioni e l’azione di adempimento (sulla quale ultima si rinvia a A. CARBONE, *L’azione di adempimento nel processo amministrativo*, ed. Giappichelli, Torino 2012), finalmente introdotti con la previsione nell’art. 34, comma 1, lett. c, cod. proc. amm., della condanna «all’adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio» (d. l.vo 2 luglio 2010, n. 104) e dell’ «azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto» che «è esercitata, nei limiti di cui all’art. 31, comma 3, contestualmente all’azione di annullamento del provvedimento di diniego o all’azione avverso il silenzio» (d. l.vo 14 settembre 2012, n. 160). Il sistema tedesco di giustizia amministrativa è apprezzato in Italia persino da taluni autori che avversano il dualismo giurisdizionale e che, però, di quel sistema ammirano gli efficienti meccanismi di risoluzione dei conflitti di giurisdizione (si veda, per es., A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, pubblicato sul *Foro it.*, 2009, V, 369).

<sup>505</sup> Cap. II, § 9.5.

<sup>506</sup> D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell’Unione europea*, Trento 2000, 29.

<sup>507</sup> Se ne parlerà più diffusamente nel § 8.

<sup>508</sup> A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, cit., 108 ss. e, in particolare, nota n. 200; DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, cit., 308-309 e, più in generale, 314. L’argomento dell’influenza tedesca nell’applicazione del principio di proporzionalità da parte della giurisprudenza comunitaria e di quella dei paesi europei verrà trattato nel § 8.

Il sistema tedesco di giustizia amministrativa è caratterizzato da una giurisdizione amministrativa speciale che si potrebbe, in buona sostanza, considerare “specializzata” e “ordinaria” in riferimento ai profili di generalità di competenza, di pienezza e di effettività della tutela di tipo subiettivo, di somiglianza al modello processualciviltico, nonché di indipendenza dal potere esecutivo e di pariordinazione dei suoi uffici giudiziari rispetto a quelli della giurisdizione civile e penale, ed è proprio su questi profili che cercherò di soffermarmi in questo capitolo, ciò che renderà necessario descrivere brevemente l'evoluzione e i caratteri fondamentali del sistema.

## 2. Le vicende storiche della giurisdizione amministrativa.

Cercare di fornire qualche cenno sulle vicende storiche della giurisdizione amministrativa della Germania risulta quanto mai arduo, perché lo Stato tedesco unitario si è formato, come confederazione, nel 1871, a seguito di un processo federativo durato molti anni<sup>509</sup> che ha coinvolto ben ventisei Stati<sup>510</sup>, ciascuno dei quali avente un proprio ordinamento giuridico e anche un proprio sistema di giustizia amministrativa, autonomi sia prima che dopo la nascita del *Deutsches Kaiserreich*<sup>511</sup>; sicché occorrerebbe articolare il discorso storico in tanti - troppi - sottoargomenti, uno per ogni *Land*.

In estrema sintesi e necessariamente semplificando, si potrebbe dire quanto segue.

---

<sup>509</sup> È opportuno ricordare che nel corso dell'Ottocento si svilupparono diverse confederazioni germaniche e unioni doganali ed economiche tra Stati di lingua tedesca. La prima Confederazione germanica di rilievo fu quella nata come associazione di Stati liberi col Congresso di Vienna del 1815, che aveva esattamente gli stessi confini del Sacro Romano Impero dopo la Pace di Vestfalia, ad eccezione delle Fiandre. Lo *Zollverein* o “Unione doganale tedesca” fu creato nel 1834 tra trentotto stati della Confederazione tedesca sotto la spinta della Rivoluzione industriale per realizzare un miglior flusso commerciale e per ridurre la competizione interna. Questa Unione esclude l'Austria a causa dell'alto protezionismo delle sue industrie, aumentando la conflittualità tra Austria e Prussia, che erano i più potenti stati della Confederazione tedesca. Dopo la guerra austro-prussiana del 1866, nacque, con l'esclusione dell'Austria, la Confederazione tedesca del nord, che nel 1867 si dette una Costituzione sulla quale fu ricalcata quella dell'Impero tedesco, nato nel 1871 a seguito della guerra franco-prussiana e della sconfitta della Francia.

<sup>510</sup> Più precisamente il *Deutsches Reich* era composto da quattro regni, sei granducati, cinque ducati, sette principati, tre città libere e un territorio imperiale.

<sup>511</sup> L'Impero era una confederazione di venticinque Stati sovrani e di un "Territorio dell'impero" (l'Alsazia-Lorena conquistata alla Francia) sotto il governo del Re di Prussia il quale, essendo presidente della confederazione, aveva il titolo di Imperatore tedesco (*Deutscher Kaiser*). Il potere legislativo era esercitato dalla Dieta Federale (*Reichstag*) e dal Consiglio Federale (*Bundesrat*). La Dieta Federale era composta da trecentonovantasette deputati, eletti a suffragio universale e diretto. Il Consiglio Federale era composto di cinquantotto plenipotenziari, nominati dai singoli sovrani in numero proporzionale all'importanza del proprio Stato federato; la Prussia, disponendo di diciassette voti in virtù della sua maggiore dimensione e popolazione, era arbitra pressoché in ogni questione. La Confederazione era retta dalla Costituzione del 16 aprile del 1871 che poneva la politica estera, finanziaria, economica, doganale, le grandi scelte di politica interna e l'esercito nelle mani del governo centrale. Il governo era retto da un Cancelliere e da Segretari di Stato che non dipendevano dalla maggioranza parlamentare, bensì unicamente dal *Kaiser*, l'Imperatore, che aveva il potere di nominarli e di sospenderli e poteva prorogare o sciogliere il Parlamento. Il potere legislativo era diviso fra il *Reichstag*, eletto a suffragio universale ogni cinque anni, e il Consiglio Federale, denominato *Bundesrat*. Il *Reichstag* discuteva le leggi, ma queste non diventavano esecutive se non erano approvate dal *Bundesrat*.

Nella prima metà dell'Ottocento, la giustizia amministrativa era esercitata in quasi tutti gli Stati tedeschi da organi della stessa amministrazione (c.d. *Administrativjustiz*) e dai giudici ordinari aventi una competenza residuale piuttosto ampia, mentre in due Stati geograficamente più vicini alla Francia - la Baviera e il Württemberg - si seguì il modello del *Conseil d'État* con l'istituzione, rispettivamente, di uno *Staatsrat* e di un *Geheimes Rat*.

I moti liberali del 1848-49 condussero all'approvazione nella Confederazione germanica della Costituzione liberale di Francoforte (detta anche *Paulskircheverfassung*<sup>512</sup>) che al § 181 prevedeva che «la giurisdizione e l'amministrazione devono essere separate ed indipendenti l'una dall'altra» e al § 182 stabiliva l'abolizione degli organi del contenzioso amministrativo e la devoluzione della cognizione di tutte le controversie per violazione dei diritti ai tribunali.

Questa Carta fondamentale, come, del resto, il sogno di una monarchia costituzionale liberale, furono abortiti poco dopo, ma l'affermazione di quei due principi costituzionali, insieme alla proclamazione dei «diritti fondamentali del popolo tedesco» contenuta nel titolo sesto, furono assai rilevanti perché, nel dibattito sulla giustizia amministrativa, fornirono l'argomento di autorevole precedente di diritto positivo alle ragioni dei giuristi liberali della seconda metà dell'Ottocento, tra i quali spiccavano Otto Bähr<sup>513</sup> e Otto von Sarwey<sup>514</sup>. Essi ritenevano che le questioni amministrative dovessero essere decise dai tribunali ordinari, vantando i cittadini nei confronti della pubblica amministrazione, anche quando operante *jure auctoritatis*, diritti soggettivi identici o simili a quelli interpretativistici. Se anche una giurisdizione speciale distinta da quella civile avesse dovuto essere istituita per le controversie amministrative, essa avrebbe dovuto svolgere una funzione soggettiva di tutela dei cittadini non diversa da quella assolta dai giudici ordinari e dal processo civile, e avrebbe dovuto avere una struttura indipendente dall'amministrazione e dal potere esecutivo, come quella della giurisdizione ordinaria.

A questa concezione si contrapponeva un'altra scuola di pensiero che faceva capo soprattutto a Rudolf Von Gneist<sup>515</sup>. Secondo quest'orientamento, il diritto pubblico è ordinamento obiettivo dell'attività statale, che non determina la nascita di diritti soggettivi a favore del cittadino. La giustizia amministrativa è mero controllo obiettivo dell'attività amministrativa, tendente ad eliminare l'esercizio iniquo e parziale del potere amministrativo. La giurisdizione amministrativa, che deve svolgersi nel rispetto delle fondamentali regole processuali, consiste nella collaborazione contenziosa del cittadino con l'amministrazione: il cittadino, che non ha diritti soggettivi nei confronti della

---

<sup>512</sup> Dal nome della Chiesa di Francoforte – la Chiesa di San Paolo (*Paulskirche*) – in cui si riunì l'Assemblea Nazionale che approvò la Costituzione.

<sup>513</sup> O. BÄHR, *Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze*, Kassel 1864, rist. Aalen, 1961, trad. it. a cura di O. Olivieri, in *Biblioteca di scienze politiche*, diretta da A. Brunialti, vol. VII, Torino 1891.

<sup>514</sup> O. VON SARWEY, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, Tübingen 1880.

<sup>515</sup> R. VON GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 2<sup>a</sup> ed, Berlin 1879, trad. it. a cura di I. Artom, *Lo stato secondo il diritto ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, Bologna 1884.

pubblica autorità, con l'esercizio dell'azione giudiziale davanti al giudice amministrativo coadiuva l'ordinamento giuridico nel ripristino della legalità amministrativa violata.

L'orientamento soggettivo della tutela giurisdizionale di Bähr e Sarwey risultò dominante soprattutto negli Stati tedeschi del sud, tanto da essere conosciuto dagli studiosi come *süddeutsche Typus*. L'impostazione oggettiva propugnata da Gneist prevalse, invece, in Prussia e negli Stati tedeschi del nord, sì da meritare la qualificazione di *preußische Typus* o anche di *norddeutsche Typus*. E dove era prevalente la concezione soggettiva della tutela giurisdizionale, la competenza del giudice veniva limitata alla legittimità formale del provvedimento; mentre dove prevaleva la concezione del carattere obiettivo della tutela, la giurisdizione riguardava non solo la legittimità, ma anche il merito amministrativo<sup>516</sup>.

Ben presto, però, la tesi del Gneist finì per affermarsi in gran parte dell'Impero tedesco. E ciò per diverse ragioni.

Innanzitutto, per l'influenza politica e giuridica esercitata dalla Prussia su tutta la Confederazione tedesca<sup>517</sup>. In secondo luogo, per la preponderanza, nella cultura giuridica tedesca, della contrarietà della sottoposizione ai tribunali ordinari dell'amministrazione, riconosciuta come il nucleo fondamentale del *Reich*. In terzo luogo, per la dominante concezione politica e giuridica secondo la quale il fine principale dello Stato consisteva nella mera difesa dell'ordinamento giuridico<sup>518</sup>.

Tra il 1872 e il 1875 la legislazione prussiana istituì un pregevole sistema di giurisdizione amministrativa<sup>519</sup>, preposto al sindacato di legittimità degli atti amministrativi e articolato in tre gradi: Giunta di Città o Giunta di Circolo (per le località rurali) in primo grado e Giunta di Distretto in secondo grado, collegi con funzioni, ben distinte tra loro, di corpo amministrativo e di tribunale amministrativo; e, fiore all'occhiello del sistema, il Supremo Tribunale Amministrativo, con funzioni esclusivamente giurisdizionali, competente sui «ricorsi per revisione» (i ricorsi di mera legittimità) e antesignano del moderno *Bundesverwaltungsgericht (BVerwG)*. Tutti questi collegi giudicanti erano composti da soggetti aventi i requisiti per la magistratura o per la carriera amministrativa superiore e decidevano con una procedura contenziosa amministrativa (*Verwaltungsstreitverfahren*)<sup>520</sup> - che iniziava con un ricorso

---

<sup>516</sup> A. MASUCCI, *La legge tedesca sul processo amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 1991, 7.

<sup>517</sup> Si è già detto che il Re di Prussia era il Capo della Confederazione col titolo di *Deutscher Kaiser* e che i rappresentanti prussiani erano la maggioranza in seno al *Reichstag* e al *Bundesrat*.

<sup>518</sup> Così A. MASUCCI, *op. ult. cit.*, 5 e 6.

<sup>519</sup> Nella letteratura italiana, la migliore ricostruzione storica del sistema tedesco di giustizia amministrativa mi pare si trovi in A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino 1904, 148-216. È soprattutto da questo testo che ho attinto i dati sopra esposti.

<sup>520</sup> La legge prussiana sull'«amministrazione generale del territorio» del 30 luglio 1883 disciplinava in due sezioni distinte le due forme di procedimento amministrativo: la procedura deliberativa (*Beschlussverfahren*) e la procedura contenziosa amministrativa (*Verwaltungsstreitverfahren*). La prima iniziava col reclamo (*Beschwerde*) e regolamentava l'iter dei ricorsi amministrativi, soprattutto gerarchici, volti ad ottenere la modificazione o la revoca del provvedimento impugnato.

(*Klage*) - le controversie nelle materie specificamente e tassativamente indicate dalla legge, secondo il criterio della “enumerazione” (*Enumerationsprinzip*).

Il modello organizzativo prussiano si estese negli ultimi decenni del XIX secolo a quasi tutti gli Stati tedeschi dell’Impero, anche a quelli del sud che pure, come si è detto, impostarono funzionalmente le loro istituzioni di giustizia all’insegna della tutela soggettiva. Quasi tutti vennero ad avere un Supremo Tribunale Amministrativo nella capitale, normalmente denominato *Verwaltungssgerichtshof*, con funzioni di cassazione, mentre sul territorio la giustizia amministrativa era esercitata dagli stessi organi dell’amministrazione o col sistema dei ricorsi amministrativi o con quello dei ricorsi giurisdizionali.

Nel frattempo, per risolvere il problema del conflitto tra la tutela giurisdizionale del cittadino e la discrezionalità dell’amministrazione, la dottrina aveva individuato la figura del «diritto soggettivo pubblico» (*subjektiv-öffentliche Rechte*)<sup>521</sup>: solo che mentre per von Gneist e i sostenitori della concezione oggettiva della giurisdizione amministrativa, la tutela dei diritti soggettivi pubblici era strumentale alla realizzazione del diritto oggettivo, vero scopo del controllo giurisdizionale della legalità amministrativa, per i seguaci dell’impostazione soggettiva la protezione dei diritti soggettivi pubblici del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione era la funzione essenziale della giurisdizione amministrativa e il controllo oggettivo dell’azione amministrativa ne era soltanto una conseguenza<sup>522</sup>.

La sconfitta della Germania nella prima guerra mondiale, la fine dell’Impero e la nascita della Repubblica di Weimar segnarono anche il tramonto di quell’ideologia organicistica dello Stato, hegeliana e prussiana, secondo la quale lo Stato trionfa sulla società e l’assorbe, e l’affermarsi di una nuova concezione della società, intesa come trama di rapporti intersoggettivi non solo tra privati, ma anche tra privato e Stato<sup>523</sup>. Questo cambiamento di clima culturale, che accompagnò la fondazione della Repubblica di Weimar, spiegò i suoi effetti anche sulla giustizia amministrativa, determinando l’abbandono della concezione oggettiva del controllo giurisdizionale e la valorizzazione del profilo soggettivo della giurisdizione. L’art. 107 della Costituzione del 1919 recitava che «nel *Reich* e nei *Länder* saranno costituiti con legge tribunali amministrativi per la protezione dei singoli contro ordinanze e provvedimenti delle autorità amministrative». E collegando questa norma con quella dell’art. 102 secondo cui «i giudici sono indipendenti e soggetti solo alla legge», la dottrina ritenne che i magistrati amministrativi e i tribunali amministrativi dovessero essere completamente indipendenti dall’amministrazione<sup>524</sup>.

Ma il progetto politico-giuridico della Costituzione weimariana non oltrepassò il piano delle mere declamazioni di principio, perché la Repubblica di Weimar non ebbe la forza politica di attuarlo e con l’affermazione del nazional-

<sup>521</sup> W. HENKE, *Das subjektive öffentliche Recht*, Tübingen 1968.

<sup>522</sup> C.F. MENGER, *Zur Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1963, 726 ss.

<sup>523</sup> F. PIERANDREI, *I diritti subiettivi pubblici nella evoluzione della dottrina germanica*, Torino 1940, 195 ss.

<sup>524</sup> O. KIMMINICH, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik*, in *VBLBW*, 1988, 373.

socialismo fu completamente ribaltato. In un primo momento, il nuovo regime autoritario si limitò a privilegiare la restaurazione della precedente impostazione oggettiva della giurisdizione amministrativa. In un secondo momento, la giustizia amministrativa fu considerata un “relietto liberale” da cancellare e nel 1939 furono soppressi i tribunali amministrativi della Prussia e degli altri *Länder* e le loro competenze trasferite alle autorità amministrative, fortemente controllate dal partito unico<sup>525</sup>.

Con la fine della seconda guerra mondiale e con la riorganizzazione democratica delle istituzioni protetta e “accompagnata” dall’occupazione dalle potenze vincitrici occidentali, la giurisdizione amministrativa riacquistò nuova forza soprattutto nella Germania dell’Ovest. Le ordinanze militari delle forze di occupazione, elaborate da un gruppo di giuristi diretti da Walter Jellinek, si riallacciarono ai principi costituzionali weimariani che riconoscevano nei tribunali amministrativi un mezzo di difesa dei diritti soggettivi dei cittadini e introdussero il principio della competenza generalizzata (*Generalklausel*) della giurisdizione amministrativa, resa pienamente indipendente dalla pubblica amministrazione. Nella zona di occupazione britannica, poi, il § 24 del *Militärregierungsverordnung (MRVO)* n. 165 introdusse, sull’esempio del *mandatory order* di *common law* e fortemente voluta da Jellinek<sup>526</sup>, l’azione di condanna nei confronti dell’amministrazione all’emanazione di un atto amministrativo o ad un comportamento amministrativo dovuto, innovando rispetto al precedente tradizionale sistema processuale incentrato sulla sola azione impugnatoria<sup>527</sup>.

### **3. La *Grundgesetz*. I principi costituzionali in materia di giurisdizione amministrativa e il dibattito sulle modalità della loro attuazione.**

La Costituzione della Repubblica Federale di Germania promulgata nel 1949 col nome di “Legge fondamentale” (*Grundgesetz*)<sup>528</sup> contiene numerose norme rilevanti in materia di giurisdizione amministrativa.

Tra tutte spicca senz’altro quella contenuta nell’art. 19, comma 4, che chiude la prima parte della *Grundgesetz* dedicata ai diritti fondamentali (dei quali il secondo comma afferma l’intangibilità del contenuto essenziale), secondo cui «chiunque è leso nei suoi diritti dal potere pubblico può adire l’autorità giudiziaria».

Per pacifico riconoscimento della dottrina e della giurisprudenza, la collocazione e il tenore della disposizione attestano che i padri costituenti hanno

---

<sup>525</sup> MENGER, *op. ult. cit.*, 269.

<sup>526</sup> W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Offenburg 1948, 255.

<sup>527</sup> G.C. VON UNRUH, *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in K.G.A. JESERICH – H. POHL - G.C. VON UNRUH (a cura di), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Stuttgart 1964, V, 1186.

<sup>528</sup> I costituenti scelsero di chiamare la loro fonte normativa sovraordinata “Legge fondamentale” (*Grundgesetz*) e non “Costituzione” (*Verfassung*) perché la vollero considerare un testo provvisorio (così si evinceva dall’art. 23 del testo originario), in attesa della riunificazione tedesca da realizzare con l’approvazione di una nuova Costituzione. In realtà, la riunificazione delle due Germanie nel 1990 avvenne con la semplice estensione della “Legge fondamentale” della Germania dell’Ovest a quella dell’Est, sicché la carta costituzionale della *Bundesrepublik Deutschland* mantiene ancora oggi il nome di *Grundgesetz*.

inteso assegnare alla difesa nei confronti del potere pubblico la natura di diritto fondamentale, che obbliga il legislatore a disciplinare e i tribunali a garantire una tutela il più possibile priva di lacune, piena ed effettiva<sup>529</sup>. E questo diritto alla pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale nei confronti del potere pubblico è, in primo luogo, considerato un corollario del diritto alla dignità umana, proclamato solennemente come inviolabile dall'art. 1 GG, che stabilisce anche l'obbligo per tutti i poteri pubblici di rispettarlo e tutelarlo, in tal modo vietando al legislatore e ai giudici di sminuire la posizione del cittadino di parte attiva del processo amministrativo, e, in secondo luogo, è ritenuto espressione del principio dello Stato di diritto, enunciato dall'art. 20.

Dunque, l'adesione della Carta costituzionale alla concezione soggettiva della protezione giurisdizionale del cittadino nei confronti delle autorità amministrative appare limpida, inequivoca e inderogabile.

Il diritto fondamentale dell'art. 19, comma 4, è poi assistito da importanti garanzie costituzionali che riguardano sia il procedimento giurisdizionale che gli organi preposti a decidere le controversie amministrative.

Sotto il primo profilo, l'art. 103, comma 1, GG sancisce il diritto ad essere ascoltato dal giudice, al quale il legislatore del processo amministrativo ha dato concretezza dotando il giudice amministrativo di consistenti poteri d'impulso ed obbligandolo ad assicurare l'integrità del contraddittorio non solo dal punto di vista formale, ma anche sostanziale<sup>530</sup>. La lesione del diritto al contraddittorio, non sanata nel corso del giudizio amministrativo, legittima non solo le impugnazioni ordinarie, ma anche il ricorso costituzionale diretto davanti al *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) ex art. 93, comma 1, n. 4a, GG, in quanto considerato «diritto fondamentale». Dal combinato disposto con l'art. 3 che proclama il principio di eguaglianza formale e sostanziale e con l'art. 101, comma 1, che statuisce il diritto ad un giudice naturale, precostituito per legge, si ricavano le ulteriori garanzie dell'uguaglianza delle parti processuali e della imparzialità e neutralità del procedimento giurisdizionale.

Sotto il secondo profilo, vengono in considerazione diverse disposizioni costituzionali da leggersi in modo sistematico. L'art. 92 GG prevede che «il potere giurisdizionale è affidato ai giudici; esso viene esercitato dal Tribunale Costituzionale Federale, dai tribunali federali previsti nella presente Legge fondamentale e dai tribunali dei *Länder*». I menzionati tribunali federali sono cinque e sono indicati dall'art. 95, comma 1, GG secondo cui «per la giurisdizione ordinaria, amministrativa, finanziaria, del lavoro e sociale, la Federazione istituisce quali Corti supreme la Corte Federale di Giustizia, il Tribunale Amministrativo Federale, la Corte Finanziaria Federale, il Tribunale

---

<sup>529</sup> M. CARRÀ, *Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco*, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali nei diritti amministrativi europei*, cit., 27.

<sup>530</sup> Secondo la *Verwaltungsgerichtsordnung*, il giudice può chiedere all'attore di integrare la domanda incompleta entro un determinato termine (§ 82, II); dispone la notifica dell'azione al convenuto e lo invita ad esprimersi per iscritto (§ 85); chiede alle parti di presentare memorie con allegati gli eventuali mezzi di prova e di inoltrarle alle altre parti processuali (§ 86, IV); segnala gli eventuali vizi formali e le allegazioni poco chiare o incomplete e può richiedere che vengano rilasciate dichiarazioni essenziali per l'accertamento e la valutazione dei fatti (§ 86, III).



Federale del Lavoro e il Tribunale Sociale Federale». Dal combinato disposto di queste due disposizioni si deduce che, per volontà del legislatore costituente, la giurisdizione è unitaria, ma articolata in cinque “rami” (*Zweige*): giurisdizione ordinaria, amministrativa, tributaria, lavoristica e sociale-previdenziale. A ciascuna di esse corrisponde un autonomo canale di accesso (*Rechtsweg*) e un distinto ordine di giudici, al cui vertice vi è una Corte federale; e ciascuna Corte federale è equiordinata alle altre. L’unitarietà dell’interpretazione del diritto è assicurata e i conflitti di giurisdizione sono risolti da un organo giurisdizionale a composizione paritetica dei tribunali federali (*Gemeinsamer Senat*), giusta la previsione dell’art. 95, comma 3, *GG* secondo cui «per assicurare l’unitarietà della giurisprudenza deve essere costituita una camera congiunta dei tribunali menzionati nel primo comma. Una legge federale regola i particolari». Stante questa pariordinazione costituzionale delle cinque giurisdizioni nell’ambito dell’unitarietà funzionale della giurisdizione, 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 dunque anche ai giudici amministrativi, la cui indipendenza dal potere esecutivo e dalla pubblica amministrazione è, a differenza che in altri paesi europei a dualismo giurisdizionale<sup>531</sup>, costituzionalmente presidiata in modo diretto ed espresso.

---

<sup>531</sup> In Francia non c’è in Costituzione una disposizione che garantisca in modo espresso l’indipendenza dei giudici amministrativi. Il *Conseil constitutionnel* ha potuto soltanto affermare (decisione n. 80-119 DC del 22 luglio 1980) che l’indipendenza della giurisdizione amministrativa fa parte «*des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*» che, giusta il preambolo della Costituzione, formano parte integrante di quest’ultima. Per vero manca in Costituzione persino una disposizione che si occupi di disciplinare espressamente la giurisdizione amministrativa, il *Conseil d’État* essendo previsto soltanto come organo consultivo del Governo (artt. 37, 38, 39 Cost.), senza che nulla si dica sulle sue prerogative giurisdizionali, e ciò probabilmente in ossequio alla tradizione e alle origini dell’istituzione nata come amministrativa e rimasta ancor’oggi formalmente tale dal punto di vista strutturale, e alla quale dal 1872 sono state “delegate” le funzioni giurisdizionali del contenzioso amministrativo, nel contesto di un’inveterata, e tutta francese, concezione sostanziale dell’attività giurisdizionale, basata sul suo contenuto intrinseco, e non sulla natura o qualità dell’organo cui la funzione giurisdizionale è attribuita, che ha consentito che la potestà giurisdizionale potesse essere esercitata anche da *corps* amministrativi. Uno degli “agganci” costituzionali più significativi della giurisdizione amministrativa è oggi rinvenibile nella 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 attribuito in egual misura alla *Cour de cassation* e al *Conseil d’État*. Ma l’espressione “agganci” dovrebbe ben rendere il significato della mancanza di una previsione espressa e diretta della giurisdizione amministrativa. In Italia, l’indipendenza dei giudici amministrativi non è garantita direttamente dalla Costituzione, ma dalla legge alla quale la Costituzione rinvia. Infatti, da un lato, l’art. 102 Cost. stabilisce che «la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari» che, secondo l’art. 104, costituiscono «un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere» in virtù di garanzie predisposte dalla stessa Costituzione: principalmente, la nomina mediante concorso (art. 106) e la inamovibilità (art. 107) garantita da un organo di autogoverno (artt. 104 e 105). Dall’altro, il combinato disposto degli artt. 102 e 103 Cost. considera «il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa» come «giudici delle giurisdizioni speciali» per i quali l’art. 108, comma 2, si limita a disporre che la legge ne assicura l’indipendenza. La Costituzione austriaca prevede, invece, all’art. 134, comma 7, che «i membri delle Corti amministrative sono giudici». E dal prosieguo della disposizione, che rinvia agli artt. 87 e 88, si evince che si applica loro l’art. 87, comma 1, Cost. a tenore del quale «i giudici sono indipendenti nell’esercizio del loro ufficio giudiziale». L’indipendenza funzionale dei giudici amministrativi è dunque costituzionalmente garantita.

La competenza generalizzata (*Generalklausel*) dei giudici amministrativi per «le controversie di diritto pubblico di tipo non costituzionale», fissata dal § 40, comma 1, della *VwGO* e perfettamente coerente con l'impianto costituzionale, ha di fatto annullato la potenzialità estensiva della clausola residuale dell'art. 19, comma 4, secondo periodo, *GG* secondo cui «qualora nessuna altra giurisdizione sia competente, il ricorso è proposto innanzi alla giurisdizione ordinaria». Nondimeno, in ossequio ad una inveterata tradizione<sup>532</sup>, la Legge fondamentale ha riservato alla giurisdizione ordinaria due tipi di controversie in qualche misura involgenti l'esercizio di poteri amministrativi: quelle afferenti alla determinazione dell'ammontare dell'indennizzo da espropriazione (art. 14, comma 3, *GG*) e quelle riguardanti la responsabilità per danni determinati dalle pubbliche amministrazioni (art. 34 *GG*).

Per dare attuazione ai ricordati principi costituzionali in materia di giurisdizione amministrativa, il legislatore tedesco, all'indomani dell'entrata in vigore della Legge fondamentale, si è trovato a dover scegliere tra due opzioni: o lasciare a ciascun *Land* il compito di regolamentare l'istituzione di propri tribunali amministrativi, come consentito dall'art. 92 *GG*, e di disciplinare in modo autonomo il processo amministrativo sulle controversie di propria competenza *ratione territori e materiae*, seguendo la tradizione "confederale" del *Deutsches Kaiserreich* di rispetto dell'autonomia dei *Länder*, riservando ad una legge federale soltanto la disciplina dell'organizzazione, delle funzioni e delle competenze del Tribunale Amministrativo Federale e del giudizio amministrativo davanti ad esso; oppure regolamentare con legge federale in modo unitario sia il processo amministrativo in tutti i *Länder*, così da assicurare maggiore uniformità e certezza del diritto e da evitare i problemi di coordinamento allorquando la controversia amministrativa coinvolga le legislazioni di più Stati federati, sia l'ordinamento-quadro dei tribunali amministrativi, lasciando ai legislatori e ai governi dei *Länder* soltanto il compito di stabilire il nome, il numero, le sedi, l'organico e l'organizzazione degli uffici giudiziari sul proprio territorio<sup>533</sup>.

Anche per l'influenza su questo dibattito concernente le modalità attuative della Costituzione esercitata dall'autorevolezza di Walter Jellinek e di Carl Hermann Ule, prevalse la seconda opzione e dopo una gestazione di circa otto anni, è stata approvata nel 1960 la legge di "unificazione" della giustizia amministrativa: la *Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*.

Norme sui tribunali amministrativi e sui loro rapporti con le altre giurisdizioni (e, in modo particolare, con quella ordinaria) sono, però, contenute anche nella legge federale sulla magistratura, la *Deutsches Richtergesetz (DRiG)*, e nella legge federale sull'ordinamento giudiziario, la *Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)*, alla quale il § 4 *VwGO* espressamente rinvia.

La *VwGO*, che costituisce un vero e proprio "codice del processo amministrativo", ha subito dall'anno della sua emanazione fino ai nostri giorni

---

<sup>532</sup> Sulla quale si veda M. CARRÀ, *L'esercizio illecito della funzione pubblica. Fondamento presupposti e regime*, ed. Giappichelli, Torino 2005.

<sup>533</sup> I termini del dibattito possono leggersi in W. JELLINEK, *Ein Bundesgesetz über Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *DÖV*, 1950, 513 ss.

numerose rilevanti modifiche sistematiche (soprattutto negli anni novanta), e quest'attenzione per il continuo aggiornamento ed efficientamento dell'ordinamento di giustizia amministrativa è forse il segno più evidente dell'importanza che il legislatore, sensibile alle istanze del "sistema-Paese", attribuisce alla tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi dei cittadini e delle imprese nei confronti della pubblica amministrazione per la realizzazione di una società autenticamente democratica e di un'economia effettivamente dinamica e concorrenziale.

La frequenza e l'incisività degli interventi legislativi, che mettono in risalto la centralità della disciplina legislativa nella definizione del quadro processuale amministrativo e il minor rilievo dell'apporto creativo della giurisprudenza rispetto ad altri sistemi (come, ad esempio, quello francese), hanno contribuito ad eliminare gli inconvenienti riscontrati, a codificare gli stessi apporti giurisprudenziali, ad adattare modi e tempi del processo alle sopravvenute esigenze e soprattutto a fronteggiare il sovraccarico di lavoro dei giudici amministrativi<sup>534</sup>.

#### **4. La struttura giudiziaria della giurisdizione amministrativa.**

Recita il § 1 *VwGO* che «la giurisdizione amministrativa è esercitata da tribunali amministrativi indipendenti, separati dalle autorità amministrative».

Con l'espressa affermazione, significativamente contenuta nell'*incipit* della legge sulla giustizia amministrativa, dell'indipendenza e della completa separazione dall'amministrazione dei giudici amministrativi, che marca profondamente le distanze dal modello francese «à *Conseil d'État*», il legislatore tedesco ha inteso dare piena attuazione all'art. 97 *GG* secondo cui «i giudici sono indipendenti e sono soggetti soltanto alla legge» e al più complessivo disegno costituzionale che esclude ogni forma di specialità della giurisdizione amministrativa, confermando l'appartenenza degli organi della stessa all'ordine giudiziario. Coerentemente, il reclutamento e lo stato giuridico dei magistrati amministrativi non si differenziano da quello dei magistrati delle altre giurisdizioni, essendo disciplinati dalla stessa legge federale sulla magistratura: il *Deutsches Richtergesetz (DRiG)*.

La struttura, l'organizzazione, la giurisdizione e la competenza dei tribunali amministrativi sono disciplinati nella prima parte (§§ 1-53) della *VwGO*, significativamente denominata *Gerichtsverfassung* ("ordinamento giudiziario").

La giurisdizione amministrativa è esercitata, in primo grado, dai Tribunali amministrativi (*Verwaltungsgerichte - VG*), istituiti con leggi dei *Länder* (§ 45 *VwGO*); in secondo grado (tranne che per alcune controversie attribuitegli dalla legge in prima istanza<sup>535</sup>), dai Tribunali amministrativi superiori

<sup>534</sup> DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa*, cit. 98 ss.

<sup>535</sup> Il § 47 *VwGO* attribuisce al Tribunale amministrativo superiore (*OVG*) la cognizione in primo grado della validità di statuti emanati secondo le norme del Codice dell'edilizia e di regolamenti, ai sensi del § 246, comma 2, dello stesso Codice, nonché di altre norme giuridiche di rango inferiore alla legge del *Land*, se lo stabilisce l'ordinamento dello stesso *Land*. Il § 48 *VwGO* gli devolve, ancora in prima istanza, la cognizione delle controversie amministrative concernenti gli impianti e i combustibili nucleari, le centrali di combustione di altre fonti energetiche, l'istituzione di linee elettriche, gli impianti di

(*Oberverwaltungsgerichte - OVG* o, in alcuni *Länder*, *Verwaltungsgerichtshöfe - VGH*), istituiti anch'essi con leggi dei *Länder*, uno per ogni *Land* (§ 46 *VwGO*); in ultima istanza, per un giudizio di mera “revisione” delle sentenze di grado inferiore per le sole questioni di diritto e, più precisamente, di violazione del diritto federale<sup>536</sup> (tranne che per alcune controversie attribuitegli dalla legge in prima ed unica istanza<sup>537</sup>), dal Tribunale amministrativo federale (*Bundesverwaltungsgericht - BVerwG*) istituito con la legge federale del 23 settembre 1952 e dal 2003 avente sede a Lipsia (§ 49 *VwGO*).

I Tribunali amministrativi di primo grado e i Tribunali amministrativi superiori, nonostante siano autorità giudiziarie degli Stati federati, sono competenti anche nei confronti degli atti e dei comportamenti delle pubbliche amministrazioni federali, come, ad esempio, per la materia dell'asilo politico, che assorbe buona parte del contenzioso amministrativo complessivo e che è di competenza legislativa e amministrativa dello Stato federale. Simmetricamente, il Tribunale amministrativo federale, che è autorità giudiziaria federale, è competente anche nei confronti degli atti e dei comportamenti delle autorità amministrative degli Stati federati e di tutti gli altri enti pubblici territoriali e non territoriali, come, ad esempio, comuni, università, camere di commercio e ordini professionali<sup>538</sup>. E in virtù della previsione del § 137, comma 1, *VwGO*, secondo cui la revisione può basarsi sulla violazione del diritto federale e delle norme della legge sul procedimento amministrativo di un *Land* che coincidano con la legge sul procedimento amministrativo della Federazione (*Bundesverwaltungsverfahrensgesetz*), il *BVerwG* ha finito per esercitare il suo sindacato di legittimità con riferimento non solo al diritto federale, ma anche ad alcune leggi fondamentali degli Stati federati, come quelle sul procedimento amministrativo (*Landesverwaltungsverfahrensgesetze*), nonché con riferimento ai principi logici (*Denkgesetze*), ai principi interpretativi (*Auslegungsätze*) e alle

---

smaltimento di rifiuti, la realizzazione e l'esercizio di aeroporti, i procedimenti pianificatori per la costruzione di ferrovie, di grandi arterie stradali e di vie di navigazione.

<sup>536</sup> Il § 137 *VwGO*, rubricato sotto il titolo «motivi ammissibili della revisione», stabilisce che la revisione può essere basata sulla circostanza che la sentenza impugnata si fonda su una violazione del «diritto federale» (*Bundesrecht*) e che il Tribunale amministrativo federale è vincolato agli accertamenti di fatto contenuti nella sentenza impugnata. Proprio facendo leva sull'espressione letterale della norma, il *Bundesverwaltungsgericht* ha rinvenuto la sua missione nel garantire l'uniforme interpretazione (*Auslegung*) e applicazione (*Anwendung*) del «diritto federale», intendendo per esso non solo la «legge federale» (*Bundesgesetz*), ma anche i principi interpretativi (*Auslegungsätze*), i principi logici (*Denkgesetze*) e le massime d'esperienza (*Erfahrungssätze*) che sono strumentali all'applicazione uniforme del diritto federale. E «assumendo la violazione di un principio logico ovvero di una massima di esperienza, il giudice di cassazione tedesco può superare il tradizionale limite costituito dal valore vincolante degli accertamenti compiuti dal giudice di merito» (PROTTO, *La riforma del contentieux administratif*, cit., 2132).

<sup>537</sup> Il § 50 *VwGO* prevede che il Tribunale amministrativo federale (*BVerwG*) decide in primo ed ultimo grado sulle controversie di diritto pubblico non costituzionale tra la Federazione e i *Länder* e tra i *Länder*, sulle azioni contro i divieti di associazione pronunciati dal Ministro Federale degli Interni e sulle azioni contro la Federazione alla cui base stiano vicende di servizio nella sfera di competenza del Servizio informativo federale.

<sup>538</sup> W. HEILEK, *Cenni sulla giustizia amministrativa in Baviera/Germania*, in *Quaderni del Consiglio di Stato: La giustizia amministrativa tra nuovo modello regionale e modello federale - Atti del Convegno di Palermo del 30 e 31 ottobre 2000*, ed. Giappichelli, Torino 2002, pag. 63.

massime d'esperienza (*Erfahrungssätze*) che sono funzionali alla loro applicazione.

I presidenti dei collegi svolgono la vigilanza d'ufficio (*Dienstaufsicht*) sul personale giudiziario e ausiliario. E in ciascun collegio è costituito, quale organo di autogoverno, un *Präsidium* formato dal Presidente e da un numero variabile di magistrati eletti dai colleghi dell'ufficio. Il *Präsidium* decide la composizione dei collegi e ripartisce il lavoro tra sezioni all'inizio dell'anno giudiziario.

Il Tribunale amministrativo, che tradizionalmente giudicava in composizione collegiale, a seguito di una rilevante riforma legislativa del 1993 che ha modificato il § 6 *VwGO*, decide in composizione monocratica delle «controversie che non presentano particolari difficoltà in punto di fatto e di diritto e che non rivestano un'importanza fondamentale».

### **5. La *Generalklausel*: la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo su «tutte le questioni di diritto pubblico non costituzionale».**

Il § 40, comma 1, *VwGO* stabilisce che «la giurisdizione amministrativa è data in tutte le controversie di diritto pubblico non costituzionale, in quanto le controversie non siano espressamente assegnate con legge federale ad altro Tribunale».

Questa disposizione così semplice e così netta connotta la fisionomia dell'intero sistema tedesco di giurisdizione amministrativa almeno sotto due profili, peraltro strettamente collegati tra loro.

Innanzitutto, abbandonando definitivamente l'*Enumerationsprinzip* tradizionalmente utilizzato in Germania come criterio di attribuzione delle liti amministrative, ha eliminato quel connotato di “specialità” dei giudici amministrativi rispetto ai giudici ordinari che a quel principio inevitabilmente si riconnetteva<sup>539</sup> e stabilendo la competenza giurisdizionale generalizzata dei tribunali amministrativi per tutte le controversie amministrative secondo il criterio della *Generalklausel*, ha trasformato il giudice amministrativo nel giudice “naturale” e “ordinario” delle controversie amministrative. In questo modo è stata data piena attuazione al disegno costituzionale di considerare la giurisdizione civile e penale e la giurisdizione amministrativa come due giurisdizioni pariordinate, ciascuna con un proprio ambito di competenza definito da clausole generali di contenuto speculare: il § 13 della legge federale sull'ordinamento giudiziario (*Gerichtsverfassungsgesetz - GVG*) secondo cui i tribunali ordinari hanno giurisdizione su tutte le controversie di diritto civile e penale che non siano espressamente attribuite ad altri giudici è una clausola generale del tutto omologa a quella del § 40 *VwGO*, persino considerando, di quest'ultimo, sia la clausola eccezzuativa conclusiva del primo periodo del primo comma («in quanto le controversie non siano espressamente assegnate con legge federale ad altro Tribunale») che consente di escludere le vertenze tributarie e sociali-previdenziali dalla giurisdizione amministrativa, essendo dalla legislazione federale specificamente assegnate alla giurisdizione tributaria e

---

<sup>539</sup> NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 47; CARRÀ, *Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco*, cit., 42.

sociale, sia la clausola eccezzuativa del secondo comma, che in attuazione degli artt. 14, comma 3, e 34 GG, esclude dalla giurisdizione amministrativa le controversie riguardanti le pretese patrimoniali per indennizzi espropriativi e per risarcimenti da violazione di obblighi pubblicistici dell'amministrazione, attribuendole alla giurisdizione dei tribunali ordinari.

In sintesi, in mancanza di espressa e tassativa previsione legislativa di deroga, tutte le controversie di diritto amministrativo sono devolute ai tribunali amministrativi e tutte le controversie di diritto civile e penale sono attribuite ai tribunali ordinari. Ciascuno dei due ordini giudiziari ha una sua giurisdizione generale<sup>540</sup>, "naturale" e "ordinaria".

In secondo luogo, il § 40, comma 1, VwGO, assegnando alla giurisdizione amministrativa «le controversie di diritto pubblico non costituzionale», consente di mettere al centro del processo amministrativo, in luogo del provvedimento amministrativo, la "questione di diritto amministrativo". Oggetto del giudizio amministrativo non è più il controllo di legittimità dell'atto amministrativo, ma lo scrutinio del rapporto giuridico tra una autorità amministrativa e il cittadino ovvero 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 non è più quella di verificare ed eliminare l'esercizio illegittimo, parziale ed iniquo del potere amministrativo, proteggendo indirettamente e occasionalmente gli interessi del ricorrente, secondo la tradizionale prospettiva oggettiva del *preußische Typus* di von Gneist, ma è quella soggettiva di assicurare una tutela piena ed effettiva dei diritti soggettivi pubblici del cittadino, come inequivocabilmente voluto dall'art. 19, comma 4, GG.

Essendo oggetto del giudizio amministrativo non più la legittimità dell'atto amministrativo, ma la controversia di diritto amministrativo, non più il provvedimento, ma il rapporto giuridico e il diritto soggettivo di diritto pubblico, protagonista indiscusso del processo amministrativo cessa di essere l'azione impugnatoria e diventa, invece, ogni azione necessaria a garantire coattivamente il rispetto del diritto soggettivo del cittadino. Si afferma, allora, l'idea della necessità della varietà e della molteplicità delle azioni giurisdizionali esperibili nel processo amministrativo ed anzi addirittura dell'atipicità del diritto di azione.

Questo perché gli odierni modi di operare dei soggetti pubblici che possono arrecare pregiudizio alla persona fisica o giuridica non si traducono soltanto nell'emanazione di atti autoritativi restrittivi, ma possono consistere in rifiuti, in omissioni, in comportamenti elusivi, nelle "vie di fatto"; assumono spesso forme non prevedibili, si potrebbe dire "atipiche". E allora, una giurisdizione che abbia come missione quella di tutelare i diritti soggettivi pubblici del privato non può

---

<sup>540</sup> Occorre sottolineare che delle cinque giurisdizioni previste dall'art. 95 GG, solo la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa hanno competenza generale. La giurisdizione del lavoro, quella sociale e quella tributaria sono, invece, giurisdizioni a competenze tassativamente indicate dalla legge. Col tempo ha subito un progressivo incremento soprattutto la competenza attribuita ai tribunali della giurisdizione sociale - i *Sozialgerichte* - che oggi decidono di tutte le controversie in materia di previdenza e assistenza sociale, di prestazioni sanitarie, nonché quelle concernenti i c.d. *Leistungserbringer* (medici, farmacisti, etc.).

più esaurirsi nella mera cassazione dell'atto amministrativo illegittimo, ma deve comprendere tutte le possibili tipologie di azioni idonee a far conseguire al cittadino il "bene della vita" sotteso al diritto soggettivo che s'intende far valere. E dunque devono essere esperibili azioni costitutive non solo di tipo estintivo degli effetti del provvedimento emanato, ma anche di tipo sostitutivo del provvedimento non dato<sup>541</sup>; azioni di condanna dell'amministrazione al riesercizio del potere discrezionale o all'adozione del provvedimento vincolato; azioni di accertamento del rapporto giuridico controverso; azioni cautelari volte con misure provvisorie sospensive, propulsive o positive ad evitare che, nelle more del giudizio di merito, il ricorrente possa subire un danno grave e irreparabile che frustrerebbe l'utilità concreta della sentenza favorevole; azioni di esecuzione coattiva almeno indiretta. E, secondo parte della dottrina<sup>542</sup> e della giurisprudenza<sup>543</sup>, non solo le numerose e variegate azioni previste e configurate, in questa nuova prospettiva, dalla *VwGO*, ma anche, all'insegna del principio di atipicità, quelle non contemplate espressamente dalla legge, epperò in grado di contrastare efficacemente l'attività illegittima dell'amministrazione che incida negativamente sugli interessi dei cittadini.

Nella sua funzione di tutela subiettiva piena ed effettiva del ricorrente, il processo amministrativo non può che diventare simile al processo civile, di cui condivide la finalità. Così come il secondo ha ad oggetto le controversie di diritto civile per la protezione dei diritti soggettivi privati, il primo ha ad oggetto «le controversie di diritto pubblico non costituzionale» per la protezione dei diritti soggettivi pubblici. Entrambi mirano a tutelare il soggetto di un rapporto giuridico. E questa comune finalità, da un lato, spiega perché la disciplina sul processo amministrativo ha potuto largamente ispirarsi al modello del processo civile<sup>544</sup> e, dall'altro, consente alla legge sul processo amministrativo di rinviare al codice di procedura civile (*Zivilprozeßordnung – ZPO*) non solo con numerose norme specifiche (§§ 54, 57, 62, 64, 159, 166, 167 *VwGO*), ma anche con una disposizione di carattere generale e residuale (§ 173 *VwGO*).

Si potrebbe, in definitiva, osservare che il § 40, comma 1, *VwGO* sottolinea quel tramonto del processo amministrativo incentrato sull'azione impugnatoria e quell'affermazione di un nuovo tipo di giudizio articolato in una molteplicità e

---

<sup>541</sup> Secondo una parte della dottrina tedesca, nel processo amministrativo sarebbe ipotizzabile l'ammissibilità di un'azione costitutiva generale atipica (*allgemeine Gestaltungsklage*), volta ad ottenere una sentenza che origina direttamente un rapporto giuridico di diritto pubblico o rimuove o modifica decisioni dell'amministrazione che non hanno i caratteri dell'atto amministrativo (così F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, München 2005, 217; K. STERN, *Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit*, München 1995, 82). In realtà, sinora è stato alquanto raro l'impiego di azioni costitutive diverse dall'*Anfechtungsklage* con la quale si chiede l'annullamento di un atto amministrativo illegittimo. Sulla questione e sugli altri riferimenti bibliografici, si v. CARRÀ, *Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco*, cit., in specie a pag. 57.

<sup>542</sup> F. HUFEN, *op. cit.*, 213-214.

<sup>543</sup> Il Tribunale amministrativo federale (*BVerwG*) sembra essere più cauto nel ripudio del principio del *numerus clausus* delle azioni previste dalla *VwGO* (*Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts* - normalmente abbreviato in *BVerwGE* - 100, 262).

<sup>544</sup> C.H. ULE, *Zum Verhältnis von Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1954, 137 ss.

varietà di azioni esperibili nel quale nessun rimedio assume una posizione di preminenza sugli altri<sup>545</sup>, che la seconda parte («*Verfahren*») della *VwGO* dedicata alla «procedura» e alle azioni giudiziali s'incarica di concretizzare e di evidenziare.

## 6. Il riparto di giurisdizione.

Dunque, nel sistema giurisdizionale dualistico tedesco, il criterio di riparto tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa è dato dalla distinzione tra controversie di diritto privato (§ 13 *GVG*) e controversie di diritto pubblico non costituzionale (§ 40 *VwGO*).

Le vertenze di natura costituzionale, come tali assegnate ai *Verfassungsrechtsweg*<sup>546</sup>, sono individuate con il criterio della rilevanza costituzionale in senso materiale, essendo dunque incluse non solo le controversie tra organi costituzionali o loro articolazioni, tra *Länder* o tra *Bund* e *Land*, ma anche tra soggetti o autorità che «partecipano alla vita della Costituzione», come i partiti e i gruppi parlamentari<sup>547</sup>.

Distinguere tra controversie di diritto privato e controversie di diritto amministrativo (tali essendo sostanzialmente le controversie di diritto pubblico non costituzionale) può, a volte, presentare difficoltà e nell'impossibilità di individuare un criterio discretivo univoco, sono state prospettate diverse soluzioni<sup>548</sup>.

Molto sinteticamente si può osservare che, secondo l'orientamento prevalente, rientrerebbero nella giurisdizione amministrativa, in quanto di diritto pubblico, tutte quelle vertenze in cui si faccia questione di un «diritto soggettivo pubblico» (*subjektive öffentliche Recht*)<sup>549</sup>, per tale intendendosi il potere giuridico attribuito ad un soggetto, privato o pubblico<sup>550</sup>, da una norma di diritto pubblico, che lo legittima a pretendere un determinato fare, non fare o

---

<sup>545</sup> Ha scritto G.F. FERRARI (*Giustizia amministrativa in diritto comparato*, cit., 576) che, nel sistema tedesco, l'ampliamento della tipologia delle azioni esperibili, intimamente connesso alle trasformazioni del diritto amministrativo sostanziale, non è altro che «l'epifenomeno del trend verso la diminuita centralità del provvedimento e dunque verso il declino del carattere cassatorio puro della giurisdizione amministrativa e la propensione ad una piena cognizione del rapporto sostanziale sottostante l'azione amministrativa», aggiungendo che «in un simile contesto la *Anfechtungsklage* ha potuto trovare una collocazione non prevaricante in uno strumentario processuale dei più completi in assoluto, nel quale trovano posto anche l'accertamento e la condanna ad adottare atti o a tenere comportamenti, e al quale soprattutto l'esperibilità contestuale di più rimedi e la possibilità di conversione dell'azione in corso in altra di sopravvenuta utilità conferiscono grande flessibilità».

<sup>546</sup> Espressione con cui si indicano onnicomprensivamente sia il Tribunale costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht*) sia le Corti costituzionali dei *Länder* (*Landesverfassungsgerichte*).

<sup>547</sup> G.F. FERRARI, *op. cit.*, (versione *on line*), 24.

<sup>548</sup> HUFEN, *op. cit.*, 156 ss.; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2006, 47 ss.

<sup>549</sup> Per la comprensione della nozione di «diritto soggettivo pubblico» rimane ancora oggi fondamentale il già citato saggio di W. HENKE, *Das subjektive öffentliche Recht*, Tübingen 1968.

<sup>550</sup> Si tenga presente che titolare di un diritto soggettivo pubblico può essere non soltanto un cittadino nei confronti di una pubblica amministrazione, ma anche una pubblica amministrazione nei confronti di un cittadino ed anche un soggetto pubblico nei confronti di un altro soggetto pubblico. In tutte queste fattispecie, l'eventuale controversia che dovesse insorgere è di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo.



sopportare<sup>551</sup>, e cioè tutte quelle controversie che abbiano ad oggetto un rapporto giuridico pubblicistico e dunque, in definitiva, l'esercizio, il rifiuto o il mancato esercizio di un potere ovvero l'adempimento, il rifiuto o il mancato adempimento di un obbligo, disciplinati dal diritto pubblico.

E tuttavia, questo criterio generale andrebbe specificato tenendo presente che neppure l'utilizzo delle forme di diritto privato esclude la presenza di rapporti giuridici di diritto pubblico e conseguentemente la giurisdizione amministrativa. In queste fattispecie, allora, occorre a volte distinguere tra il momento di diritto pubblico, di solito "genetico", e il momento di diritto privato, di solito "attuativo", la giurisdizione amministrativa sussistendo «soltanto nel caso in cui il primo aspetto sia contestato»<sup>552</sup> (*Zweistufentheorie* ovvero "teoria dei due livelli").

Nella materia negoziale occorre poi distinguere tra contratti di diritto pubblico (*öffentlich-rechtliche Verträge*) e contratti di appalti pubblici (*öffentliche Aufträge*).

I primi, che hanno per oggetto attività di diritto pubblico o prestazioni connesse con una regolamentazione di diritto pubblico e possono essere stipulati non solo tra pubbliche amministrazioni o tra pubblica amministrazione e soggetto privato, ma anche tra soggetti privati ove almeno uno di loro sia incaricato di un compito rilevante per il diritto pubblico, sono disciplinati, sia quando determinano un rapporto di pariordinazione (*koordinationsrechtliche Verträge*), sia quando generano una relazione di subordinazione (*subordinationsrechtliche Verträge*)<sup>553</sup>, dalla legge sul procedimento amministrativo (§§ 54 e ss. della *Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*) e dai principi di diritto pubblico, fatta eccezione per i casi di nullità dell'accordo ai quali si applica il codice civile, e il giudice di tutela è, anche per le questioni risarcitorie, il giudice amministrativo<sup>554</sup>.

I secondi, invece, sono regolati dal diritto privato e le relative controversie involgenti la validità, l'interpretazione e l'adempimento sono devolute al giudice civile. E ciò in ossequio ad una radicata concezione dello Stato come soggetto di diritto privato quando possiede e contratta (lo Stato inteso come *Fiskus*, titolare, come un soggetto privato, del patrimonio e dei diritti finanziari, in contrapposizione alla nozione giuspubblicistica dello Stato come *Herrschaft*). Persino il sopraggiungere di motivi d'interesse pubblico, che può causare revisioni e ripensamenti, dev'essere valutato alla stregua dei normali canoni civilistici secondo i quali il consenso viene dato *rebus sic stantibus*, sicché eventuali straordinarie sopravvenienze di interesse generale possono determinare

---

<sup>551</sup> Così MAURER, *op. cit.*, 164.

<sup>552</sup> R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella Repubblica Federale di Germania*, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXV, ed. Cedam, Padova 1996, 270-271.

<sup>553</sup> MASSERA, *L'attività contrattuale*, cit., 185-187, 236-237.

<sup>554</sup> Così si ricava dal § 40, comma 2, *VwGO* che, nell'indicare le eccezioni alla giurisdizione generale dei tribunali amministrativi prevista dal comma 1, stabilisce che «per pretese di diritto patrimoniale da sacrificio a favore del bene comune o da custodia di diritto pubblico, nonché per pretese risarcitorie derivanti da violazione di obblighi di diritto pubblico, che non si fondano su un contratto di diritto pubblico, è data la giurisdizione dei tribunali ordinari».

la risoluzione del contratto alle condizioni stabilite dal *Bürgerliches Gesetzbuch* (*BGB*).

Occorre, tuttavia, osservare che il problema del riparto di giurisdizione, che in altri ordinamenti dualistici determina aspri contrasti di “politica giudiziaria” tra i distinti plessi giurisdizionali e dottissimi dibattiti accademici, risulta in Germania alquanto stemperato dalla presenza di due istituti ammirevolmente coerenti col disegno, delineato nella *Grundgesetz*, della pariordinazione (*Gleichwertigkeit*) tra le diverse giurisdizioni e della “ordinarietà” di tutti i giudici.

Il primo istituto è quello disciplinato dal § 17a della *GVG* (legge federale sull’ordinamento giudiziario) che muove dall’intento di evitare i conflitti di giurisdizione sia positivi che negativi. La norma dispone che se il giudice adito si ritiene munito di giurisdizione può («deve», se la giurisdizione è contestata da una delle parti) dichiararlo d’ufficio preliminarmente con ordinanza motivata che, divenuta inoppugnabile se non impugnata entro un breve termine, vincola, in punto di giurisdizione, i tribunali di tutte le giurisdizioni; se, invece, si ritiene privo di giurisdizione, dopo aver ascoltato le parti, emette un’ordinanza motivata nella quale declina la propria giurisdizione indicando il giudice che ritiene munito di giurisdizione, e quest’ordinanza, divenuta inoppugnabile se non impugnata in un breve termine, vincola in punto di giurisdizione il giudice *ad quem*, il quale, dunque, non può né rimandare la causa al giudice *a quo* o ad altro giudice, né sollevare conflitto di giurisdizione davanti un organo giurisdizionale superiore<sup>555</sup>. E la questione di giurisdizione non può essere sollevata per la prima volta né riproposta nei successivi gradi di giudizio.

L’istituto è, a mio modo di vedere, particolarmente degno di nota per comprendere la concezione tedesca dell’equivalenza dei diversi rami (*Zweige*) della giurisdizione che, in questo senso, sembrano atteggiarsi quasi a sezioni specializzate di un’unica giurisdizione, piuttosto che a distinti plessi giurisdizionali. Avendo l’accennata ordinanza del giudice preventivamente adito, oltre ovviamente al giudicato implicito sulla spettanza della giurisdizione, effetto vincolante (*bindende Wirkung*) in punto di giurisdizione, può accadere più spesso che in altri ordinamenti dualistici che il giudice ordinario decida di controversie che, in realtà, sono di diritto amministrativo e, per converso, che il giudice amministrativo decida di controversie che, in verità, sono di diritto civile<sup>556</sup>. Ma poco importa, perché nell’assetto costituzionale tedesco la funzione giurisdizionale è unica ed è esercitata da giudici che sono tutti “ordinari”, da giudici che si distinguono tra loro solo per le diverse competenze sulle diverse

---

<sup>555</sup> Come avviene, per esempio, in Italia dove, ai sensi dell’art. 59, comma 3, della legge 18 giugno 2009, n. 69, se il giudice *ad quem* presso il quale la causa è stata riassunta ritenga a sua volta di essere privo di giurisdizione, egli può, fino alla prima udienza per la trattazione del merito, sollevare d’ufficio un conflitto di giurisdizione, sul quale si pronunceranno le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sempre che queste non si siano già pronunciate in precedenza sulla questione di giurisdizione. Stessa norma stabilisce l’art. 11, comma 3, cod. proc. amm. per il caso in cui il giudice *ad quem* sia il giudice amministrativo.

<sup>556</sup> Cosa che capita con una certa frequenza in relazione a determinati tipi di controversia, come ricorda P. GUMMER nel suo commento al § 17a *GVG*, in R. ZÖLLER, *Zivilprozessordnung*, 2009, 2564 ss.

materie, sicché la violazione delle regole del riparto di giurisdizione, che assomiglia ad un riparto di competenze, giammai potrebbe determinare una “rottura dell’ordinamento” per difetto dello *jus dicere* 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 lo è la suddivisione di competenze - per valore, materia e territorio - tra giudici di un medesimo ordine giurisdizionale.

Questa comunicabilità tra le diverse giurisdizioni è indice del concepire il riparto tra le stesse più come un “riparto della giurisdizione”, e cioè come un “riparto di competenze”, che come “un riparto delle giurisdizioni”. E dunque del configurare il rapporto tra gli uffici giudiziari dei diversi ordini giurisdizionali più in termini di “specializzazione” di competenze, che del binomio “ordinarietà-specialità” delle giurisdizioni.

Coerente con questa ricostruzione interpretativa fondata sulla pari dignità e sull’identica funzione di pienezza della tutela delle cinque giurisdizioni, è il secondo istituto che in Germania contribuisce a ridimensionare il problema del riparto di giurisdizione: l’esistenza del Senato Congiunto (*gemeinsamer Senat*) dei Tribunali Supremi Federali prevista, a seguito della modifica introdotta dalla legge di revisione costituzionale del 18 agosto 1968, dall’art. 95, comma 3, GG, «per assicurare l’unitarietà della giurisprudenza» in caso di contrasto tra le Corti federali al vertice delle cinque giurisdizioni. La legge ordinaria<sup>557</sup>, posteriore di un solo giorno alla legge di revisione costituzionale, in attuazione della nuova norma della *Grundgesetz*, ha istituito tale organo, disciplinandone le funzioni, nel *Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes (GmS-OGB)*, composto dai presidenti dei cinque tribunali supremi e da quattro magistrati che, di volta in volta, rappresentano le due giurisdizioni in conflitto.

Il *GmS-OGB*, che ha sede a Karlsruhe, decide la questione di diritto sollevata da una sezione di un Tribunale federale che intenda discostarsi dalla giurisprudenza di un altro Tribunale federale o dello stesso Senato congiunto.

Espressione, nella sua formazione paritetica, della pariordinazione costituzionale delle cinque giurisdizioni, questo supremo organismo nomofilattico dirime anche gli eventuali contrasti giurisprudenziali che dovessero sorgere sulla natura di diritto privato o di diritto pubblico di una questione, finendo in tal modo per svolgere, sia pure indirettamente e con l’autorevolezza dell’imparzialità di una composizione *super partes*, anche la funzione di arbitro nel riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

## **7. Il *Verwaltungsprozeß*. 7.1. Principi e condizioni dell’azione.**

---

<sup>557</sup> *Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (RsprEinhG)* del 19 agosto 1968.

Il giudizio amministrativo è disciplinato nella seconda parte della *VwGO* intitolata «*Verfahren*» (letteralmente “procedura”), contenente i §§ 53–123<sup>558</sup>, con una impostazione che, perseguendo il fine di tutelare in modo diretto il soggetto di un rapporto giuridico, s’ispira al modello del processo civile, di cui, non a caso, ricalca molti istituti e caratteri e al cui codice, non a caso, rinvia con disposizioni specifiche (§§ 54, 57, 62, 64, 159, 166, 167 *VwGO*) e con una di chiusura di carattere generale e residuale (§ 173 *VwGO*)<sup>559</sup>.

L’esperibilità dell’azione è sottoposta a presupposti di ammissibilità che devono essere verificati d’ufficio dal giudice, costituendo condizioni per la decisione di merito (*Sachentscheidungs Voraussetzungen*), e si distinguono a seconda che riguardino gli organi giudicanti o le parti processuali<sup>560</sup>.

Tra i primi vi sono la sussistenza della giurisdizione (ai sensi del già commentato § 40 *VwGO*, la controversia dev’essere «di diritto pubblico non costituzionale» e non deve essere attribuita dalla legge al giudice di un’altra giurisdizione), la competenza territoriale (§ 52 *VwGO*) e la competenza per materia (§ 45 *VwGO*), dovendosi tener presente, nei casi espressamente previsti, la competenza funzionale di primo grado dei tribunali amministrativi superiori (§§ 47 e 48 *VwGO*) e del tribunale amministrativo federale (§ 50 *VwGO*).

Tra i secondi vi sono la capacità di essere parte del processo, la capacità processuale, la rappresentanza processuale, l’interesse ad agire e la legittimazione ad agire.

Più nel dettaglio, ai sensi del § 61 *VwGO*, possono essere parti del processo amministrativo le persone fisiche e giuridiche, le associazioni in quanto possano essere titolari di diritti e le autorità amministrative. Il § 63, nell’indicare le parti del processo nell’attore, nel convenuto e nel chiamato in giudizio, attribuisce anche al Procuratore generale federale (*Oberbundesanwalt*) o al «Rappresentante del pubblico interesse» (*Vertreter des öffentlichen Interesses*) la facoltà di partecipare al processo. La capacità processuale e la rappresentanza processuale seguono le regole del codice civile e del codice del processo civile (§ 62).

L’interesse ad agire è definito non da parametri codificati, ma da principi di economia e di buona fede processuale individuati dalla giurisprudenza. Di norma è escluso quando l’attore potrebbe ottenere in modo più semplice la tutela agognata, l’abbia già conseguita o non possa più conseguirla con l’azione

---

<sup>558</sup> La terza parte (§§ 124-153 *VwGO*) s’intitola «*Rechtsmittel und Wiederaufnahme des Verfahrens*» perché riguarda «Mezzi di impugnazione e revocazione del processo»; la quarta parte (§§ 154-172) è rubricata «*Kosten und Vollstreckung*» disciplinando «Spese ed esecuzione»; la quinta ed ultima parte (§§ 173-195), intitolata «*Schluss und Übergangsbestimmungen*», contiene «Disposizioni finali e transitorie».

<sup>559</sup> Il § 173 *VwGO* stabilisce che «nella misura in cui la presente legge non contenga disposizioni di procedura devono essere corrispondentemente applicati la legge sull’ordinamento giudiziario e il codice di procedura civile, se non lo escludono le fondamentali differenze dei due tipi di processo».

<sup>560</sup> Così CARRÀ, *Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco*, cit., 44 ss., la cui puntuale ricostruzione del processo amministrativo tedesco si terrà spesso presente nella sintetica descrizione che segue; mentre per una lettura agevole e diretta della fonte normativa anche per chi non conosce il tedesco, si segnala G. FALCON - C. FRAENKEL (a cura di), *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO) – Versione italiana con testo a fronte*, Trento 2000.

proposta e la sua sussistenza dev'essere accertata con maggior rigore nelle azioni di mero accertamento<sup>561</sup>.

L'essenza della legittimazione ad agire si ricava in via analogica per tutte le azioni dal § 42 *VwGO* che la definisce per le sole azioni di impugnazione e di adempimento. Ai sensi del secondo comma, «qualora la legge non disponga diversamente, l'azione è ammissibile solo quando l'attore fa valere di essere stato leso nei propri diritti dall'atto amministrativo o dal suo rifiuto o omissione».

A questa norma viene assegnata una duplice valenza: per un verso, viene intesa come volta ad escludere un'azione popolare e ad impedire che il diritto di azione venga esercitato per un controllo generalizzato della legalità dell'azione amministrativa; per altro verso, viene interpretata nel senso di negare il diritto di azione ai portatori di meri interessi di fatto, per attribuirlo, invece, solo a chi è titolare di un diritto soggettivo pubblico.

Sotto entrambi i profili, il § 42, comma 2, *VwGO* costituisce il precipitato del ripudio della concezione obiettiva della giurisdizione amministrativa, che considera la tutela del cittadino come effetto indiretto e riflesso di un controllo di legalità dell'azione amministrativa sollecitato da chiunque possa avervi un interesse, anche privo di sostanza giuridica, e il corollario dell'adesione a quell'idea soggettiva del processo amministrativo secondo la quale quest'ultimo persegue la finalità di proteggere direttamente e pienamente il cittadino quale soggetto attivo di un rapporto giuridico con l'amministrazione, disciplinato dal diritto pubblico.

E grazie alla disposizione *de qua*, il diritto soggettivo pubblico (*subjektive öffentliche Recht*), inteso come potere giuridico attribuito ad un soggetto<sup>562</sup> da una norma di diritto pubblico che lo legittima a pretendere un determinato fare, non fare o sopportare, da categoria fondamentale del diritto amministrativo sostanziale, viene formalmente messo al centro del processo amministrativo.

Va da sé che l'esame della fondatezza dell'azione non potrà che essere oggetto della decisione di merito, mentre la verifica della legittimazione ad agire, quale condizione dell'azione, attiene soltanto alla plausibilità dell'ipotesi dell'esistenza, della titolarità e della violazione del diritto soggettivo pubblico asserite dal ricorrente nella domanda.

Nel processo amministrativo tedesco, come in quello civile, vale il principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato: il tribunale si attiva soltanto su domanda di parte (§§ 42, comma 1, 80, comma 5 e 123 *VvGO*) e non può decidere oltre i limiti della domanda medesima o pronunciarsi su questioni che non gli sono state sottoposte (§ 88). Le parti, dunque, determinano l'oggetto della controversia e dispongono dell'inizio e della fine della lite, in tale ultimo senso potendo anche rinunciare all'azione (§ 92) e, nei limiti della disponibilità dell'oggetto, chiudere la lite con una transazione giudiziale (§ 106).

---

<sup>561</sup> Si spiegherà il perché nel successivo sottoparagrafo: il § 7.2.

<sup>562</sup> Ripetiamo anche qui che titolare di un diritto soggettivo pubblico può essere non soltanto un cittadino nei confronti di una pubblica amministrazione, ma anche una pubblica amministrazione nei confronti di un cittadino ed anche un soggetto pubblico nei confronti di un soggetto pubblico. In tutte queste fattispecie, l'eventuale controversia che dovesse insorgere è di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo.

Sennonché, mentre il principio della domanda (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*), espressione della disponibilità della tutela giurisdizionale, opera con nettezza e senza deroghe, il principio della corrispondenza tra *petitum* e *decisum*, che è espressione della disponibilità dell'oggetto del processo (*iudex secundum alligata iudicare debet*), opera in forma più attenuata, non essendo il giudice totalmente vincolato alla formulazione delle istanze dell'attore (§ 88 VwGO)<sup>563</sup>.

Ancor più il principio inquisitorio attenua la valenza di quello dispositivo in materia probatoria, dove non vale in modo assoluto né la regola del *iudex secundum probata iudicare debet* né quella secondo cui *onus probandi incumbit ei qui dicit*, perché, ai sensi del § 86, comma 1, VwGO il tribunale indaga i fatti d'ufficio e non è vincolato alle allegazioni e alle istanze di assunzione di prove presentate dalle parti e ai sensi del § 99, comma 1, VwGO le autorità amministrative sono tenute all'esibizione di documenti, di atti e di informazioni in loro possesso.

Il parziale allontanamento del *Verwaltungsprozeß* dal principio dispositivo del *Zivilprozeß* non si spiega tanto e soltanto col particolare interesse pubblico connesso alla decisione di controversie che hanno ad oggetto pur sempre attività finalizzate al conseguimento di interessi generali, né soltanto con la funzione di controllo obiettivo di legalità che, seppure in modo riflesso e indiretto, non può non colorare anche un giudizio amministrativo, come quello tedesco, di stampo squisitamente soggettivo, ma si spiega anche e soprattutto per la necessità di considerare in modo non formalistico il diritto del cittadino di essere ascoltato dal giudice, scolpito dall'art. 103, comma 1, GG, e per l'obbligo di riequilibrare nel giudizio la disparità tra parti processuali che, per evidenti motivi, dispongono di una differente capacità probatoria, obbligo che deriva dal principio di eguaglianza formale e sostanziale proclamato dall'art. 3 GG. Norme costituzionali, le ultime due citate, che, sistematicamente interpretate in combinato disposto tra loro e con gli altri principi costituzionali in materia di tutela giurisdizionale e soprattutto con l'art. 19, comma 4, GG, danno fondamento solido e senso autentico al diritto del cittadino ad un processo amministrativo equo e imparziale e al diritto ad una tutela piena ed effettiva, garantiti nei confronti dei tre pubblici poteri non solo dall'ordinamento nazionale, ma anche dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

E per completare l'accento alla disciplina delle prove, occorre aggiungere che, poiché il ripudio dell'idea del giudizio amministrativo come mera revisione documentale del procedimento amministrativo e l'adesione all'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva e senza lacune del cittadino nei confronti delle manifestazioni del potere esecutivo presuppongono che il giudice possa ed anzi debba conoscere in modo completo e approfondito i fatti che il ricorrente asserisce abbiano determinato una lesione del suo diritto soggettivo pubblico, il § 96 VwGO ammette nel processo amministrativo l'esperibilità della stessa ampia

---

<sup>563</sup> Il § 88 VwGO, rubricato sotto il titolo «vincolo alla domanda», recita «il tribunale non può andare oltre la domanda, ma non è vincolato alla formulazione delle richieste».

gamma di mezzi di prova del processo civile (ispezioni, documenti, testimonianze, perizie e interrogatorio delle parti), fatta eccezione per il giuramento che pure, secondo la giurisprudenza del *BVerwG*, può essere ammesso dal giudice amministrativo a sua discrezione<sup>564</sup>.

Il processo amministrativo si apre con la proposizione della domanda, che avviene mediante presentazione per iscritto del ricorso al tribunale (§ 81 *VwGO*). La notifica al convenuto e l'invito ad esprimersi per iscritto vengono curati dal tribunale (§ 85), il quale, nella persona del Presidente, può chiedere all'attore di integrare la domanda incompleta (§ 82, comma 2) e alle parti di presentare memorie, allegando gli eventuali mezzi di prova (§ 86, comma 4), così come segnala gli eventuali vizi formali o le allegazioni poco chiare o incomplete e può richiedere che vengano rilasciate dichiarazioni essenziali per l'accertamento e la valutazione dei fatti (§ 86, comma 3).

Il *Verwaltungsprozeß* è informato ai principi di concentrazione, di pubblicità e di oralità. Il processo, quando la controversia non è assegnata dal collegio ad un giudice unico, viene istruito o dal Presidente o da un giudice relatore nominato dal Presidente, che deve preparare il dibattimento affinché venga espletato nel modo più concentrato e rapido possibile. Diverse disposizioni perseguono l'intento di accelerazione processuale, essendo la lunghezza dei tempi del giudizio problema che affligge anche l'efficiente sistema tedesco. Il dibattimento è aperto a chiunque voglia assistervi, mentre nella fase preparatoria il principio di pubblicità vale solo per le parti. Ai sensi del § 101 *VwGO*, il tribunale decide in base a trattazione orale, in quanto non sia diversamente stabilito o in quanto non vi si oppongano d'accordo tra loro le parti. La sentenza può essere adottata solo dai giudici che hanno effettivamente preso parte al dibattimento orale (§ 112 *VwGO*) e dev'essere sostenuta solo da fatti e prove sui quali le parti abbiano potuto esprimersi nella discussione dibattimentale (§ 108, comma 2).

«Il tribunale decide secondo il proprio libero convincimento, ricavato dall'esito complessivo del processo. Nella sentenza devono essere indicati i motivi che hanno sorretto il convincimento giudiziale» (§ 108, comma 1, *VwGO*). L'obbligo di motivazione della sentenza, come quello di pubblicità del processo, risponde all'esigenza, figlia dell'idea di *Rechtsstaat*, di controllo da parte dei cittadini dell'indipendenza dei tribunali e dell'imparzialità con cui viene amministrata la giustizia anche nei confronti dei poteri pubblici.

## **7.2. La ricchezza dei rimedi esperibili. Il principio di atipicità delle azioni di cognizione.**

Poiché la giurisdizione amministrativa riguarda, come visto, tutte le controversie di diritto pubblico non costituzionale non attribuite ai giudici di altre giurisdizioni (§ 40, comma 1, *VwGO*) ed è a tutela diretta dei diritti soggettivi pubblici del cittadino lesi dalla pubblica amministrazione (§ 42, comma 2, *VwGO*) e poiché i tribunali amministrativi, ugualmente indipendenti sia dall'amministrazione (§ 1 *VwGO*) che dalla giurisdizione ordinaria (artt. 92 e 95,

---

<sup>564</sup> *BVerwG*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998, 3369.

comma 1, GG), possono esercitare la giurisdizione amministrativa con un'adeguata capacità di "interferenza" sull'operato degli enti pubblici senza violare il principio di separazione dei poteri, la gamma delle azioni giudiziali esperibili nel processo amministrativo è ampia come quella delle azioni proponibili nel processo civile (e forse anche di più, visto che è orientata a fronteggiare poteri "speciali" dell'amministrazione e cioè derogatori al diritto comune). E sul modello del processo civile, anche il processo amministrativo conosce la distinzione tra giudizio di cognizione, giudizio cautelare e giudizio di esecuzione e nell'ambito del primo è possibile distinguere tra azioni costitutive (*Gestaltungsklagen*), azioni di condanna o "di prestazione" (*Leistungsklagen*) e azioni di accertamento (*Feststellungsklagen*). All'interno di questa *summa divisio* delle azioni di cognizione, si collocano però innumerevoli sottocategorie di rimedi di origine dottrinarie e giurisprudenziale, vigendo il principio secondo cui le azioni espressamente previste dalla *VwGO* non rappresentano un elenco tassativo, potendo essere integrate e combinate tra di loro in modo da assicurare la massima effettività della tutela giurisdizionale anche in un'ottica di economia processuale<sup>565</sup>.

L'azione più tradizionale e classica del processo amministrativo, che offre la tutela più intensa, è l'*Anfechtungsklage* con la quale il ricorrente domanda l'annullamento di un atto amministrativo illegittimo per lui sfavorevole. Di carattere costitutivo negativo perché volta ad eliminare un rapporto giuridico, l'azione impugnatoria, se ritenuta fondata, produce di norma<sup>566</sup> l'annullamento dell'atto con effetto *ex tunc*.

Possono essere oggetto dell'*Anfechtungsklage* tutti i tipi di atti amministrativi che rientrano nella definizione legale di *Verwaltungsakt* contenuta nel § 35 della *Verwaltungsverfahrensgesetz* (legge sul procedimento amministrativo, abbreviata in *VwVfG*)<sup>567</sup>, indipendentemente dalla loro natura

---

<sup>565</sup> C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa. Germania – Austria – Italia*, Trento 2004, 71.

<sup>566</sup> Un annullamento limitato dal punto di vista temporale è possibile solo quando l'atto sia divenuto invalido successivamente al suo venire in essere e la domanda giudiziale si limiti a chiedere un annullamento con effetti *ex nunc* (K. REDEKER – H. J. VON OERTZEN, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Kohlhammer 1988, 544).

<sup>567</sup> È opportuno ricordare che in Germania ciascuno Stato federato ha una sua legge sul procedimento amministrativo che disciplina l'attività amministrativa di competenza del *Land* e lo Stato federale ha una legge sul procedimento amministrativo che disciplina l'attività amministrativa di competenza del *Bund*; e che dunque si distingue tra *Landesverwaltungsverfahrensgesetze* e *Bundesverwaltungsverfahrensgesetz*. Tuttavia, le leggi dei *Länder* ricalcano sostanzialmente la legge federale, soprattutto, per quel che interessa in questa sede, nella definizione di *Verwaltungsakt*. Conviene anche ricordare che in virtù di questa sovrapposizione legislativa del *Bund* e dei *Länder* nella disciplina del procedimento amministrativo, il Tribunale amministrativo federale (*BVerwG*) finisce per esercitare il suo sindacato di legittimità anche attraverso il parametro delle leggi dei *Länder*, poiché il § 137 *VwGO*, rubricato sotto il titolo «motivi ammissibili della revisione», stabilisce che «la revisione può essere basata solo sulla circostanza che la sentenza impugnata si fonda su una lesione del diritto federale o di una norma della Legge sul procedimento amministrativo di un *Land* che, secondo il proprio tenore letterale, coincide con la Legge sul procedimento amministrativo della Federazione».



ordinatoria, costitutiva o dichiarativa e dalla loro efficacia individuale o generale  
568 - 569

Per conseguenza, sfuggono all'*Anfechtungsklage* le informazioni, le comunicazioni, le partecipazioni, gli atti parziali e intermedi del procedimento amministrativo, che non possono essere impugnati autonomamente, ma esclusivamente insieme all'atto conclusivo del procedimento a cui appartengono (§44a *VwGO*); le dichiarazioni di volontà non aventi un'attitudine di «regolazione» di una fattispecie, come ad esempio gli atti di prefissione di un termine o gli atti di compensazione di crediti di diritto pubblico, mancanti del requisito di *Regelung*; gli atti di diritto privato, per carenza del requisito di autoritatività; gli atti generali a contenuto normativo; gli atti giurisdizionali, legislativi o di governo in senso stretto, per carenza del requisito di provenienza da un'autorità amministrativa; gli atti ad efficacia meramente interna, come, ad esempio, quelli di mera organizzazione<sup>570</sup>.

L'atto amministrativo deve configurarsi come sfavorevole (*belastend*) per l'attore e deve essere esistente ed efficace. Se è nullo per una delle cause indicate dal § 44 *VwVfG* o inefficace ex § 43 *VwVfG* per la mancata notificazione al destinatario o agli eventuali controinteressati, l'azione impugnatoria eventualmente proposta si convertirà in un'azione di accertamento<sup>571</sup>.

Condizione di ammissibilità dell'*Anfechtungsklage* è il previo infruttuoso esperimento del *Widerspruchverfahren*, disciplinato dai §§ 68-73<sup>572</sup>. È, questo, un ricorso in opposizione, con evidente funzione di autocontrollo dell'amministrazione per la tutela del cittadino e di decongestionamento dei tribunali amministrativi, che dev'essere esperito davanti l'autorità amministrativa che ha emanato l'atto da impugnare entro un mese dalla comunicazione dello stesso (§ 70) e che conduce ad un riesame da parte dell'amministrazione sia della legittimità che dell'opportunità dell'atto<sup>573</sup>. La presentazione dell'opposizione

---

<sup>568</sup> La prima proposizione del § 35 *VwVfG* definisce atto amministrativo «ogni disposizione, decisione o altro provvedimento pubblico che un'autorità assume per la regolazione di un singolo caso nell'ambito del diritto pubblico e che è rivolto a produrre effetti diretti verso l'esterno». La seconda proposizione del § 35 qualifica espressamente come atto amministrativo l'*Allgemeinverfügung* (una disposizione generale a contenuto non normativo) «che si rivolge ad una cerchia di persone determinata o determinabile secondo criteri generali o riguarda la qualità pubblicistica di un bene o la sua fruizione da parte della collettività».

<sup>569</sup> Tra gli atti amministrativi ordinatori (*befehlende Akte*), che contengono un comando o un divieto che obbligano ad un determinato fare, non fare o sopportare, rientrano, per es., le disposizioni di polizia, i provvedimenti che impongono tributi, i divieti riguardanti l'esercizio di alcune attività; tra gli atti amministrativi costitutivi (*rechtsgestaltende Akte*) che costituiscono, modificano o estinguono un rapporto giuridico concreto, rientrano, per es., i permessi, le dispense, le nomine di funzionari, le immatricolazioni, le naturalizzazioni; tra gli atti amministrativi accertativi (*feststellende Akte*), mediante i quali si accerta l'esistenza di un diritto o di una qualità giuridicamente rilevante di una persona o di una cosa, rientrano, per es., le certificazioni di cittadinanza, del diritto di voto, dell'anzianità di servizio, del valore unitario di un terreno. Si v. CARRÀ, *op. cit.*, 58, n. 114.

<sup>570</sup> G.F. FERRARI, *op. cit.*, nella versione *on line* pag. 26.

<sup>571</sup> CARRÀ, *op. cit.*, 59.

<sup>572</sup> Pertanto, se l'attore ha proposto l'azione senza esperire il *Vorverfahren*, il tribunale amministrativo deve sospendere il processo in attesa che il ricorso in opposizione venga espletato.

<sup>573</sup> Secondo il § 68, comma 1, *VwGO*, «prima della proposizione dell'azione di impugnazione devono essere riesaminate la legittimità e l'opportunità dell'atto amministrativo in un procedimento preliminare. Tale riesame non è necessario se una legge così dispone o se 1) l'atto amministrativo è stato emanato da

(*Widerspruch*) da parte dell'interessato attiva un procedimento amministrativo che si svolge, di regola, in due fasi. Nella prima, l'atto viene riesaminato dalla stessa autorità che lo ha emanato, la quale, se ritiene il ricorso ammissibile e fondato, annulla o modifica l'atto impugnato; in caso contrario, trasmette la decisione sul ricorso all'autorità amministrativa superiore, che compie un nuovo riesame della legittimità e dell'opportunità dell'atto. Se anche in questa seconda fase la decisione è negativa, entro un mese dalla notificazione della stessa (§ 74), il confermato *Verwaltungsakt* potrà essere impugnato con l'*Anfechtungsklage* davanti al tribunale amministrativo.

Nel processo amministrativo tedesco sono poi esperibili da molto tempo diversi tipi di azioni di condanna, che possono sommariamente distinguersi in due categorie: quelle volte ad ottenere sentenze di condanna dell'amministrazione all'emanazione di un atto amministrativo e quelle finalizzate ad ottenere sentenze di condanna dell'amministrazione a prestazioni di dare, fare, non fare o sopportare, che non richiedono l'emanazione di provvedimenti amministrativi.

Appartiene alla prima categoria la *Verpflichtungsklage* o azione di adempimento<sup>574</sup>, prevista dal § 42, comma 1, *VwGO*, che si articola in due sottotipi: la *Versagungsgegenklage* e la *Untätigkeitsklage*.

La *Versagungsgegenklage* è l'azione contro l'espresso rifiuto (*Ablehnung*) di un atto amministrativo favorevole. Essa mira, da un lato, ad ottenere l'annullamento del provvedimento amministrativo di diniego e, dall'altro, a conseguire la condanna dell'amministrazione all'emanazione dell'atto amministrativo favorevole richiesto e rifiutato. Ha, dunque, un duplice *petitum*: costitutivo-eliminatorio e condannatorio. La *Versagungsgegenklage*, come l'*Anfechtungsklage*, presuppone un *Verwaltungsakt* esistente ed efficace, nonché il previo infruttuoso esperimento del *Vorverfahren*, ed è sottoposta al termine decadenziale di un mese dalla notificazione della decisione negativa del ricorso amministrativo in opposizione (§ 74 *VwGO*) da proporsi entro un mese dalla comunicazione del provvedimento di diniego (§ 70).

La *Untätigkeitsklage* è l'azione contro l'inerzia (*Unterlassung*) non significativa della pubblica amministrazione. Essa mira ad ottenere la condanna della pubblica amministrazione all'emanazione di un provvedimento amministrativo favorevole sul rilascio del quale la pubblica amministrazione, richiestane, abbia omesso di pronunciarsi entro un termine ragionevole e senza un sufficiente motivo. A differenza della *Versagungsgegenklage* e della *Anfechtungsklage*, essa presuppone la mancanza di un atto amministrativo. La *Untätigkeitsklage* non può essere proposta se non decorsi tre mesi dalla richiesta di adozione dell'atto o dalla presentazione del ricorso in opposizione. Ma il

---

una massima autorità della Federazione o del *Land*, a meno che una legge non prescriva il riesame o 2) se la decisione di accoglimento o la decisione sull'opposizione contiene per la prima volta una lesione».

<sup>574</sup> *Verpflichtungsklage* letteralmente significa "azione di obbligo" e vuole indicare lo specifico rimedio giudiziale approntato dall'ordinamento per ottenere l'adempimento coattivo da parte della pubblica amministrazione dell'obbligo di attivarsi, avendo essa illegittimamente rifiutato o omesso l'emanazione di un atto amministrativo. Per questo l'espressione viene tradotta dalla dottrina comparatistica italiana con "azione di adempimento".

*Vorverfahren* non costituisce condizione di ammissibilità dell'azione: può essere espletato facoltativamente dall'attore.

L'azione di adempimento (*Verpflichtungsklage*), in entrambi i suoi due ricordati sottotipi (azione contro il diniego e azione contro il silenzio), sarà ritenuta fondata dal giudice amministrativo se, sulla base del diritto sostanziale, il diniego del provvedimento richiesto o l'omissione dell'adozione del provvedimento siano giudicati illegittimi.

Nondimeno, occorre distinguere a seconda che l'interesse pretensivo dell'attore sia fronteggiato da un potere amministrativo vincolato o discrezionale. Nel primo caso, il giudice potrà condannare l'amministrazione ad adottare lo specifico provvedimento richiesto (*Vornahmeurteil*). Nel secondo caso, invece, non essendo la questione ancora matura (*spruchreif*) per la decisione del provvedimento spettante, il giudice potrà soltanto condannare l'amministrazione a pronunciarsi nuovamente o a pronunciarsi (*tout court*) sull'istanza dell'attore, rispettando «l'opinione giuridica del tribunale» e cioè i principi indicati nelle motivazioni della sentenza (*Bescheidungsurteil*) (§ 113, comma 5, *VwGO*)<sup>575</sup>. Il tribunale amministrativo, insomma, nel caso la discrezionalità amministrativa (o tecnica)<sup>576</sup> non sia azzerata (*Ermessensreduzierung auf Null*), potrà condannare l'amministrazione soltanto al corretto riesercizio del potere, emendato dai vizi accertati nel giudicato, o all'esercizio del potere non esercitato<sup>577</sup>.

Se la domanda di tutela ha ad oggetto una condanna dell'amministrazione a prestazioni materiali di dare, di fare o di non fare non formalizzate in provvedimenti amministrativi sono esperibili due azioni: l'*allgemeine Leistungsklage* e l'*Unterlassungsklage*.

La prima è l'azione per la condanna dell'amministrazione a prestazioni materiali positive, come, ad esempio, la rimozione delle conseguenze dannose prodotte dall'esecuzione di un atto amministrativo illegittimo annullato

---

<sup>575</sup> Il § 113, comma 5, *VwGO* stabilisce «Soweit die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, spricht das Gericht die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde aus, die beantragte Amtshandlung vorzunehmen, wenn die Sache spruchreif ist. Andernfalls spricht es die Verpflichtung aus, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden», da tradursi in questo modo: «Nella misura in cui il rifiuto o l'omissione dell'atto amministrativo sia illegittimo e l'attore ne risulti leso nei propri diritti, il tribunale dichiara l'obbligo dell'autorità amministrativa di porre in essere la richiesta attività dell'ufficio, se la questione è matura per la decisione. Altrimenti esso dichiara l'obbligo di decidere nei confronti dell'attore nel rispetto della concezione giuridica del tribunale».

<sup>576</sup> Dei punti di contatto tra i due tipi di discrezionalità mediante la loro sussunzione negli *unbestimmte Rechtsbegriffe* si dirà nel § 8.

<sup>577</sup> Su *Bescheidungsurteil*, *Vornahmeurteil* e sul rapporto tra *Verpflichtungsklage* e discrezionalità (*Ermessen*), la letteratura di lingua tedesca è vastissima, trattandosi di temi centrali nello studio della giurisdizione amministrativa. Sia consentito rinviare per i riferimenti bibliografici a due contributi della dottrina italiana, che hanno avuto il merito di "tradurre" nelle categorie giuridiche italiane i lineamenti e i fondamenti di questi istituti e di esporre una sintesi ragionata degli orientamenti giurisprudenziali e delle posizioni dottrinali più rilevanti: M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. Amm. Proc.*, n. 1/1985, 66-91, e più recentemente C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa. Germania – Austria – Italia*, Trento 2004. Menzione a parte per l'organicità e per la profondità della trattazione della discrezionalità amministrativa e tecnica nel sistema tedesco merita poi D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, ed. Cedam, Padova 1995, che si citerà più volte nel § 8.

(*Vollzugs-Folgenbeseitigungsanspruch*) e, più in generale, il ripristino dello *status quo ante* che non richieda l'adozione di atti amministrativi; o come, ad esempio, la consegna di cose determinate, il pagamento di somme di denaro, l'accesso a informazioni, atti e documenti o la riparazione di una strada<sup>578</sup>. Ed è con quest'azione che dev'essere domandata al giudice amministrativo la condanna all'adempimento della prestazione di un contratto di diritto pubblico (*öffentlich-rechtlichen Vertrag*)<sup>579</sup>.

L'*Unterlassungsklage* è, invece, l'azione di condanna dell'amministrazione a prestazioni materiali negative, e cioè ad interrompere o ad astenersi dal compiere un'attività concreta da cui l'attore si assuma lesa, e trova il suo campo di applicazione socialmente ed economicamente più rilevante nell'inibizione di immissioni provenienti da impianti realizzati o esercitati in violazione delle norme sul divieto d'inquinamento. Essa non può, tuttavia, essere esercitata per bypassare l'impugnazione di atti amministrativi illegittimi (come, ad esempio, un'autorizzazione) su cui si fonda l'attività materiale da inibire. Come ha notato una dottrina<sup>580</sup>, la crescente utilità pratica dell'*Unterlassungsklage* si rinviene nella prassi amministrativa degli ultimi decenni che tende a sostituire attività giuridiche formalizzate con atti informali.

Sul modello della struttura di questo rimedio, dottrina<sup>581</sup> e giurisprudenza<sup>582</sup> hanno ritenuto di poter ricavare l'ammissibilità di un'azione inibitoria preventiva, la *vorbeugende Unterlassungsklage*, avente ad oggetto comportamenti materiali e atti giuridici, amministrativi o normativi, che minaccino in futuro di ledere un diritto soggettivo pubblico. In tal caso, il titolare può domandare al giudice amministrativo una tutela negativa anticipata che vieti all'amministrazione di adottare in futuro provvedimenti o comportamenti che possano illegittimamente comprimere la sua sfera giuridica, specialmente in settori vitali come quello lavorativo<sup>583</sup>.

Nel processo amministrativo tedesco esistono poi diverse azioni di accertamento, alcune espressamente previste dalla *VwGO*, altre ricavate dalle "pieghe" di alcune disposizioni ed altre "create" dalla giurisprudenza che, per questa tipologia di rimedi, non ha dovuto scontrarsi col principio di tipicità che, invece, caratterizza le azioni costitutive nel giudizio amministrativo non meno, sia pure per ragioni diverse, che nel giudizio civile<sup>584</sup>.

---

<sup>578</sup> Così CARRÀ, *op. ult. cit.*, 68.

<sup>579</sup> La condanna all'adempimento delle prestazioni di contratti di appalto pubblico (*öffentliche Aufträge*) dovrà invece essere domandata al giudice civile con l'azione di adempimento disciplinata dal *ZPO* (*Zivilprozessordnung*).

<sup>580</sup> HUFEN, *op. cit.*, 309 ss.

<sup>581</sup> HUFEN, *op. cit.*, 313 ss. dove sono riportati anche i riferimenti giurisprudenziali più significativi.

<sup>582</sup> V. nota precedente.

<sup>583</sup> Ad esempio, il Tribunale amministrativo superiore della Baviera ha ritenuto ammissibile una *vorbeugende Unterlassungsklage* avverso la preannunciata proibizione dell'esercizio di un'attività professionale o dell'assunzione di un determinato impiego (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, 3221).

<sup>584</sup> Nel processo civile il principio di tipicità delle azioni costitutive viene normalmente ricondotto al generale rispetto dell'autonomia negoziale, che rende tassative le ipotesi in cui il giudice può, con sentenza, costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico tra soggetti privati; nel processo amministrativo, invece, viene ricondotto al principio di separazione dei poteri e alla salvaguardia della

Ad evitare, però, che il tribunale amministrativo si trasformi in un organo di mera consulenza giuridica, per tutte le azioni di accertamento non è richiesto un semplice interesse ad agire<sup>585</sup>, ma un interesse qualificato (*berechtigtes Interesse*).

L'*allgemeine Feststellungsklage* è l'azione, prevista e disciplinata dal § 43 *VwGO*, che mira ad ottenere una sentenza dichiarativa dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico controverso, chiarendo i termini dello stesso in punto di diritti, di obblighi e di *status*<sup>586</sup>, e può essere esercitata a due condizioni: che l'attore abbia un interesse qualificato (*berechtigtes Interesse*) al sollecito accertamento (*baldige Feststellung*) (comma 1); e che non possa tutelare i propri interessi mediante un'azione costitutiva o di condanna (comma 2), avendo, dunque, l'azione in questione carattere sussidiario rispetto alla *Anfechtungsklage*, alla *Verpflichtungsklage* e alle azioni di prestazione.

Nonostante queste limitazioni, la giurisprudenza<sup>587</sup> ha ammesso con una certa larghezza il ricorso all'*allgemeine Feststellungsklage*, anche in casi nei quali l'attore avrebbe potuto esercitare l'azione di annullamento o di adempimento, consentendo in tal modo al ricorrente di sfuggire alle strettoie del preliminare *Vorverfahren* e del breve termine di decadenza<sup>588</sup>, senza peraltro negare alla sentenza dichiarativa lo stesso contenuto vincolante delle pronunce giurisdizionali costitutive o condannatorie.

Come ricorda una dottrina più volte citata<sup>589</sup>, a partire da una sentenza del 2000<sup>590</sup>, il Tribunale amministrativo federale ha affermato che con l'azione generale di accertamento del § 43 *VwGO* è possibile far dichiarare dai tribunali amministrativi pure l'illegittimità delle norme secondarie del *Bund*, quando queste contengano uno svantaggio per l'attore, la *Normenkontrolle* disciplinata dal § 47 - di cui si dirà più avanti - avendo ad oggetto le sole norme di rango sub-legislativo emanate dai *Länder*.

La *Nichtigkeitsfeststellungsklage* è l'azione volta ad accertare la nullità di un atto amministrativo sfavorevole. Prevista e disciplinata dal § 43 *VwGO*, l'azione di nullità non richiede l'esperimento del *Vorverfahren*; tuttavia, per evitare che sia negato l'interesse ad agire, l'attore ha l'onere di presentare all'amministrazione un'istanza di dichiarazione d'ufficio, in autotutela, della nullità dell'atto, ai sensi del § 44, comma 4, della legge sul procedimento

---

sfera di discrezionalità della pubblica amministrazione, che rende nominative le fattispecie in cui il giudice può estinguere, produrre o modificare gli effetti di un provvedimento amministrativo.

<sup>585</sup> «Interesse ad agire» che, peraltro, secondo la tradizione processualistica tedesca, più rigorosa di altre culture giuridiche, viene più condivisibilmente definita *Rechtsschutzbedürfnis* e cioè «necessità di tutela giurisdizionale».

<sup>586</sup> Se, per esempio, un'autorità amministrativa mette in dubbio o nega la cittadinanza tedesca di una persona, quest'ultima può chiedere che la sua cittadinanza venga accertata con una *Feststellungsklage* (DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa*, cit., 125).

<sup>587</sup> *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts*, 36, 179 (181 ss); 51, 69 (75); 77, 207 (211); *BVerwG*, in *DVBl*, 2000, 1363.

<sup>588</sup> Si decade dal diritto di azione di accertamento generale non nel termine di un mese, ma in caso di eccessivo ritardo nella proposizione della domanda.

<sup>589</sup> CARRÀ, *op. ult. cit.*, 75 ss.

<sup>590</sup> Rinvenibile in *NJW*, 2000, 3584.

amministrativo (*VwVfG*). Non è sottoposta ad un termine di decadenza, ma l'interesse ad agire potrebbe essere escluso qualora l'attore trascuri negligenemente di esercitarla per un tempo eccessivamente lungo. L'*Anfechtungsklage* esperita nell'erroneo presupposto di annullabilità dell'atto amministrativo che invece è nullo si converte automaticamente nella *Nichtigkeitsfeststellungsklage*.

Parallelamente alla *vorbeugende Unterlassungsklage*, si ritiene ammissibile<sup>591</sup> la *vorbeugende Feststellungsklage* quale azione preventiva di accertamento di un rapporto giuridico non ancora attuale, ma che minaccia di concretizzarsi in un futuro imminente, con pregiudizio dei diritti soggettivi pubblici dell'attore; può anche accertare anticipatamente, per evitare che si verificino, le modificazioni peggiorative di un rapporto attuale e non controverso.

La *Fortsetzungsfeststellungsklage* (letteralmente "azione di accertamento in prosecuzione") è prevista dal § 113, comma 1, ultima parte, *VwGO* secondo cui qualora, nel corso del giudizio impugnatorio, «l'atto amministrativo sia venuto meno mediante ritiro o altrimenti, il tribunale dichiara con sentenza, su richiesta, che l'atto amministrativo era illegittimo, se l'attore ha un giustificato interesse a tale accertamento».

Questa norma non sembra prevedere un'azione dichiarativa autonoma, ma una sorta di prosecuzione (*Fortsetzung*) dell'azione impugnatoria originariamente proposta, al fine di ottenere un chiarimento definitivo sulla questione dell'illegittimità dell'atto amministrativo sollevata nel processo e venuta meno in quanto l'atto impugnato ha esaurito i suoi effetti prima della decisione sulla controversia.

Senonché, la giurisprudenza, con l'avallo della dottrina, ha esteso l'applicabilità di quest'«accertamento in prosecuzione» ben al di là delle ipotesi alle quali si riferisce la disposizione citata.

Innanzitutto, sono stati fatti rientrare nell'ambito di utilizzazione della *Fortsetzungsfeststellungsklage* anche casi in cui un atto illegittimo in realtà non ha esaurito i suoi effetti, ma non è più attaccabile con un'azione impugnatoria perché, per esempio, l'atto illegittimo, affetto da vizi formali, è stato sanato ai sensi del § 45 *VwVfG* o perché il vizio, giusta il disposto del § 46, non consente l'annullamento dell'atto<sup>592</sup>.

In secondo luogo, è stata estesa in via analogica la portata applicativa dell'istituto anche alle altre azioni esperibili nel processo amministrativo e, in particolare, a quelle di adempimento. E così la *Fortsetzungsfeststellungsklage* può essere esercitata in prosecuzione di un giudizio avviato da una *Verpflichtungsklage*, per l'accertamento dell'illegittimità del diniego di un atto favorevole o dell'inerzia serbata dall'amministrazione sulla relativa richiesta presentata dall'interessato, quando il mutamento della situazione di fatto o della

---

<sup>591</sup> HUFEN, *op. cit.*, 335 ss.

<sup>592</sup> HUFEN, *op. cit.*, 344 ss.

situazione di diritto renda eccessivamente tardiva o comunque inutile una sentenza di condanna all'adozione dell'atto favorevole<sup>593</sup>.

In terzo luogo, sebbene il § 113, comma 1, ultima parte, *VwGO* disciplini l'azione in commento come un'appendice di un'azione già avviata, la giurisprudenza ha ammesso la sua autonoma proponibilità per l'accertamento dell'illegittimità di provvedimenti che hanno un'efficacia istantanea o comunque circoscritta nel tempo, quando gli effetti di tali atti si siano esauriti prima<sup>594</sup> dello spirare del termine di proposizione dell'azione impugnatoria<sup>595</sup>. In questo modo, la *Fortsetzungsfeststellungsklage* ha finito per assumere la dignità di un'autonoma azione di accertamento, che può essere esercitata al di fuori di un giudizio di annullamento (o di adempimento).

L'«interesse qualificato» (*berechtigtes Interesse*) richiesto dalla norma come condizione di ammissibilità dell'azione è definito dalla dottrina come «un qualsiasi interesse meritevole di tutela giuridica, economica o ideale»<sup>596</sup> e viene individuato in almeno tre fattispecie: nell'attitudine della sentenza di accertamento a fungere da precedente per una decisione amministrativa successiva, al fine di fugare il pericolo dell'emanazione nel futuro di un nuovo provvedimento illegittimo identico o simile<sup>597</sup>; nell'interesse ad una riabilitazione in considerazione delle conseguenze pregiudizievoli e discriminatorie che possano derivare da un atto amministrativo<sup>598</sup>, specialmente quando vengono in considerazione diritti fondamentali, come il diritto al lavoro o all'onore<sup>599</sup>; nell'effetto vincolante che l'accertamento dell'illegittimità di un atto amministrativo da parte del tribunale amministrativo spiega in un eventuale successivo giudizio di risarcimento dei danni da intentarsi davanti al tribunale ordinario<sup>600</sup>.

---

<sup>593</sup> *BVerwG*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, 2174 e 2179; *BVerwG*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1992, 1211.

<sup>594</sup> Se gli effetti dell'atto amministrativo si sono esauriti dopo lo spirare del termine decadenziale di proposizione dell'azione di annullamento (o di adempimento), la *Fortsetzungsfeststellungsklage* esercitata al di fuori del giudizio di annullamento (o di adempimento) dovrà essere dichiarata inammissibile.

<sup>595</sup> CARRÀ, *op. ult. cit.*, 80. Le ragioni di questa ulteriore estensione sono ricordate da C. FRAENKEL-HAEBERLE (*op. ult. cit.*, 102) e possono così sintetizzarsi: ritenendo ammissibile la *Fortsetzungsfeststellungsklage* anche se proposta dopo l'evento risolutivo o dopo l'esaurimento degli effetti dell'atto, si evita di far dipendere la tutela giurisdizionale dichiarativa dell'illegittimità dal caso e cioè dal fatto che l'evento che vanifica l'azione di annullamento o di adempimento o di altro tipo si verifichi prima o dopo la proposizione della domanda giudiziale.

<sup>596</sup> J. ROZEK, *Grundfälle zur verwaltungsgerichtlichen Fortsetzungsfeststellungsklage*, in *JUS*, 1995, 598.

<sup>597</sup> È il caso, ad es., del ricorrente che non abbia ottenuto una concessione che viene assegnata annualmente e che ha un giustificato interesse a chiedere l'accertamento, anche *a posteriori*, dell'illegittimità del diniego, che potrebbe precludergli l'ottenimento della concessione negli anni successivi (FRAENKEL-HAEBERLE, *op. ult. cit.*, 103).

<sup>598</sup> Si pensi al ricorrente bocciato ad un esame che, pur avendo nuovamente sostenuto la prova con esito positivo, desidera che venga dichiarata l'illegittimità della prima valutazione, che potrebbe rappresentare una macchia per la sua carriera (FRAENKEL-HAEBERLE, *op. ult. cit.*, 103).

<sup>599</sup> Si pensi alla vittima di un provvedimento di polizia illegittimo che ha esaurito i suoi effetti, il quale intenda riabilitarsi agli occhi della collettività o anche per non vedersi discriminato nella ricerca di un lavoro o nella sua attività professionale.

<sup>600</sup> Nell'ordinamento tedesco, infatti, vige il principio del “doppio binario” di tutela, giusta il disposto del § 40, comma 2, *VwGO* che, in attuazione dell'art. 34 *GG*, devolve alla giurisdizione dei tribunali ordinari

Con una riforma legislativa del 1976 è stata poi introdotta nel processo amministrativo tedesco l'azione per l'accertamento e la declaratoria dell'illegittimità di norme giuridiche secondarie.

Denominata *Normenkontrolle*, tale azione è prevista e disciplinata dal § 47 *VwGO* come strumento per contrastare l'illegittimità di regolamenti (*Rechtsverordnungen*) e di statuti (*Satzungen*) in materia urbanistica ed edilizia<sup>601</sup>, nonché di altre normative giuridiche di rango inferiore alla legge del *Land*<sup>602</sup>, se lo prevede espressamente l'ordinamento del singolo Stato federato.

Il relativo giudizio è di competenza funzionale dei Tribunali amministrativi superiori (gli *Oberverwaltungsgerichte*), viene introdotto su istanza di persone fisiche o giuridiche o di autorità amministrative ed è formalmente diretto contro l'ente pubblico che ha emanato la norma giuridica secondaria.

Fino al 1996 la *VwGO* consentiva un'ampia legittimazione a ricorrere a chiunque fosse svantaggiato in un suo interesse giuridicamente protetto da una norma secondaria asseritamente illegittima, configurando la *Normenkontrolle* come un'azione di controllo obiettivo di legalità secondo il modello francese del ricorso - di pubblica utilità e di ordine pubblico - dell'*excès de pouvoir*.

A seguito della novella legislativa di quell'anno, il § 47 *VwGO* prevede oggi che la richiesta (*Antrag*) di controllo di legittimità possa essere proposta da ogni persona fisica o giuridica «che faccia valere di essere lesa nei propri diritti dalla norma giuridica», in tal modo assimilando la relativa legittimazione a ricorrere alla legittimazione ad agire del § 42, comma 2, ciò che è stato interpretato dalla dottrina<sup>603</sup> e dalla giurisprudenza<sup>604</sup> come un segnale della volontà legislativa di riconoscere anche a questo tipo di giudizio amministrativo una funzione di protezione soprattutto soggettiva.

---

le pretese risarcitorie derivanti da violazione di obblighi di diritto pubblico che non si fondano su un contratto di diritto pubblico. E dunque, l'accertamento dell'illegittimità e l'annullamento di un provvedimento amministrativo spettano alla giurisdizione amministrativa; la condanna al risarcimento dei danni cagionati dal provvedimento illegittimo spetta, invece, alla giurisdizione ordinaria. Nondimeno, l'illegittimità dell'atto può essere verificata dai tribunali ordinari nell'ambito del giudizio di responsabilità e ai soli fini della condanna al risarcimento dei danni. Va anche precisato che l'interesse all'accertamento, con l'«azione in prosecuzione», dell'illegittimità del provvedimento o del comportamento della p.a. (ad esempio, un ritardo: si pensi a chi abbia richiesto una concessione edilizia per un terreno, negata dal Comune, ma ottenuta anni dopo in seguito a modifiche del progetto, che può avere interesse a far accertare dal giudice amministrativo l'illegittimità del vecchio diniego per poter ottenere dal giudice ordinario il risarcimento dei danni da ritardo) che spiega effetti vincolanti nel giudizio risarcitorio, è ritenuto sussistente soltanto nell'ipotesi in cui l'atto illegittimo abbia esaurito i suoi effetti nel corso di un giudizio di impugnazione o di adempimento, e non nel caso in cui l'atto li abbia esauriti prima della sua instaurazione. In questo caso resta comunque ferma per il giudice ordinario la possibilità di accertare in via incidentale l'illegittimità dell'atto o del comportamento della p.a. nel giudizio di responsabilità (*BVerwG*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1989, 641; *BVerwG*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2000, 1411).

<sup>601</sup> E *Satzung* (statuto) è qualificato espressamente dal § 10 del Codice dell'edilizia (*Baugesetzbuch*) il *Bebauungsplan*, piano urbanistico normativo con le caratteristiche, in parte, di un piano regolatore generale e, in parte, di un piano attuativo.

<sup>602</sup> Si pensi, ad esempio, ai regolamenti e agli statuti emanati dallo Stato federato, dai comuni, dalle camere di commercio, dagli ordini professionali, dalle università, dagli enti radiofonici, etc.

<sup>603</sup> HUFEN, *op. ult. cit.*, 357; W.R. SCHENKE, *Die Antragsbefugnis natürlicher und juristischer Personen in Normenkontrollverfahren gem. § 47, 1 Alt. n. F. VwGO*, in *VerwArch.*, 1999, 301 ss.

<sup>604</sup> *BVerwGE* 68, 12; *BVerwGE* 107, 215.



La decisione che accerta l'invalidità della disposizione normativa, la dichiara nulla e tale decisione produce effetti *erga omnes*<sup>605</sup> e dev'essere pubblicata dall'ente pubblico autore della norma secondaria invalidata nelle stesse forme previste per la pubblicazione della norma stessa.

Sebbene non espressamente contemplata dalla *VwGO* né da altre fonti normative, dottrina<sup>606</sup> e giurisprudenza<sup>607</sup> hanno ritenuto ammissibile l'esperibilità della *Normerlaßklage* quale azione diretta a contrastare la mancata emanazione di norme giuridiche secondarie, quando questa inerzia produca una lesione dei diritti del cittadino. Ovviamente l'obbligo di salvaguardare la discrezionalità amministrativa delle pubbliche amministrazioni e quella più prettamente "politica" degli organi esecutivi degli Stati federati determina che il ricorrente possa domandare al giudice amministrativo soltanto una *Bescheidungsurteil* e cioè una sentenza che imponga all'autorità pubblica di emanare la normativa, senza statuire sul contenuto della stessa.

Si ritiene che al relativo giudizio si applichi il § 40, comma 1, *VwGO*, e non il § 47, con conseguente competenza ordinaria dei tribunali amministrativi di primo grado<sup>608</sup>.

### 7.3. La tutela cautelare.

Anche la tutela cautelare è molto ricca e articolata nel processo amministrativo tedesco e, in quanto finalizzata ad evitare le conseguenze pregiudizievoli irreversibili di provvedimenti o comportamenti positivi o omissivi dell'amministrazione che potrebbero derivare da una decisione giurisdizionale di merito tardiva, viene dalla giurisprudenza costituzionale<sup>609</sup> ancorata al principio di pienezza e di effettività della tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dei poteri pubblici, garantito dall'art. 19, comma 4, *GG*.

Il procedimento di tutela provvisoria, che può affiancare o precedere il giudizio di merito, è diversamente regolato dalla *VwGO* a seconda che l'azione di cognizione esperita o da esperire sia l'*Anfechtungsklage*, un'azione di adempimento o un'azione dichiarativa, oppure la *Normenkontrolle*.

La tutela cautelare correlata all'impugnazione del provvedimento amministrativo sfavorevole è disciplinata dai §§ 80, 80a e 80b *VwGO* e si concreta nella sospensione del provvedimento.

Il § 80, comma 1, prevede che la presentazione del ricorso amministrativo in opposizione (*Widerspruch*) e dell'azione impugnatoria (l'*Anfechtungsklage*) produce un effetto sospensivo (*aufschiebende Wirkung*) immediato ed automatico, indipendentemente dal fatto che l'atto sia impugnato dal suo diretto destinatario o dai terzi interessati che ne subiscono gli effetti sfavorevoli. Attraverso questa regola generale, il legislatore tedesco ha inteso mantenere

---

<sup>605</sup> Così prevede il comma 5 del § 47 *VwGO*, che specifica che la decisione è adottata con sentenza, tranne che il Tribunale amministrativo superiore ritenga non necessaria una trattazione orale, nel qual caso è emanata con ordinanza.

<sup>606</sup> HUFEN, *op. cit.*, 377 ss.; T. WÜRTEMBERGER, *Verwaltungsprozeßrecht*, 1998, 308 ss.

<sup>607</sup> *BVerwGE* 78, 344; *BVerwGE* 80, 355 ss.; *BVerwG*, in *NVwZ*, 1990, 163.

<sup>608</sup> *BVerwGE* 80, 355; *BVerwG*, in *NVwZ*, 2002, 1505.

<sup>609</sup> *BVerfGE* 35, 263 ss.

intatto lo *status quo* inciso da un atto amministrativo fino a quando, col passaggio in giudicato della sentenza<sup>610</sup>, il giudice non abbia rimosso il sospetto di illegittimità sollevato dal ricorrente, scegliendo in tal modo di privilegiare la garanzia dei diritti del cittadino rispetto all'interesse generale insito nell'esecuzione del provvedimento.

La regola dell'effetto sospensivo automatico è tuttavia attenuata da alcune eccezioni previste dalla legge al fine di evitare una scarsa considerazione dell'interesse della collettività all'immediata esecuzione dei provvedimenti amministrativi, specialmente quando vengano in considerazione valori e interessi particolarmente delicati e importanti. E così il § 80, comma 2, *VwGO* stabilisce che l'automatismo sospensivo non opera sugli atti a contenuto fiscale, sui provvedimenti di polizia indifferibili, «negli altri casi prescritti con legge federale o, per l'ordinamento del *Land*, con legge del *Land*, soprattutto per opposizioni ed azioni di terzi contro atti amministrativi relativi a investimenti o alla creazione di posti di lavoro» e nei casi in cui l'immediata esecuzione venga appositamente disposta nell'interesse pubblico o nell'interesse prevalente di una parte dall'autorità che ha emanato l'atto o che deve decidere sull'opposizione e che però deve specificamente motivare per iscritto questo particolare interesse (comma 3)<sup>611</sup>.

In tutte le eccezioni menzionate, peraltro, da un lato, l'autorità che ha emanato l'atto o che deve decidere del ricorso in opposizione può sempre sospendere l'esecuzione, se la legge federale non disponga diversamente (comma 4); dall'altro, il tribunale che decide sulla questione principale può sempre disporre la sospensione del provvedimento su istanza della parte interessata (comma 5), che può essere presentata anche prima (tutela cautelare *ante causam*) della proposizione dell'*Anfechtungsklage*, decidendo in tal caso il collegio – o, nei casi più urgenti, il Presidente (comma 8) – di norma senza dibattimento orale, con un'ordinanza che può essere modificata o revocata in qualsiasi momento, anche su richiesta delle parti (comma 7).

Il § 80a *VwGO* disciplina l'effetto sospensivo per gli «atti amministrativi a doppio effetto» cercando di bilanciare le contrapposte esigenze di chi riceve effetti favorevoli e di chi riceve effetti sfavorevoli, diretti o indiretti, dall'atto amministrativo.

Le azioni di adempimento e di accertamento sono assistite da un autonomo procedimento giurisdizionale cautelare che è disciplinato dal § 123 *VwGO*.

Esso è introdotto da un'istanza dell'interessato che, anche in questo caso, può precedere la proposizione dell'azione di cognizione dando luogo alla tutela cautelare *ante causam*, ed è deciso con ordinanza e senza dibattimento orale dal tribunale competente per la questione principale, di norma in composizione collegiale, tranne che per i casi più urgenti dal Presidente.

---

<sup>610</sup> Il § 80b *VwGO* stabilisce che l'effetto sospensivo cessa col passaggio in giudicato della sentenza o, se l'azione è rigettata in primo grado, decorsi tre mesi dallo spirare del termine per interporre l'appello.

<sup>611</sup> Ma precisa il comma 4 che l'indicazione scritta della particolare motivazione non è necessaria se, in caso di pericolo in mora, soprattutto in presenza di un incombente pregiudizio per la vita, la salute o la proprietà, l'autorità adotta nel pubblico interesse a titolo precauzionale una misura di emergenza.

Le ordinanze giurisdizionali provvisorie statuiscono misure cautelari atipiche che, alla stregua del § 123, possono assumere una duplice veste: quella delle ordinanze di garanzia (*Sicherungsanordnung*) che mirano a conservare la situazione di fatto, quando sussista il pericolo che attraverso un mutamento dello *status quo* possa essere impedita o sostanzialmente pregiudicata la realizzazione di un diritto del ricorrente (comma 1, primo periodo); e quella delle ordinanze di regolazione (*Regelungsanordnung*) volte, invece, a modificare transitoriamente la situazione di fatto, quando, con riferimento ad un rapporto giuridico controverso, soprattutto se a carattere durevole, sia necessario introdurre una regolazione provvisoria «per scongiurare pregiudizi rilevanti o un pericolo incombente o per altri motivi» (comma 1, secondo periodo).

Un procedimento giurisdizionale autonomo è, infine, previsto per assicurare una tutela cautelare nell'ambito della *Normenkontrollverfahren* disciplinata dal § 47 *VwGO*, il cui comma 6 dispone che «il tribunale può emanare su richiesta un provvedimento provvisorio, qualora sia urgentemente richiesto per scongiurare gravi danni o per altri importanti motivi».

Dunque, nelle ipotesi in cui il giudizio amministrativo abbia ad oggetto l'accertamento della validità di una norma giuridica secondaria, su istanza dell'interessato, che può essere presentata anche prima dell'esperimento della *Normenkontrolle*, il Tribunale amministrativo superiore (*OVG*)<sup>612</sup>, solo in composizione collegiale, qualora ravvisi un pericolo di danno grave derivante dall'applicazione di una norma secondaria, in attesa del giudizio definitivo sulla validità della stessa, può sospendere l'entrata in vigore o l'attuazione o subordinarne l'esecuzione a particolari condizioni, con effetti transitori che potranno essere sia *erga omnes* che limitati al solo ricorrente.

#### 7.4. L'esecuzione.

La sentenza definitiva del giudice amministrativo vincola le parti (§ 121 *VwGO*) e dunque anche la pubblica amministrazione è obbligata a darvi esecuzione.

L'istituto dell'ottemperanza coattiva per l'amministrazione delle sentenze amministrative e, più in generale, gli strumenti offerti dall'ordinamento per assicurare l'attuazione delle stesse sono considerati in Germania «un capitolo particolarmente oscuro»<sup>613</sup> per almeno due ragioni.

Innanzitutto, perché il § 167 *VwGO* rinvia, per la disciplina dell'esecuzione (*Vollstreckung*) delle sentenze amministrative e degli altri titoli esecutivi, all'ottavo libro del codice di procedura civile relativo alla *Zwangsvollstreckung*, e gli schemi giuridici processualciviltistici sulla esecuzione forzata, soprattutto in forma specifica<sup>614</sup>, sono mutuabili soltanto con molte forzature nel giudizio amministrativo nel quale la parte inottemperante è un potere pubblico, come tale

---

<sup>612</sup> Come si è detto nel precedente paragrafo, l'*Oberverwaltungsgericht* è competente per materia nel giudizio di legittimità delle norme secondarie.

<sup>613</sup> Così W.R. SCHENKE, *Probleme des Rechtsschutzes bei der Vollstreckung von Verwaltungsakten*, in *NVwZ*, 1993, 1.

<sup>614</sup> Per l'esecuzione forzata in forma generica degli obblighi imposti all'amministrazione nella sentenza, si pongono, per vero, meno problemi.

protetto, nei confronti dell'organo giurisdizionale dell'esecuzione, dal principio costituzionale della separazione dei poteri.

In secondo luogo, perché in Germania sono molto rari i casi nei quali un'amministrazione rifiuti di dare esecuzione ad una sentenza o si discosti dal suo contenuto decisorio<sup>615</sup>. Non è soltanto per il timore dei funzionari pubblici di incorrere in responsabilità civile, penale e amministrativa per violazione dei loro doveri d'ufficio, ma è anche per la mentalità diffusa secondo cui sarebbe contrario ai principi dello Stato di diritto non rispettare una decisione giurisdizionale. Sicché, a differenza di quanto avvenuto in altri Paesi<sup>616</sup>, la dottrina non è stata stimolata dalla biasimevole prassi amministrativa di violazione, elusione o inattuazione del giudicato amministrativo ad approfondire la tematica dell'ottemperanza, tant'è che nei più diffusi manuali tedeschi di diritto processuale amministrativo l'argomento non è trattato né diffusamente né in maniera specifica.

Ora, com'è noto, non soltanto le sentenze di adempimento e di prestazione obbligano l'amministrazione a porre in essere un'attività esecutiva giuridica o materiale, ma anche quelle costitutive di annullamento e quelle meramente dichiarative, che non siano *self-executing* e che, in quanto tali, richiedano che l'autorità pubblica giudizialmente soccombente adegui la realtà di fatto alla nuova situazione di diritto ricostituita dalla sentenza retroattiva di annullamento o accertata dalla sentenza dichiarativa (effetto ripristinatorio) e si conformi alla statuizione contenuta nel giudicato di annullamento o di accertamento, adottando i necessari provvedimenti e comportamenti (effetto conformativo).

Ebbene, per il caso - come detto - più ipotetico che realistico, di inottemperanza della decisione giurisdizionale, non esistono in Germania istituti di esecuzione coattiva diretta che consentano al giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione inadempiente nell'emanazione dei provvedimenti dovuti, ma soltanto lo strumento di coercizione indiretta dell'ammenda (*Zwangsgeld*) contro l'autorità.

L'istituto è disciplinato dal § 172 *VwGO* che stabilisce che se un'autorità non ottempera all'obbligo impostole nella sentenza o nel provvedimento cautelare, il tribunale di primo grado<sup>617</sup> può, su richiesta del ricorrente vittorioso<sup>618</sup>, comminarle con ordinanza un'ammenda fino a diecimila euro previa assegnazione di un termine, applicarla dopo l'infruttuoso decorso del termine e portarla ad esecuzione d'ufficio, aggiungendo che l'ammenda può essere comminata, irrogata e portata ad esecuzione ripetutamente (*ad infinitum*) in caso di reiterata inottemperanza.

---

<sup>615</sup> P. SOMMERMANN, *Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *Speyerer Forschungsberichte*, Speyer 1991, 57.

<sup>616</sup> Per esempio, in Italia e in Spagna.

<sup>617</sup> Tribunale di primo grado che, come si è già detto, nelle controversie indicate dai §§ 47 e 48 *VwGO* è l'*Oberverwaltungsgericht* e in quelle stabilite dal § 50 è il *Bundesverwaltungsgericht*.

<sup>618</sup> Ma la somma irrogata dal giudice non è destinata al ricorrente che ne fa istanza, ma alla cassa dell'erario (*Staatskasse*). Cfr. K. REDEKER – H. J. VON OERTZEN, *VwGO Kommentar*, 13 Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln 2000, § 172, Rn. 7.

Sebbene la citata disposizione preveda l'irrogazione della *Zwangsgeld* non al funzionario pubblico, ma all'autorità amministrativa, l'effetto coercitivo è egualmente assicurato dal complessivo sistema della responsabilità civile e amministrativo-contabile dell'ordinamento tedesco, perché, giusta la previsione dell'art. 34 *GG*, alla quale è stata data attuazione con la legislazione del *Bund* e dei *Länder*, il funzionario e il dipendente pubblico responsabile del danno con dolo o colpa grave «per violazione dei doveri della funzione» subiscono l'azione di regresso da parte dell'ente pubblico chiamato a pagare la penale.

### **8. Il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità.**

Si è già avuto modo di sottolineare, nel primo capitolo di questo lavoro - dove se ne sono esposte anche le ragioni - che uno dei maggiori pregi degli ordinamenti giurisdizionali dualistici di giustizia amministrativa è storicamente consistito nel loro generalmente avanzato sistema di controllo giurisdizionale sull'esercizio del potere amministrativo discrezionale, controllo che costituisce il punto di massima tensione tra le contrapposte esigenze, da un lato, di garantire che all'amministrazione non venga impedito di curare, con una certa elasticità e flessibilità di soluzioni, l'interesse generale, e, dall'altro, di tutelare il privato contro i pregiudizi che possano essere arrecati ai suoi interessi dall'azione amministrativa svolta con la libertà di scelta delle modalità e dei mezzi più idonei e opportuni al perseguimento dell'interesse generale. L'ordinamento tedesco ce ne offre una evidente rappresentazione, di cui è interessante esaminare l'approdo raggiunto e il percorso seguito dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Innanzitutto, su un piano prettamente ideologico, occorre rammentare che il definitivo superamento della concezione, tipica della realtà prussiana dei decenni a cavallo del XX secolo, secondo la quale la giurisdizione amministrativa era parte della stessa amministrazione, ha determinato la sottrazione al giudice amministrativo della cognizione di tutti quei profili della decisione amministrativa che attengono all'opportunità della scelta. Il merito della scelta amministrativa è riservato all'autorità esecutiva e, come tale, è insindacabile dal tribunale amministrativo, il quale può soltanto controllare la legittimità dell'esercizio della discrezionalità, senza però mai sostituire le proprie determinazioni alle valutazioni di opportunità compiute dall'amministrazione<sup>619</sup>.

In secondo luogo, su un piano di diritto positivo, conviene ricordare che l'art. 20, comma 3, *GG*, afferma il principio di legalità-garanzia e di legalità-indirizzo dell'attività amministrativa, prescrivendo la legittimazione normativa del potere e degli atti della pubblica amministrazione e i limiti dell'esercizio di tale potere, con la disposizione secondo la quale «il potere legislativo è vincolato dall'ordine costituzionale, il potere esecutivo e giudiziario sono vincolati dalla legge e dal diritto», formula, quest'ultima, assai avanzata, perché formalizza, addirittura nella carta costituzionale, l'obbligo di osservanza, da parte dei tribunali e della pubblica amministrazione, non solo delle norme di legge, ma

---

<sup>619</sup> MASUCCI, *op. ult. cit.*, 17-18.

anche dei principi di diritto, quali sono, ad esempio, quelli di ragionevolezza, di proporzionalità, di legittimo affidamento e di correttezza.

Il clima nel quale respirano i giuristi tedeschi negli anni che seguono la fine della seconda guerra mondiale e l'approvazione della Legge fondamentale è quello del ricordo traumatico degli abusi della discrezionalità amministrativa perpetrati, sotto il regime nazionalsocialista, dalle autorità esecutive. Si ritiene allora opportuno comprimere al massimo lo spazio discrezionale lasciato all'amministrazione e s'interpreta in modo rigoroso il principio di legalità dettato dalla *Grundgesetz*. Le attribuzioni di discrezionalità al potere esecutivo ai fini dell'adozione di atti amministrativi sfavorevoli devono essere sufficientemente definite per legge nel contenuto, nello scopo e nell'entità. Clausole normative generali e vaghe non sono compatibili col principio di legalità. Vi può essere discrezionalità (*Ermessen*) soltanto quando la norma di legge espressamente<sup>620</sup> assegni all'amministrazione la facoltà di scegliere fra diversi possibili comportamenti. Eventuali «concetti giuridici indeterminati» (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) contenuti nella norma non attribuiscono all'amministrazione una discrezionalità decisionale, ma solo uno spazio interpretativo della fattispecie normativa. E mentre la discrezionalità è insindacabile nel merito, la concretizzazione da parte dell'amministrazione dei concetti giuridici indeterminati indicati nella legge<sup>621</sup> (ad esempio, "interesse pubblico", "pubblica sicurezza", "giusta causa", "buon costume", "sostenibilità", "valore artistico", "maturità dello studente", "idoneità del candidato", "affidabilità del concessionario", etc.) è pienamente accessibile, sindacabile e sostituibile dal giudice, perché questione di interpretazione normativa e *iura novit curia*.

Per teorizzare questa impostazione garantistica, si riscoprono le pagine della più autorevole dottrina dei primi due decenni del secolo<sup>622</sup> nelle quali si distingue una «ambiguità della legge voluta dal legislatore»<sup>623</sup>, che identifica l'espressa attribuzione legislativa all'amministrazione di un potere discrezionale, dalle ipotesi di indeterminatezza per così dire accidentale, cioè non voluta consapevolmente dal legislatore, rappresentate dai «concetti giuridici indeterminati», la cui interpretazione e la cui applicazione devono essere compiute dall'amministrazione con riferimento alla volontà del legislatore e all'unico significato che quest'ultimo ha voluto esprimere con la formulazione

---

<sup>620</sup> Col passare del tempo il principio della riserva legislativa di potere discrezionale verrà interpretato in modo sempre meno formale e sempre più sostanziale e si affermerà che esso non significa che la norma di legge deve apertamente parlare di "discrezionalità", ma che «la discrezionalità è attribuita dal legislatore» e che «deve quindi ricavarsi dalle norme giuridiche rilevanti nel caso specifico» (H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2002, § 7, nn. 9) anche attraverso formule del tipo «l'autorità può ...» o guardando alla *ratio* generale della disposizione che attribuisce all'amministrazione una facoltà di scelta tra più prestazioni.

<sup>621</sup> Per cui sarebbe forse più corretta l'espressione *unbestimmte Gesetzesbegriffe*, come usa parte della dottrina, invece che *unbestimmte Rechtsbegriffe*.

<sup>622</sup> R. VON LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig und Wien, 1910; W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913; W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Berlino 1931, 30 ss.

<sup>623</sup> W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, cit., 36.

della disposizione, fermo restando che il significato specificato dall'amministrazione può essere pienamente controllato dal giudice<sup>624</sup>.

Negli anni Cinquanta, l'elaborazione della dottrina<sup>625</sup>, che contrappone la discrezionalità ai concetti giuridici indeterminati, precisando che con la discrezionalità l'amministrazione ha una scelta tra più possibili alternative di azione egualmente legittime, mentre in relazione ai concetti giuridici indeterminati viene in considerazione un mero problema di cognizione (*Erkenntnisproblem*) dei presupposti di legge e dunque di qualificazione giuridica dei fatti, viene avallata dalla giurisprudenza costituzionale. In una storica pronuncia<sup>626</sup> sul diritto al rilascio del passaporto, il *Bundesverfassungsgericht* distingue tra *kognitives Ermessen*, rappresentata dalla sussunzione di un fatto sotto un concetto giuridico indeterminato, e quindi espressione di un processo intellettuale rivolto alla corretta interpretazione e applicazione della legge, e *volitives Ermessen*, equiparabile alla «discrezionalità piena» e quindi consistente in una manifestazione di volontà con cui l'amministrazione effettua una ponderazione tra interesse pubblico e interessi privati e dispone di un bene della vita<sup>627</sup>. La «minaccia per rilevanti interessi della Repubblica Federale», che costituisce un elemento ostativo al rilascio del passaporto, è un «concetto giuridico indeterminato» valutabile dall'amministrazione, ma pienamente accessibile al sindacato del giudice che può censurare il cattivo esercizio del potere interpretativo da parte della pubblica amministrazione, imponendo a quest'ultima la propria corretta applicazione della norma giuridica.

Nel sistema tedesco, la dicotomia discrezionalità/concetti giuridici indeterminati rimane ontologicamente correlata alla struttura della norma giuridica<sup>628</sup>. Gli studiosi tedeschi riconoscono che la forma prevalente del discorso giuridico è sostanzialmente la struttura condizionale, che vede la norma configurarsi come una proposizione ipotetica, con la proposizione condizionante, che descrive la fattispecie astratta (*Tatbestand*), da una parte, e la proposizione condizionata, che stabilisce le conseguenze giuridiche (*Rechtsfolge*), dall'altra, del tipo «Se A, allora l'amministrazione può/deve B». Gli *unbestimmte Rechtsbegriffe* si collocano sul versante della proposizione condizionante e cioè della fattispecie normativa pura: con un procedimento cognitivo,

---

<sup>624</sup> M.T. RODI, *I "concetti giuridici indeterminati". Comparazione tra sistemi giuridici e analisi economica del diritto*, eprints LUISS 2014, 14.

<sup>625</sup> H. REUB, *Der unbestimmte Rechtsbegriff – Seine Bedeutung und seine Problematik*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 68, 1953, p. 649 ss.

<sup>626</sup> *BVerfGE* 6, 32, del 16 gennaio 1957.

<sup>627</sup> FRAENKEL-HAEBERLE, *op. ult. cit.*, 22.

<sup>628</sup> E. SCHMIDT-ABMANN – T. GROß, *Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte nach der Privatschul-Entscheidung des BVerfG*, in *NVwZ*, 1983, 622 ss.; S. OETER, *Die Kontrolldichte hinsichtlich unbestimmter Begriffe und des Ermessen*, in J. A. FROWEIN (a cura di), *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, Berlin-Heidelberg 1993, 268 ss. Nella letteratura giuridica italiana una puntuale descrizione del rapporto, nell'ambito della struttura normativa, tra concetti giuridici indeterminati e discrezionalità è svolta da P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, in *Dir. amm.*, n. 2/1996, 301 ss., nonché, sempre dallo stesso autore, e con maggiore sistematicità, in *Autorità indipendenti e discrezionalità*, ed. Cedam, Padova 2001, 118 ss.

l'amministrazione determina il contenuto concreto dei concetti giuridici indeterminati, sussumendo in essi i fatti; in sede di applicazione della norma, sceglie una fra le possibili soluzioni interpretative che le si prospettano. La discrezionalità amministrativa, invece, concerne il versante della proposizione condizionata, quello delle conseguenze giuridiche («... allora l'amministrazione può B»): l'amministrazione cioè - se si verificano i presupposti previsti dalla proposizione condizionante - può agire secondo quanto descritto nella proposizione condizionata e se quest'ultima attribuisce una *Ermessen*, può (e anzi, deve, come si dirà parlando dei vizi della discrezionalità) esercitare la discrezionalità amministrativa<sup>629</sup>.

Orbene, se il legislatore attribuisce all'amministrazione la discrezionalità (*Ermessensermächtigung*), l'esercizio della stessa è soggetto soltanto ad un limitato controllo giudiziale nei limiti della sussistenza di un vizio di legittimità relativo al suo esercizio (*Ermessensfehler*), fermo il limite che il giudice non può sostituire la propria discrezionalità a quella dell'amministrazione.

Il sindacato pieno e sostitutivo del giudice è, invece, sulla concretizzazione della fattispecie astratta da parte dell'amministrazione, sulla sussunzione dei fatti nei concetti giuridici indeterminati operata dall'autorità esecutiva, sulla proposizione condizionante, dove, a ben riflettere, si trova gran parte dello spazio valutativo dell'amministrazione e dove esiste un'«unica soluzione giusta» (*der nur einen richtigen Entscheidung*)<sup>630</sup>, controllabile e determinabile in ultima analisi dal giudice, trattandosi di una questione di interpretazione normativa previa ricostruzione dei fatti. Invero, «quando la legge fissa, con un concetto giuridico indeterminato, un certo presupposto per il verificarsi delle conseguenze giuridiche previste, tale presupposto potrà sussistere o non sussistere, ma certamente non potrà ad un tempo esistere e non esistere: una sola delle due o più possibili soluzioni è quella giusta»<sup>631</sup>. La scelta di una fra le molteplici soluzioni che si prospettano all'autorità amministrativa in sede di interpretazione e di applicazione della norma «non può che essere una, quella giusta, non certamente quella imposta o suggerita da eventuali ragioni di opportunità»<sup>632</sup>.

Ma proprio grazie a questa costruzione teorica che sposta gran parte della questione dell'esercizio della libertà dell'amministrazione di scelta dei mezzi e delle modalità per curare l'interesse pubblico, dal piano (logicamente successivo) delle conseguenze della norma, a quello (logicamente antecedente)

---

<sup>629</sup> RODI, *op. ult. cit.*, 16-17.

<sup>630</sup> W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, cit., 30 ss.

<sup>631</sup> Così D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, ed. Cedam, Padova 1995, 53-54, la quale richiama alcuni esempi classici della letteratura giuridica amministrativa tedesca: l'attività lavorativa di un fanciullo può essere nociva al suo sviluppo o può non esserlo, ma non è possibile che essa sia ad un tempo nociva e non nociva, e perciò non è possibile che la scelta fra l'una o l'altra soluzione venga condotta per ragioni di opportunità; ai fini della promozione, uno studente può essere maturo o non maturo, ma certamente non al tempo stesso maturo e non maturo; un determinato soggetto, destinatario di una concessione amministrativa, non potrà essere contemporaneamente affidabile e inaffidabile, a seconda che prevalga una o altra ragione di opportunità.

<sup>632</sup> DE PRETIS, *op. ult. cit.*, 54.



dell'interpretazione delle clausole normative indeterminate<sup>633</sup>, il giudice amministrativo tedesco viene ad avere un penetrante potere di controllo sull'uso di quella che, in altri sistemi, verrebbe pacificamente considerata o discrezionalità amministrativa, a volte persino "politica", o discrezionalità tecnica, atteso che tra gli *unbestimmte Rechtsbegriffe* più rilevanti<sup>634</sup> vi sono nozioni che, a ben vedere, presuppongono valutazioni ponderative di interessi pubblici e privati, a volte anche di "politica amministrativa", come quelle in materia di pianificazione urbanistica, territoriale ed energetica, nonché valutazioni tecnico-scientifiche basate su discipline non deterministiche e cognizioni opinabili<sup>635</sup>. Sotto quest'ultimo aspetto, non è un caso che la giurisprudenza amministrativa tedesca arrivi precocemente ad affermare in via

---

<sup>633</sup> L'Italia sembra aver conosciuto alcuni profili di questa impostazione nella ricostruzione che Costantino Mortati ebbe a fare della discrezionalità amministrativa (*Note sul potere discrezionale*, Roma 1936) e che ingenerò una polemica assai aspra con Massimo Severo Giannini sostenitore di un'opposta tesi (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939), polemica che ebbe la sua viva rappresentazione nella pubblicazione delle rispettive posizioni nel 1941 su *Stato e diritto* (rispettivamente *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, pag. 131 ss., e *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, pag. 439 ss.). Secondo Mortati, la scelta discrezionale è espressione di una scelta giuridico-intellettuale, consistendo nel potere di porre in essere la norma del caso concreto, applicando anche norme non giuridiche quali massime d'esperienza e regole sociali (non scritte), mentre per Giannini l'amministrazione agisce non per interpretare o integrare la legge, ma per soddisfare bisogni concreti, e per raggiungere tale obiettivo, dopo aver fissato il valore comparativo tra i diversi interessi, compie la scelta in vista del perseguimento del miglior interesse primario. Il contrasto di opinione tra i due Maestri non riguardava soltanto i presupposti teorici della ricostruzione della discrezionalità, ma anche e soprattutto le conseguenze pratiche che ne derivavano. Secondo Mortati, la scelta discrezionale esatta può essere una sola (per citare le note parole di Jellinek, il cui pensiero sugli *unbestimmte Rechtsbegriffe* sembra riecheggiare, vi può essere «un'unica soluzione giusta», «un'unica decisione giusta»), per cui il sindacato di legittimità può estendersi a valutarne l'esattezza; secondo Giannini, invece, la scelta discrezionale avviene tra soluzioni tutte astrattamente possibili e legittime e quindi è, almeno in via diretta, insindacabile sotto il profilo della legittimità. Com'è noto, nella dottrina e nella giurisprudenza italiane è finita per prevalere sostanzialmente la ricostruzione di Giannini.

<sup>634</sup> Le clausole generali costituenti gli *unbestimmte Rechtsbegriffe* possono esprimere concetti di valore o normativi (*Wertbegriff oder normative Begriffe*) e concetti empirici o descrittivi (*empirische oder deskriptive Begriffe*) (O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in *JuristenZeitung*, 1955, 97 ss.). I primi contengono un ineliminabile elemento di soggettività (come, per esempio, un film o uno spettacolo «non adatto» al pubblico dei minori, una persona «in stato di bisogno» o una condotta «contraria alla moralità pubblica»), involgono giudizi di valore e in Italia coprirebbero l'area della discrezionalità amministrativa. I secondi si riferiscono al modo di essere di una situazione di fatto (come, per esempio, l'«intralcio alla circolazione», la «pericolosità» di un edificio lesionato, il carattere «epidemico» di una malattia, il «pregio storico-artistico» di un bene), involgono giudizi a carattere tecnico-scientifico e in Italia coprirebbero l'area delle valutazioni tecniche. Si legga, in tal senso, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, ed. Il Mulino, Bologna 2013, 110-111, che richiama proprio la teorica tedesca degli *unbestimmte Rechtsbegriffe* per descrivere la discrezionalità amministrativa e la discrezionalità tecnica nel sistema italiano e le cui considerazioni possono aiutare a "tradurre" nelle categorie giuridiche italiane la suddetta teorica tedesca dei concetti giuridici indeterminati.

<sup>635</sup> Ha scritto Daria De Pretis che «per un verso [...] in nessun caso la dottrina tedesca riserva un rilievo differenziato alle questioni tecniche rispetto alle altre questioni – per intenderci, non tecniche - di applicazione della legge, tanto meno in funzione di un loro specifico trattamento giuridico; per altro verso, e logicamente ancor prima, va sottolineato come essa non conosca incertezze nel qualificare le stesse (del tutto occasionalmente considerate) "questioni tecniche" come vere e proprie *Rechtsfragen* (a fronte delle contrapposte *Ermessensfragen*), e ciò anche una volta aperto il fronte del c.d. «spazio di valutazione», rispetto al quale, semmai, la stessa norma tecnica può intervenire come elemento limitativo dei confini» (D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., 128 ss.).

tendenziale, e salvo talune - pur importanti - eccezioni<sup>636</sup>, un sindacato giurisdizionale intrinseco, anche di tipo sostitutivo, sui provvedimenti amministrativi basati su valutazioni tecniche. Sarà la dottrina a rivendicare un maggiore spazio di valutazione (*Beurteilungsspielraum*) da ritenere riservato all'amministrazione quando essa applichi concetti giuridici indeterminati, soprattutto di natura tecnico-scientifica<sup>637</sup>, stimolando la giurisprudenza ad alleggerire la "morsa" del suo invasivo sindacato, in linea, del resto, con una più generalizzata tendenza europea, che si fa strada dagli anni Ottanta, di *self-restraint* dei giudici amministrativi nel controllo delle decisioni espressione di discrezionalità tecnica o di discrezionalità mista adottate dalle autorità esecutive, specialmente dalle autorità amministrative indipendenti<sup>638</sup>.

Ma v'è di più, perché, esteso e incisivo, come visto, relativamente alla proposizione normativa condizionante, il controllo giurisdizionale sull'interpretazione e sull'applicazione, da parte della pubblica amministrazione, di quei concetti giuridici indeterminati su cui, in buona sostanza, si fonda l'area della discrezionalità amministrativa (*normative Begriffe* o *Wertbegriffe*) e della discrezionalità tecnica (*empirische Begriffe*), non meno esteso ed incisivo ha finito per essere il sindacato dei tribunali amministrativi sulle conseguenze giuridiche della fattispecie normativa consistenti nell'attribuzione di *Ermessen*, e cioè, a valle della norma, sull'esercizio della discrezionalità amministrativa *expressis verbis* attribuita dal legislatore. E ciò in virtù delle norme di diritto sostanziale e processuale che definiscono in negativo il concetto di discrezionalità e della "teutonica" interpretazione e applicazione che delle stesse è stata ed è data e fatta dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa.

Vengono in considerazione il § 40 *VwVfG* e § 114 *VwGO* che chiariscono che l'attività amministrativa discrezionale è viziata quando viene esercitata in modo non corrispondente allo scopo indicato dal legislatore o quando non sono rispettati i limiti legislativi posti alla discrezionalità<sup>639</sup>.

---

<sup>636</sup> Soprattutto in materia di valutazioni scolastiche, di casi di estrema soggettività del giudizio, come per le valutazioni effettuate dal superiore gerarchico nei giudizi sul rendimento e sulle capacità dei suoi sottoposti (*BVerwGE* 11, 139/140 del 29/9/1960), di provvedimenti fondati su valutazioni storico-artistiche, di impossibilità di ripetere il giudizio di opportunità o quello di carattere tecnico, di decisioni in settori di forte ed incisivo intervento pubblico, come in quello della tutela dal rischio del nucleare, dove si ritiene che i giudici non possano e non debbano assumersi compiti e responsabilità "politici". Per una spiegazione più sistematica della *ratio* di queste eccezioni al sindacato giurisdizionale intrinseco di tipo sostitutivo, si v. DE PRETIS, *op. ult. cit.*, 101 ss.

<sup>637</sup> DE PRETIS, *op. ult. cit.*, 112 ss.

<sup>638</sup> DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, cit., 316.

<sup>639</sup> Il § 40 *VwVfG* (legge sul procedimento amministrativo) stabilisce: «Se l'autorità è autorizzata ad agire secondo discrezionalità, essa deve esercitare il proprio potere discrezionale conformemente allo scopo dell'autorizzazione e rispettare i limiti legislativi posti alla discrezionalità». Il § 114 *VwGO* (legge sull'ordinamento processuale amministrativo) dispone: «Nella misura in cui l'autorità amministrativa è autorizzata ad agire secondo la propria discrezionalità, il tribunale verifica anche se l'atto amministrativo o il rifiuto o l'omissione dell'atto amministrativo sono illegittimi perché sono stati superati i limiti legislativi della discrezionalità o si è fatto un uso della discrezionalità in modo non corrispondente allo scopo del conferimento del potere. L'autorità amministrativa può integrare le proprie valutazioni discrezionali relative all'atto amministrativo anche durante il processo dinanzi al tribunale amministrativo».

In relazione alle menzionate disposizioni legislative, la dottrina tedesca<sup>640</sup> ha elaborato una serie di vizi della discrezionalità (*Fehlerlehre*).

Un primo vizio è lo sviamento dalla causa tipica (*Zweckverfehlung*), che consiste nell'esercizio, da parte dell'amministrazione, del potere discrezionale per conseguire uno scopo (*Zweck*) totalmente o parzialmente diverso da quello espressamente o tacitamente indicato dal legislatore, come nel caso di scuola di una licenza per un pubblico esercizio negata per ragioni fiscali<sup>641</sup>.

La violazione dei limiti legislativi della discrezionalità può dar luogo o al vizio del mancato esercizio della discrezionalità (*Ermessensnichtgebrauch*), perché, per esempio, l'amministrazione si ritiene erroneamente vincolata o semplicemente per trascuratezza, o al vizio del superamento dei limiti della cornice delle possibilità definita dalla norma (*Ermessensüberschreitung*), come quando l'amministrazione dia al provvedimento un contenuto non consentito dalla legge o infligga una sanzione amministrativa superiore al massimo edittale.

Ma tra i limiti legislativi "interni" all'esercizio del potere discrezionale vi sono anche quelli individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza sulla base di alcuni principi giuridici non positivizzati in norme espresse e la cui violazione integra la fattispecie più ricorrente di vizio della discrezionalità: il cattivo esercizio del potere.

Più nel dettaglio, sulla scorta del principio di eguaglianza stabilito dall'art. 3 *GG* e del principio di legalità posto dall'art. 20, comma 3, *GG* secondo cui il potere esecutivo è vincolato non soltanto dalla «legge», ma anche dal «diritto», si sono ritenuti illegittimi, nell'ambito della *Ermessensermächtigung*<sup>642</sup>, l'atto, il comportamento, il rifiuto o l'omissione di un atto o di un comportamento che violino i principi «giuridici» di eguaglianza, di ragionevolezza, di logicità, di correttezza, di legittimo affidamento, di buona fede e di proporzionalità. Soprattutto quest'ultimo principio (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) ha contribuito a riscrivere l'intera teoria dei vizi della discrezionalità amministrativa, essendo stato interpretato ed applicato dalla giurisprudenza amministrativa con frequenza e in modo assai rigoroso e stringente e, più precisamente, nella sua più ampia accezione, in un triplice significato<sup>643</sup>: esso comporta che la decisione amministrativa discrezionale debba essere vagliata, in primo luogo, sotto il profilo della sua idoneità (*Geeignetheit*) al perseguimento dello scopo, dovendo essere i mezzi impiegati idonei a perseguire l'obiettivo che l'amministrazione si prefigge; in secondo luogo, sotto il profilo della sua necessità (*Erforderlichkeit*) ovvero della "regola del mezzo più mite" (*Gebot des mildesten Mittels*), dovendo l'amministrazione, tra le varie scelte idonee a perseguire il fine stabilito, optare per quella che comporti il minor sacrificio<sup>644</sup> degli altri interessi

---

<sup>640</sup> F. OSSENBÜHL, *Tendenzen und Gefahren der neuen Ermessenlehre*, in *DÖV*, 1968, 618 ss.; HUFEN, *op. ult. cit.*, 466 ss.; R. BRÜHL, *Die Behandlung des Verwaltungsermessens in Bescheid und Urteil*, in *JUS*, 1995, 249 ss.

<sup>641</sup> L'esempio è citato da FRAENKEL-HAEBERLE, *op. ult. cit.*, 38.

<sup>642</sup> E cioè dell'attribuzione legislativa della discrezionalità nella "proposizione normativa condizionata".

<sup>643</sup> A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 63 ss.

<sup>644</sup> *Less restrictive*, si dirà in Gran Bretagna, che, per il tramite dell'ordinamento comunitario, mutuerà l'applicazione tedesca del principio di proporzionalità, al pari degli altri paesi europei, come si è già detto

in conflitto, soprattutto degli interessi privati dei cittadini; in terzo luogo, sotto il profilo della sua proporzionalità in senso stretto (*Abwägung* o *Proportionalität* o *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*), dovendo essere la misura adottata strettamente proporzionata all'obiettivo perseguito. La mancanza di uno solo di questi tre requisiti, da accertarsi in logica successione attraverso un penetrante controllo sui fatti reso possibile dai mezzi istruttori del processo amministrativo variegati ed estesi come quelli del processo civile, determina l'illegittimità del provvedimento amministrativo per un uso scorretto del potere discrezionale.

Se il tribunale amministrativo accerta un qualunque vizio di illegittimità nell'esercizio o nel mancato esercizio del potere amministrativo discrezionale, esso può o annullare il provvedimento o condannare l'amministrazione ad esercitare o a riesercitare il potere discrezionale, ma non può sostituirsi all'amministrazione nell'emanazione del provvedimento discrezionale<sup>645</sup>.

In buona sostanza e concludendo, si può osservare come tanto in virtù del potere-dovere del giudice di accertare e ricostruire integralmente tutti quegli aspetti fattuali della controversia che sono previsti dalla norma di legge come presupposti di fatto per l'attribuzione di un potere discrezionale, quanto grazie alla diretta e piena cognizione del giudice in ordine all'applicazione dei "concetti giuridici indeterminati", che gli attribuisce anche il potere di sostituire la propria interpretazione normativa alla specificazione effettuata dall'amministrazione degli *unbestimmte Rechtsbegriffe*, quanto per la particolare incisività e pervasività del controllo giurisdizionale sull'esercizio della discrezionalità amministrativa sia attraverso i parametri legislativi espressi dalla legge sia attraverso quelli ricavabili dai principi giuridici di eguaglianza, di ragionevolezza, di logicità, di legittimo affidamento, di correttezza, di buona fede e soprattutto di proporzionalità, la giurisdizione amministrativa tedesca abbia

---

sia nell'introduzione di questo capitolo, sia, in modo più organico e dettagliato, nei §§ 9.4 e 9.5 del secondo capitolo. Più precisamente, il principio di proporzionalità, come parametro di controllo delle scelte amministrative discrezionali, prima nasce e si sviluppa nella giurisprudenza amministrativa tedesca; poi, per evitare che la Corte costituzionale tedesca (il *BVerfG*) dichiarasse non conforme al *Grundgesetz* l'adesione della Germania ad un ordinamento – quello comunitario – che non preveda i suoi stessi alti livelli di protezione del cittadino, il *Verhältnismäßigkeitsprinzip* viene fatto proprio dalla Corte di giustizia dell'Unione europea che, col rinvio pregiudiziale di interpretazione, lo impone per la discrezionalità amministrativa attuativa del diritto europeo ai giudici amministrativi degli altri Stati membri, i quali poi hanno finito per applicarlo anche alle controversie amministrative non comunitarie. Infatti, i giudici nazionali, che sono «i giudici comunitari di diritto comune», difficilmente riescono a reggere a lungo la pratica di un doppio regime di sindacato, calibrato sulla specificità non già della controversia, ma del diritto sostanziale – nazionale o europeo – applicato. Chiamati ad applicare la regola comunitaria nei casi di diritto europeo, sempre più la acquisiscono come tecnica normale di sindacato e la applicano anche quando non si tratti di controversie di diritto comunitario (DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, cit., 314). Sicché anche le decisioni delle controversie regolate dal diritto interno finiscono per adattarsi stabilmente allo *standard* europeo di sindacato della proporzionalità, obbligatorio per i casi comunitari e di origine tedesca.

<sup>645</sup> Considerazione, questa, come si è detto nel paragrafo (il § 7.2) sulle azioni esperibili nel processo amministrativo, particolarmente rilevante quando la decisione giurisdizionale è emanata a seguito di una *Verpflichtungsklage*. Se, infatti, la questione non è ancora matura (*spruchreif*) per la decisione, perché residua ancora in capo all'amministrazione discrezionalità da esercitare, il giudice amministrativo non potrà condannare l'amministrazione ad adottare un certo provvedimento (*Vornahmeurteil*), ma, ai sensi dell'ultima proposizione dell'ultimo comma del § 113 *VwGO*, dovrà limitarsi a dichiarare l'obbligo di decidere «nel rispetto dell'opinione giuridica del tribunale» (*Bescheidungsurteil*).

conquistato a sé un potere di sindacato sulla discrezionalità amministrativa e sulla discrezionalità tecnica che, per la sua incisività e profondità, non ha eguali in Europa, talmente penetrante da spingere parte della dottrina tedesca a condannare la «strisciante subalternità» dell'amministrazione al potere giurisdizionale in scelte tipicamente politico-amministrative<sup>646</sup> e a porre al centro del dibattito scientifico la questione dell'opportunità "politica" di riservare all'amministrazione uno spazio valutativo non tangibile dai giudici (teoria della *Beurteilungsspielraum*)<sup>647</sup>, per evitare che il giudice amministrativo finisca per coadiuvare l'amministrazione nella gestione concreta dell'interesse generale o, addirittura, per sostituirvisi<sup>648</sup>, con un'indebita sovrapposizione di funzioni pubbliche violativa del principio costituzionale della separazione dei poteri, al rispetto del quale la cultura democratica tedesca è assai sensibile.

In questo contesto, anche la tradizionale contrapposizione tra la discrezionalità, che afferirebbe alle conseguenze giuridiche della norma e alla scelta volitiva, e i concetti giuridici indeterminati, che riguarderebbero la fattispecie normativa e l'operazione intellettuale interpretativa, tende alquanto a scemare, sottolineandosi in dottrina che tra le due categorie, piuttosto che una cesura qualitativa, esisterebbe soltanto una diversa ampiezza dello spazio di scelta dell'amministrazione e soprattutto finalmente riconoscendosi che anche nei concetti giuridici indeterminati della fattispecie normativa astratta deve ravvisarsi l'attribuzione di un vero e proprio potere discrezionale all'amministrazione<sup>649</sup>. Per conseguenza, l'auspicata limitazione dell'eccessivamente pervasivo e invasivo sindacato del giudice sull'esercizio della discrezionalità amministrativa e della discrezionalità tecnica dovrebbe passare anche per un controllo giurisdizionale più circoscritto e meno sostitutivo della specificazione amministrativa degli *unbestimmte Rechtsbegriffe*.

### **9. Conclusione. Una giurisdizione amministrativa "specializzata", per una tutela piena ed effettiva di tipo subiettivo, governata da un giudice amministrativo separato dall'amministrazione e indipendente come il giudice ordinario.**

A conclusione di questa sintetica descrizione della disciplina essenziale e degli istituti più rilevanti della giurisdizione amministrativa tedesca, si può tentare di metterne in evidenza gli aspetti maggiormente caratterizzanti che contribuiscono a definirne l'identità, al fine di verificare, secondo la tesi ricostruttiva di questa dissertazione, se si sia in presenza di un sistema anch'esso

---

<sup>646</sup> G. SCHMIDT-EICHSTAEDT, *Bundesgesetze und Gemeinden*, Stuttgart 1981, 181 ss.

<sup>647</sup> P. BADURA, *Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes*, in *Festschrift für Otto Bachof*, München 1984; H. – U. ERICHSEN, *Die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe als Steuerungs- und Kontrollmaßgaben im Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung*, in *DVBl* 1985, 24 ss.; H. HIND, *Ist die gesetzliche Verpflichtung der Executive zur (letzverbindlichen) Aulegung eines «unbestimmten Rechtsbegriffes» durch Allgemeine Verwaltungsvorschriften verfassungswidrig*, in *DÖV*, 1988, 679 ss.

<sup>648</sup> Ne dà adeguatamente conto M. CARRÀ nel paragrafo conclusivo (pagg. 86-91) di *Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco*, cit.

<sup>649</sup> DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., 81 ss.

tendenzialmente convergente verso un modello di giurisdizione amministrativa specializzata e piena.

E credo che il miglior punto di partenza per questa riflessione possa essere la considerazione della *Generalklausel* stabilita nel § 40 *VwGO*.

Come si è già detto, questa disposizione connòta la fisionomia dell'intero sistema tedesco di giustizia amministrativa sotto almeno due fondamentali 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 controversie amministrative, ha trasformato il giudice amministrativo nel giudice "naturale" e "ordinario" delle stesse. In mancanza di un'espressa e tassativa previsione legislativa di deroga, tutte le liti di diritto pubblico non costituzionale sono devolute ai tribunali amministrativi, così come tutte le controversie di diritto civile e penale sono attribuite ai tribunali ordinari. Ciascuno dei due ordini giudiziari ha una sua giurisdizione generale, "naturale" e "ordinaria". I giudici delle due giurisdizioni sono tutti "ordinari" nella loro competenza e per conseguenza anche il loro ordinamento e il loro *status* devono essere parificati e pariordinati.

In secondo luogo, il § 40 *VwGO*, assegnando alla giurisdizione amministrativa «le controversie di diritto pubblico non costituzionale», consente di mettere al centro del processo amministrativo, 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". E con al centro del giudizio amministrativo la pretesa sostanziale del cittadino<sup>650</sup>, protagonista indiscusso del processo amministrativo cessa di essere l'azione impugnatoria e diventa, invece, ogni azione necessaria a garantire coattivamente il rispetto del diritto soggettivo pubblico della persona. Si afferma, allora, anche l'idea della necessità della varietà e della molteplicità delle azioni giurisdizionali esperibili nel processo amministrativo ed anzi addirittura dell'atipicità del diritto di azione.

Ebbene, mi pare che già questi caratteri contribuiscano a configurare la giurisdizione amministrativa tedesca come una giurisdizione "ordinaria" e piena sia per la competenza generalizzata nella cognizione delle controversie di diritto pubblico non costituzionale che per l'orientamento di tipo subiettivo, funzionale

---

<sup>650</sup> O della pubblica amministrazione, perché, come si è visto, titolare di un diritto soggettivo pubblico può essere anche un'amministrazione nei confronti di un cittadino o nei confronti di un'altra amministrazione.

non già al controllo obiettivo di legalità, ma alla tutela dei diritti soggettivi del cittadino.

Logico, dunque, che il processo amministrativo sia strutturato in modo assai simile al processo civile, di cui condivide la finalità di protezione diretta del soggetto. E comprensibile anche che la *VwGO* non soltanto si ispiri ai principi della tradizione e della disciplina processualcivilistiche 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<sup>651</sup>.

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. Le deroghe a questi principi, specialmente quelle che introducono profili "inquisitori", si spiegano, come visto, non solo e non tanto per assolvere ad una ineliminabile indiretta funzione di controllo obiettivo di legalità dell'azione amministrativa e dunque di pubblica utilità, quanto piuttosto per "riequilibrare" il rapporto di inferiorità, anche processuale<sup>652</sup>, del soggetto privato rispetto all'autorità esecutiva.

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 e di esecuzione. Infatti, se la "missione" della giurisdizione amministrativa è quella di assicurare la piena ed effettiva protezione dei diritti soggettivi del privato, il giudizio amministrativo non può più 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 al cittadino il "bene della vita" sotteso al diritto soggettivo che egli intende far valere. E dunque devono essere esercitabili l'azione costitutiva di estinzione retroattiva degli effetti del provvedimento illegittimamente emanato; le azioni di condanna dell'amministrazione al riesercizio del potere discrezionale o all'adozione del provvedimento vincolato; le azioni di accertamento del rapporto giuridico controverso; le azioni cautelari volte, con misure provvisorie sospensive, "conservative" o "regolatorie", ad evitare che, nelle more del giudizio di merito, il ricorrente possa subire un danno grave e irreparabile che frustrerebbe l'utilità concreta della sentenza favorevole; e le azioni di esecuzione coattiva, almeno indiretta.

---

<sup>651</sup> Si tratta del § 173 *VwGO* a tenore del quale «nella misura in cui la presente legge non contenga disposizioni di procedura devono essere corrispondentemente applicati la legge sull'ordinamento giudiziario e il codice di procedura civile, se non lo escludono le fondamentali differenze dei due tipi di processo».

<sup>652</sup> Si pensi, come già detto, alla disponibilità dei mezzi di prova: gli atti e i documenti amministrativi sono in possesso della pubblica amministrazione. Pertanto su di essa non può non gravare un onere maggiore di esibizione. Ed essendo la pubblica amministrazione a condurre il procedimento amministrativo, ad essa il giudice deve poter chiedere, anche d'ufficio, i necessari chiarimenti sugli atti procedurali.

Come nel processo civile, anche nel processo amministrativo occorre accertare fatti asseritamente lesivi di diritti soggettivi e dunque tendenzialmente non debbono esistere limitazioni all'esperibilità dei mezzi di prova.

E come nel processo civile, l'interesse che consente il ricorso giurisdizionale amministrativo è esclusivamente la «necessità di tutela giurisdizionale» (*Rechtsschutzbedürfnis*) di un soggetto, sicché se questa viene meno, l'attore può rinunciare all'azione<sup>653</sup> e, nei casi di disponibilità dei diritti, può perfezionare transazioni giudiziali con l'amministrazione convenuta.

Questa speciale attenzione ai diritti del soggetto tipica del giudizio amministrativo tedesco è evidente anche nella disciplina della tutela cautelare, prevedendo la *VwGO* che la proposizione del ricorso in opposizione e dell'azione di impugnazione producano generalmente un effetto sospensivo automatico dell'esecuzione dei provvedimenti amministrativi impugnati, come a voler significare che, almeno in via tendenziale (perché poi, come si è visto, le eccezioni sono non poche e non irrilevanti), le pretese sostanziali del cittadino vengono prima dell'interesse generale curato dall'atto amministrativo.

Anche per questa prossimità alla disciplina del processo civile, per questa “omologazione” ai principi fondamentali, alla tipologia delle azioni e agli istituti processualciviltistici, 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”.

Il che non vuol dire che manchi di elementi di “specialità”. Questi emergono in tutta la loro nettezza nella potestà giudiziale di annullare formali manifestazioni di un potere pubblico, nell'impossibilità per il giudice di invadere la sfera della discrezionalità amministrativa e di dare esecuzione coattiva diretta alle sentenze amministrative, e soprattutto nel sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità, dove il giudice amministrativo è chiamato a tutelare l'interesse del privato senza impedire all'amministrazione di realizzare l'interesse pubblico, ripetendo, per verificarne la legittimità, la ponderazione comparativa di interessi pubblici, collettivi e privati effettuata dall'amministrazione. E questo sindacato giurisdizionale, come si è visto, è particolarmente approfondito e stringente e fin troppo efficace ed incisivo.

Tuttavia, alla luce dei profili di “ordinarietà” sopra evidenziati e degli altri che rammenteremo tra poco, e della tradizionale accezione di “specialità” della giurisdizione amministrativa, contrapposta alla nozione di “giurisdizione ordinaria”, si potrebbe forse più coerentemente parlare di “specializzazione” per riferirsi a questi poteri, a questi limiti e a questa particolare attitudine del giudice amministrativo di controllare la legittimità della scelta discrezionale tenendo conto delle ragioni e delle finalità pubbliche che a questa sono sottese.

---

<sup>653</sup> A differenza di quanto continua ad avvenire in Francia, dove essendo il *recours pour excès de pouvoir* un ricorso di ordine pubblico e di pubblica utilità, il *requérant* non può con la rinuncia all'azione determinare l'estinzione del processo amministrativo.



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 ciascuna 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. Essendo composto dai presidenti dei cinque tribunali supremi e da quattro magistrati che, di volta in volta, rappresentano le due giurisdizioni in conflitto, quest’organismo, in questa sua composizione paritetica, ben esprime l’assenza di un rapporto di specialità tra una giurisdizione e un’altra.

Stante questa pariordinazione costituzionale delle cinque giurisdizioni nell’ambito dell’unitarietà funzionale della giurisdizione, 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 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)*.

Si può allora osservare che anche dal punto di vista strutturale, ordinamentale e organizzativo, la giurisdizione amministrativa è priva di caratteri di “specialità” e può considerarsi “ordinaria” al pari di quella civile e penale.

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

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 lo è la suddivisione di competenze - per valore, materia e territorio - tra giudici di un medesimo ordine giurisdizionale.

E allora, tirando le fila di queste considerazioni conclusive, non mi pare dubbio che della giurisdizione amministrativa tedesca si possa parlare come di una giurisdizione “specializzata”, nonché piena, effettiva e indipendente, come quella ordinaria, con la stessa competenza generalizzata e con la stessa funzione di tutela soggettiva di quella ordinaria. E forse, per questa nuova idea di giurisdizione amministrativa specializzata e piena, che mi pare si vada facendo strada in molti paesi europei, vi si potrebbe anche pensare come ad un modello da prendere a riferimento, come per vero è avvenuto relativamente ad alcuni suoi istituti ed organi ai quali si sono ispirati diversi ordinamenti europei<sup>654</sup>.

Con l’accortezza, tuttavia, di non mitizzare questa presunta ineccepibilità del modello tedesco, perché anche in questo, come in ogni sistema, certi punti di forza, visti da altra prospettiva, possono rivelarsi dei punti di debolezza, alla stessa stregua delle due facce di una medaglia. E così, per esempio, l’impostazione eminentemente subiettiva del processo amministrativo spinge il giudice tedesco a valutare con estremo rigore la legittimazione ad agire e l’interesse a ricorrere dell’attore, con la conseguenza di restringere considerevolmente l’accesso alla giurisdizione amministrativa, inibendolo ai portatori di interessi individuali privi di sostanza giuridica formalmente

---

<sup>654</sup> Se ne è già accennato in nota nel § 1.

riconosciuta e a coloro che vorrebbero farsi interpreti della necessità di tutelare taluni rilevanti beni collettivi e diffusi.

Inoltre, per completezza di descrizione e di riflessione, occorre anche aggiungere che, accanto agli elementi generali di specialità già ricordati, ve ne sono anche altri più peculiari che contribuiscono ad attenuare il ravvisato carattere di “ordinarietà” e di “pienezza” della giurisdizione amministrativa tedesca, marcando le distanze da altri ordinamenti. Tra questi elementi, mi sembra opportuno rammentare che la Germania ha scelto di non modificare il vincolo costituzionale dell’art. 34 *GG* e dunque di adottare, nella delicata materia della responsabilità per danni arrecati da provvedimenti e comportamenti della pubblica amministrazione, il sistema del “doppio binario”, ritenendo che debba spettare al giudice ordinario, e non al giudice amministrativo, il potere-dovere di risarcire i danni causati da attività amministrativa illegittima per «violazione di obblighi di diritto pubblico» (§ 40, comma 2, *VwGO*), laddove altri paesi europei (per es., la Francia e l’Italia) hanno optato per la diversa soluzione della “concentrazione delle tutele” - annullatoria e risarcitoria - davanti al giudice amministrativo, considerato il giudice naturale e “ordinario”, con poteri di cognizione “piena”, per tutte le controversie involgenti l’esercizio di un potere pubblico, comprese quelle di carattere risarcitorio, in nome delle esigenze di economia processuale e di ragionevolezza dei tempi di tutela.

Questo per ricordare che di convergenza dei diversi sistemi europei verso una giurisdizione amministrativa specializzata e piena si può parlare soltanto per cercare di descrivere una linea di tendenza, che non elimina affatto le più rilevanti e radicate specificità proprie dei diversi ordinamenti, legate alla cultura e alla più profonda tradizione dei diversi paesi.



## Capitolo VI

### CENNI ALLE GIURISDIZIONI AMMINISTRATIVE DI AUSTRIA, BELGIO E SPAGNA.

SOMMARIO: 1. L’Austria. - 2. Il Belgio. - 3. La Spagna.

#### 1. L’Austria.

L’Austria ha da quasi un secolo e mezzo un ordinamento giurisdizionale dualistico che la riforma costituzionale del 2012 ha confermato, accentuato ed esteso con l’istituzione di tribunali amministrativi di primo grado dei *Länder* e della Federazione.

L’istituzione della Corte Amministrativa Suprema (*Verwaltungsgerichtshof*), preposta alla tutela dei diritti asseritamente violati da decisioni o ordini di un’autorità amministrativa, fu prevista, accanto all’istituzione della Corte Suprema “ordinaria” (*Oberster Gerichtshof*) per le cause di diritto civile e penale, dalla “Legge fondamentale dello Stato” del 1867 sul potere giudiziario<sup>655</sup> e realizzata dalla legge del 22 ottobre 1875.

Un’altra “Legge fondamentale dello Stato” del 1867<sup>656</sup> creò una “Corte Imperiale” (*Reichsgericht*), che costituì il primo nucleo della futura Corte Costituzionale, col compito, oltre che di dirimere i conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e i conflitti di giurisdizione tra la Corte Suprema “ordinaria” e la Corte Suprema Amministrativa, di proteggere nei confronti delle autorità amministrative<sup>657</sup>, su ricorso diretto dei cittadini, i diritti politici e civili fondamentali loro conferiti da altra “Legge fondamentale dello Stato” del 1867<sup>658 - 659</sup>.

Si citano le leggi costituzionali ottocentesche istitutive delle tre alte Corti, perché l’assetto giurisdizionale fondamentale al quale le stesse dettero vita non è mutato neppure con la Costituzione (*Bundes-Verfassungsgesetz: BVG*) del 1920 della Prima Repubblica (*Erste Republik*), tuttora vigente pur con le numerose modificazioni intervenute nei decenni, se solo si eccettua la creazione dell’Alta Corte Costituzionale (*Verfassungsgerichtshof*), nata in continuità con la Corte Imperiale e con le sue funzioni, alle quali aggiunse quella del giudizio di

---

<sup>655</sup> Art. 15 della *Staatsgrundgesetz vom 21 dezember 1867 über die Richterliche Gewalt*.

<sup>656</sup> La *Staatsgrundgesetz vom 21 dezember 1867 über die Einsetzung eines Reichsgerichtes*.

<sup>657</sup> Nel qual caso si sottolinea nella dottrina austriaca che la Corte Imperiale svolgeva una *Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit* e cioè una giurisdizione amministrativa “speciale” (“*Sonder*”).

<sup>658</sup> La *Staatsgrundgesetz vom 21 dezember 1867 über die Allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat Vertretenen Königreiche und Länder*.

<sup>659</sup> Si è soliti considerare e definire le sei “Leggi fondamentali dello Stato” del 1867 (sulla rappresentanza dell’Impero, sui diritti fondamentali dei cittadini, sull’introduzione della Corte Imperiale, sul potere giudiziario, sull’esercizio del potere esecutivo, sugli affari delle Comunità dei territori della Monarchia austriaca e sulla natura dei loro rapporti) come la “Costituzione dell’Impero austro-ungarico” del 1867.

legittimità dei regolamenti e di costituzionalità delle leggi, particolarmente importante, quest'ultima, nella storia del diritto, perché rappresentò la prima concretizzazione della teoria di Kelsen, che tanta influenza ebbe sulla cultura giuridica austriaca ed europea, secondo cui la rigidità di una Costituzione e il valore superiore della stessa rispetto alla legge ordinaria non sono tanto determinati dall'essere una Carta fondamentale il patto costitutivo dei consociati che compongono lo Stato-ordinamento, cui collegare una maggiore stabilità e durezza (differenza sostanziale con la legge ordinaria), ma piuttosto dall'essere stata approvata e dall'essere emendabile con un meccanismo procedurale aggravato, di norma con una speciale maggioranza qualificata (differenza formale con la legge ordinaria)<sup>660</sup>.

Nella vita dell'Austria, però, la Corte Suprema Amministrativa è stata soltanto una delle tre colonne portanti del sistema di giustizia amministrativa. Le altre due sono state il procedimento amministrativo e il sistema dei ricorsi amministrativi.

L'Austria, com'è noto, 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.

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 molto simili a quelle giurisdizionali. Il cittadino austriaco ha, dunque, da molto tempo diritto alla comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo che coinvolge i suoi interessi, a presentare memorie, ad essere sentito personalmente, a contribuire alla formazione della decisione che lo riguarda.

---

<sup>660</sup> Da questo punto di vista, sembra essere nettamente contrapposta l'impostazione sottesa alla celeberrima sentenza *Marbury v. Madison* della Corte Suprema Americana del 1803 che, per affermare la "superiorità" della Carta costituzionale rispetto alla legge, sembra invece prendere in considerazione l'argomento della "diversa qualità del materiale costituzionale", come si evince da un passo assai studiato della parte motivazionale: «la questione, se un atto, contrario alla Costituzione, possa diventare una legge del paese, è una questione che interessa profondamente gli Stati Uniti, ma fortunatamente, la sua complessità non è proporzionale al suo interesse. Sembra necessario solamente riconoscere alcuni principi, che si suppongono già ben radicati da tempo, per deciderla [la questione]. Che il popolo abbia il diritto originario di stabilire, per il proprio governo futuro, quei principi che riterrà portarlo [il popolo] alla felicità, è la base su cui si fonda l'intera società americana. L'esercizio di questo diritto originario costituisce un grande sforzo, né può né deve, essere ripetuto di frequente. Quindi, i principi, che sono stati in tal modo stabiliti, sono considerati fondamentali, e poiché l'autorità dalla quale sono emanati è suprema e raramente può agire, [i principi] sono concepiti per essere permanenti».

Una volta adottato il provvedimento nei suoi confronti, egli può 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 svolge come il procedimento amministrativo disciplinato dalla *AVG*. Anzi, la normativa fondamentale sui ricorsi amministrativi è contenuta proprio nella legge sul procedimento amministrativo<sup>661</sup>, 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.

L'aspetto interessante da tenere in considerazione è che il pluridecennale consolidamento della “cultura del procedimento amministrativo”, fiorito sull'imparzialità ed efficienza dell'amministrazione pubblica asburgica (aggettivo, quest'ultimo, che ancora oggi, nelle terre dell'ex Impero austro-ungarico, è sinonimo di buon andamento, imparzialità e onorabilità delle istituzioni amministrative), ha fatto e fa apparire ai cittadini austriaci le autorità amministrative preposte al procedimento amministrativo e alla decisione dei ricorsi amministrativi come dotate di indipendenza, imparzialità e terzietà non inferiori a quelle dei giudici. Sicché nella società, tra gli operatori giuridici e nell'accademia ben poco si era ritenuto questo complessivo sistema di giustizia amministrativa inadeguato a tutelare con efficienza e imparzialità i diritti e gli interessi dei cittadini.

Il problema dell'ammissibilità del sistema si pose con l'entrata dell'Austria nel 1956 nel Consiglio d'Europa, sia perché l'art. 6 della CEDU prevede il diritto ad un equo processo davanti un tribunale indipendente ed imparziale, e tale non è considerata, nella visione sovranazionale, l'autorità amministrativa che decide dei ricorsi esperiti avverso atti amministrativi, sia e soprattutto perché l'art. 5 della Convenzione Europea stabilisce il diritto ad un ricorso davanti un giudice contro i provvedimenti limitativi della libertà personale, mentre il diritto austriaco prevedeva che le sanzioni amministrative, anche detentive, e gli atti coercitivi di polizia amministrativa potessero essere contestati soltanto in via amministrativa e solo successivamente davanti la Corte Suprema Amministrativa<sup>662</sup>.

---

<sup>661</sup> Più precisamente i rimedi amministrativi sono previsti e disciplinati da quattro leggi generali federali: la legge introduttiva alle leggi sul procedimento amministrativo (*Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen – EGVG*), la legge generale sul procedimento amministrativo (*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz – AVG*), la legge sulle sanzioni amministrative (*Verwaltungsstrafgesetz – VStG*) e la legge sull'esecuzione amministrativa (*Verwaltungsvollstreckungsgesetz – VVG*). La competenza legislativa federale in materia di procedimento amministrativo, di sanzioni amministrative e di esecuzione amministrativa ha il suo fondamento nell'art. 11, comma 2, *BVG* per la necessità di assicurare su queste materie «una disciplina unitaria».

<sup>662</sup> R. THIENEL, *Verfassungsrechtliche Probleme der derzeitigen Ausgestaltung der Unabhängige Verwaltungssenate*, in P. PERNTHALER (a cura di), *Unabhängige Verwaltungssenate und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, *Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung*, vol. 56, Vienna 1993, 5 ss.

Per evitare condanne da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, l'Austria ha dunque riformato nel 1988 la propria Costituzione e ha istituito nei nove *Länder*, uno per ogni *Land*, gli *Unabhängigen Verwaltungssenate (UVS)*, collegi amministrativi indipendenti semi-giurisdizionali ai quali l'art. 129a della Costituzione ha attribuito la cognizione e la decisione, con un procedimento paragiurisdizionale, delle controversie sulle violazioni amministrative (escluse quelle tributarie), sugli ordini amministrativi che consentono una coercizione materiale, sulle inerzie amministrative in tali questioni e «sulle altre materie indicate da leggi federali o dei *Länder*». Ma proprio queste leggi, col passare degli anni, estesero la competenza di questi collegi amministrativi “quasi giudiziali” a quasi tutte le vertenze sugli atti e i comportamenti della pubblica amministrazione, trasformandoli in una sorta di tribunali amministrativi di primo grado con competenza generale, ma senza lo *status* di magistrati dei loro componenti né l'indipendenza della struttura organizzativa dal potere esecutivo, che lo svolgimento di funzioni sostanzialmente giurisdizionali presupporrebbe.

Infatti, gli *Unabhängigen Verwaltungssenate*, da un lato, erano incardinati nell'amministrazione di ciascun *Land* e, dall'altro, erano composti da «esperti di diritto» (art. 129b, comma 4, *BVG*) formalmente nominati per non meno di sei anni dai governi dei singoli Stati federati (art. 129b, comma 1) e sebbene la Costituzione stabilisse che gli stessi «non sono sottoposti ad alcuna direttiva politica nello svolgimento dei propri compiti» (art. 129b, comma 2), che non possono essere rimossi se non nei casi previsti dalla legge e a seguito di decisione dell'*UVS* di appartenenza (art. 129b, comma 3) e che durante il loro mandato non possono esercitare alcuna attività che «possa suscitare il dubbio che non esercitino in modo indipendente il proprio ufficio» (art. 129b, comma 4), mancava una previsione costituzionale che vietasse il rinnovo del loro mandato di sei anni o che ne imponesse la funzione a tempo indeterminato, mettendoli al riparo da interferenze e pressioni provenienti dall'amministrazione dei *Länder*, la legittimità dei cui atti erano per lo più chiamati a controllare<sup>663</sup>.

Per evitare censure da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per violazione degli artt. 5 e 6 della Convenzione sotto il profilo della mancanza di terzietà degli *UVS* dai governi territoriali e di indipendenza dei loro membri, 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<sup>664</sup>, e come tali protetti da più complete garanzie di indipendenza, e, dall'altro, titolari di un procedimento giurisdizionale. E in questi tribunali amministrativi di primo grado si è riversato gran parte del contenzioso

---

<sup>663</sup> A. ALBANESE, *L'amministrazione giustiziale in Austria*, in *Dir. Amm.* n. 2/2010, 486-488.

<sup>664</sup> L'art. 134, comma 7, *BVG* stabilisce che «i membri delle Corti amministrative sono giudici». E dal prosieguo della disposizione che rinvia agli artt. 87 e 88, si evince che si applica loro la garanzia dell'art. 87, comma 1, Cost. a tenore del quale «i giudici sono indipendenti nell'esercizio del loro ufficio giudiziale». L'indipendenza funzionale dei giudici amministrativi è dunque costituzionalmente garantita, sia pure *per relationem*.



in precedenza evaso con il sistema dei ricorsi amministrativi, la cui tradizionale funzione giustiziale è stata notevolmente ridimensionata<sup>665</sup>.

A seguito di questa riforma (*Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle* 2012), che ha riscritto gran parte del Capitolo VII della Costituzione federale (*Bundes-Verfassungsgesetz*), la giurisdizione amministrativa austriaca, organizzativamente distinta da quella ordinaria, è così articolata: in ogni *Land* è istituito un Tribunale amministrativo statale (*Landesverwaltungsgericht*) con competenza generale per le controversie riguardanti atti e comportamenti dell'amministrazione statale esclusiva o concorrente; a livello federale è istituito un Tribunale amministrativo federale (*Bundesverwaltungsgericht*) e un Tribunale tributario federale (*Bundesfinanzgericht*)<sup>666</sup>. Il primo, con sede a Vienna e sedi distaccate in altre tre città, ha competenza sulle controversie determinate da atti e comportamenti dell'amministrazione federale esclusiva, comprese quelle sul diritto d'asilo poiché "assorbe" la Corte sul diritto d'asilo (*Asylgerichtshof*) che nel 2008 aveva sostituito la relativa autorità amministrativa indipendente (*Unabhängigen Bundesasylsenat*). Il secondo, con sede a Vienna e sedi distaccate in altre sei città, ha sostituito la precedente autorità amministrativa finanziaria indipendente con competenze anche sul contenzioso fiscale (*Unabhängigen Finanzsenats - UFS*) ed è il giudice amministrativo speciale in materia tributaria.

Le decisioni dei Tribunali amministrativi regionali e del Tribunale amministrativo federale, che sono giudici amministrativi di primo grado, sono impugnabili, ai soli fini della «revisione» (in buona sostanza, ai fini del giudizio di cassazione), dinanzi la Corte Suprema Amministrativa, che ha sede a Vienna.

In buona sostanza, la recente riforma costituzionale del 2012 ha confermato in Austria il tradizionale assetto giurisdizionale dualistico che, secondo la tradizionale concezione culturale dei Paesi di lingua tedesca, assegna al giudice amministrativo tutte le controversie di diritto pubblico e nel sopprimere le camere amministrative statali semi-indipendenti del contenzioso amministrativo (*Unabhängigen Verwaltungssenats*), ha rafforzato la distinzione della giurisdizione amministrativa - fornita di un suo specifico processo - rispetto a quella ordinaria, articolandola in nove tribunali amministrativi di primo grado con competenza statale (*Landesverwaltungsgericht*), in uno, sempre di primo grado, con competenza federale (*Bundesverwaltungsgericht*) e nella Corte Suprema Amministrativa (*Verwaltungsgerichtshof*) con funzioni di cassazione.

Il rapporto di pariordinazione tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa si ricava 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.

---

<sup>665</sup> Fatta eccezione per alcuni provvedimenti amministrativi, oggi è previsto un solo grado di ricorso amministrativo.

<sup>666</sup> Il sistema giurisdizionale amministrativo introdotto dalla riforma costituzionale del 2012 viene non a caso definito del "9 + 2", perché ha istituito nove tribunali amministrativi statali, uno per ciascuno dei nove *Länder*, e due tribunali amministrativi federali, uno con competenza generale, l'altro con competenza nella materia tributaria.

Questa equiordinazione e, ancor più, la *Generalklausel* della giurisdizione amministrativa contribuiscono ad attenuare la “specialità” del giudice amministrativo<sup>667</sup> 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.

Ma i tribunali amministrativi e la Corte amministrativa federale non sono gli unici giudici amministrativi, perché la Corte Costituzionale, in continuità con una delle attribuzioni della vecchia Corte Imperiale, svolge anche la funzione di “giurisdizione amministrativa speciale”. Infatti, ai sensi dell’art. 144 *BVG*, il *Verfassungsgerichtshof* giudica della legittimità delle sentenze amministrative che, ad avviso del ricorrente, abbiano violato i suoi diritti costituzionalmente garantiti (c.d. *Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit*), nonché dei provvedimenti amministrativi applicativi di regolamenti amministrativi illegittimi, di leggi incostituzionali o di trattati internazionali illegittimi (c.d. *Inzidenter-Normenkontrolle*).

Esigenze di sintesi impongono di non addentrarsi nella descrizione degli istituti più caratteristici del processo amministrativo austriaco. Tuttavia, a riprova di una tendenziale maggiore attitudine “intrusiva” del giudice amministrativo dei sistemi giurisdizionali dualistici, specialmente di lingua tedesca, nel controllo di legalità amministrativa per una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive del cittadino, sia per lo meno consentito ricordare che in Austria è stata coniata, prima tra tutte le esperienze giuridiche europee, un’azione di adempimento “pubblicistico” nei confronti della pubblica amministrazione, essendo stato previsto, fin dalla Costituzione del 1934 (art. 164, comma 3), il ricorso contro l’inerzia amministrativa<sup>668</sup>.

Attualmente, l’azione contro il silenzio dell’amministrazione (*Säumnisbeschwerde*) è disciplinata dal combinato disposto degli artt. 132 *BVG* e 27 legge sul processo amministrativo (*Verwaltungsgerichtshofgesetz - VwGG*)<sup>669</sup>. Condizione di ammissibilità del ricorso giurisdizionale è che l’inattività si prolunghi per almeno sei mesi dopo l’esperimento del ricorso amministrativo o dell’istanza devolutoria all’autorità gerarchicamente superiore e il giudice amministrativo, qualora ravvisi l’illegittimità del silenzio, pronuncia una sentenza di condanna all’emanazione del provvedimento, lasciando salva, nel

---

<sup>667</sup> Lo notava implicitamente anche Mario NIGRO, in *Giustizia amministrativa*, cit., 47, quando scriveva che l’opposto criterio dell’*Enumerationsprinzip* faceva dei giudici del contenzioso amministrativo della Germania dei giudici “speciali” rispetto al giudice ordinario.

<sup>668</sup> In questa norma si equiparava il silenzio dell’ultima istanza dell’amministrazione preposta all’emanazione di un provvedimento, protrattosi per sei mesi, ad un provvedimento tacito di rigetto, contro il quale il *Bundesgerichtshof* (che allora riuniva le competenze sia della Corte Costituzionale che della Corte Amministrativa) disponeva anche del potere di adottare una decisione sostitutiva.

<sup>669</sup> In particolare, dando la necessaria copertura costituzionale alla *Säumnisbeschwerde*, dispone l’art. 132, comma 3, *BVG* che «*Wegen Verletzung der Entscheidungspflicht kann Beschwerde erheben, wer im Verwaltungsverfahren als Partei zur Geltendmachung der Entscheidungspflicht berechtigt zu sein behauptet*» approssimativamente traducibile così: «Per la violazione dell’obbligo di adottare una decisione può essere presentato un ricorso da chiunque allega in qualità di parte di un procedimento amministrativo di aver diritto ad ottenere una decisione».

rispetto delle eventuali “direttive” contenute nella sentenza, la discrezionalità dell’amministrazione nell’esercizio impostole del potere amministrativo. In assenza di discrezionalità amministrativa, il giudice condanna l’amministrazione ad adottare il provvedimento vincolato, ma in alcuni casi è capitato che si sia sostituito all’amministrazione, adottando egli stesso il provvedimento obbligato richiesto, evitando il rischio per il cittadino vittoriosamente ricorrente di una ulteriore intollerabile inerzia amministrativa<sup>670</sup>. Se, invece, residua in capo all’amministrazione uno spazio di discrezionalità, il potere sostitutivo del giudice è ammesso soltanto nel caso di inadempienza reiterata anche dopo la condanna<sup>671</sup>.

## 2. Il Belgio.

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.

Le ragioni per le quali con la Costituzione del 1831 (che è quella tuttora vigente, pur con le numerose modifiche intervenute nel corso degli anni) il Belgio scelse di abolire il *Conseil d’État* sono - intrecciate tra loro - di carattere storico-nazionalistico e di carattere ideologico.

Il Consiglio di Stato, infatti, era stato introdotto dall’oppressore francese e mantenuto sotto il Regno Unito dei Paesi Bassi (1815-1830) retto sostanzialmente dagli olandesi, sentiti dai belgi come oppressori. La secessione delle provincie meridionali e la formazione dello Stato belga indipendente (il 4 ottobre 1830) portò con sé il ripudio di tutte quelle istituzioni che ricordavano l’oppressione francese ed olandese, tra le quali anche il *Conseil d’État*, che era stato agli occhi dei belgi «un docile strumento della tirannide»<sup>672</sup>.

La ripugnanza per il sistema del contenzioso amministrativo era, però, dettata anche dalla prevalenza, negli anni dell’indipendenza e della Costituzione, delle idee liberali propugnate da Benjamin Constant e dai suoi seguaci, che inducevano gli intellettuali belgi a ritenere che i diritti di libertà e di proprietà avrebbero potuto essere garantiti nei confronti dello Stato amministratore soltanto dal giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti e indipendente dal potere esecutivo. Se in Francia dominava la sfiducia nei corpi giudiziari e il principio dell’ “onnipotenza amministrativa”, in Belgio si affermò la sfiducia nei

---

<sup>670</sup> VwGH, GZ 97/05/0092 del 28/10/1997; 90/01/0744 del 29/10/1997. V. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa*, Germania – Austria – Italia, cit., 155.

<sup>671</sup> Per l’inquadramento dogmatico della *Säumnisbeschwerde* dell’ordinamento austriaco, si rinvia, nella letteratura austriaca, a H. MAYER, *Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, Kurzkommentar*, Wien, 1997, 368 ss., 679 ss. e 689 ss., e a R. WINKELHOFER, *Säumnis von verwaltungsbehörden*, Wien, 1991, 19 ss., nella letteratura italiana, a L. FERRARA, *Prime riflessioni sulla disciplina del silenzio-inadempimento con attenzione alla Säumnisbeschwerde austriaca*, in G. FALCON (a cura di), *La tutela dell’interesse al provvedimento*, Trento 2001, 73 ss., a C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa*, Germania – Austria – Italia, cit., 127 ss., nonché, per le differenze con l’*Untätigkeitsklage* tedesca, a A. CARBONE, *L’azione di adempimento nel processo amministrativo*, ed. Giappichelli, Torino 2012, 103 e 104.

<sup>672</sup> M. SOMERHAUSEN, *Belgio*, in A. PIRAS (a cura di), *Il controllo giurisdizionale sulla pubblica amministrazione*, ed. Utet, Torino 1971, 27.

corpi amministrativi e, in particolare, nel Consiglio di Stato, e il principio del “primato giudiziario”. Sotto questa prospettiva il modello era l’Inghilterra, alla cui influenza e protezione il Belgio guardava anche in funzione anti-francese e anti-olandese.

Si spiega, dunque, perché nella Costituzione del 1831 il Belgio non prevede il *Conseil d’État* e adottò il sistema della giurisdizione unica del giudice ordinario, stabilendo con l’art. 92 (nella nuova numerazione dell’articolato costituzionale, determinata dalla riforma del 1993, divenuto l’art. 144) che «le controversie che hanno per oggetto diritti civili sono esclusivamente di competenza dei tribunali» e con l’art. 93 (oggi art. 145) che «le controversie che hanno per oggetto diritti politici sono di competenza dei tribunali, salvo le eccezioni stabilite dalla legge»<sup>673</sup>. Come scriverà più tardi Rivero, la Costituzione belga fu la versione continentale della soluzione anglosassone<sup>674</sup>.

A partire dagli anni Venti del XX secolo, ci si accorse però che il principio della giurisdizione unica finiva per lasciare privo il cittadino di un’adeguata tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Accadeva, infatti, assai spesso che la pubblica amministrazione convenuta in giudizio per violazione di un diritto civile o politico proponesse una *déclinatoire de compétence* (assimilabile ad un’eccezione di difetto di giurisdizione) e che i tribunali decidessero per la loro incompetenza radicale in base al principio della separazione dei poteri. In buona sostanza, i giudici ordinari dichiaravano il loro difetto di giurisdizione per astenersi da ogni ingerenza in materia amministrativa<sup>675</sup>.

Dopo un acceso dibattito negli anni Trenta e dopo la sospensione delle discussioni e dei lavori parlamentari dovuta allo scoppio della seconda guerra mondiale, fu promulgata la legge del 23 dicembre 1946 che reintrodusse il *Conseil d’État*, con funzioni consultive e giurisdizionali sul modello francese, giudicato istituzione indispensabile a combattere gli abusi della pubblica amministrazione e compatibile col quadro costituzionale vigente.

Con la riforma costituzionale del 1993 si è data copertura sovra-legislativa all’organo consultivo-giurisdizionale, che attualmente è previsto dall’art. 160 Cost., mentre l’art. 161 Cost. demanda alla legge il compito di istituire le giurisdizioni amministrative.

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, arriva 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 e giunge, come

---

<sup>673</sup> La legge italiana del 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, è largamente ispirata alla Costituzione belga. Lo si evince non solo dai due articoli citati, ma anche dall’art. 107 (oggi art. 159) a tenore del quale «le Corti ed i tribunali non applicheranno gli ordini e i regolamenti generali, provinciali e locali, se non in quanto saranno conformi alle leggi».

<sup>674</sup> J. RIVERO, *Cours de droit administratif compare*, Paris, 1954, 92 ss.

<sup>675</sup> I. LOIODICE, *La giustizia amministrativa in Belgio*, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, cit., 517.

questo, a reintrodurre una giurisdizione amministrativa generalizzata. E analogamente al sistema italiano, anche in Belgio spetta alla Corte di Cassazione sia di dirimere i conflitti di giurisdizione, ivi chiamati di “attribuzione”<sup>676</sup>, insorti tra i tribunali ordinari e il Consiglio di Stato, sia di annullare gli arresti del Consiglio di Stato per motivi di giurisdizione. Lo prevede l’art. 158 Cost., già art. 106, che ha trovato attuazione nell’art. 20 della legge del 23 dicembre 1946.

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, come sopra ricordato, 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»<sup>677</sup>.

L’art. 9 della legge del 23 dicembre 1946 ha assegnato al Consiglio di Stato i *recours en annulation* sia contro «gli atti e i regolamenti delle diverse autorità amministrative» sia contro «le decisioni contenziose amministrative», definendo unitariamente le censure prospettabili. L’impugnazione degli atti amministrativi è preclusa soltanto nel caso di lesione di diritti civili, riconducibile, in base all’art. 144 Cost., alla tutela giurisdizionale ordinaria, come in tema di aspettative a contenuto economico degli impiegati pubblici, di rimborso a privati di somme dovute da persone giuridiche di diritto pubblico, di diritto di proprietà, di onore, di esecuzione di contratti di diritto privato e di riduzione in pristino a carico dell’amministrazione.

La classificazione dei vizi azionabili è costruita da vicino sull’esempio francese, pur tenendosi conto dei vincoli normativi derivanti dall’art. 9: all’incompetenza si aggiungono i vizi di forma a carattere sostanziale, la violazione di legge (riferita ad atti normativi generali, ai principi fondamentali dell’ordinamento e alla cosa giudicata) e il *detournement de pouvoir*<sup>678</sup>.

La costruzione della giurisdizione amministrativa su una struttura monistica ha determinato molte incertezze sulla delimitazione del suo campo di applicazione e sull’individuazione di un chiaro criterio di riparto di giurisdizione,

---

<sup>676</sup> L’influenza francese è evidente. Come si è avuto modo di spiegare nel capitolo terzo, in Francia la giurisdizione amministrativa “moderna” nasce nel 1872 con la sua “delegazione” ad un organo amministrativo, il *Conseil d’État*, che continua ancora oggi ad essere considerato un corpo amministrativo. In ossequio a questa origine, si è tramandata la concezione che considera la giurisdizione amministrativa come un’articolazione della pubblica amministrazione, cosicché i conflitti tra giurisdizione giudiziaria e giurisdizione amministrativa sono considerati conflitti di “attribuzione”, e non di “giurisdizione”.

<sup>677</sup> S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia. Un dualismo a trazione monista*, cit., p. 47 ss.

<sup>678</sup> FERRARI, *op. cit.*, (versione *on line*), 21.

che reclamano da tempo un complessivo intervento di riforma razionalizzatrice del sistema.

### 3. La Spagna.

Quello spagnolo di giustizia amministrativa è un ordinamento giurisdizionale monistico con sezioni specializzate nella cognizione delle controversie amministrative, decise con un rito autonomo rispetto a quello civile<sup>679</sup>.

L'istituzione, nell'ambito della giurisdizione ordinaria, di divisioni specializzate nel contenzioso amministrativo è stata realizzata dalla *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* del 27 dicembre 1956 che ha cercato di rimediare agli evidenti limiti organizzativi e funzionali del sistema di giustizia amministrativa prodotti dalla *Ley Santamaría de Paredes* del 13 settembre 1888.

La legge ottocentesca che porta il nome del suo principale autore aveva voluto mediare tra le due opposte tesi propugnate a livello politico e dottrinale nella Spagna della seconda metà dell'Ottocento: da un lato, l'idea di sottoporre l'attività amministrativa al sindacato del giudice ordinario, sulla scorta del modello inglese; dall'altro, quella di creare un sistema giustiziale amministrativo autonomo e separato rispetto a quello della giustizia ordinaria, seguendo l'esempio francese<sup>680</sup>. L'esito fu uno scadente compromesso, chiamato *sistema mixto* o *armónico*, in cui la cognizione delle controversie amministrative era devoluta a collegi composti da magistrati civili o penali e da funzionari amministrativi o avvocati o docenti, anche di scuole medie o commerciali ed anche di materie non giuridiche.

La mancanza di specializzazione amministrativa dei magistrati e la preparazione approssimativa o addirittura completamente assente degli altri componenti (definiti da un importante giurista spagnolo, «pittoreschi magistrati del contenzioso amministrativo»<sup>681</sup>), tra l'altro retribuiti con diarie di minima entità, determinarono che i ricorsi avverso gli atti amministrativi venissero sistematicamente respinti e che i cittadini spagnoli rimanessero privi di qualunque forma di tutela verso le pubbliche autorità. Anche perché, sul piano funzionale, la *Ley Santamaría* finì per escludere l'impugnabilità non solo degli atti "politici" lato sensu intesi, ma anche di tutti gli atti amministrativi discrezionali, e per attribuire all'amministrazione giudizialmente soccombente il potere di sospendere l'attuazione delle sentenze di annullamento.

Non potendo soddisfare la crescente domanda sociale di giustizia amministrativa il solo ricorso de *agravios*, introdotto dalla legge del 18 marzo

---

<sup>679</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA – T.R. FERNANDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Thomson Civitas, Madrid 2006; L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de derecho administrativo*, Madrid 2000; F. LOPEZ RAMON, *Planta y competencia de la jurisdicción contenciosa después la reforma del 1998*, in S. RAIMONDI - R. URSI (a cura di), *La riforma della giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna. Atti del Convegno di studi italo-spagnolo* (Palermo, 19-20 marzo 2001), ed. Giappichelli, Torino 2002; V. GIMENO SENDRA – V. MORENO CATENA –P. SALA SANCHEZ, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 2001; R.G. RODIO, *La giustizia amministrativa in Spagna*, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, cit.

<sup>680</sup> RODIO, *La giustizia amministrativa in Spagna*, cit., 361-362.

<sup>681</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, cit., 33.

1944, proponibile davanti al Consiglio dei Ministri e deciso previo parere (non vincolante) del *Consejo de Estado*, è stata la *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* del 27 dicembre 1956 a dare 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 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* (essendo la terza sezione di quest'organo giurisdizionale equivalente alla Corte di Cassazione<sup>682</sup>).

Questa spiccata specializzazione degli organi titolari della giurisdizione amministrativa è conforme alla Costituzione spagnola, entrata in vigore nel 1978, che all'art. 117, comma 5, prevede che «il principio di unità giurisdizionale è alla base dell'organizzazione e del funzionamento dei tribunali», dopo aver stabilito, all'art. 106, che «i tribunali controllano il potere di emanare i regolamenti e la legalità dell'operato amministrativo, come pure la rispondenza di questo ai fini che lo giustificano».

L'art. 107 Cost. conferma la funzione meramente consultiva del *Consejo de Estado* risalente alla legge del 5 aprile 1904 che aveva spostato la relativa funzione giurisdizionale alla *Sala de lo Contencioso-administrativo* del *Tribunal Supremo*.

Sul piano funzionale, la giurisdizionalizzazione del contenzioso amministrativo realizzata dalla legge del 1956 ha trovato copertura costituzionale, oltre che nel citato art. 106, nell'art. 24 Cost. secondo cui «tutte le persone hanno diritto ad ottenere la tutela effettiva dei giudici e dei tribunali nell'esercizio dei loro diritti e interessi legittimi, in nessun caso potendo restare senza difesa», nell'art. 103 che sottopone l'amministrazione pubblica al rispetto

---

<sup>682</sup> La prima sezione è quella civile, la seconda è quella penale, la quarta è quella "sociale", la quinta è quella militare.

della legge, nonché negli artt. 117, comma 3, e 118 che attribuiscono ai giudici il compito di far eseguire coattivamente tutte le sentenze, stabilendo il principio dell'obbligo del loro rispetto.

In attuazione delle prescrizioni costituzionali, la *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* del 13 luglio 1998, che contiene la disciplina del processo amministrativo, ha eroso le residue sacche di esenzione giurisdizionale (artt. 25-30), estendendo il sindacato dei giudici amministrativi anche agli “atti politici” (art. 2), e ha attribuito al giudice il potere di far eseguire coattivamente le proprie decisioni (artt. 103-113), dando concretezza al principio della pienezza della tutela giurisdizionale scolpito nell'art. 24 Cost.

Sebbene il controllo sulla discrezionalità amministrativa non raggiunga ancora la profondità e la raffinatezza di altri ordinamenti continentali<sup>683</sup> e ancorché la tutela cautelare rimanga abbastanza regressiva e rudimentale<sup>684</sup>, l'evoluzione storica dell'ordinamento spagnolo sembra mostrare come l'avanzamento del sistema di protezione delle posizioni giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione proceda di pari passo con un percorso di specializzazione amministrativa dell'organo giurisdizionale chiamato ad assicurarla.

«Il carattere di questa giurisdizione amministrativa specializzata si è nettamente evoluto dall'iniziale modello di giurisdizione obiettiva, finalizzata principalmente a garantire la legittimità dell'azione amministrativa, a quello di processo tra parti, affidato ad un giudice posto in condizione di indipendenza e dotato di appropriati poteri per la tutela degli interessati, in conformità alle indicazioni della Costituzione»<sup>685</sup>. Giurisdizione simile, per questa funzione subiettiva di protezione, a quella “ordinaria”.

Ma sembra anche di poter osservare che, pur essendo l'assetto istituzionale e legislativo spagnolo senz'altro sussumibile tra i sistemi giurisdizionali monistici, la specializzazione delle strutture giudiziarie e la specialità del processo amministrativo siano talmente accentuate da poter far parlare anche di una giurisdizione amministrativa distinta da quella “ordinaria”. Giurisdizione, appunto, “specializzata”.

---

<sup>683</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Editorial Tecnos, 1994, 131, ID., *Derecho Administrativo, Parte General*, Editorial Tecnos, 2005, 96 ss.

<sup>684</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso-Administrativo*, Thomson Civitas, Madrid 2004.

<sup>685</sup> M.P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli «altri»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3-4/2006, 495.



## Capitolo VII L'ITALIA.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – Prima sezione. LA FORMAZIONE DEL DUALISMO GIURISDIZIONALE ANOMALO. - 2. La giustizia amministrativa nel Regno di Sardegna. – 3. La legge del 20 marzo 1865, n. 2248, all. E. - 4. «Dove c'è esercizio del potere amministrativo, non può esservi diritto soggettivo, ma solo interesse (legittimo)»: l'interpretazione “abrogatrice” degli artt. 2 e 4 della L.A.C. e il vuoto di tutela del cittadino. - 5. La legge del 31 marzo 1877, n. 3761. - 6. La legge del 31 marzo 1889, n. 5992. - 7. La natura giuridica della quarta sezione del Consiglio di Stato, il carattere del giudizio amministrativo e il criterio di riparto. - 8. La legge del 7 marzo 1907, n. 62, la legge del 30 dicembre 1923, n. 2840 e il “concordato giurisprudenziale” del 1929-1930. – 9. Le disposizioni costituzionali sulla giustizia amministrativa. - Seconda sezione. LA TRASFORMAZIONE DEL SISTEMA. - 10. La giustizia amministrativa nei primi cinquant'anni dell'ordinamento repubblicano. - 10.1. Le opinabili applicazioni giurisprudenziali del binomio “carenza di potere-diritto soggettivo” e “esercizio del potere-interesse legittimo” rendono palese l'eccessiva discrezionalità della Corte di Cassazione nell'individuazione del criterio di riparto di giurisdizione. – 10.2. L'inizio della fuoriuscita del giudice amministrativo dalla “specialità” strutturale: la legge n. 1034/1971 e la legge n. 186/1982. – 10.3. La crisi del giudizio d'impugnazione e la progressiva trasformazione del modello originario. I tentativi di fuoriuscita della giurisdizione amministrativa dalle strettoie del mero sindacato di legittimità sull'atto. - 11. L'evoluzione della giustizia amministrativa negli ultimi due decenni. - 11.1. Il decreto legislativo del 31 marzo 1998, n. 80. - 11.2. La sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500. - 11.3. La legge del 21 luglio 2000, n. 205. - 11.4. Verso l'azione di adempimento. - 11.5. Il Codice del processo amministrativo. – 11.6. Cercando di tirare le fila. La trasformazione del giudizio amministrativo: da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto. - 12. La Corte Costituzionale rende più chiaro e stabile il riparto di giurisdizione scritto in Costituzione, allineandolo a quello degli altri sistemi dualistici europei. - 13. La *translatio iudicii* e il giudicato “implicito” sulla giurisdizione esaltano l'unità funzionale della giurisdizione e riducono il grado di “specialità” della giurisdizione amministrativa. - 14. La Corte Costituzionale e il legislatore alimentano, negli ultimi due decenni, il percorso di fuoriuscita della giurisdizione amministrativa dalla “specialità” strutturale. I tre principali ostacoli sulla via della piena indipendenza, imparzialità e terzietà sottolineati da una parte della dottrina e all'attenzione della CEDU. – 15. Conclusione.

### 1. Introduzione.

L'Italia ha un sistema di giustizia amministrativa fondato su un dualismo giurisdizionale “anomalo” rispetto a quello degli altri Paesi europei, perché costruito sopra una base monistica non rimossa.

Infatti, se la competenza sulle controversie di diritto privato in cui è parte una pubblica amministrazione spetta ai giudici della giurisdizione ordinaria, come avviene tendenzialmente in tutti i sistemi dualistici, la cognizione delle controversie di diritto pubblico è devoluta, in parte, ai giudici della giurisdizione ordinaria e, in parte, ai giudici della giurisdizione amministrativa; e tra i due ordini di giudici la competenza giurisdizionale sulle vertenze pubblicistiche è suddivisa sulla base delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio, secondo una creativa e artificiosa<sup>686</sup> qualificazione distintiva delle stesse che non ha eguali negli altri ordinamenti dualistici, nei quali, invece, come si è visto nei precedenti capitoli, il criterio di riparto delle giurisdizioni tra giudice ordinario e giudice amministrativo è costituito dalla più semplice e lineare distinzione tra controversie di diritto privato e controversie di diritto pubblico<sup>687</sup>.

Il fatto è che il legislatore italiano, invece di scegliere tra il modello monista e quello dualista, li ha scelti entrambi, perché ha adottato prima (nel 1865) il modello monista e poi (nel 1889) il modello dualista, senza, però, che la seconda scelta fosse ritenuta in contrasto con la prima. Infatti, si è affermata l'idea che il giudice speciale non dovesse sostituire il giudice ordinario nella tutela del cittadino nei confronti degli atti di esercizio del potere amministrativo, ma dovesse, invece, affiancarlo ed integrarlo<sup>688</sup>. Il giudice ordinario avrebbe dovuto proteggere il cittadino contro le manifestazioni di potere amministrativo lesive dei suoi "diritti soggettivi". Il giudice amministrativo avrebbe dovuto proteggere il cittadino contro le manifestazioni di potere amministrativo lesive dei suoi "interessi legittimi". E le norme della Costituzione repubblicana parrebbero aver recepito e perpetuato questo impianto<sup>689</sup>.

I costi di questa «anomalia congenita» sono stati alti<sup>690</sup>.

In primo luogo, ne è derivato un criterio di riparto di giurisdizione incerto, ambiguo e instabile.

Incerto, perché legato alla distinzione delle pretese del soggetto al rispetto delle regole del corretto esercizio dei poteri amministrativi in termini di "diritto soggettivo" e di "interesse legittimo", una distinzione equivoca e spesso difficile da individuare, sconosciuta a quasi tutti i Paesi del mondo dove quelle pretese sono tutte denominate semplicemente e indistintamente "diritti" e creata dalla

---

<sup>686</sup> Dei «concetti indaginosi» di diritto soggettivo e di interesse legittimo parlano M.S. GIANNINI - A. PIRAS, *La giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 295.

<sup>687</sup> M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 46 ha scritto: «Negli altri ordinamenti dualisti il riparto si proiettava essenzialmente sulla distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, sicché la partita veniva giocata sul solo terreno della qualificazione pubblicistica o privatistica dei rapporti o degli atti. Nel caso italiano, invece, il giudice ordinario non si atteggiò soltanto a giudice delle controversie privatistiche con la p.a., ma anche a giudice delle controversie di diritto pubblico: sicché il confine del riparto si muoveva all'interno delle stesse controversie pubblicistiche».

<sup>688</sup> «Dove la concezione di una tutela che, all'interno delle stesse controversie di diritto pubblico, non fosse completamente assicurata da un solo giudice, ma costituisse il risultato dell'azione cumulativa di due giudici tra loro diversi e complementari»: così BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 52.

<sup>689</sup> A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 3, 458.

<sup>690</sup> Li riassume schematicamente BATTINI, *op. ult. cit.*, 95, nei tre punti che, di seguito, si vanno più ampiamente ad illustrare.

raffinatissima elaborazione della nostra dottrina e della nostra giurisprudenza per ragioni storiche e contingenti<sup>691</sup>: dare ordine e coerenza all'anomalo dualismo italiano, dividendo le controversie di diritto pubblico tra due ordini di giudici ai quali una legge monistica e una legge dualistica le attribuiscono in posizione tendenzialmente paritaria.

Ambiguo, perché legato ad un'interpretazione erronea - quasi "abolitrice" - di una legge monistica: nonostante questa dica espressamente che «un diritto» possa essere «leso da un atto dell'autorità amministrativa» (art. 4, comma 1, legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E), la Corte di Cassazione ha, invece, generalmente ritenuto che dove c'è esercizio di potere amministrativo, non vi possa essere "diritto".

Instabile, perché a volte la Corte di Cassazione non ha mancato di cambiare idea e di affermare che, nonostante l'esercizio del potere amministrativo, vi sia ugualmente un "diritto soggettivo" e quindi la giurisdizione del giudice ordinario<sup>692</sup>.

E l'arbitrarietà del criterio di riparto è acuita dalla circostanza che la sua interpretazione e applicazione ultime sono rimesse in Italia al supremo organo della giurisdizione ordinaria, invece che ad un "tribunale dei conflitti" a composizione paritetica delle due giurisdizioni in conflitto<sup>693</sup> o ad un giudice terzo<sup>694</sup>, come generalmente avviene negli altri ordinamenti dualistici.

In secondo luogo, ne è derivato che la tutela giurisdizionale del cittadino sia stata frammentata all'interno della stessa area delle controversie di diritto pubblico, essendo affidata alla sommatoria di rimedi diversi, offerti da giudici di distinte giurisdizioni, nessuno dei quali in grado di concentrare presso di sé tutti gli strumenti necessari per soddisfare pienamente ed effettivamente la pretesa sostanziale del cittadino al corretto esercizio del potere amministrativo.

Infatti, il giudice ordinario avrebbe potuto soltanto condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni derivanti da illegittimo esercizio del potere amministrativo incidente su diritti soggettivi, ma – secondo la logica del "doppio binario" – soltanto previo annullamento, da parte del giudice amministrativo, del provvedimento amministrativo lesivo dei soli "interessi

---

<sup>691</sup> In senso opposto, F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 379, secondo il quale «l'argomento tratto dal diritto comparato è utile a dimostrare che l'interesse legittimo può non essere una categoria utilizzata in diritto positivo; ma è del tutto inadeguato a sostenere che l'interesse legittimo non abbia una sua configurazione concettuale».

<sup>692</sup> Si ricordi, a titolo esemplificativo anche di diverse epoche storiche, la giurisprudenza in materia di provvedimenti amministrativi estrinsecamente illegali (Cass. Roma, 12 luglio 1880 (Ruffo contro Ministero dell'Interno), in *Foro it.*, 1880, I, 1179), di "carenza di potere in concreto" (Corte di Cassazione, Sez. Un., 24 ottobre 1958, n. 3457, in *Giust. Civ.*, 1958, I, 2029), di diritti fondamentali costituzionalmente tutelati e "resistenti ad oltranza" ovvero inaffievolibili (Corte di Cassazione, Sez. Un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro it.*, 1979, I, 939), di provvedimenti amministrativi vincolati nell'interesse dei privati, come nell'ipotesi del diritto all'iscrizione ad albi professionali (Corte di Cassazione, Sez. Un., 15 luglio 1993, n. 7839) o della concessione 'vincolata' dalla legge (e non discrezionale) di contributi e sovvenzioni pubbliche (Corte di Cassazione, Sez. Un., 20 luglio 2011, n. 15867).

<sup>693</sup> Come in Francia e in Germania, dove i conflitti di giurisdizione sono decisi rispettivamente dal Tribunale dei Conflitti e dal Senato Congiunto dei Tribunali Supremi Federali.

<sup>694</sup> Come in Austria, dove i conflitti di giurisdizione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa sono decisi dalla Corte Costituzionale.

legittimi oppositivi” (determinando, tale annullamento, una “riespansione” del diritto soggettivo, affievolito in interesse legittimo dall’esercizio del potere pubblico). Il giudice amministrativo avrebbe potuto soltanto annullare il provvedimento amministrativo lesivo di interessi legittimi, ma non avrebbe potuto condannare la pubblica amministrazione né al risarcimento dei danni né, per l’ipotesi di violazione di “interessi legittimi pretensivi”, all’adozione del provvedimento amministrativo richiesto dal privato e illegittimamente negato, né, in caso di silenzio-inadempimento, all’esercizio del potere amministrativo.

In questo quadro, la tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti delle autorità amministrative non era né piena né effettiva: gli interessi legittimi oppositivi erano tutelati con una certa pienezza, ma non in modo effettivo, perché la loro protezione, lungi dall’essere concentrata davanti ad un solo giudice, si svolgeva davanti a due giudici distinti e a seguito di due procedimenti giurisdizionali successivi (potenzialmente lunghi, visti i diversi gradi di ciascuno di esso); gli interessi legittimi pretensivi non erano protetti né con pienezza, non essendo risarcibili, né con effettività, essendo tutelabili soltanto con lo strumento demolitorio che finiva per dar luogo ad una doppia negazione (l’annullamento di un diniego).

In terzo luogo, ne è derivato che si sia consolidato un inaccettabile rapporto di proporzionalità inversa tra l’indipendenza strutturale del giudice e l’effettività funzionale della tutela nei confronti dell’autorità amministrativa, nel senso che il giudice più indipendente dal Governo e dunque più in grado di assicurare l’imparzialità del giudizio (in cui, trattandosi di controversie pubblicistiche, è necessariamente parte un’amministrazione), ovvero il giudice ordinario, è stato quello più “deferente” nei confronti delle manifestazioni del potere pubblico, mentre il giudice meno indipendente dal Governo, ovvero il giudice amministrativo, è stato quello più “interferente”, in grado cioè di sindacare più profondamente l’operato dell’amministrazione e di esercitare l’efficace strumento dell’annullamento del provvedimento amministrativo. E ciò probabilmente per l’aver sentito il giudice ordinario più forte quell’ossequio al principio di separazione dei poteri che, invece, il giudice amministrativo, quale giudice speciale “interno” o, comunque, “collaterale” all’esecutivo, ha avvertito meno relativamente al sindacato degli atti autoritativi della pubblica amministrazione.

Occorre, infatti, rammentare che il giudice amministrativo è stato istituito nel nostro ordinamento per supplire al vuoto di tutela determinato dall’accentuata *deference* del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione.

Rassegnato all’impossibilità di avere un giudice ordinario meno deferente, il legislatore ha scelto di far diventare giudice un organo amministrativo - il Consiglio di Stato - che, in sede di parere sui ricorsi straordinari al Re, aveva dimostrato di essere assai incisivo nel sindacato della legittimità amministrativa e dunque più “interferente” nei confronti dell’amministrazione, a vantaggio delle ragioni dei cittadini.

Ma ciò il legislatore ha fatto senza sottrarre le controversie pubblicistiche al giudice ordinario, abrogando o correggendo la legge monistica del 1865, e senza

attribuire al neo-istituito giudice amministrativo, incardinato nel potere esecutivo, le medesime garanzie di indipendenza del giudice ordinario.

Cosicché, il giudice amministrativo, che si avviava a diventare l'indiscusso protagonista del nostro sistema di giustizia amministrativa, era il giudice meno deferente e, al contempo, meno indipendente, il quale, nella tutela del cittadino nei confronti degli atti *jure auctoritatis*, affiancava il giudice ordinario che, invece, rimaneva il giudice più indipendente e, al contempo, più deferente.

Ma, com'è stato osservato, «la mancata indipendenza si traduce in un difetto di terzietà del giudice rispetto alle parti e quindi in un vizio di imparzialità»<sup>695</sup> del giudizio e dunque è inaccettabile anche nel giudice amministrativo, perché indipendenza, imparzialità e terzietà del giudice<sup>696</sup> sono elementi essenziali di qualunque «giusto processo»<sup>697</sup>, anche di quello amministrativo.

Coerente con l'istituzione di un "giudice speciale nell'amministrazione" e cioè di un organo di controllo interno alla stessa e, per conseguenza, poco indipendente da essa, è stata la concezione del processo amministrativo come *revisio prioris instantiae* e cioè come un giudizio di revisione della decisione amministrativa adottata, come un controllo di legittimità *a posteriori* del provvedimento autoritativo, una sorta di procedimento amministrativo di secondo grado per l'eventuale esercizio dell'autotutela consistente nell'annullamento del provvedimento con effetto retroattivo, fatto salvo il riesercizio del potere da parte della pubblica amministrazione. E sull'esempio del giudizio di cassazione civile e del sistema austriaco di giustizia amministrativa (provvisto di un giudizio amministrativo di mera legittimità e di "cassazione" dell'atto amministrativo), il

---

<sup>695</sup> U. POTOTSCHNIG, *Il giudice interessato non è indipendente?*, in *Scritti scelti*, Padova, 1999, 144.

<sup>696</sup> Conviene tenere ben distinti i concetti di imparzialità, di terzietà e di indipendenza del giudice. Imparzialità e terzietà del giudice ineriscono direttamente all'esercizio della giurisdizione e attengono alla relazione del giudice con le parti del rapporto processuale: l'imparzialità designa l'obbligo del giudice di decidere senza essere condizionato dalle parti; la terzietà, invece, indica l'obbligo del giudice di decidere in una situazione di indifferenza e di equidistanza rispetto agli interessi di cui le parti del processo siano portatrici. L'indipendenza del giudice, invece, inerisce alla relazione dell'organo giurisdizionale con soggetti estranei al rapporto processuale che potrebbero influire sulle sue decisioni: si tratta per lo più del Governo e del potere politico in generale. «L'indipendenza da questi poteri rappresenta una sorta di condizione preliminare, di rilevanza 'ordinamentale', che precede tutte le altre ed è essenziale per l'esercizio della funzione giurisdizionale». Così distingue e precisa TRAVI, in *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 92-93. Va da sé che nel processo amministrativo, in cui è necessariamente parte una pubblica amministrazione, il profilo dell'indipendenza (dal Governo) e quello dell'imparzialità e della terzietà del giudice amministrativo risultano più strettamente e direttamente legati.

<sup>697</sup> Non a caso, l'art. 111 Cost., come novellato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, dopo aver stabilito al primo comma che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge», dispone al secondo comma che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata», evidenziando che corollari del "giusto processo" sono anche l'imparzialità e la terzietà del giudice. L'espressione «giusto processo (di legge)» ha una matrice anglosassone perché traduce il concetto di *fair trial* e di *due process of law* del *common law*. Entrambe le espressioni sono assai ricorrenti nella giurisprudenza e nella scienza di quella millenaria esperienza giuridica e la seconda è *expressis verbis* contenuta nel V e nel XIV emendamento della Costituzione americana. «*Right to a fair trial*» è poi anche il titolo dell'art. 6 CEDU che ne declina il contenuto parlando, non a caso, anche di diritto ad un giudice indipendente e imparziale («*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law*»).

processo amministrativo italiano è stato costruito come un giudizio di revisione della legittimità e di tipo cassatorio dell'atto amministrativo, formale manifestazione del potere pubblico equiparabile alla sentenza, «precipitato puro della volontà dell'amministrazione e [...] veicolo d'introduzione della legalità nello spiegamento dell'azione di questa»<sup>698</sup>.

Solo che, a differenza dei due modelli di ispirazione, siffatto processo non aveva a monte, da rivedere in punto di diritto, un giudizio di primo grado caratterizzato dalla diretta ed immediata introduzione del fatto e del diritto<sup>699</sup>. E dunque il nostro legislatore ha finito per produrre un vuoto di tutela del cittadino nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo anche sotto il profilo della mancata diretta cognizione dei fatti di causa da parte del giudice.

Inoltre, proprio perché si atteggiava a procedimento di mera revisione "interna" di legittimità di un provvedimento già adottato, il giudizio amministrativo, nato nel 1889 come giudizio di diritto oggettivo<sup>700</sup>, si è venuto configurando come un procedimento giurisdizionale con mezzi istruttori limitati e, più nello specifico, è stato - come il giudizio di cassazione nel quale il giudice rilegge le carte dei procedimenti giurisdizionali dei gradi precedenti condotti dai giudici inferiori e come il procedimento amministrativo di secondo grado nel quale l'autorità amministrativa riesamina gli atti del procedimento di primo grado - essenzialmente un processo cartolare nel quale il giudice amministrativo, alla stregua di un organo "sovraordinato" e "interno" all'amministrazione<sup>701</sup>, è stato chiamato a verificare la legittimità del provvedimento alla luce dei documenti amministrativi, a volte degli "schiarimenti" forniti dall'amministrazione e, al massimo, degli eventuali accertamenti su fatti complessi, compiuti, col mezzo delle "verificazioni", da organi amministrativi. In buona sostanza, il giudice amministrativo ha avuto accesso ai fatti di causa con molte restrizioni e non in maniera diretta, ma nel modo in cui gli stessi erano documentati nel procedimento amministrativo da riesaminare e comunque sempre "con gli occhi" di osservazione e di ricostruzione dell'amministrazione.

In definitiva, la specialità del giudice amministrativo e la specialità della natura e della struttura del processo amministrativo sono state le due facce della

---

<sup>698</sup> NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 77.

<sup>699</sup> Lo ricorda NIGRO, *op. ult. cit.*, 77-78, il quale sottolinea la profonda diversità dei modelli di ispirazione, atteso che il giudizio di cassazione civile viene dopo due fasi di giurisdizione piena e nel sistema austriaco di giustizia amministrativa, l'atto amministrativo, sindacabile col giudizio di revisione da parte della Corte amministrativa, è il risultato di un procedimento amministrativo strutturato come un procedimento giurisdizionale, nel quale gli interessati prospettano i fatti rilevanti per la decisione amministrativa con ampia libertà di prova e nel contraddittorio con l'amministrazione stessa e con gli eventuali controinteressati, come in un vero giudizio di fatto e di diritto.

<sup>700</sup> F.G. COCA, *La formazione del sistema*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 14.

<sup>701</sup> Si ricordi che la natura giurisdizionale della Quarta Sezione del Consiglio di Stato fu definitivamente chiarita soltanto nel 1907, con la legge n. 62 istitutiva della Quinta Sezione, mentre tra il 1889 e il 1907 fu prevalente nel Consiglio di Stato (a differenza della Corte di Cassazione) l'orientamento che ne affermava la natura amministrativa. Del resto, nella relazione di accompagnamento alla legge 31 marzo 1889, n. 5992 si legge che «il nuovo istituto non è un tribunale giudiziario speciale o eccezionale, ma rimane nella sfera del potere esecutivo, da cui prende la materia e le persone che lo devono mettere in atto. È lo stesso potere esecutivo ordinato in modo da tutelare maggiormente gli interessi dei cittadini».

stessa medaglia, così come lo sono state l'assenza di totale indipendenza strutturale dell'organo giurisdizionale e la ridotta imparzialità e terzietà determinate dalla stessa configurazione del giudizio amministrativo.

Logico, dunque, che, in questo contesto, il processo amministrativo non potesse che essere un giudizio sull'atto amministrativo in sé considerato, e non un giudizio sulla fondatezza della pretesa sostanziale del cittadino al corretto esercizio del potere pubblico. Il rapporto tra cittadino e amministrazione regolato dal provvedimento amministrativo veniva ad essere sindacato dal giudice amministrativo non già direttamente, ma indirettamente e cioè attraverso la valutazione della legittimità del provvedimento che quel rapporto regolava<sup>702</sup>. Sfuggivano al sindacato del giudizio amministrativo tutte le forme di esercizio del potere amministrativo diverse dall'atto amministrativo, come, ad esempio, accordi, negozi, contratti e comportamenti collegati all'esercizio del potere ed espressivi di questo, e neppure erano giustiziabili le omissioni di esercizio della funzione amministrativa (i c.d. silenzi amministrativi).

Il sistema italiano di giustizia amministrativa si è venuto configurando, nei tratti del "dualismo anomalo" e dei molti difetti congeniti che abbiamo cercato sinteticamente di delineare, nei tre-quattro decenni a cavallo tra il XIX e il XX secolo ed è rimasto sostanzialmente immutato fino all'ultimo decennio del Novecento.

La Costituzione repubblicana ha recepito e consolidato quell'impianto fondato sulle leggi del 1865 e del 1889, ma, al tempo stesso, con alcune specifiche disposizioni e nel quadro più generale dei principi del pluralismo e del garantismo personalistico<sup>703</sup> che la connotano, ha posto le basi per un suo profondo rinnovamento<sup>704</sup>. Secondo una convincente ricostruzione, essa avrebbe costituzionalizzato l'assetto previgente con «un'assunzione provvisoria», ma inserendolo in un contesto più generale, che ne implicherebbe il necessario progressivo superamento<sup>705</sup>.

Infatti, da un lato, la Costituzione ha confermato il previgente dualismo giurisdizionale fondato sull'esistenza di una giurisdizione amministrativa strutturalmente speciale e organicamente distinta dalla magistratura ordinaria, sul criterio di riparto delle giurisdizioni in base alla lesione del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo e con al centro della tutela giurisdizionale la caducazione degli «atti della pubblica amministrazione»<sup>706</sup> illegittimi. Dall'altro, però, ha inteso ricondurre le garanzie di indipendenza e autonomia della magistratura amministrativa agli stessi «principi costituzionali»<sup>707</sup> stabiliti per la magistratura ordinaria; ha fatto emergere che, nel previgente criterio di riparto per situazioni

---

<sup>702</sup> F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, ed. Vita e Pensiero, Milano, 2006, 2498.

<sup>703</sup> NIGRO, *op. ult. cit.*, 80-81.

<sup>704</sup> V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004, IV, 3034.

<sup>705</sup> PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, cit., 458-459.

<sup>706</sup> Art. 113 Cost.

<sup>707</sup> All'esistenza di «principi costituzionali comuni» alle diverse giurisdizioni, tra i quali quello dell'indipendenza dei magistrati di ognuna di esse, ha fatto riferimento la Corte Costituzionale nella sentenza dell'11 marzo 2009, n. 87, richiamata per questo aspetto dalla sentenza costituzionale del 10 gennaio 2011, n. 16.

giuridiche soggettive confermato dalle disposizioni costituzionali, deve in realtà ravvisarsi il più lineare ed efficiente criterio di riparto di giurisdizione per tipo di potere – privatistico o pubblicistico – esercitato; ha voluto che anche la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo - e nei confronti non solo dell'atto amministrativo, ma di qualunque forma di esercizio o di mancato esercizio del potere amministrativo - fosse completa, effettiva e concentrata, all'insegna della stessa autosufficienza del giudice ordinario nel garantire alle pretese sostanziali del cittadino la piena protezione e secondo i principi di imparzialità, terzietà e "parità delle armi" del giusto processo, nel quadro dell'unità funzionale della giurisdizione.

Il percorso di rinnovamento della giustizia amministrativa "programmato"<sup>708</sup> dalla Costituzione è iniziato timidamente, lentamente e impercettibilmente soltanto circa due decenni dopo la sua entrata in vigore ed ha acquisito forza, evidenza e inaspettata velocità soprattutto a far data dagli ultimi anni del secolo scorso, determinando una certa "normalizzazione" del dualismo giurisdizionale italiano e un suo allineamento a quello degli altri Paesi europei.

Volendo schematizzare e con l'avvertenza che si tratta di aspetti inestricabilmente intrecciati tra loro, si potrebbe osservare che questo percorso evolutivo ha essenzialmente seguito tre direttrici.

Secondo una prima direttrice, la magistratura amministrativa è andata conquistando la stessa indipendenza e autonomia strutturali della magistratura ordinaria e il giudice amministrativo da "giudice speciale nell'amministrazione" è divenuto il "giudice ordinario dell'amministrazione".

Alla stregua di una seconda direttrice, la tutela giurisdizionale esercitata da questo giudice è divenuta piena ed effettiva, e il giudizio amministrativo da giudizio sull'atto si è trasformato nel giudizio sul rapporto tra cittadino e amministrazione, con un giudice in grado di offrire autonomamente ogni tipo di rimedio necessario per soddisfare le pretese del cittadino.

Seguendo una terza direttrice, l'interpretazione costituzionale ha consentito di concentrare presso il giudice amministrativo tutte le controversie di diritto pubblico, togliendo gran parte della sua equivocità al vecchio criterio di riparto di giurisdizioni per situazioni giuridiche soggettive e sottraendone l'interpretazione all'eccessiva discrezionalità della Corte di Cassazione.

Come da diversi anni va osservando una dottrina, per effetto dell'attuazione legislativa del «programma costituzionale» e dell'evoluzione dell'interpretazione costituzionale<sup>709</sup>, gli istituti e gli organi della giustizia amministrativa sarebbero

---

<sup>708</sup> Traggio l'espressione dai diversi scritti di A. PAJNO sull'argomento, citati nelle note precedenti e in quelle che seguono.

<sup>709</sup> A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed interpretazione costituzionale*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, ed. Zanichelli, Bologna 2011, 339-349. In questa riflessione, l'autore, ricordando l'insegnamento di P. HÄBERLE (*Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci Ed., Roma 2001), evidenzia che le disposizioni costituzionali non vanno interpretate soltanto nel loro "testo", ma anche nel loro "con-testo", dovendosi tener conto di tutte le c.d. "cristallizzazioni culturali che contribuiscono a determinare i processi di interpretazione [...] e di revisione della Costituzione", tra le quali rientrano anche le opere della legislazione e della giurisprudenza, che danno attuazione al «programma costituzionale», nonché l'esperienza e la riflessione che accompagnano tale attuazione; sicché ben può accadere che determinate disposizioni costituzionali



progressivamente transitati dall'area della specialità a quella di un sistema unitario di tutela giurisdizionale, che realizza il principio della pienezza e dell'effettività della tutela e il principio dell'unità funzionale, sebbene non organica, della giurisdizione. In tal modo, si sarebbe venuta stemperando la vecchia contrapposizione tra dualismo e monismo giurisdizionale, risolvendosi l'attuale dualismo in un principio di coesistenza di giudici diversi nel quadro di un sistema giurisdizionale comune e unitario nel quale la pluralità di giudici arricchisce ed affina le diverse opportunità di protezione per il cittadino<sup>710</sup>.

Si tratta di un percorso che è ancora in svolgimento e che, però, sembra aver già trasformato la giurisdizione amministrativa, sia sul piano strutturale che su quello funzionale, da giurisdizione speciale in una giurisdizione "ordinaria" specializzata: indipendente e imparziale, e in grado di assicurare autosufficientemente una tutela piena ed effettiva, come quella ordinaria, ma specializzata nel sindacato dell'esercizio del potere amministrativo che persegue l'interesse pubblico.

All'esame di questo percorso evolutivo, soprattutto degli ultimi due decenni, nelle tre direzioni sopra accennate, sarà dedicata la seconda sezione di questo capitolo intitolata "la trasformazione del sistema", mentre la prima sezione cercherà di ripercorrere le principali tappe dello sviluppo del sistema italiano di giustizia amministrativa, che hanno portato alla "formazione" di quel "dualismo giurisdizionale anomalo" che si cercherà di dimostrare essere appunto in via di superamento.

### **Prima sezione**

## **LA FORMAZIONE DEL DUALISMO GIURISDIZIONALE ANOMALO.**

### **2. La giustizia amministrativa nel Regno di Sardegna.**

La legislazione napoleonica introdusse in Italia il sistema del contenzioso amministrativo di tipo francese.

Sull'esempio di quel modello, ispirato al principio della separazione tra potere esecutivo e potere giudiziario, negli Stati italiani sotto la dominazione

---

possano liberare significati ulteriori e diversi rispetto a quelli che avevano avuto fino ad un determinata epoca o, meglio, fino ad un precedente "con-testo". È quanto, ad avviso di Pajno, sarebbe avvenuto per gli artt. 103, 108, comma 2, 113 e 125 Cost.

<sup>710</sup> A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 119-142, il quale sottolinea che «il sistema giurisdizionale, nel suo complesso, appare, d'altra parte, in virtù di tale trasformazione del giudice amministrativo, ad un tempo arricchito di ulteriori possibilità di tutela e più coeso. Esso si configura come un sistema sostanzialmente unitario, caratterizzato dall'unità della funzione giurisdizionale esercitata dalla pluralità dei giudici che in esso operano, e che arricchiscono ed affinano le diverse opportunità di protezione per il cittadino: un sistema nel quale la tutela giurisdizionale è una, anche se ad essa si può accedere da forme organizzative diverse, e nel quale la vicenda di tutela di ciascun cittadino può circolare per trovare il proprio giudice; come le pronunce della Corte costituzionale e della Cassazione sulla *translatio* e l'attuale disciplina dettata dall'art. 59 l. n. 69/2009 dimostrano».

napoleonica la cognizione delle controversie amministrative venne attribuita, in primo grado, ai Consigli di Prefettura (che, nel Regno di Napoli di Giuseppe Bonaparte e di Gioacchino Murat, presero il nome di Consigli di Intendenza<sup>711</sup>) e, in secondo grado, al Consiglio di Stato.

La Restaurazione travolse quelle istituzioni<sup>712</sup>, «ma non le esigenze e le ideologie di cui era[no] il portato»<sup>713</sup>. Sicché la struttura e gli istituti del contenzioso amministrativo di ispirazione francese rinacquero nei più importanti Stati italiani preunitari: nel Regno di Napoli nel 1817, nello Stato Pontificio nel 1835, nel Regno di Sardegna nel 1842.

Per la nota linea di continuità esistita tra l'ordinamento del Regno di Sardegna e quello del Regno d'Italia<sup>714</sup>, conviene soffermarsi, tra i sistemi del contenzioso amministrativo degli Stati preunitari, soltanto su quello piemontese, esteso alla Lombardia nel 1859 e alle Marche nel 1860.

Le regie patenti del 25 agosto e del 31 dicembre 1842, modificate da un regio editto del 29 ottobre 1847, avevano istituito un sistema di contenzioso amministrativo fondato sulla distinzione tra controversie dell' "amministrazione economica" (espressione che oggi designerebbe approssimativamente gran parte dell'attività di amministrazione discrezionale e tecnica) e le controversie di "amministrazione contenziosa". Le prime erano decise con i soli ricorsi amministrativi rivolti all'Intendente. Le seconde erano devolute, in primo grado, al Consiglio di Intendenza e, in secondo grado, alla Camera dei Conti. I conflitti di attribuzione tra amministrazione e tribunali e quelli tra tribunali e Consigli di Intendenza-Camera dei Conti<sup>715</sup> erano decisi dal Sovrano, usufruendo del parere dato a sezioni riunite dal Consiglio di Stato, organo consultivo del Re, istituito da Carlo Alberto con l'editto del 18 agosto 1831.

Dopo un dibattito parlamentare nel quale fu anche prospettata, da una parte della classe dirigente liberale, l'esigenza di devolvere le controversie amministrative ai tribunali ordinari, secondo il modello della giurisdizione unica, una serie di decreti reali del 30 ottobre 1859, ispirati da Rattazzi, e in particolare, il n. 3708 confermò e riordinò il sistema del contenzioso amministrativo, articolandolo nella seguente organizzazione.

---

<sup>711</sup> Legge dell'8 agosto 1806, n. 132.

<sup>712</sup> Ad eccezione del Ducato di Parma e Piacenza, ove sopravvissero per ragioni dinastiche. Infatti, il Ducato fu assegnato dal Congresso di Vienna a Maria Luisa, moglie di Napoleone Bonaparte (A. SANDULLI, *La storia e i principi*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2013, 4).

<sup>713</sup> NIGRO, *op. ult. cit.*, 56

<sup>714</sup> Testimoniata formalmente, secondo molti storici, dal fatto che Vittorio Emanuele II di Savoia, Re di Sardegna, assunse il 17 marzo 1861 il titolo di Re d'Italia senza cambiare la numerazione nel nome, prendendo quello di Vittorio Emanuele I, perché primo Re d'Italia. «Il 17 marzo 1861 il Parlamento subalpino proclamò Vittorio Emanuele non già re degli Italiani ma «re d'Italia per grazia di Dio e volontà della nazione». Secondo non primo (come avrebbe dovuto dirsi) a sottolineare la continuità con il passato, vale a dire il carattere annessionistico della formazione del nuovo Stato, nient'altro che un allargamento degli antichi confini, «una conquista regia» come polemicamente si disse. Che era anche il modo di far intendere agli Italiani che l'Italia si era fatta ad opera della casa Savoia, e che essa si poneva come garante dell'ordine e della stabilità sociale»: così A. DESIDERI, *Storia e storiografia*, vol. II, ed. G. D'Anna, Messina-Firenze, 1979, p. 754.

<sup>715</sup> Definiti «giudici ordinari del contenzioso amministrativo» dall'art. 25 dell'Editto del 29 ottobre 1847.

La tutela nei confronti degli atti che erano espressione di “amministrazione economica” o, come anche si diceva allora, di “amministrazione pura”, continuava ad essere riservata ai soli ricorsi amministrativi.

Ai «giudici ordinari del contenzioso amministrativo» e cioè al sistema dei neo-istituiti Consigli di Governo, in primo grado, e al Consiglio di Stato, in secondo grado, venne attribuita la decisione delle controversie nelle materie elencate dalla legge, e cioè contratti d'appalto, imposte dirette e tasse, trattamento economico del personale dipendente degli enti locali, confini tra Comuni, demanio stradale e opere relative, e polizia idraulica, nonché l'accertamento delle contravvenzioni alle leggi su tasse, imposte dirette e beni demaniali e l'irrogazione delle relative sanzioni penali.

A taluni «giudici speciali del contenzioso amministrativo» venne devoluta la cognizione di altre controversie in determinate materie specificamente individuate da leggi speciali. Tra le più importanti, le controversie in materia di contabilità pubblica, demandate alla Corte dei Conti, quelle in materia di pensioni, di debito pubblico e di concessioni minerarie, assegnate al Consiglio di Stato (in unico grado), quelle su questioni di istruzione pubblica, attribuite al Consiglio Superiore della Pubblica Istruzione, quelle della leva militare, affidate ai Consigli di leva.

In tutti gli altri casi, tra cui la materia dei diritti di proprietà, dell'espropriazione, delle imposte indirette e dei contratti con le amministrazioni diversi da quelli d'appalto e di fornitura, la competenza spettava ai giudici civili.

Dunque, come si vede, la competenza dei «giudici ordinari del contenzioso amministrativo» non era attribuita per clausola generale, ma mediante l'enumerazione legislativa delle materie, sicché la distinzione con i «giudici speciali del contenzioso amministrativo» risiedeva, in buona sostanza, soltanto nel maggior numero di questioni devoluto alla prima categoria di giudici rispetto alla seconda.

Inoltre, ai «giudici ordinari del contenzioso amministrativo», per certi aspetti antesignani dei moderni giudici amministrativi, erano assegnate non solo le vertenze di diritto pubblico, ma anche le controversie intorno a diritti civili, tra le quali spiccavano per rilievo giuridico ed economico quelle sulla validità, sull'interpretazione e sull'esecuzione dei contratti di appalti e forniture con le pubbliche amministrazioni. L'influenza della Francia, dove questo tipo di controversie civilistiche erano state le prime<sup>716</sup> ad essere sottratte dai rivoluzionari ai tribunali giudiziari per essere attribuite agli organi del contenzioso amministrativo (individuati, da Napoleone in poi, nei Consigli di Prefettura e nel Consiglio di Stato) nell'ambito del *contentieux de la pleine juridiction*, è evidente. E ai giudici ordinari del contenzioso amministrativo era anche attribuita la decisione delle cause per contravvenzioni alle leggi sulle imposte dirette, sulle tasse<sup>717</sup> e sul regime delle cose demaniali.

---

<sup>716</sup> Perché le più “strategiche” per realizzare le riforme necessarie al successo della Rivoluzione, senza il rischio di intralcio del conservatorismo della classe magistratuale.

<sup>717</sup> O, come allora anche si chiamavano, “gabelle”.

Né i giudici ordinari né i giudici speciali del contenzioso amministrativo avevano il potere di annullare, revocare o modificare un atto amministrativo. E tuttavia essi si ritenevano legittimati ad interpretare l'atto amministrativo, finanche per ravvisarne la nullità, in caso di difformità dalla legge, o l'inefficacia ai fini del rapporto dedotto in giudizio, potendo, in questi casi, prescindere da esso ai fini della decisione<sup>718</sup>.

Non godevano delle «guarentigie» di «inamovibilità» assicurate ai magistrati ordinari dall'art. 69 dello Statuto Albertino e dall'ordinamento giudiziario<sup>719</sup> ed erano considerati appartenenti al potere esecutivo che li nominava e che, facendo valere la loro responsabilità, poteva sia trasferirli che sospenderli e rimuoverli dal servizio.

La decisione dei conflitti di attribuzione tra apparato giudiziario ordinario e apparato amministrativo, del quale, in sostanza, facevano parte anche i giudici del contenzioso amministrativo, fu rimessa dalla legge del 20 novembre 1859, n. 3780, opera del Rattazzi, ad un decreto del Re<sup>720</sup>, emanato previo parere del Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'Interno, sentito il Consiglio dei Ministri<sup>721</sup>. La normativa recepiva per la verifica della «giurisdizione» «il sistema dei conflitti» ideato dai rivoluzionari francesi<sup>722</sup> e il congenito principio della netta prevalenza dell'autorità amministrativa su quella giurisdizionale, attribuendo all'Esecutivo il potere di decidere il conflitto<sup>723</sup>, prevedendo che lo stesso potesse essere sollevato soltanto dal Governatore (divenuto poi il Prefetto) e non anche dall'autorità giudiziaria, e stabilendo che la semplice elevazione del conflitto avrebbe determinato la sospensione del processo<sup>724</sup>.

### **3. La legge del 20 marzo 1865, n. 2248, all. E.**

All'indomani dell'unificazione politica del 1861, la giustizia amministrativa del Regno d'Italia risultava ancora disomogenea nelle diverse regioni. In Piemonte, Liguria, Sardegna, Lombardia e nelle Marche vigeva il sistema del contenzioso amministrativo ideato da Rattazzi; nei territori dell'ex Regno napoletano e dell'ex Ducato di Parma, continuavano a funzionare sistemi di

<sup>718</sup> TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 16.

<sup>719</sup> R.D. 13 novembre 1859, n. 3781. Ma si trattava di inamovibilità solo nel «grado» e non anche nella «sede», perché il magistrato poteva essere liberamente trasferito dal Ministro ad altra sede.

<sup>720</sup> Formalmente vertice sia del potere esecutivo che del potere giurisdizionale e, in quanto tale, organo di raccordo tra i due: secondo lo Statuto Albertino, infatti, «al Re solo appartiene il potere esecutivo» (art. 5) e «la Giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo Nome dai Giudici ch'Egli istituisce» (art. 68).

<sup>721</sup> La decisione aveva una natura prettamente politico-amministrativa, perché veniva sostanzialmente adottata dal Ministro dell'Interno.

<sup>722</sup> Ideato non per verificare la giurisdizione o le attribuzioni, ma per «impedire all'autorità giudiziaria di giudicare nelle materie sulle quali l'amministrazione intendeva esercitare un insindacabile potere» (NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 168-169).

<sup>723</sup> Si ricordi che, in Francia, nel periodo rivoluzionario, la diffidenza dei politici verso il potere giudiziario e il desiderio di impedire ingerenze dello stesso nell'amministrazione avevano spinto ad attribuire all'esecutivo (più precisamente, al Ministro, nel 1795; al *Conseil d'État*, nel 1799) il potere di decidere la spettanza della *jurisdiction*.

<sup>724</sup> Ciò voleva dire che la pubblica amministrazione aveva un vero e proprio potere di «interdizione» dell'esercizio della giurisdizione. Sulla genesi e sull'evoluzione del sistema della verifica della giurisdizione nel nostro ordinamento, si veda, tra i contributi più recenti, il primo capitolo (pagg. 1-48) di G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, ed. Giappichelli, Torino 2009.

giurisdizione amministrativa speciale simili a quello di origine piemontese; in Romagna e in Umbria esisteva un sistema tendenzialmente a giurisdizione unica, introdotto dai governi provvisori; in Toscana un sistema misto non perfettamente sussumibile né nel modello monista né nel modello dualista.

Il Parlamento italiano era, dunque, chiamato non solo a realizzare l'unificazione del Paese nei diversi campi del diritto amministrativo sostanziale, ma anche a dare al nuovo Regno un sistema unitario di tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. E, in particolare, era chiamato a scegliere tra il sistema del contenzioso amministrativo di ispirazione piemontese, da estendere, eventualmente migliorato, a tutto lo Stato italiano<sup>725</sup>, e la creazione di un nuovo sistema fondato sulla giurisdizione unica e ordinaria<sup>726</sup>.

L'influenza del dottrinarismo liberale e l'esempio della Costituzione belga del 1831 che, nel Continente, aveva dato attuazione ai relativi principi, di matrice anglosassone, del primato della giurisdizione sull'amministrazione<sup>727</sup> rispetto all'opposto modello francese del primato dell'amministrazione sulla giurisdizione, spinsero il legislatore italiano ad adottare l'opzione del monismo giurisdizionale.

Infatti, il foro speciale per la pubblica amministrazione, anche a causa della mancanza di indipendenza dal Governo dei giudici del contenzioso amministrativo, appariva a gran parte della classe dirigente liberale del tempo come un inammissibile privilegio a favore dell'ufficio pubblico; a maggior ragione per quelle controversie in cui venivano in considerazione non meri "interessi" del cittadino, ma veri diritti soggettivi ed anzi addirittura i "diritti civili" per antonomasia, e cioè quelli negoziali e quelli patrimoniali, come nelle materie dei contratti, delle tasse e delle imposte dirette che, nell'ordinamento del Regno di Sardegna, erano devolute ai giudici ordinari del contenzioso amministrativo<sup>728</sup>. Altrettanto intollerabile, secondo la dominante ideologia liberale del tempo, appariva che i reati contravvenzionali e le relative «pene di polizia»<sup>729</sup> fossero accertati e rispettivamente irrogate da giudici del contenzioso

---

<sup>725</sup> Come avrebbero voluto Crispi, Rattazzi e Cordova.

<sup>726</sup> Soluzione propugnata da Minghetti, Mancini, Boncompagni e Borgatti.

<sup>727</sup> Come si è già detto nel cap. VI, J. RIVERO (*Cours de droit administratif compare*, Paris, 1954, 92 ss.) ha condivisibilmente scritto che la Costituzione belga costituì l'applicazione sul Continente del modello giurisdizionale anglosassone.

<sup>728</sup> Il sistema del contenzioso amministrativo fu stigmatizzato soprattutto da Pasquale Stanislao Mancini come «l'arme di guerra dei tempi eccezionali della Rivoluzione francese [...], maschera di giustizia compiacente al potere [...], strumento del dispotismo». I diritti civili e politici, «i più eminenti diritti che al cittadino sono assicurati dalla costituzione di un paese libero», dovevano essere attribuiti alla cognizione dei «tribunali comuni»; l'amministrazione contenziosa ricondotta al giudice «del mio e del tuo»; l'amministrazione pura, invece, devoluta alla tutela amministrativa gerarchica, dovendosi il cittadino rassegnare a non avere tutela giurisdizionale per la lesione dei meri interessi, perché «che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testé discorse? Semplicemente, una lesione degli interessi? Ebbene ch'ei si rassegni» (così Mancini nell'intervento parlamentare del 9 giugno 1964, riportato da A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino 1904, 329 ss.).

<sup>729</sup> Il codice penale del 1859 del Regno di Sardegna, esteso a tutto il territorio nazionale (fatta eccezione per alcune disposizioni in relazione ad alcune regioni) dopo l'unificazione, stabiliva all'art. 1 che «qualunque violazione della legge penale è un reato» e all'art. 2 distingueva il tipo di reato tra «crimine», «delitto» e «contravvenzione» in base alla pena prevista, precisando che la contravvenzione è il reato che la legge punisce con le «pene di polizia», che l'art. 35 indicava negli «arresti» e nell'«ammenda».

amministrativo, strutturalmente appartenenti all'esecutivo e con la *forma mentis* dell'autorità di polizia, invece che da giudici penali con la "cultura" della giurisdizione.

Fu così che l'allegato E della legge di unificazione amministrativa del 20 marzo 1865, n. 2248<sup>730</sup> abolì il sistema del contenzioso amministrativo (dove il nome di "legge abolitiva del contenzioso amministrativo" e l'acronimo abbreviato di "L.A.C.", con i quali questa legge è anche nota) e attribuì la decisione delle contravvenzioni al giudice penale e delle controversie sulle imposte<sup>731</sup> e sulle questioni in cui fosse parte una pubblica amministrazione al giudice civile.

Più nel dettaglio, l'art. 1 sopprime i giudici ordinari del contenzioso amministrativo, non anche quelli speciali e le relative giurisdizioni, come quella della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica e del Consiglio di Stato in materia di pensioni, debito pubblico, concessioni minerarie e sequestri di beni ecclesiastici, conservati dagli artt. 12, 13 e 16.

L'art. 2 devolve alla giurisdizione ordinaria «tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile e politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa»<sup>732</sup>.

Precisando che la competenza del giudice ordinario non poteva subire eccezioni o limitazioni per il fatto che parte in giudizio fosse un'amministrazione, che fossero coinvolti suoi interessi o che venissero emanati provvedimenti amministrativi, il legislatore intendeva compensare l'abolizione dei giudici ordinari del contenzioso amministrativo con l'estensione dell'ambito della giurisdizione ordinaria. E soprattutto – con un'impostazione assai avanzata per la cultura giuridica dell'epoca – si proponeva di superare il principio, allora fortemente radicato, secondo cui l'esercizio del potere autoritativo della pubblica amministrazione, ancorché regolato dalla legge, fosse incompatibile con l'esistenza di un diritto soggettivo del cittadino nei confronti dell'amministrazione stessa, come tale azionabile, in caso di lesione, davanti al giudice, affermando, all'opposto, nell'art. 2 e nell'art. 4, che la violazione di un «diritto civile e politico» avrebbe potuto essere determinata da un provvedimento

---

<sup>730</sup> La legge di unificazione amministrativa del 20 marzo 1865, n. 2248 si compone di sei allegati: l'allegato A, contenente la «legge sull'amministrazione comunale e provinciale»; l'allegato B, contenente la «legge sulla sicurezza pubblica»; l'allegato C, contenente la «legge sulla sanità pubblica»; l'allegato D, contenente la «legge sul Consiglio di Stato»; l'allegato E, contenente la «legge sul contenzioso amministrativo»; e l'allegato F, contenente la «legge sui lavori pubblici».

<sup>731</sup> Per la ricostruzione dello sviluppo storico della giurisdizione tributaria, specialmente in connessione con la giurisdizione amministrativa, si v. A. GIORDANO, *La giurisdizione tributaria attraverso il prisma della giurisdizione amministrativa. Storia di un'evoluzione parallela*, su [www.contabilita-pubblica.it](http://www.contabilita-pubblica.it) del 25 novembre 2012.

<sup>732</sup> L'influenza della Costituzione belga del 1831 è evidente. Questa stabiliva, all'art. 92, che «le controversie che hanno per oggetto diritti civili sono esclusivamente di competenza dei tribunali» e, all'art. 93, che «le controversie che hanno per oggetto diritti politici sono di competenza dei tribunali, salvo le eccezioni stabilite dalla legge»

amministrativo e stabilendo che, in tal caso, la relativa questione avrebbe dovuto essere conosciuta dal giudice civile.

L'art. 3 rimise, invece, «gli affari non compresi» nell'art. 2, in quanto riguardanti “diritti minori” o “diritti non perfetti” ovvero “diritti subordinati alle considerazioni dell'utilità pubblica”<sup>733</sup> - quelli che nel “progetto Borgatti” venivano indicati come «gli interessi individuali o collettivi degli amministrati», incisi da «atti di pura amministrazione» - alle autorità amministrative, affidandone la tutela, in prima istanza, al procedimento amministrativo improntato ai principi del contraddittorio, dell'audizione di organi consultivi e della motivazione del provvedimento finale, e, in seconda istanza, al ricorso gerarchico avverso il provvedimento amministrativo per l'annullamento o la riforma dello stesso.

Ma, come ha notato autorevole dottrina<sup>734</sup>, sarebbe errato ritenere che questa legge desse espressione esclusivamente ai principi liberali della separazione dal potere esecutivo del giudice che giudica dell'amministrazione e dell'eguaglianza e della parità davanti a questo giudice dell'ente pubblico e del soggetto privato. Infatti, tra le preoccupazioni del legislatore del 1865 vi era anche quella di salvaguardare l'efficienza e la rapidità dell'azione amministrativa destinata, per sua natura, a curare interessi generali considerati come prevalenti rispetto agli interessi privati. In altre parole, nella filosofia di quella normativa, le ragioni della tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dell'amministrazione avrebbero dovuto essere garantite senza troppo compromettere il principio della non interferenza degli organi giudiziari nell'azione dell'esecutivo. E dunque, non solo, come detto, al controllo giudiziario vennero sottratti, dal combinato disposto degli artt. 2 e 3 L.A.C., gli “atti di amministrazione pura”, manifestazione del potere discrezionale con cui – come si pensava allora - l'amministrazione provvede al buon andamento dei pubblici servizi e all'apprezzamento delle utilità a lei affidate, ma gli artt. 4 e 5 si preoccuparono specificamente di circoscrivere i poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione. Essi stabilirono che i tribunali avrebbero dovuto limitarsi a conoscere gli effetti dell'atto amministrativo in relazione all'oggetto dedotto in giudizio e, se l'atto amministrativo fosse stato illegittimo (e non anche inopportuno o non conveniente, e cioè viziato nel “merito”), a disapplicarlo<sup>735</sup> nel

---

<sup>733</sup> Così si disse nel dibattito parlamentare di allora.

<sup>734</sup> NIGRO, *op. ult. cit.*, 63 ss., nonché TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 24.

<sup>735</sup> E a disapplicare l'atto amministrativo illegittimo sia nel caso questo avesse direttamente leso un diritto soggettivo (“disapplicazione principale”: art. 4, comma 2, e art. 5 L.A.C.) sia nel caso in cui l'atto amministrativo illegittimo fosse stato soltanto un presupposto del diritto soggettivo il cui rispetto fosse stato invocato davanti al giudice ordinario (“disapplicazione incidentale”: art. 5 L.A.C.). Sull'istituto della disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice ordinario, si veda E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2013 (edizione riveduta e aggiornata a cura di F. FRACCHIA), 806 ss. Si ricordi che l'art. 4 della L.A.C. disponeva e dispone, al primo comma, che «quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere gli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio» e, al secondo comma, che «l'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso»; e l'art. 5 che «in questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle

caso sottoposto al loro esame, senza poterlo revocare o modificare all'esito di un sindacato diretto, spettando tale potere soltanto alla pubblica amministrazione sollecitata a rivedere il suo operato dal ricorso amministrativo.

Il contemperamento tra il principio del sindacato della giurisdizione ordinaria sull'amministrazione e quello della separazione dei poteri emergeva anche dal concreto assetto normativo dell'esecuzione della sentenza civile. Infatti, da un lato, l'art. 4, comma 2, stabilì che le autorità amministrative avrebbero dovuto conformarsi «al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso», rimuovendo l'atto giudicato illegittimo dall'organo giurisdizionale ovvero adottando gli altri atti necessari a dare esecuzione alla sentenza. Dall'altro, però, quest'obbligo di ottemperanza per l'amministrazione non fu reso effettivo e coercibile mediante la previsione di uno specifico rimedio giudiziale di natura esecutiva col quale il giudice ordinario potesse sostituirsi, o direttamente o per il tramite di un proprio organo, alla pubblica amministrazione inadempiente.

Inoltre, in linea di continuità, per il tramite della normativa piemontese, con la concezione rivoluzionaria francese del primato del potere esecutivo su quello giudiziario e quindi incoerente con la volontà riformatrice del legislatore di affermare l'opposta primazia della giurisdizione ordinaria sull'amministrazione, fu l'assegnazione, da parte dell'art. 13 dell'all. E della legge di unificazione amministrativa del 1865 e dell'art. 10, n. 1, dell'all. D, del potere di decidere i conflitti di attribuzione tra i due poteri<sup>736</sup> (che la legge Rattazzi del 1859 aveva riservato al Ministro dell'Interno) al Consiglio di Stato, che era un organo amministrativo di consulenza del Governo<sup>737</sup>, anziché alla Corte di Cassazione.

Sicché, si può sinteticamente osservare che il legislatore del 1865 aveva cercato di bilanciare l'ampliamento dei "limiti esterni" della giurisdizione ordinaria sulla pubblica amministrazione perseguito dai sentimenti più "liberali", col restringimento dei suoi "limiti interni" auspicato dalle istanze più "autoritarie", attribuendo, però, lo "strategico" governo dell'individuazione e dell'applicazione dei "limiti esterni" ad un organo amministrativo, ancorché

---

leggi», dove ancora una volta è evidente l'influenza esercitata sul legislatore italiano del 1865 dalla Costituzione belga che, all'art. 107, stabiliva che «le Corti ed i tribunali non applicheranno gli ordini e i regolamenti generali, provinciali e locali, se non in quanto saranno conformi alle leggi».

<sup>736</sup> Nonché dei conflitti di giurisdizione tra i giudici ordinari e i giudici speciali del contenzioso amministrativo che non erano stati aboliti e tra i diversi giudici speciali.

<sup>737</sup> L'allegato D della legge n. 2248/1865 disciplinava l'assetto del Consiglio di Stato. Non erano previste particolari garanzie di indipendenza né per quanto riguarda la nomina dei suoi componenti (che avveniva con un atto governativo, essendo disposta con decreto reale, su proposta del Ministro dell'Interno) né per quanto riguarda la loro inamovibilità (perché i componenti potevano essere sospesi e rimossi con una decisione che era sostanzialmente riservata al Ministro dell'Interno). E la continuità del Consiglio di Stato col potere esecutivo emergeva non soltanto dal meccanismo di nomina e di perdita dello *status* di Consigliere di Stato, ma anche dalla possibilità per i Ministri di intervenire alle sedute o direttamente o attraverso propri delegati, nonché dalle competenze che erano tipicamente consultive: il Consiglio di Stato, infatti, forniva pareri al Governo, in alcuni casi, obbligatori, in altri casi, invece, facoltativi. Esso si articolava in tre sezioni consultive, che in taluni casi operavano collegialmente in adunanza generale: interno; grazia, giustizia e culti; e finanze.



meno “politico” e più “tecnico” rispetto al Ministro dell’Interno, titolare di questo rilevante potere nell’ordinamento previgente<sup>738</sup>.

**4. «Dove c’è esercizio del potere amministrativo, non può esservi diritto soggettivo, ma soltanto interesse (legittimo)»: l’interpretazione “abrogatrice” degli artt. 2 e 4 della L.A.C. e il vuoto di tutela del cittadino.**

Lo sviluppo successivo del sistema italiano di giustizia amministrativa fu determinato dall’individuazione della sfera di competenza della giurisdizione ordinaria in ordine alle controversie pubblicistiche tra cittadino e amministrazione indicata nella legge del 1865 e dal *punctum pruriens* della connessa linea di confine con «gli altri affari» attribuiti alla tutela delle autorità amministrative nell’ambito del procedimento amministrativo e dei ricorsi gerarchici. E, nella loro giurisprudenza, i giudici ordinari restrinsero enormemente il campo della propria giurisdizione contemplato dall’art. 2 della L.A.C., finendo corrispondentemente per ampliare quello della tutela amministrativa previsto dall’art. 3.

Infatti, in contrasto con quanto stabilito pressoché espressamente nell’art. 2 («si faccia questione d’un diritto civile o politico [...] ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell’autorità amministrativa») e nell’art. 4 («quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell’autorità amministrativa») dal legislatore del 1865 il quale, con forte carica innovativa rispetto alla cultura giuridica del tempo, aveva affermato l’esistenza di diritti soggettivi a fronte di provvedimenti autoritativi, con conseguente giurisdizione ordinaria delle relative controversie, questa giurisprudenza, in perfetta continuità con la diffusa mentalità giuridica dell’epoca, si assestò nel ritenere che quando la pubblica amministrazione avesse esercitato un potere *jure auctoritatis*, non vi potesse essere un diritto soggettivo dell’amministrato, ma soltanto un “diritto minore” ovvero un “interesse-non diritto”, cioè un “interesse” o, come si cominciava a dire, un “interesse legittimo”, come tale non azionabile davanti al giudice ordinario, ma tutelabile soltanto nell’ambito del procedimento amministrativo e dei ricorsi amministrativi, tra i quali quello gerarchico e, contro i provvedimenti amministrativi definitivi<sup>739</sup>, quello straordinario al Re.

E ritenendo che il «diritto civile» contemplato dall’art. 2 della L.A.C. potesse essere soltanto il diritto soggettivo fondato sulle “leggi civili”<sup>740</sup>, questa

---

<sup>738</sup> Com’è stato autorevolmente osservato (F.G. SCOCA, *Il Consiglio di Stato e i conflitti di attribuzione (1865-1877)*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, cit., 96), la legge del 1865 attribuì al Consiglio di Stato il potere di risolvere i conflitti di attribuzione e di giurisdizione con «giurisdizione propria», trascorrendo, da questo punto di vista, dalla c.d. giustizia “ritenuta” alla c.d. giustizia “delegata”, rispetto al previgente sistema della legge Rattazzi del 1859 in cui il Consiglio di Stato si limitava a fornire un parere che poteva essere recepito o non recepito nel decreto regio decisorio, emanato su proposta del Ministro dell’Interno.

<sup>739</sup> «Ricorsi fatti al Re contro la legittimità di provvedimenti amministrativi sui quali siano esaurite non possano proporsi domande di riparazione in via gerarchica» (art. 9, n. 4, legge n. 2248/1865, all. D).

<sup>740</sup> Così come si riteneva che il «diritto politico» (e cioè fondamentalmente il diritto di elettorato attivo e passivo; ma c’era anche chi sosteneva che nella nozione dovesse essere ricompreso anche il diritto di libertà personale e gli altri diritti personali garantiti dallo Statuto albertino) fosse soltanto quello fondato

giurisprudenza individuò il criterio di riparto di “attribuzione” tra giudice e amministrazione nella distinzione tra atti *jure gestionis* e atti *jure imperii*, corrispondenti, grosso modo, i primi alle attività di diritto privato e i secondi alle attività di diritto pubblico. Dove, invece, vi fosse stata una “legge amministrativa”<sup>741</sup>, e cioè una legge attributiva e regolativa di un potere amministrativo, li avrebbe potuto esserci soltanto un “interesse-non diritto” e la valutazione della legittimità del provvedimento, manifestazione formale di quel potere, sarebbe stata di competenza dell’autorità amministrativa e, col ricorso straordinario, del Re. Come se gli artt. 2 e 4 della L.A.C. non fossero mai stati emanati.

Da buona parte della scienza giuridica del tempo, e poi anche della giurisprudenza, si reputava che soltanto le leggi amministrative che conferivano alla pubblica amministrazione un potere vincolato avrebbero potuto far sorgere diritti soggettivi equiparabili a quelli nascenti dalle leggi civili e politiche, perché avrebbero fondato rapporti giuridici tra cittadino e amministrazione con diritti dal lato attivo ed obblighi dal lato passivo. Sennonché le leggi amministrative dell’epoca erano generalmente frammentarie ed incomplete, incapaci di vincolare in modo preciso l’esercizio del potere pubblico e tali da lasciare ampio spazio alla discrezionalità amministrativa nell’attuazione dell’interesse pubblico nelle stesse indicato; e dunque tendenzialmente costituivano la base normativa per l’adozione di atti di “amministrazione pura”, fronteggiati da meri “interessi-non diritti” del privato.

In definitiva, la giurisprudenza dei tribunali ordinari finì per fornire un’interpretazione palesemente erronea e, per così dire, “abrogatrice” degli artt. 2 e 4 della L.A.C., ritraendosi, con la declinazione della giurisdizione, di fronte all’esercizio del potere amministrativo, che essa considerava produttivo di un effetto “degradatorio” del diritto in interesse, tranne che nei rari casi di attività amministrativa vincolata. In tal modo, questa giurisprudenza restrinse enormemente l’area delle controversie pubblicistiche con l’amministrazione afferenti ai “diritti” e, come tali, di competenza della giurisdizione ordinaria e, per converso, ampliò notevolmente quella delle vertenze pubblicistiche con l’amministrazione concernenti gli “interessi” e, in quanto tali, attribuite alla mera tutela amministrativa.

E, com’era fisiologico alla natura amministrativa dell’organo, il Consiglio di Stato, in sede di risoluzione dei conflitti di attribuzione, non solo avallò quest’orientamento giurisprudenziale, ma rafforzò la spoliatura della giurisdizione a favore dell’amministrazione. Racconta il Mantellini che dal luglio 1865 all’aprile 1877 furono sollevati ben 500 conflitti di attribuzione e solo in 111 fu riconosciuta la competenza giudiziaria<sup>742</sup>. E a causa dell’abolizione dei giudici del contenzioso amministrativo, le questioni non rinviate ai tribunali

---

sulle “leggi politiche”. Si veda F.G. SCOCA, *La formazione del sistema*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 7.

<sup>741</sup> SCOCA, *op. ult. cit.*, 7-8.

<sup>742</sup> G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione in Italia*, Firenze 1878, 33.

ordinari restavano prive di giudice. E restavano prive anche di un'effettiva e imparziale tutela amministrativa.

Infatti, il primo comma dell'art. 3 della L.A.C., che demandava la tutela degli "interessi" degli amministrati ad un procedimento amministrativo a struttura contenziosa, regolato secondo i principi del contraddittorio, dell'audizione di organi consultivi e della motivazione degli atti, rimase lettera morta, perché venne interpretato come una norma meramente programmatica e non immediatamente precettiva, alla quale il legislatore successivo non dette attuazione. Anche perché si trattava di disposizioni «superiori al livello dell'amministrazione dell'epoca e diciamo pure di tutta la società italiana»<sup>743</sup>.

Ancor meno dette buona prova di sé il sistema dei ricorsi gerarchici, generalizzato dal secondo comma dell'art. 3: il riesame del provvedimento da parte dell'autorità amministrativa sovraordinata si svolgeva senza la necessaria imparzialità e per ragioni "politiche" si concludeva il più delle volte con la conferma del provvedimento impugnato.

Concludendo queste considerazioni, si potrebbe allora osservare che, avendo la giurisprudenza dei giudici ordinari e dell'organo risolutore dei conflitti dato un'interpretazione sostanzialmente "abrogatrice" degli artt. 2 e 4 della L.A.C. che demandavano al giudice ordinario la protezione delle maggiori posizioni giuridiche soggettive incise dagli atti amministrativi autoritativi, della riforma del 1865 venne neutralizzata la *pars construens* e rimase in piedi solo la *pars destruens* consistente nella soppressione dei giudici del contenzioso amministrativo<sup>744</sup>. Donde quel famoso vuoto di tutela del cittadino che reclamava urgentemente di essere riempito.

### **5. La legge del 31 marzo 1877, n. 3761.**

Parte della dottrina<sup>745</sup> addebitò l'insuccesso della riforma del 1865 all'incoerenza di aver attribuito al Consiglio di Stato la funzione di arbitro dei conflitti di attribuzione, sottolineando come quest'organo amministrativo, sotto la veste di risolvere questioni di competenza, decideva in realtà il merito delle controversie ed interpretava erroneamente il dato normativo vigente per difendere ed accrescere il territorio dell'amministrazione a scapito di quello della giurisdizione.

Per riempire il vuoto di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione che si era venuto a formare, occorreva allora correggere la legge monistica e porre il giudice ordinario al vertice del sistema della giurisdizione unica, affidandogli anche il potere di delimitare l'ambito riservato

---

<sup>743</sup> Così NIGRO, *op. ult. cit.*, 69, il quale aggiunge che «le garanzie procedurali sono destinate ad acquistare rilievo in un paese in cui l'amministrazione abbia un elevato senso di giustizia (e si consideri essa la prima fonte di tale giustizia), il cittadino piena coscienza dei suoi diritti e, a custodia di tutti (amministrazione compresa), operi un giudice indipendente: tutti questi elementi mancavano nell'Italia dell'epoca e quindi la soluzione era utopistica».

<sup>744</sup> Così BATTINI, *op. cit.*, 55.

<sup>745</sup> Soprattutto il Mantellini in due sue fondamentali monografie sui conflitti di attribuzione: G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione in Italia*, Firenze 1871; *I conflitti di attribuzione in Italia. Parte seconda – anni 1871 e 1872*, Firenze, 1873. Dopo la legge n. 3761/1877, ne seguì una terza dal titolo: *I conflitti di attribuzione. Parte terza: dopo la legge 31 marzo 1877*, Firenze 1878.

all'amministrazione e di individuare quello tendenzialmente generalizzato della giurisdizione.

Queste considerazioni furono all'origine della legge del 31 marzo 1877, n. 3761 che attribuì alla Corte di Cassazione di Roma<sup>746</sup> la decisione sui conflitti, sia positivi che negativi, insorti fra amministrazione e giudici (conflitti di attribuzione) e tra giudici ordinari e giudici speciali (conflitti di giurisdizione), nonché sui ricorsi proposti contro le sentenze dei giudici speciali per «incompetenza ed eccesso di potere», e cioè per difetto di giurisdizione e rispettivamente per straripamento di potere.

In questa legge fu anche ridimensionato il vecchio potere dell'amministrazione, portato dalla concezione del primato dell'esecutivo, di paralizzare il corso della giustizia civile con l'eccezione del difetto di attribuzione del giudice ordinario in questioni riservate all'autorità amministrativa. Infatti, non solo fu previsto che su tale eccezione avrebbe dovuto pronunciarsi, al posto di un organo amministrativo (il Consiglio di Stato), un organo giurisdizionale (la Corte di Cassazione), ma fu anche stabilito che se l'amministrazione fosse stata parte in causa, essa avrebbe potuto proporre questo «mezzo straordinario» solo nel giudizio di primo grado, e se invece non fosse stata parte in causa, non oltre la formazione del giudicato.

In tutti questi casi, la Corte di Cassazione di Roma avrebbe dovuto decidere a sezioni unite<sup>747</sup>.

E il contenuto di questa legge sui «conflitti di attribuzione» del 1877 è stato successivamente trasfuso<sup>748</sup> nel codice di procedura civile del 1942 ed è ancora oggi, pur con alcune modifiche<sup>749</sup>, normativa vigente.

Senonché, il nuovo organo risolutore dei conflitti di attribuzione non si discostò molto dal precedente, nell'interpretazione e nell'applicazione degli artt. 2 e 3 della L.A.C.: continuò a ritenere che a fronte e a seguito dell'esercizio del potere amministrativo, il diritto soggettivo degradasse ad interesse e che dunque il giudizio sulla legittimità del provvedimento dell'autorità amministrativa dovesse essere sottratto al giudice ordinario e assegnato all'autorità amministrativa. In altre parole, la Corte di Cassazione di Roma confermò il criterio di riparto di attribuzione fondato sulla distinzione tra atti *jure gestionis* e atti *jure imperii* seguito dalla giurisprudenza e che era stato recepito e rafforzato

---

<sup>746</sup> Occorre infatti tenere presente che col Regno d'Italia furono istituite quattro Corti di Cassazione «regionali» a Torino, Firenze Napoli e Palermo, alle quali si aggiunse, nel 1875, l'istituzione della Corte di Cassazione di Roma, e che soltanto nel 1923 le cinque Cassazioni furono unificate nella «Corte suprema di Cassazione» con sede a Roma.

<sup>747</sup> Si tenga presente che, nel 1877, le Sezioni Unite erano il *plenum* della Corte di Cassazione di Roma composta da due sole sezioni, mentre, con l'ordinamento giudiziario del 30 gennaio 1941, n. 12, sono diventate nulla più che una sezione della Corte di Cassazione, composta da magistrati appartenenti alle diverse sezioni civili, scelti liberamente dal Primo Presidente.

<sup>748</sup> NIGRO (*op. ult. cit.*, 173) parla di «incorporazione [...] con tecnica grossolana».

<sup>749</sup> La novità di maggior rilievo del codice di procedura civile è che il mezzo straordinario a disposizione della pubblica amministrazione è stato limitato al caso che essa non sia parte in causa (art. 41, comma 2, c.p.c.), mentre, qualora sia parte in causa, esso è stato assorbito nel «regolamento preventivo di giurisdizione» che è uno strumento processuale a disposizione di tutte le parti ed esercitabile solo «finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado» (art. 41, comma 1, c.p.c.).

dalle pronunce del Consiglio di Stato sui conflitti: gli atti privatistici posti in essere dall'amministrazione avrebbero dovuto essere devoluti alla giurisdizione dei tribunali; gli atti pubblicistici, espressione di un potere autoritativo ed esorbitante rispetto al diritto comune, avrebbero dovuto essere assegnati alla cognizione dell'amministrazione in sede di ricorsi amministrativi.

L'unica sostanziale novità nella delimitazione del confine tra gli artt. 2 e 3 della L.A.C. consistette forse soltanto nel sindacato della legittimità estrinseca dei provvedimenti amministrativi, che, rispetto a prima, venne attribuito con maggiore continuità alla giurisdizione ordinaria, nel presupposto che quando l'esercizio del potere amministrativo si fonda su norme di legge chiare e obiettive, è possibile ravvisare un diritto soggettivo che non affievolisce in interesse<sup>750</sup>. Ma si trattava di fattispecie non molto ricorrenti, atteso che, come già detto, le leggi amministrative del tempo erano quasi sempre attributive di poteri discrezionali, il cui esercizio, dunque, sfociava in atti non sindacabili agevolmente *ab externo* con i vizi di violazione di legge e di incompetenza.

«Nella veste di Tribunale dei conflitti, la Corte di Cassazione di Roma [...] avrebbe ben potuto assumere un atteggiamento diverso, affermando la giurisdizione in tutti i casi in cui la controversia riguardava diritti soggettivi, e non negandola quando la controversia coinvolgeva provvedimenti amministrativi. Se non lo fece, è perché anch'essa aveva convinzioni di fondo, che non erano molto diverse da quelle del Consiglio di Stato»<sup>751</sup>.

In fondo, i giudici italiani della seconda metà dell'Ottocento, espressione dell'alta borghesia (prevalentemente agraria) come i governanti, condividevano la fondamentale ideologia autoritaria della classe dirigente e nel conflitto fra governanti e amministrati, adottavano generalmente il punto di vista dei primi, più che per asservimento morale o per costrizione giuridica, per l'intima convinzione che l'esigenza di soddisfazione dell'interesse pubblico dovesse normalmente prevalere sulle ragioni di garanzia dei privati cittadini<sup>752</sup>.

E dunque, pur senza le punte estreme del precedente organo di risoluzione dei conflitti, anche la Corte di Cassazione di Roma finì tendenzialmente per affermare il principio dell'incompatibilità tra diritti soggettivi e provvedimenti amministrativi. In questo modo, contribuì anch'essa a vanificare le novità più rilevanti introdotte dalla legge del 1865 e, allargando l'area degli "interessi-non diritti" sottratti al controllo giudiziario, a lasciare il cittadino privo di tutela giurisdizionale verso l'amministrazione in una grande quantità di casi.

## **6. La legge del 31 marzo 1889, n. 5992.**

Apparve allora chiaro che l'obiettivo della completa giustiziabilità delle pretese del soggetto al corretto esercizio del potere amministrativo, indispensabile per realizzare pienamente i principi liberali dello Stato di diritto, non avrebbe potuto essere conseguito forzando i giudici a considerare "diritti" le

---

<sup>750</sup> Si veda, *ex multis*, il Caso Ruffo, deciso dalla Corte di Cassazione di Roma il 12 luglio 1880 (in *Foro it.*, 1880, I, 1179).

<sup>751</sup> Così SCOCA, *La formazione del sistema*, cit., 6.

<sup>752</sup> NIGRO, *op. ult. cit.*, 70.

posizioni dei cittadini incise da atti amministrativi, ma istituendo un nuovo e più efficace organo di tutela per l'area degli interessi, ampliata sia dalla radicata concezione della degradazione del diritto soggettivo a seguito dell'esercizio del potere amministrativo, sia dalla generalizzata convinzione che dalle leggi amministrative non potessero nascere diritti soggettivi, ma solo interessi dei cittadini, sia dall'aver emanato il Parlamento negli ultimi decenni del secolo XIX molte e importanti leggi amministrative con cui accompagnare il processo di industrializzazione, di infrastrutturazione e di urbanizzazione del Paese e il miglioramento delle condizioni di vita di una società in cui l'opinione pubblica, che domandava leggi di maggiore protezione sociale e di regolazione pubblica, acquistava un sempre maggior rilievo.

Questo nuovo organo di tutela del cittadino, che per gli "interessi-non diritti" non avrebbe potuto essere un "giudice", avrebbe nondimeno dovuto realizzare la «giustizia nell'amministrazione» e «completare l'opera del 1865»<sup>753</sup>, che aveva lasciato «molti diritti senza più giudice in balia dell'amministrazione»<sup>754</sup>. Avrebbe dovuto essere un organo amministrativo per poter annullare l'atto amministrativo illegittimo o riformare quello inopportuno senza ledere il principio della separazione dei poteri; ma esercitante funzioni sostanzialmente giurisdizionali, per poter garantire al cittadino il rispetto dei principi dell'imparzialità del giudizio, del contraddittorio tra le parti e della motivazione delle decisioni, tipici del processo.

La scelta del Consiglio di Stato era pressoché obbligata.

Non solo quest'organo aveva continuato ad essere in determinate materie «giudice speciale del contenzioso amministrativo» e fino al 1877 era stato il giudice dei conflitti di attribuzione, ma con i pareri sui ricorsi straordinari al Re partecipava al sistema di giustizia amministrativa. Ed anzi, in questa funzione consultiva, ma sostanzialmente decisoria, nei decenni successivi al 1865 si era mostrato l'unica istituzione in grado di arginare efficacemente gli abusi delle autorità amministrative, specialmente attraverso il sindacato sull'eccesso di potere, vizio di legittimità intrinseca dell'atto amministrativo creato dalla sapiente opera della sua giurisprudenza consultiva, in tal modo tutelando con forza ed imparzialità l'amministrato nell'ambito di un rimedio che conduceva all'eliminazione retroattiva dell'atto amministrativo illegittimo.

E poi c'era anche l'esempio autorevole della sezione contenziosa del *Conseil d'État* che, dal 1872, era divenuto un corpo amministrativo che esercitava anche funzioni giurisdizionali con "giurisdizione propria", "delegata", e non più secondo il modello della giustizia "ritenuta", e cioè trattenuta dal vertice dell'esecutivo<sup>755</sup>.

Fu la legge del 31 marzo 1889, n. 5992, che approvò un disegno di legge elaborato e presentato da Francesco Crispi, a riformare il sistema di giustizia

---

<sup>753</sup> Così S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, Discorso pronunciato all'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880, in S. SPAVENTA, *La giustizia amministrativa*, a cura di S. RICCI, Napoli 1993, 71.

<sup>754</sup> SPAVENTA, *op. ult. cit.*, 55.

<sup>755</sup> Si veda il cap. III.

amministrativa, accogliendo le sollecitazioni e le proposte del “movimento per la giustizia nell’amministrazione”<sup>756</sup>, i cui uomini di punta furono Marco Minghetti e Silvio Spaventa.

Formalmente, la legge si presentava come una normativa di modifica dell’allegato D della legge n. 2248/1865 contenente la «legge sul Consiglio di Stato», perché istituì, accanto alle tre sezioni consultive già esistenti, una nuova sezione del Consiglio di Stato, la quarta sezione, designata come sezione «per la giustizia amministrativa». Sostanzialmente, però, introduceva un nuovo strumento di tutela dei molteplici “interessi” privi della consistenza di “diritti”, in grado di eliminare gli atti e i provvedimenti amministrativi illegittimi e, in determinati casi, di riformare quelli inopportuni.

Infatti, l’art. 3 definì la competenza di tale nuova sezione, stabilendo che «spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato di decidere i ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione della legge contro atti e provvedimenti di un’Autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non sieno di competenza dell’Autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali» ed esonerando dai suddetti ricorsi «gli atti o i provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico».

L’art. 7 si premurò di precisare che il ricorso alla Quarta Sezione era ammesso solo contro i provvedimenti definitivi, e cioè contro quei provvedimenti per i quali fossero stati esperiti tutti i gradi della tutela gerarchica. E l’art. 17 dispose che la sezione, «se accoglie il ricorso, annulla l’atto o il provvedimento», rimettendo l’affare all’autorità competente, in caso di vizio di incompetenza, e comunque fatti salvi, nei casi di vizi di violazione di legge ed eccesso di potere, gli ulteriori provvedimenti dell’autorità amministrativa; «decide nel merito» nei casi previsti dall’art. 4, tra i quali vi era anche quello «dei ricorsi diretti ad ottenere l’adempimento dell’obbligo dell’autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico».

Occorre osservare che la legge n. 5992/1889 individuò l’ambito della competenza della quarta sezione del Consiglio di Stato “in negativo” rispetto a quella del giudice ordinario, a dimostrazione che il legislatore intendeva non già

---

<sup>756</sup> Per la ricostruzione del contesto politico e accademico in cui nacque e si sviluppò il “movimento per la giustizia nell’amministrazione” si rinvia a MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 333 ss. In questa sede sia sufficiente ricordare, come sottolineato dai due autori (335-336), che nel 1876 cadde la Destra storica e cominciò quell’alternanza tra Destra e Sinistra che dette vita a prassi trasformistiche che avevano acuito il senso di precarietà delle istituzioni. L’esigenza di rinsaldare le istituzioni di fronte all’instabilità della politica e l’incertezza delle lotte parlamentari; e l’incapacità di garantirsi una stabilità battendo le strade costituzionali della rappresentanza e del suffragio, attraverso la formazione di un grande partito di democrazia liberale, avevano indirizzato la ricerca dei “rimedi” sul versante amministrativo. L’attenzione veniva così a concentrarsi sul rapporto tra amministrazione e politica, tra parlamento e amministrazione. L’obiettivo, prima ancora che in un’estensione delle garanzie individuali, venne stabilito nella necessità di conseguire “l’imparzialità nella giustizia e nell’amministrazione sotto un governo di partito” (le parole tra virgolette riportate da MANNORI e SORDI sono di M. MINGHETTI, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell’amministrazione*, Bologna 1881, 2).

abrogare o modificare la riforma del 1865, ma si proponeva, più semplicemente, di integrarla o, per usare le parole di Spaventa, di «completarla»<sup>757</sup>, essendo la legge del 1865 considerata nella cultura giuridica e politica dell'epoca come una «tavola fondamentale» dell'ordinamento italiano, una legge materialmente costituzionale e intangibile, una sorta di «mito»<sup>758</sup>.

Infatti, in primo luogo, l'ambito della cognizione dell'organo appena istituito risultava disegnato "in negativo" rispetto all'ambito della giurisdizione ordinaria. L'art. 3 della legge n. 5992/1889 sottraeva espressamente alla cognizione della neo-istituita Quarta Sezione i ricorsi che fossero di competenza dei tribunali ordinari in base all'art. 2 della legge del 1865. Cosicché i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi lesivi di diritti civili o politici restavano di competenza del giudice ordinario; i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi lesivi di interessi venivano ora attribuiti alla competenza (anche)<sup>759</sup> della quarta sezione del Consiglio di Stato. E dunque le diverse "competenze" del giudice ordinario e della Quarta Sezione sembravano essere suddivise sulla base della *causa petendi*, e cioè della distinzione tra "diritto" e "interesse" fatto valere in giudizio.

In secondo luogo, i poteri di decisione assegnati dalla legge del 1889 alla Quarta Sezione venivano commisurati anch'essi "in negativo" ai poteri non attribuiti dalla legge del 1865 al giudice ordinario. Mentre la legge del 1865 aveva negato che il giudice potesse annullare gli atti dell'amministrazione anche ove li reputasse illegittimi, la legge del 1889 conferiva alla Quarta Sezione proprio e solo il potere di annullamento<sup>760</sup>. E dunque le "competenze" del giudice ordinario e della Quarta Sezione erano distinte anche sulla base del *petitum*, e cioè della diversa decisione richiesta: di accertamento dell'illegittimità amministrativa e di condanna al risarcimento, il primo; di annullamento, la seconda.

Si deve, altresì, rilevare che se, nella legge del 1889, al centro del contenzioso amministrativo della quarta sezione del Consiglio di Stato, di quello che, con l'imminente riconoscimento della natura giurisdizionale della stessa, sarebbe diventato il "processo amministrativo", ci fu l'atto amministrativo, è perché, nella legge del 1865, l'atto amministrativo – e non l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo – era stato al centro del processo civile per limitare i poteri del giudice ordinario<sup>761</sup>. Si può allora concordare con quella dottrina che ha ritenuto che la legge del 1865 avesse prefigurato "in negativo" il tipo di processo amministrativo cui avrebbe dato vita la legge del

---

<sup>757</sup> SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, cit.

<sup>758</sup> F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Vicenza 1969, 75.

<sup>759</sup> E cioè in aggiunta alla competenza delle autorità amministrative, giusta l'art. 3 della L.A.C., e a quella del Re, in base alla normativa sul ricorso straordinario contenuta nell'all. D della legge n. 2248/1865.

<sup>760</sup> SCOCA, *La formazione del sistema*, cit., 11.

<sup>761</sup> NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 76-77



1889 <sup>762</sup>: un processo in cui «campeggiasse l'atto amministrativo» e di tipo «cassatorio» <sup>763</sup>.

Non a caso l'art. 3 della legge n. 5992 generalizzò il sindacato di legittimità, funzionale al giudizio cassatorio con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, e prevede come eccezionale, limitato alle ipotesi tassativamente stabilite dall'art. 4, il giudizio di merito. E non a caso l'art. 3 formalizzò la triade di vizi di legittimità giunta sino a noi, che era stata elaborata dalla giurisprudenza, soprattutto da quella consultiva del Consiglio di Stato dei pareri sui ricorsi straordinari al Re.

La legge del 1889 cercò di integrare e completare la legge del 1865 non solo sotto il profilo dell'ambito della cognizione (gli "interessi-non diritti") e dei poteri di decisione (l'annullamento) delle manifestazioni del potere amministrativo, ma anche sotto il profilo dell'esecuzione del giudicato civile da parte dell'amministrazione. Infatti, colmando la lacuna del principio sancito dall'art. 4, comma 2, L.A.C., l'art. 4, n. 4, della legge n. 5992/1889 introdusse il ricorso per ottemperanza, rendendo finalmente effettivo, giustiziabile e dunque coercibile l'obbligo dell'amministrazione di dare esecuzione al giudicato dei tribunali. Si trattava di un rimedio che dava vita ad un giudizio di merito, con la conseguenza che la quarta sezione del Consiglio di Stato poteva sostituirsi all'amministrazione inadempiente ed emanare al suo posto, o direttamente o per il tramite di un proprio ausiliario ("commissario *ad acta*"), gli atti e i provvedimenti amministrativi necessari a dare attuazione alla sentenza del giudice ordinario; senza che questa "sostituzione" determinasse una violazione del principio della separazione tra potere giudiziario e potere esecutivo a causa dell'indebita interferenza di un giudice nell'esercizio di un'attività amministrativa, perché nella filosofia della legge del 1889 la Quarta Sezione non era considerata un "giudice". Del resto, secondo la concezione del tempo, un "giudice" non avrebbe potuto conoscere di "interessi-non diritti", ma soltanto di veri e propri "diritti"; e non avrebbe potuto "turbare" (*troubler*) l'attività amministrativa eliminando dal mondo giuridico un provvedimento amministrativo. Soltanto un organo amministrativo avrebbe potuto conoscere di "interessi" e annullare l'atto amministrativo.

Ed organo amministrativo (statale) era anche la Giunta Provinciale Amministrativa alla quale la legge del 1° maggio 1890, n. 6837 affidò il contenzioso amministrativo locale. Composta dal Prefetto, che la presiedeva, da due consiglieri di prefettura e da quattro membri elettivi nominati annualmente dal Consiglio Provinciale, essa aveva una competenza giustiziale-giurisdizionale modellata su quella della quarta sezione del Consiglio di Stato, ma limitata alla tutela nei confronti di taluni atti, tassativamente stabiliti dalla legge, di Amministrazioni prevalentemente locali. Contro le pronunce della Giunta Provinciale Amministrativa era ammesso ricorso davanti alla Quarta Sezione.

---

<sup>762</sup> M. NIGRO, *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui Tribunali regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1832.

<sup>763</sup> NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 77.

## 7. La natura giuridica della quarta sezione del Consiglio di Stato, il carattere del giudizio amministrativo e il criterio di riparto.

La quarta sezione del Consiglio di Stato, dunque, non fu istituita con la natura di organo giurisdizionale, ma con quella di organo appartenente alla pubblica amministrazione.

Lo si evince dalla Relazione dell'Ufficio centrale del Senato ove si sottolineava che «il nuovo istituto non è un tribunale giudiziario speciale o eccezionale, ma rimane nella sfera del potere esecutivo, da cui prende la materia e le persone che lo devono mettere in atto. È lo stesso potere esecutivo ordinato in modo da tutelare maggiormente gli interessi dei cittadini». Lo si ricava dal pensiero di Silvio Spaventa, che fu il Primo Presidente della Quarta Sezione e che vedeva nella nuova istituzione «un'organizzazione nuova, nella sfera più alta dell'amministrazione, di quel *ius inspectionis* proprio di ogni governo»<sup>764</sup>. Lo si desume dalla constatazione che significativamente la legge del 1889 non utilizza mai i termini “giurisdizione” e “sentenza”: usa, invece, le parole “competenza” e “decisione”<sup>765</sup>.

Ci si spinse al massimo a parlare di «controllo giurisdizionale dentro l'amministrazione stessa contro l'abuso dei suoi organi, con sufficienti garanzie di giustizia»<sup>766</sup>, usando la nozione di “giurisdizione” in senso atecnico e riferendola alla funzione sostanziale esercitata, tanto che Lodovico Mortara qualche anno dopo l'istituzione della Quarta Sezione avrebbe notato che «l'indole giurisdizionale delle funzioni di giustizia amministrativa rimane nella legge del 1889 quasi ravvolta in una mistica penombra»<sup>767</sup>.

Tale “giurisdizione” doveva necessariamente avere carattere oggettivo<sup>768</sup>: non serviva a «definire controversie nascenti dalla collisione di diritti individuali

---

<sup>764</sup> Sono parole tratte dal discorso preparato (e mai pronunciato) per la prima seduta della IV sezione: S. SPAVENTA, *Discorso per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato*, pubblicato da R. RICCI nella *Riv. dir. pubbl.* del 1909.

<sup>765</sup> Così SCOCA, *La formazione del sistema*, cit., 12. Ma si legga anche M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *La giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 245, i quali osservano che il legislatore voleva conservare al Consiglio di Stato il suo carattere di organo dell'amministrazione e proprio per questo qualificava il suo potere come potere di decidere e non come potere di giudicare. E da attento e diretto osservatore dell'approvazione della legge n. 5992, V. SCIALOJA, anni dopo l'istituzione della Quarta Sezione, poté testimoniare: «la verità è che gli autori della riforma del 1889 non pensarono affatto di istituire, per il sindacato di legittimità che si voleva stabilire sugli atti amministrativi, un organo giurisdizionale, ma considerarono che tale sindacato rientrasse naturalmente nei compiti propri della stessa amministrazione. E fu fortuna che così si riguardasse la cosa, perché, in caso diverso, la riforma tanto fondamentale per il nostro ordinamento giuridico molto probabilmente sarebbe stata irrimediabilmente condannata [...]: un sindacato generale di carattere giurisdizionale con il potere di sospendere prima e di annullare o di revocare atti dell'amministrazione, sarebbe parso troppo contrastante con i concetti tuttora dominanti sulla divisione e l'indipendenza dei poteri, quale insopportabile ingerenza giurisdizionale sulla pubblica amministrazione, capace di paralizzarne l'attività» (V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I, 410).

<sup>766</sup> SPAVENTA, *Discorso per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato*, cit.

<sup>767</sup> L. MORTARA, *Ancora alcune osservazioni sui rapporti fra la giurisdizione civile ordinaria e la giustizia amministrativa*, nota alla sentenza Corte di Cassazione, Sez. un., 11 marzo 1898 (Comune di Roma/Raveggi).

<sup>768</sup> Si veda, *ex multis*, SCOCA, *La formazione del sistema*, cit., 14, nonché MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 338.

e omogenei», ma era diretta a «conoscere solamente se il diritto obbiettivo sia stato osservato [...]. L'interesse individuale offeso è solamente preso come motivo o occasione per l'amministrazione stessa per il riesame dei suoi atti»<sup>769</sup>. Il sindacato di legittimità sull'atto amministrativo era considerato come un controllo amministrativo interno di ordine pubblico, seppur azionato dall'iniziativa del cittadino ricorrente, sulla falsariga dell'archetipo del ricorso contenzioso per l'annullamento di una decisione amministrativa illegittima: il *recours pour excès de pouvoir*.

E poiché la quarta sezione del Consiglio di Stato poteva essere adita per ottenere l'annullamento del provvedimento amministrativo (una misura assai efficace contro gli abusi perpetrati dalle autorità amministrative perché consentiva di rimuovere retroattivamente gli effetti giuridici di atti amministrativi unilaterali, imperativi, esecutivi e non di rado esecutori), mentre il giudice ordinario poteva soltanto dichiarare l'illegittimità di un provvedimento lesivo di un diritto, ma non poteva eliminarlo dal mondo giuridico, spesso il cittadino azionava il ricorso previsto dalla legge n. 5992/1889 non solo per tutelare meri "interessi", ma anche per difendere veri e propri "diritti" lesi da provvedimenti amministrativi, prospettando che i "diritti soggettivi" possono essere fatti valere anche come "interessi", perché l'interesse è il contenuto del diritto soggettivo<sup>770</sup>.

Secondo questa impostazione, la competenza della quarta sezione del Consiglio di Stato poteva essere invocata sulla base della richiesta di una pronuncia di annullamento dell'atto amministrativo, a prescindere dalla consistenza di "diritto soggettivo" o di "interesse-non diritto" della posizione fatta valere, sottolineando la relazione di continenza tra diritto e interesse e cioè argomentando che – se così si può dire - nel più (il diritto soggettivo) c'è anche il meno (l'interesse). E la Quarta Sezione, anche per consolidare ed accrescere le sue attribuzioni, non mancò di "ritenere" la propria competenza sui ricorsi a tutela dei diritti, contribuendo ad avallare il riparto di attribuzioni tra sé e l'autorità giudiziaria fondato sul criterio del *petitum*, e cioè sul tipo di decisione – di annullamento o di risarcimento - richiesta: i ricorsi per annullamento dei provvedimenti amministrativi avrebbero dovuto essere di competenza della Quarta Sezione; le azioni per il risarcimento dei danni cagionati da atti amministrativi illegittimi, di competenza dei giudici ordinari. Un medesimo diritto soggettivo avrebbe così potuto avere una "doppia tutela" alternativa o cumulativa (a scelta del cittadino) davanti a due organi distinti: caducatoria, davanti alla Quarta Sezione; risarcitoria, davanti ai tribunali ordinari<sup>771</sup>.

Orbene, l'affermazione da parte della quarta sezione del Consiglio di Stato della natura amministrativa sua e delle sue decisioni, l'applicazione del criterio del *petitum* formale e l'avallo del sistema della "doppia tutela" del diritto

---

<sup>769</sup> SPAVENTA, *Discorso per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato*, cit.

<sup>770</sup> V. SCIALOJA, *Sui limiti della competenza del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Foro it.*, 1891, I, c. 117; ID., *Ancora sui limiti ecc.*, in *Giust. Amm.*, 1892, IV, 50 ss.

<sup>771</sup> Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 1891, n. 16, in *GiustAmm.*, II, 1891, I, 90; 5 febbraio 1891, n. 21, in *GiustAmm.*, II, 1891, I, 99; 8 agosto 1893, n. 260, in *GiustAmm.*, IV, 1893, I, 365; 10 maggio 1895, n. 201, in *GiustAmm.*, VI, 1895, I, 218; 26 gennaio 1900, n. 64, in *GiustAmm.*, XI, 1900, I, 35.

soggettivo<sup>772</sup> comportavano, in primo luogo, la possibilità di un'insanabile coesistenza di decisioni incompatibili tra loro: il giudicato civile di accertamento della legittimità o illegittimità di un provvedimento amministrativo (soprattutto ai fini del risarcimento) e la decisione amministrativa della Quarta Sezione di accoglimento o di rigetto del ricorso per l'annullamento<sup>773</sup>. Con conseguente compromissione del principio della certezza e dell'uniforme applicazione del diritto e del primato della giurisdizione nella salvaguardia dell'unità dell'ordinamento giuridico.

Ed essendo l'annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo (inibito al giudice) più appetibile rispetto alla mera disapplicazione, e il sindacato intrinseco di legittimità effettuato dal Consiglio di Stato più soddisfacente rispetto a quello meramente estrinseco compiuto dal giudice, significavano, in secondo luogo, sottrarre di fatto all'autorità giudiziaria la cognizione e la decisione di gran parte delle controversie pubblicistiche afferenti a diritti soggettivi, degradati ad interessi dall'esercizio del potere amministrativo o, secondo l'accennata visione di contenenza, fatti valere come interessi, alla stregua dell'art. 3 della legge n. 5992.

La Corte di Cassazione riuscì a scongiurare entrambi questi esiti per lei negativi, riconoscendo natura giurisdizionale, anziché amministrativa, alla quarta sezione del Consiglio di Stato e alle sue decisioni<sup>774</sup>. E poté farlo avvalendosi della legge n. 3761/1877 sui conflitti.

Infatti, in base a questa legge, spettava alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di Roma sia di «regolare la competenza tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa quando l'una o l'altra siansi dichiarate incompetenti» (art. 3, n. 2), decidendo in tal caso sui conflitti negativi di attribuzione; sia di «giudicare dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, nonché della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza od eccesso di potere» (art. 3, n. 3), ossia di decidere i conflitti di giurisdizione, positivi e negativi, e di invalidare le sentenze dei giudici speciali per «difetto di giurisdizione» o per «straripamento di potere».

A fronte di decisioni della Quarta Sezione afferenti (esplicitamente o implicitamente) la «competenza» (*rectius*, l'«attribuzione») della Sezione medesima, le Sezioni Unite della Cassazione, «per impedire qualunque

---

<sup>772</sup> Per la cui disamina non può che rinviarsi a E. FOLLIERI, *La legge 31 marzo 1889, n. 5992 nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in AA.VV., *Le riforme crispine*, II, *Giustizia amministrativa*, Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica (ISAP), ed. Giuffrè, Milano 1990, 441 ss.

<sup>773</sup> Trattandosi, infatti, di decisioni di natura eterogenea (l'una giurisdizionale e l'altra amministrativa), non sarebbe stato possibile ricondurle a coerenza e unità da parte di un organo sovraordinato, in nome dell'uniforme applicazione del diritto.

<sup>774</sup> Si tenga presente che la dottrina dell'epoca si divise nettamente sulla questione della natura della Quarta Sezione, affermando alcuni che il nuovo organo era una forma di amministrazione contenziosa, mentre altri rilevarono che si trattava di una giurisdizione speciale ed in quanto tale soggetta alla legge n. 3761/1877: si legga V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Vol. III, parte 2°, *Giustizia Amministrativa*, Milano 1923, 155 ss. F. CAMMEO fu sostenitore del carattere soggettivo in *Corso di diritto amministrativo*, con note di G. Miele, Padova 1960, 734.

usurpazione delle attribuzioni»<sup>775</sup> affidate all'autorità giudiziaria dalla legge del 1865, non avevano altro mezzo (trattandosi di conflitto positivo di attribuzione) che trasformare il conflitto di attribuzione in conflitto di giurisdizione, con la conseguente possibilità di annullare, «per incompetenza o eccesso di potere» (e cioè “per difetto di giurisdizione” o “per straripamento di potere”), le decisioni stesse, in applicazione dell'art. 3, n. 3, della legge sui conflitti, sul necessario presupposto che tali decisioni della Quarta Sezione fossero «sentenze» e che la Quarta Sezione fosse una «giurisdizione speciale»<sup>776</sup>.

Del resto, a favore della natura giurisdizionale della Quarta Sezione deponevano non solo le funzioni sostanzialmente giurisdizionali esercitate nell'ambito di un procedimento che la legge del 1889 si era premurata di disciplinare alla stregua di un processo, ma anche le garanzie di inamovibilità (o, forse meglio, di semi-inamovibilità) a protezione dell'indipendenza del Consiglio di Stato, introdotte dall'art. 1 della legge n. 5992/1889 e ricalcate per buona parte su quelle stabilite dall'ordinamento giudiziario per la magistratura ordinaria.

Ma la giurisdizionalizzazione della quarta sezione del Consiglio di Stato (e implicitamente anche delle Giunte Provinciali Amministrative), sia pure come “giurisdizione speciale”, come “giurisdizione amministrativa”, come giurisdizione interna o “collaterale” all'amministrazione quel tanto necessario a non far sentire violato il principio della separazione delle funzioni pubbliche dal suo potere di annullamento degli atti amministrativi, poneva un problema assai complesso: la pretesa al corretto esercizio del potere amministrativo fondata sulla legge poteva pure considerarsi un mero “interesse di fatto”, un interesse cioè privo di rilievo giuridico, se fatta valere davanti ad un'autorità amministrativa; ma se tutelata in via giurisdizionale, se azionabile davanti ad un giudice, sia pure “speciale”, avrebbe dovuto avere lo spessore di “diritto” e cioè la consistenza di interesse con un rilievo giuridico<sup>777</sup>. D'altra parte, però, se questa pretesa fosse stata qualificata come “diritto soggettivo”, si sarebbe dovuto riconoscere, sull'asserita lesione della stessa, la giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi della legge n. 2248/1865, all. E.

Sorse per queste ragioni storiche e contingenti legate alla singolare formazione del nostro dualismo giurisdizionale, che nacque senza ripudiare il monismo esistente, l'esigenza di elaborare una forma di interesse, che non fosse un mero interesse semplice (o di fatto, che dir si voglia), e cioè del tutto privo di rilievo giuridico, ma che non fosse neppure un diritto soggettivo, e si cominciò a prefigurare una nuova situazione giuridica soggettiva, diversa dal diritto soggettivo e azionabile davanti al giudice amministrativo: l'“interesse legittimo”

---

<sup>775</sup> Corte di Cassazione, Sez. Un., 21 marzo 1893, n. 177 (caso “Società per le Opere Pubbliche del Mezzogiorno d'Italia”).

<sup>776</sup> Così SCOCA, *La formazione del sistema*, cit., 13; ma si veda anche L. TORCHIA, *L'istituzione della V sezione con la legge n. 62 del 1907: la «carta giurisdizionale» del Consiglio di Stato*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, cit., 180.

<sup>777</sup> Perché, come scriveva L. MEUCCI (*Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, IV, 15), «l'affermare l'interesse scevro di diritto come materia del giudizio contenzioso amministrativo è affermazione contraria ai principi di ragione, al concetto di giustizia, a quello di giurisdizione, e perfino alla legge di libertà».

inteso inizialmente come interesse occasionalmente protetto in quanto individuale e direttamente protetto in quanto pubblico<sup>778</sup> ovvero come interesse strumentale alla legittimità dell'azione amministrativa e successivamente come «posizione di vantaggio in ordine ad un'utilità oggetto di potere amministrativo»<sup>779</sup>.

E grazie all'approfondimento dell'artificiosa figura dell'interesse legittimo cui si dedicò la dottrina, la giurisdizione della quarta sezione del Consiglio di Stato poteva non venire più intesa soltanto come una giurisdizione di diritto obiettivo, ma anche come una giurisdizione di diritto soggettivo, perché sua funzione precipua non sarebbe stata più soltanto quella di salvaguardare l'ordinamento giuridico su sollecitazione di un privato occasionalmente interessato, ma anche di proteggere vere situazioni giuridiche soggettive di individui o persone giuridiche, ancorché non denominate “diritti”, ma “interessi legittimi”. Ciò che consentì alla legge e al regolamento di procedura del 1907 di iniziare a modellare il giudizio amministrativo con quel carattere soggettivo che, nel corso dei decenni successivi, anche per merito della giurisprudenza, avrebbe acquistato evidenza sempre maggiore e che era estraneo all'esperienza francese e a quella di buona parte del mondo tedesco dell'epoca che ancora concepivano il processo amministrativo come giurisdizione di diritto obiettivo e dalle cui influenze l'ordinamento italiano cominciò ad affrancarsi, conquistando una propria originalità.

Ma l'elevazione dell' «interesse», oggetto dei ricorsi alla Quarta Sezione, al rango di situazione giuridica soggettiva distinta dal diritto soggettivo, che era stata consequenziale al riconoscimento della natura giurisdizionale della Quarta Sezione e delle sue decisioni, consentì alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di individuare e di imporre un criterio di riparto di giurisdizione più vantaggioso per la giurisdizione ordinaria e, forse, per certi versi, più utile all'intero sistema, rispetto a quello del *petitum*.

Questo criterio di riparto, affermato dall'arbitro della giurisdizione a partire da due storiche pronunce dell'ultimo decennio del XIX secolo<sup>780</sup>, era quello della *causa petendi*, e cioè quello che assume come fondamento discriminativo delle giurisdizioni la natura della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dunque l'elemento costitutivo centrale della *causa petendi*. Secondo questo criterio, le controversie con la pubblica amministrazione che agisce in veste autoritativa avrebbero dovuto essere devolute al giudice ordinario, se il privato fa valere in giudizio una posizione di diritto soggettivo; al giudice amministrativo, se il privato fa valere un interesse legittimo.

Il *discrimen* della *causa petendi* era utile alla semplificata concentrazione della tutela davanti un solo giudice e all'unità e alla coerenza dell'ordinamento

---

<sup>778</sup> F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano 1910, 107-108.

<sup>779</sup> M. NIGRO, *Ma che cosa è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, 10, 470-483.

<sup>780</sup> Corte di Cassazione di Roma, Sez. Un., sentenza del 24 luglio 1891 (*caso Laurens*), in *Foro it.*, 1891, I, 961; sentenza del 24 giugno 1897 (*caso Trezza*), in *Foro it.*, 1897, I, 1363. Si veda l'approfondita analisi delle due sentenze in V. CERULLI IRELLI, *Le questioni di giurisdizione nella giurisprudenza della Cassazione di Roma*, in AA.VV., *Le riforme crispine*, cit., 515 ss.

nella misura in cui impediva che per la medesima fattispecie lesiva vi fosse il cumulo di tutele davanti a giudici distinti col rischio di contrasto di decisioni<sup>781</sup>. Ed era vantaggioso per il giudice ordinario per almeno due ragioni.

La prima è che la giurisdizione ordinaria sarebbe potuta tornare “sovrana” su una parte di controversie pubblicistiche, quella concernente la lesione ad opera dei provvedimenti amministrativi dei diritti soggettivi, evitando le ingerenze del neo-istituito giudice amministrativo consentite dal criterio del *petitum*.

La seconda è che trattandosi di un criterio di riparto incerto ed ambiguo, perché fondato sull’artificiosa e spesso inafferrabile distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, rimessa all’interpretazione e all’applicazione della Corte di Cassazione, il giudice ordinario, per il tramite del suo organo di vertice, avrebbe potuto estendere o ridurre a propria discrezione la sfera della propria giurisdizione. In fondo, a fronte dell’esercizio del potere amministrativo, il diritto soggettivo ci sarebbe stato, quando la Corte di Cassazione avesse deciso di ravvisarlo.

Per vero, già dagli inizi del Novecento le Sezioni Unite della Cassazione seguirono un orientamento giurisprudenziale volto a restringere la sfera della giurisdizione ordinaria a vantaggio dell’ampliamento della giurisdizione amministrativa, ritenendo che vertenze afferenti ad interessi legittimi venissero in considerazione non soltanto quando la pubblica amministrazione avesse esercitato un potere discrezionale, ma anche quando avesse potuto esercitare un potere discrezionale<sup>782</sup>, laddove il giudice dei diritti avrebbe potuto far valere la sua giurisdizione «soltanto nei casi in cui si contesti l’esistenza in astratto del potere discrezionale»<sup>783</sup>; in questo modo rinverdendo l’ottocentesca concezione dell’incompatibilità tra diritto soggettivo e potere, che ora poteva essere declinata nel senso che «dove c’è potere (anche solo in astratto) discrezionale, non c’è diritto, e dunque neppure giurisdizione ordinaria». E dunque con questa interpretazione, la Corte di Cassazione, dopo aver riconosciuto la natura giurisdizionale della Quarta Sezione e per conseguenza avallato la nascita di un dualismo giurisdizionale<sup>784</sup>, accettò anche che la «frontiera dell’interesse legittimo» avanzasse<sup>785</sup> e che al centro del sistema di giustizia amministrativa venisse messo il Consiglio di Stato.

---

<sup>781</sup> Infatti, applicando il criterio del *petitum*, in caso di lesione prodotta da provvedimento amministrativo estrinsecamente illegale, l’interessato avrebbe potuto rivolgersi al giudice ordinario per ottenere il risarcimento del danno, ma anche al giudice amministrativo per ottenere l’annullamento del provvedimento, scegliendo ovvero cumulando i rimedi.

<sup>782</sup> V. CERULLI IRELLI, *Le questioni di giurisdizione nella giurisprudenza della Cassazione di Roma*, in AA.VV., *Le riforme crispine*, cit., 524.

<sup>783</sup> E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, ed. Giuffrè, Milano 1964, 112.

<sup>784</sup> In verità, il pluralismo giurisdizionale esisteva già, perché operavano comunque delle giurisdizioni speciali minori. Ma, appunto, si trattava di giurisdizioni speciali “minori”, perché i relativi organi erano competenti a conoscere di limitate materie tassativamente indicate dalla legge. Con la legge n. 5992/1889 e col riconoscimento della natura giurisdizionale della quarta sezione del Consiglio di Stato s’introdusse, invece, nel nostro ordinamento una giurisdizione speciale con competenza generale sulle controversie riguardanti la legittimità di atti e provvedimenti amministrativi incidenti su interessi di individui e di enti morali giuridici.

<sup>785</sup> U. ALLEGRETTI, *Introduzione*, in AA.VV., *Le riforme crispine*, II, *Giustizia amministrativa*, cit., 37.

Nondimeno, poiché la legge n. 5992/1889 si presentava e fu applicata non come abrogativa o correttiva della legge n. 2248/1865, all. E, ma come una legge che integrava e completava quella riforma monistica, il nostro dualismo giurisdizionale fu costruito in modo congenitamente anomalo, e cioè sulle basi di un monismo non rimosso, e comportò che il giudice ordinario conservasse alla propria giurisdizione una parte delle controversie pubblicistiche e, attraverso il governo dei confini delle giurisdizioni sulla base di un criterio di riparto tanto ambiguo quanto elastico (la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo), anche la facoltà di riespandere a propria discrezione la propria sfera di competenza su quelle controversie.

In definitiva, con la legge n. 5992 e col riconoscimento della natura giurisdizionale della quarta sezione del Consiglio di Stato era nato nel nostro ordinamento un anormale sistema giurisdizionale dualistico, perché la suddivisione delle giurisdizioni tra i due ordini di giudici non seguiva, come negli altri ordinamenti europei, la distinzione tra controversie privatistiche e controversie pubblicistiche, ma avveniva all'interno delle controversie pubblicistiche sulla base dell'artificiosa distinzione della situazione giuridica soggettiva - in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo - fatta valere in giudizio nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo. E poiché nessuno dei due giudici era autosufficiente nel tutelare la posizione giuridica soggettiva di sua "competenza", perché il giudice ordinario poteva soltanto condannare al risarcimento e il giudice amministrativo poteva soltanto annullare il provvedimento, la pretesa al corretto esercizio del potere amministrativo venne a mancare del necessario carattere di pienezza e il dualismo giurisdizionale a risultare anomalo anche per questa limitatezza della protezione del soggetto.

Il sistema italiano di giustizia amministrativa strutturatosi sul finire dell'Ottocento è rimasto sostanzialmente invariato nel suo impianto di fondo fino ai nostri giorni ed ha conservato per circa un secolo le incertezze del riparto di giurisdizione e la limitatezza delle tutele, che erano insite nei tratti genetici che abbiamo cercato di individuare e di illustrare.

#### **8. La legge del 7 marzo 1907, n. 62, la legge del 30 dicembre 1923, n. 2840 e il "concordato giurisprudenziale" del 1929-1930.**

La legge del 7 marzo 1907, n. 62 riconobbe formalmente il carattere giurisdizionale della Quarta Sezione e, in riferimento alle funzioni contenziose, anche delle Giunte Provinciali Amministrative. Istituì la quinta sezione del Consiglio di Stato e introdusse in seno allo stesso la distinzione tra «sezioni consultive» (le prime tre) e «sezioni giurisdizionali» (la quarta e la quinta), prevedendo espressamente la possibilità del ricorso alla Corte di Cassazione per difetto di giurisdizione contro le decisioni delle sezioni giurisdizionali, alle quali fu dunque conferita l'efficacia di giudicato. Ampliò la giurisdizione di merito e la attribuì alla sola Quinta Sezione, mentre concentrò la giurisdizione di legittimità nella sola Quarta Sezione. Istituì le sezioni unite del Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria) col compito di risolvere i conflitti fra le due sezioni



giurisdizionali e di giudicare sulle controversie il cui punto di diritto avesse dato luogo a decisioni discordanti delle sezioni semplici.

In attuazione della legge e del relativo testo unico che ne seguì, fu anche emanato il R.D. del 17 agosto 1907, n. 642 contenente il «Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato» e il R.D. n. 643 contenente il «Regolamento di procedura della Giunta Provinciale Amministrativa in sede giurisdizionale». Entrambi questi regolamenti facevano risaltare il carattere soggettivo del processo amministrativo.

La legge del 1907 aveva risolto alcuni problemi, ma ne aveva lasciati insoluti altri. Ed anzi, per certi versi, ne aveva involontariamente introdotti di nuovi. Il problema del riparto di giurisdizione si presentava molto complicato nelle materie nelle quali le posizioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo erano compresenti e intrecciate tra loro. La rigida distinzione di competenze tra le due sezioni giurisdizionali non si era rivelata una scelta felice. Al giudice amministrativo era negata dalla giurisprudenza della Cassazione la capacità di conoscere in via incidentale le questioni di diritto soggettivo.

Una Commissione governativa di altissimo livello scientifico<sup>786</sup> istituita nel 1910 elaborò una serie di proposte di riforma, che furono pubblicate soltanto nel 1916 e che vennero in gran parte accolte nel 1923, in occasione di una vasta riforma del sistema di giustizia.

Infatti, la legge del 30 dicembre 1923, n. 2840 abolì la distinzione di competenza tra la Quarta e la Quinta Sezione. Il ricorso avrebbe dovuto essere presentato al «Consiglio di Stato in sede giurisdizionale», a prescindere dal fatto che azionasse la giurisdizione di legittimità o, nei casi tassativamente indicati dalla legge, di merito.

Introdusse la giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato e delle Giunte Provinciali Amministrative in alcune materie - prima fra tutte quella del pubblico impiego - nelle quali risultava difficoltoso distinguere tra diritti soggettivi e interessi legittimi, consentendo al giudice amministrativo di pronunciarsi anche in ordine ai diritti soggettivi. E dunque affiancò al generale criterio di riparto per situazioni giuridiche soggettive, un criterio speciale fondato sulle materie.

Attribuì al giudice amministrativo, in seno alla giurisdizione generale di legittimità, il potere di pronunciarsi in via pregiudiziale e incidentale su questioni di diritti soggettivi che fossero essenziali per la decisione della questione principale, tranne che per quelle relative allo stato e alla capacità delle persone, e precisò che sarebbe rimasta ferma la competenza del giudice ordinario sulle questioni patrimoniali consequenziali.

Le nuove disposizioni normative furono poi raccolte e coordinate con quelle più risalenti in due testi unici del 1924, il n. 1054 e il n. 1058, concernenti rispettivamente il Consiglio di Stato e le Giunte Provinciali Amministrative.

Nonostante la Corte di Cassazione, fin dall'ultimo decennio del XIX secolo, avesse elevato a fondamento del riparto delle giurisdizioni il criterio della *causa petendi*, negli anni Venti del Novecento riprese quota il criterio del *petitum*

---

<sup>786</sup> Composta, tra gli altri, da Lodovico Mortara, Antonio Salandra, Vittorio Scialoja, Vittorio Emanuele Orlando e Alfredo Codacci Pisanelli.

formale, soprattutto nella giurisprudenza della quinta sezione del Consiglio di Stato<sup>787</sup>, che si contrapponeva a quella della Quarta Sezione sostenitrice invece del criterio della *causa petendi*<sup>788</sup>. Alla reviviscenza dell'originario orientamento del Consiglio di Stato non era estraneo il *revirement* della Corte di Cassazione che, presieduta da Lodovico Mortara, in passato propugnatore della tesi del *petitum*, a partire da una sentenza del 24 marzo 1916 delle Sezioni Unite<sup>789</sup>, si era indirizzata per un certo periodo verso questo criterio.

Il dissenso tra le sezioni del Consiglio di Stato venne risolto dall'Adunanza Plenaria la quale, con le decisioni del 14 giugno 1930, nn. 1 e 2, optò per il criterio della *causa petendi* (chiamato anche del *petitum* sostanziale)<sup>790</sup>.

Un mese dopo, la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con la sentenza del 15 luglio 1930, n. 2680<sup>791</sup> ribadì il punto di vista espresso nell'ultimo decennio del secolo precedente, stabilendo definitivamente che la discriminazione tra le due giurisdizioni dovesse avvenire in base alla «natura intrinseca della controversia» e cioè a seconda che questa riguardasse un diritto soggettivo o un interesse legittimo, a prescindere dall'eventuale interferenza di provvedimenti amministrativi, così come dalla domanda di rimozione degli stessi.

A questa convergenza delle giurisprudenze dei due massimi organi giurisdizionali, che eliminò irreversibilmente dal panorama dei giudici la possibilità futura di applicare il criterio del *petitum* formale, fu dato il nome di «concordato giurisprudenziale» del 1929-1930, in quanto le citate sentenze del 1930 furono pronunciate dopo che, l'anno prima (lo stesso anno del più noto Concordato tra Stato e Chiesa), i Presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato (rispettivamente Mariano D'Amelio e Santi Romano) avevano «concordato», per definire la questione del riparto, un documento programmatico significativamente intitolato «i contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato»<sup>792</sup>.

## 9. Le disposizioni costituzionali sulla giustizia amministrativa.

La Costituzione repubblicana del 1948 si è occupata della giustizia amministrativa con numerose disposizioni volte a delineare i principi e i caratteri del relativo sistema.

---

<sup>787</sup> Tra le ultime pronunce degli anni Venti, si veda Consiglio di Stato, V sez., n. 648 del 1929, in *Foro amm.*, 1929, I, 2, 19.

<sup>788</sup> Sempre tra le ultime pronunce degli anni Venti, si veda Consiglio di Stato, IV sez., n. 740 del 1928, in *Foro amm.*, 1929, I, 2, 24.

<sup>789</sup> In *Foro it.*, 1917, I, 17.

<sup>790</sup> In *Foro it.*, III, 149 e rispettivamente in *Foro it.*, III, 9.

<sup>791</sup> In *Giur. it.*, 1930, I, 964.

<sup>792</sup> Si veda *Riv. dir. pubbl.*, 1929, 181 ss. Ha scritto M.S. GIANNINI (*Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, II, 226) che «la sconfitta della V sezione (della teoria del *petitum* e della tesi di V. Scialoja) fu una sconfitta della libertà». Nessuno si accorse che «il concordato giurisprudenziale era ben altro che un accordo sui problemi processuali e che esso rappresentava invece la definitiva sanzione della concezione del provvedimento amministrativo come atto autoritativo». L'adesione al criterio del *petitum* avrebbe, invece, consentito «l'adozione di una concezione generale della giustizia amministrativa che avrebbe attribuito al giudice civile un ruolo pieno, di verace sindacato sui provvedimenti amministrativi illegittimi produttivi di effetti di estinzione, perdita e modificazione dei diritti e poteri dei privati, e quindi avrebbe aumentato la tutela giurisdizionale di questi».

Mutuando per esigenze espositive di sintesi e di schematicità l'impostazione di una dottrina<sup>793</sup>, si potrebbe suddividerle in tre categorie: disposizioni sul giudice e, in particolare, sui giudici speciali; disposizioni sull'assetto della giurisdizione amministrativa; e disposizioni sull'azione giurisdizionale. Ma occorre subito avvertire di un'ovvietà, che le norme costituzionali sul sistema di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione si ricavano non soltanto da ciascuna singola disposizione costituzionale in sé e per sé considerata, ma dall'interpretazione sistematica di ciascuna di esse sia con le altre espressamente dedicate alla giustizia amministrativa, sia con molte altre che riguardano la giurisdizione in generale, nonché con quelle che dettano i principi fondamentali del nostro ordinamento repubblicano e democratico.

Disposizioni sul giudice e, in particolare sui «giudici speciali, sono quelle dell'art. 102, comma 2, dell'art. 108, comma 2, dell'art. 111, comma 2, e la VI disposizione transitoria (e finale)<sup>794</sup>.

L'art. 102, dopo aver stabilito al comma 1 che «la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario», vieta al secondo comma l'istituzione di «giudici straordinari e di giudici speciali». Dalla VI disposizione transitoria, che esclude la giurisdizione del Consiglio di Stato<sup>795</sup> dalla revisione<sup>796</sup> degli «organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti», si ricava inequivocabilmente che la giurisdizione amministrativa del Consiglio di Stato e degli altri organi di giustizia amministrativa contemplata dall'art. 103, comma 1, è considerata nella Costituzione una «giurisdizione speciale», ciò che fa apparire la norma di quest'ultima disposizione<sup>797</sup>, in contrasto con quella stabilita dall'art. 102, comma 1. Ma trattandosi di antinomia<sup>798</sup> prevista nello stesso testo costituzionale, non può che considerarsi consentita e tale dunque da generare un principio che risulti complessivamente dal combinato disposto di entrambe: o quello del rapporto tra regola ed eccezione o, più verosimilmente, e al di là della questione «nominalistica» circa la natura ordinaria o speciale delle magistrature<sup>799</sup>, quello della previsione del «pluralismo giurisdizionale»<sup>800</sup>.

L'art. 108, comma 2, stabilisce che «la legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali», sicché, mentre l'indipendenza dei magistrati

---

<sup>793</sup> TRAVI, *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, cit., 91.

<sup>794</sup> Si ricordi che le diciotto «disposizioni transitorie e finali» in calce all'articolato costituzionale sono alcune «transitorie» ed altre «finali».

<sup>795</sup> Insieme a quella della Corte dei Conti e dei tribunali militari.

<sup>796</sup> «Entro cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione». Termine che la Corte Costituzionale (sentenze dell'11 marzo 1957, n. 41 e del 13 novembre 1962, n. 92) ritenne avere carattere «ordinatorio» e non «perentorio».

<sup>797</sup> E le norme dei commi 2 e 3 dell'art. 103 Cost. sulla giurisdizione speciale della Corte dei Conti e dei tribunali militari.

<sup>798</sup> «Sostenere contemporaneamente una unità della giurisdizione e più eccezioni a tale unità costituisce un'autentica *contradictio in adiectio*», ha scritto E. SPAGNA MUSSO, *Giudice (nozione e profili costituzionali)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano 1969, 942, nt. 29.

<sup>799</sup> V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano 1966, 45.

<sup>800</sup> SPAGNA MUSSO, *op. cit.*, 942 ss.

ordinari è garantita direttamente dalla Costituzione (artt. 104-107), quella dei magistrati amministrativi sembrerebbe essere protetta “soltanto” dalla legge<sup>801</sup>.

L’art. 111, comma 2, stabilisce che «ogni processo», dunque anche quello amministrativo, deve svolgersi «davanti ad un giudice terzo e imparziale». E allora anche il giudice amministrativo deve decidere senza essere condizionato dalle parti (“imparzialità”) e in una situazione di indifferenza ed equidistanza rispetto agli interessi di cui esse siano portatrici (“terzietà”)<sup>802</sup>. Ed è evidente che le garanzie di imparzialità e terzietà vanno assicurate sia all’organo giurisdizionale nel suo complesso<sup>803</sup>, sia ad ogni singolo componente dello stesso<sup>804</sup>.

Disposizioni sull’assetto della giurisdizione amministrativa sono quelle dell’art. 100, commi 1 e 3, dell’art. 103, comma 1, dell’art. 111, comma 8, e dell’art. 125.

Secondo l’art. 100, comma 1, «il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell’amministrazione». Il Consiglio di Stato, dunque, presta la sua opera di consulenza giuridico-amministrativa nei confronti del Governo (ed è per questo che, come da titolo della sezione terza del titolo terzo della parte seconda della Costituzione, nella quale è contenuto l’art. 100, è considerato un “organo ausiliario del Governo”), ma deve esercitarla in modo indipendente e imparziale. L’indipendenza dell’Istituto e dei suoi componenti di fronte al Governo è assicurata dalla legge (art. 100, comma 3, Cost.).

Dal combinato disposto dell’art. 100, comma 1, e dell’art. 103, comma 1, si ricava che la Costituzione repubblicana ha confermato l’assetto istituzionale previgente del Consiglio di Stato quale organo che svolge sia funzioni consultive che funzioni giurisdizionali<sup>805</sup>, come da tradizione e da modello dei “*Pays à Conseil d’État*”<sup>806</sup>.

---

<sup>801</sup> In realtà, come si dirà più avanti, dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale si desume che non è così e che anche l’indipendenza della magistratura amministrativa ha il suo fondamento in «principi costituzionali comuni» alle diverse giurisdizioni (Corte Cost., 11 marzo 2009, n. 87 e 10 gennaio 2011, n. 16).

<sup>802</sup> TRAVI, *op. ult. cit.*, 92.

<sup>803</sup> Come si è già detto in nota in calce al paragrafo introduttivo di questo capitolo, l’indipendenza del giudice, a differenza dell’imparzialità e della terzietà, inerisce alla relazione dell’organo giurisdizionale con soggetti estranei al rapporto processuale che potrebbero influire sulle sue decisioni, vale a dire per lo più il Governo e il potere politico in generale. Poiché nel processo amministrativo è necessariamente parte una pubblica amministrazione, il profilo dell’indipendenza (dal Governo) dell’organo giurisdizionale è un presupposto dell’imparzialità e della terzietà del giudice amministrativo.

<sup>804</sup> Per questo aspetto, l’imparzialità e la terzietà trovano riscontro anche nelle disposizioni processuali sulle situazioni di incompatibilità (art. 52 c.p.c., richiamato dall’art. 18 c.p.a.) e negli istituti dell’astensione e della ricusazione del giudice (artt. 17 e 18 c.p.a.).

<sup>805</sup> Spesso in scritti di costituzionalisti e di amministrativisti, anche di meritata reputazione, si legge che l’ancoraggio costituzionale della natura anfibia del Consiglio di Stato, e cioè di organo con funzioni consultive e con funzioni giurisdizionali, risiederebbe (non già nel combinato disposto dell’art. 100, comma 1, e dell’art. 103, comma 1, ma) nel (solo) art. 100, comma 1, Cost. grazie alle espressioni «organo di consulenza giuridico-amministrativa» e «di tutela della giustizia nell’amministrazione» con cui questa disposizione qualifica il Consiglio di Stato. Quasi che con l’espressione «organo di tutela della giustizia nell’amministrazione» i costituenti avessero voluto anticipare quella natura giurisdizionale dell’ufficio di Palazzo Spada più sistematicamente e ordinatamente affermata nel successivo art. 103, nella sezione dedicata all’ordinamento giurisdizionale del titolo relativo alla magistratura. Non è così,

L'art. 103, comma 1, stabilisce 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 e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi».

Dunque, l'Assemblea Costituente, rigettando la proposta di Piero Calamandrei di istituire nel nuovo ordinamento repubblicano la giurisdizione unica<sup>807</sup>, ha costituzionalizzato il previgente assetto della giustizia amministrativa, recependo sia il dualismo giurisdizionale introdotto dalla legge del 1889 e impiantato sulle basi del monismo non rimosso di cui alla legge del 1865, sia il riparto di giurisdizione per situazione giuridica soggettiva definitivamente affermato col “concordato giurisprudenziale” del 1929-1930, salvo i casi, tassativamente indicati dalla legge, di giurisdizione esclusiva. E in modo forse un po' imprudente, i costituenti, menzionando l'interesse legittimo negli artt. 24, 103 e 113, hanno anche costituzionalizzato questa artificiosa figura giuridica, funzionale alla suddivisione delle controversie pubblicistiche tra la

---

perché con quell'espressione la norma costituzionale intendeva riferirsi al solo istituto del ricorso straordinario al capo dello Stato, il quale – aveva sottolineato l'onorevole Ruini (conoscitore profondo dell'istituto, in quanto Consigliere di Stato) - «ha perfettamente lo scopo della giustizia nell'amministrazione». Lo si ricava da un'attenta lettura dei lavori dell'Assemblea Costituente. Ne *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Edizione a cura della Camera dei Deputati – Segretariato Generale, 1970, vol. IV, pag. 3573 ss., si può leggere che in sede di Assemblea Costituente, nella seduta di sabato 25 ottobre 1947, presieduta dal Presidente Terracini, l'on. Romano propose la soppressione, dall'art. 93, comma 1 (corrispondente all'odierno art. 100, comma 1) delle parole «e di tutela della giustizia nell'amministrazione», ritenendolo incompatibile con un altro suo emendamento volto ad introdurre l'unità dell'ordine giudiziario. L'on. Ruini, Presidente della Commissione per la Costituzione poté replicare che «questa espressione di “giustizia nell'amministrazione” [...] non pregiudic[a] la questione se la giurisdizione debba essere unica o no. La giustizia nell'amministrazione si riferisce (siamo qui nel titolo dell'amministrazione) al Consiglio di Stato nelle sue funzioni anche consultive: né debbo ricordare che, al di fuori della giurisdizione, vi è il ricorso straordinario al Capo dello Stato, che ha perfettamente lo scopo della giustizia nell'amministrazione. L'onorevole Romano potrebbe benissimo votare quest'articolo, e poi sostenere a suo luogo l'unità della giurisdizione.». E sulla stessa linea dell'on. Ruini, l'on. Tosato aggiunse: «[...] l'onorevole Romano sa che la funzione di consulenza giuridico-amministrativa del Consiglio di Stato si estende ai ricorsi straordinari al Capo dello Stato. Si tratta di ricorsi amministrativi, che sono decisi con provvedimenti amministrativi, ma non hanno grande importanza per la tutela della giustizia nell'amministrazione. Per la decisione di tali ricorsi il parere del Consiglio di Stato è obbligatorio e, praticamente, vincolante. È rarissimo il caso che il parere del Consiglio di Stato non sia seguito. Il Consiglio di Stato in tutta la sua attività consultiva è uno strumento prezioso, il suo intervento costituisce un apporto considerevole ai fini di assicurare la giustizia nell'amministrazione. Questa sua funzione non può essere trascurata nella definizione dei suoi compiti. Il problema dell'unità della giurisdizione, e quindi della conservazione o meno della competenza giurisdizionale del Consiglio, non resta affatto pregiudicato. Se questo punto l'onorevole Romano può essere tranquillo». Dopodiché l'on. Romano propose di rinviare l'esame dell'art 93, ma la proposta fu bocciata. Quindi fu posta in votazione la prima parte del primo comma dell'art. 93 («Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa») e fu approvata. Fu posta, poi, in votazione la seconda parte del primo comma («e di tutela della giustizia nell'amministrazione»), della quale l'on. Romano aveva chiesto la soppressione, e anch'essa fu approvata.

<sup>806</sup> Si v. cap. III.

<sup>807</sup> Oltre agli Atti dell'Assemblea Costituente, si può leggere la posizione sostenuta da Calamandrei in seno alla stessa in P. CALAMANDREI, *Relazione preliminare sul tema “Posizione costituzionale del potere giudiziario nella nuova Costituzione italiana”* (verbale n. 32), in G. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della “Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (1945-1946)”*, Bologna 1979, 629 ss.

giurisdizione ordinaria e quella amministrativa, indirizzando gli sviluppi giurisprudenziali futuri verso approdi assai complicati che solo nell'ultimo decennio<sup>808</sup> l'interpretazione costituzionale della Consulta è riuscita a semplificare.

«Gli altri organi di giustizia amministrativa», cui si riferisce l'art. 103, comma 1, sono quelli «di primo grado» su base regionale previsti dall'art. 125, al quale il legislatore ha dato attuazione nel 1971 con l'istituzione dei T.A.R. Dall'art. 125 la Corte Costituzionale sembrò in un primo momento<sup>809</sup> far discendere l'imposizione del doppio grado del giudizio amministrativo. Successivamente<sup>810</sup> la Corte delle leggi chiarì che la norma costituzionale impone soltanto di ammettere l'appellabilità delle sentenze (e delle altre pronunce decisorie ad esse assimilabili) dei T.A.R.<sup>811</sup>.

L'art. 111 Cost., dopo aver sottoposto, al comma 7, le sentenze degli organi giurisdizionali speciali al ricorso in Cassazione per violazione di legge, ammette, al comma 8, il ricorso in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato (e della Corte dei Conti) «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione». Con la norma che si desume dal combinato disposto dei due commi, i costituenti, da un lato, hanno reso il Consiglio di Stato l'organo della nomofilachia «nel proprio ordine di competenze»<sup>812</sup>, inibendo una generalizzata funzione di unificazione e di garanzia dell'ordinamento alla Corte di Cassazione<sup>813</sup>, dall'altro, hanno costituzionalizzato la funzione della Corte di Cassazione di organo verificatore delle competenze giurisdizionali, attribuita al supremo organo della giurisdizione ordinaria a far data dalla legge n. 3761/1877.

Disposizioni sull'azione giurisdizionale si rinvengono nell'art. 24, commi 1 e 2, nell'art. 111, commi 1, 2 e 7, e nell'art. 113.

Secondo l'art. 24, comma 1, «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi». Da questa disposizione si è soliti desumere numerosi principi e caratteri della nostra giurisdizione.

Innanzitutto, i caratteri della generalità, dell'autonomia e dell'astrattezza dell'azione. Il potere di agire in giudizio spetta a tutti (cittadini e stranieri), a prescindere dall'esistenza in concreto della situazione giuridica soggettiva sostanziale, purché se ne lamenti una lesione e se ne chieda la tutela.

---

<sup>808</sup> A partire dalla sentenza costituzionale del 6 luglio 2004, n. 204.

<sup>809</sup> Corte Cost., 12 marzo 1975, n. 61; Corte Cost., 1° febbraio 1982, n. 8.

<sup>810</sup> Corte Cost., 31 marzo 1988, n. 395.

<sup>811</sup> Con conseguente possibilità per il legislatore ordinario di assegnare al Consiglio di Stato, in talune ipotesi, una competenza in unico grado, come disponeva, nel caso esaminato e deciso dalla Corte Costituzionale nel 1988, l'art. 37 della legge del 6 dicembre 1971, n. 1034 per il ricorso di ottemperanza delle sentenze del Consiglio di Stato (non totalmente confermate delle sentenze dei T.A.R.) e come prevede ancora oggi l'art. 113, comma 1, c.p.a.

<sup>812</sup> A. PAJNO, *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, II, 558, cui si rinvia anche per la ricchezza dei riferimenti bibliografici.

<sup>813</sup> Tra i contributi che evidenziano i tentativi degli ultimi anni della Corte di Cassazione di conquistare a sé, contro il chiaro dettato della Costituzione, la funzione di garante dell'ordinamento anche nella sfera di competenze attribuite alla giurisdizione amministrativa, attraverso il cavallo di Troia della funzione di verifica della giurisdizione, si veda R. VILLATA, «Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando l'art. 103 della Costituzione)?», in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 324 ss.

In secondo luogo, il principio della effettività della tutela giurisdizionale, secondo il quale ogni situazione giuridica riconosciuta sul piano sostanziale deve godere di tutela sul piano processuale.

In terzo luogo, il principio della pienezza della tutela giurisdizionale, nel senso che il diritto d'azione non è circoscritto ai soli diritti soggettivi, ma comprende a pieno titolo anche gli interessi legittimi. La sommatoria delle tutele dev'essere in grado di assicurare la protezione di tutte le situazioni giuridiche soggettive esistenti nell'ordinamento e quella degli interessi legittimi non può essere considerata una sorta di tutela "accessoria" o "minore" rispetto a quella dei diritti soggettivi, ma, come questa, ha dignità di tutela ugualmente necessaria, inviolabile e completa. E pienezza della tutela giurisdizionale di una situazione giuridica soggettiva vuol dire anche non limitazione dei rimedi giudiziari con cui la stessa dev'essere assicurata.

Secondo l'art. 111, commi 1 e 2, «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» ed è un «giusto processo» quello che «si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale» e con una «ragionevole durata». Dunque, anche il processo amministrativo dev'essere improntato ai principi del contraddittorio (*audi alteram partem*), della "parità delle armi", dell'imparzialità e della terzietà del giudice, e della durata ragionevole, perché la lunghezza del giudizio equivale a denegata giustizia.

Prima della novella dell'art. 111 realizzata dalla legge costituzionale n. 2 del 1999 si era soliti desumere il fondamento costituzionale del principio del contraddittorio giudiziale e della parità delle parti processuali dall'art. 24, comma 2, che proclama la difesa «diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento».

Occorre ricordare che i principi del «giusto processo», declinati nell'art. 111, comma 2, Cost., sono salvaguardati anche dall'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950, che anzi ha costituito il modello della citata riforma costituzionale del 1999. Esso prevede il diritto di ogni persona ad un processo equo e pubblico davanti a un tribunale indipendente ed imparziale costituito per legge e chiamato a pronunciarsi sulle controversie civili o sulla fondatezza di accuse penali. L'art. 13 della stessa Convenzione garantisce ad ogni persona il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale per la tutela dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione, ed anche quando la violazione di questi sia stata commessa da pubbliche autorità.

E la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ha sinteticamente ricalcato le due disposizioni della Convenzione nell'art. 47, rubricato sotto il titolo «diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale».

La Corte di Strasburgo in diverse occasioni<sup>814</sup> ha precisato che l'espressione «controversie sui diritti e doveri di carattere civile» contenuta nell'art. 6 della

---

<sup>814</sup> A far data dalla storica sentenza CEDU, 31 maggio 1978, *König c. Repubblica federale tedesca*. L'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione Europea al processo amministrativo è stata affermata con riguardo a numerosi Paesi ed ha trovato un esplicito riconoscimento anche per quanto riguarda l'Italia nella sentenza 26 febbraio 1993, *De Micheli c. Italia*, e nella sentenza 24 agosto 1993, *Scudieri c. Italia*.

Convenzione Europea deve intendersi come comprensiva anche delle controversie con la pubblica amministrazione agente in veste autoritativa (come nella materia dell'espropriazione) e dunque il «diritto ad un equo processo» garantito da quest'articolo deve considerarsi esteso, per quanto riguarda l'Italia, anche alla protezione giudiziale degli interessi legittimi<sup>815</sup>.

Se si considera che il diritto del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea costituisce parte integrante del nostro ordinamento (art. 117, comma 1, Cost.), tanto che l'art. 1 del codice del processo amministrativo menziona, accanto alla Costituzione, il «diritto europeo» come fonte di principi superiori che la giurisdizione amministrativa deve rispettare, si può comprendere con quanta forza i dettami del giusto processo e della pienezza e della effettività della tutela giurisdizionale debbano oggi essere assicurati dal giudice amministrativo.

Il comma 7 dell'art. 111 Cost. impone che tutti i provvedimenti giurisdizionali, anche quelli diversi dalle sentenze, siano motivati. Quest'obbligo, imposto ovviamente anche alle decisioni del giudice amministrativo, assolve alla funzione di assicurare in concreto il perseguimento dei diversi principi costituzionali in tema di giurisdizione, quali il diritto di difesa, l'indipendenza del giudice e la sua soggezione alla legge, nonché il principio di legalità.

L'art. 113 detta una serie di regole che attengono alla tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione, tutte ispirate al principio secondo il quale gli apparati amministrativi non godono di alcun privilegio processuale e la circostanza che un'amministrazione sia parte in causa o che il giudizio verta su di un atto amministrativo non può giustificare limitazioni di sorta alla tutela giurisdizionale del cittadino.

La garanzia di questa tutela contro gli atti dell'amministrazione vale sia per i diritti soggettivi che per gli interessi legittimi (comma 1) e non può subire limitazioni in ragione dei vizi fatti valere in giudizio o in relazione alla tipologia degli atti amministrativi impugnati (comma 2). Per conseguenza, è stato dichiarato incostituzionale l'art. 26, comma 2, R.D. n. 1054/1924 che, in determinate controversie, limitava il ricorso al giudice amministrativo solo ad alcuni vizi di legittimità<sup>816</sup> e nell'applicazione della regola della non impugnabilità degli «atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio di un potere politico» (art. 31 R.D. n. 1054/1924 e oggi art. 7, comma 1, c.p.a.) deve prevalere un'interpretazione restrittiva della categoria degli «atti politici».

L'art. 113, comma 3, rinvia alla legge il compito di «determinare quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa», di talché nel nostro ordinamento non esiste una riserva costituzionale a favore del giudice amministrativo di annullamento degli atti amministrativi, né è stato costituzionalizzato il divieto per il giudice ordinario di annullamento degli atti amministrativi posto dall'art. 4 della legge n. 2248/1865 all. E. Ciò vuol dire che

---

<sup>815</sup> CEDU, 5 ottobre 2000, *Mennitto c. Italia*.

<sup>816</sup> Corte Costituzionale, sent. 24 giugno 1958, 40.



il legislatore può attribuire questo potere di annullamento al giudice ordinario, come in concreto ha fatto in diverse fattispecie<sup>817</sup>.

Concludendo, si torna a sottolineare che la normativa della Carta Costituzionale ha dunque recepito e consolidato il peculiare assetto dualistico previgente, edificato sopra le leggi del 1865 e del 1889 e sopra il riparto di giurisdizione delle controversie pubblicistiche in base alla situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, criterio individuato dalla giurisprudenza dei decenni antecedenti al 1948. Ma, come accennato nell'introduzione di questo capitolo, ha anche introdotto principi nuovi che hanno determinato un profondo rinnovamento del sistema di giustizia amministrativa a beneficio di una protezione giurisdizionale del cittadino nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo meno farraginoso e più efficace, efficiente, completa e concentrata, assicurata da un giudice e attraverso un giudizio sempre meno "speciali" e sempre più "ordinari".

È a questa evoluzione del sistema di giustizia amministrativa avvenuta dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che sarà dedicata la seconda sezione di questo capitolo.

## **Seconda sezione LA TRASFORMAZIONE DEL SISTEMA.**

### **10. La giustizia amministrativa nei primi cinquant'anni dell'ordinamento repubblicano.**

I cambiamenti che nei circa settant'anni dell'ordinamento repubblicano hanno riguardato il sistema della giustizia amministrativa sono intervenuti in diversi settori e con tempi diversi. A condizione di non pensare di individuare una soluzione di continuità tra gli stessi e a soli fini di schematicità espositiva, potremmo suddividerli molto approssimativamente in due periodi: il primo è quello dei primi cinquant'anni dell'ordinamento repubblicano; il secondo è quello degli ultimi due decenni.

L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana ha lasciato sostanzialmente invariato, fino agli anni novanta dello scorso secolo, l'assetto della giustizia amministrativa formatosi dopo la legge del 1889 e caratterizzato dal peculiare dualismo giurisdizionale italiano, con controversie pubblicistiche non devolute tutte o prevalentemente alla giurisdizione amministrativa, ma ripartite in forma tendenzialmente paritaria tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa sulla base della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, nonché da un processo amministrativo di mera impugnazione

---

<sup>817</sup> Per esempio, nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie (legge n. 689/1981), dei provvedimenti del Sindaco di trattamento sanitario obbligatorio (legge n. 833/1978), dei provvedimenti del Prefetto di espulsione di stranieri (d.lgs. n. 286/1998), delle decisioni del Garante della privacy sui ricorsi proposti a tutela dei diritti di riservatezza (d.lgs. n. 196/2003). La normativa in materia di competenza del giudice ordinario e di rito è oggi contenuta nel decreto legislativo n. 150/2011.

dell'atto amministrativo, di tipo cassatorio, con mezzi istruttori limitati e senza la piena garanzia del contraddittorio.

L'ambiguità del criterio di riparto delle giurisdizioni, irreversibilmente fissato nella *causa petendi* a far data dal 1930, ha consentito alla Corte di Cassazione di interpretarlo ed applicarlo con una discrezionalità eccessiva, che certo non ha giovato alla certezza del diritto.

E i meritori tentativi della dottrina e della giurisprudenza di emancipare il processo amministrativo dai soffocanti vincoli della struttura impugnatoria, per configurarlo in modo da renderlo effettivamente capace di soddisfare con pienezza la pretesa sostanziale del cittadino all'esito di un approfondito accertamento del rapporto con la pubblica amministrazione regolamentato dal provvedimento, non hanno potuto portare troppo lontano, scontrandosi con un impianto normativo troppo consolidato e inequivoco nella sue tradizionali limitazioni.

Più fruttuoso, invece, si è rivelato il proposito di adeguare, nel quadro del pluralismo giurisdizionale previsto dalla Costituzione, la struttura della giurisdizione amministrativa ai principi di autonomia e di indipendenza dal potere politico "programmati" dalla Carta fondamentale. Dopo che, nella seconda metà degli anni sessanta, la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha provveduto ad eliminare tutte quelle giurisdizioni amministrative speciali i cui organi erano dipendenti dal Governo o comunque ad esso legati, il legislatore del 1971 e del 1982 si è premurato di istituire una nuova magistratura amministrativa unitaria con uno statuto di autonomia e di indipendenza dagli altri poteri pubblici tendenzialmente omogeneo a quello previsto direttamente dalla Costituzione per la magistratura ordinaria.

Soltanto a far data dagli anni novanta il legislatore, sotto la spinta dell'ordinamento comunitario e di una coraggiosa giurisprudenza<sup>818</sup>, ha sentito di non potersi più sottrarre al dovere di riformare in modo più sistemico il processo amministrativo per adeguarlo alle nuove esigenze di giustizia provenienti da una società e da un'economia profondamente cambiate rispetto a quelle di fine Ottocento in cui era venuto a formarsi l'assetto italiano della giustizia amministrativa. E questa legislazione ha innescato la produzione di una giurisprudenza che, valorizzando i principi costituzionali e sovranazionali di pienezza e di effettività di tutte le situazioni giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione, ha prodotto, insieme alla stessa legislazione, una profonda trasformazione di quell'assetto, che ha arricchito e potenziato gli strumenti di tutela e regolamentato un criterio di riparto più logico e lineare.

L'esito di questa radicale trasformazione, che pare di poter scorgere, è una certa "normalizzazione" dell'anomalo dualismo giurisdizionale italiano e un maggior allineamento del nostro sistema a quello più funzionante degli altri Paesi europei.

---

<sup>818</sup> Corte di Cassazione, Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500.

**10.1. Le opinabili applicazioni giurisprudenziali del binomio “carenza di potere-diritto soggettivo” e “esercizio del potere-interesse legittimo” rendono palese l’eccessiva discrezionalità della Corte di Cassazione nell’individuazione del criterio di riparto di giurisdizione.**

Si è visto che gli artt. 103, comma 1, e 113, comma 1, Cost. hanno cristallizzato il criterio di riparto delle giurisdizioni fondato sulla situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, definitivamente affermato dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato nel 1930. Rimaneva tuttavia aperto, anche dopo il “concordato giurisprudenziale”, il problema di individuare in quali controversie pubblicistiche ricorresse un diritto soggettivo e in quali, invece, un interesse legittimo.

Infatti, anche nella cultura giuridica dei decenni successivi a quel “concordato”, accanto a tutta una serie di interessi legittimi, tali *ab origine* e tradizionalmente denominati “interessi occasionalmente protetti”, la dottrina e la giurisprudenza affiancavano una categoria di interessi legittimi derivanti dalla trasformazione dei diritti soggettivi operata dall’azione imperativa dell’amministrazione, secondo la teoria della c.d. “degradazione”.

Senonché, secondo questa concezione, quando l’atto amministrativo autoritativo che colpisce un diritto soggettivo è legittimo, *nulla quaestio*: il diritto soggettivo “affievolisce” senz’altro in interesse legittimo. Ma *quid juris* quando esso è illegittimo, quando esso è difforme dal paradigma normativo? L’atto amministrativo produce anche in questo caso l’effetto dell’eliminazione del diritto soggettivo investito, salvo ad emergere, al posto di questo, una posizione di interesse legittimo oppure no? Se si ritiene che l’atto illegittimo non produca i suoi normali effetti “degradatori”, si afferma che il diritto soggettivo “resiste” e competente a reintegrare il patrimonio giuridico del privato eventualmente leso dall’atto illegittimo è il giudice ordinario. Se invece si ritiene che li produce comunque, si nega la competenza del giudice ordinario e si afferma quella del giudice amministrativo, perché non vi è più diritto soggettivo, ma interesse legittimo residuo dalla degradazione<sup>819</sup>.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite risolve il *busillis* nella storica pronuncia del 4 luglio 1949, n. 1657: «tutte le volte che si lamenta il cattivo uso del potere dell’amministrazione, si fa valere un interesse legittimo e la competenza è del giudice amministrativo, mentre si ha questione di diritto soggettivo e competenza del giudice ordinario quando si contesta la stessa esistenza del potere»<sup>820</sup>. In altre parole, la contestazione dell’esistenza del potere amministrativo radica la giurisdizione del giudice ordinario, perché la carenza di potere determina la nullità del provvedimento e dunque l’inidoneità dello stesso a produrre effetti giuridici (*quod nullum est nullum producit effectum*), tra cui anche l’effetto dell’affievolimento del diritto soggettivo in interesse legittimo. La contestazione del cattivo esercizio di un potere, che comunque è attribuito dalla legge all’amministrazione, dev’essere fatta valere davanti al giudice amministrativo, perché l’esistenza del potere amministrativo, ancorché male

<sup>819</sup> NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 147.

<sup>820</sup> In *Foro it.*, 1949, I, 926.

esercitato, fa sì che il provvedimento amministrativo adottato sia efficace e dunque produca la degradazione del diritto soggettivo in interesse legittimo.

Dal 1949 in poi, la formula discriminatoria delle giurisdizioni è stata posta e rimasta immutata nel duplice collegamento: carenza di potere-diritto soggettivo e esercizio del potere-interesse legittimo. E il vecchio adagio ottocentesco «dove c'è esercizio del potere, non c'è diritto soggettivo, ma interesse legittimo» è stato meglio specificato nel senso che «dove c'è esercizio di un potere amministrativo effettivamente attribuito dalla legge, c'è interesse legittimo; dove c'è esercizio di un potere amministrativo non attribuito dalla legge, c'è diritto soggettivo».

La rigorosa applicazione di questo criterio di riparto avrebbe ristretto a ben poca cosa l'ambito di cognizione delle controversie pubblicistiche del giudice ordinario, aprendo sterminate praterie alla competenza del giudice amministrativo. Infatti, la carenza di potere in grado di lasciare intatte le posizioni di diritto soggettivo avrebbe potuto venire in considerazione in ipotesi oltremodo recessive, come quella dello «straripamento di potere»<sup>821</sup> e quella dell'«incompetenza assoluta»<sup>822</sup>. Sicché, dopo la sentenza del 1949, la Corte di Cassazione, quale giudice del riparto, ha cercato di interpretare il binomio «carenza di potere-diritto soggettivo» e «esercizio del potere-interesse legittimo» in modo tale da non decretare l'abrogazione sostanziale della legge del 1865 e da non far perdere al giudice ordinario quasi tutta la sua giurisdizione sulle controversie di diritto pubblico.

Lo ha fatto percorrendo almeno quattro orientamenti giurisprudenziali<sup>823</sup>.

Il primo è stato quello della distinzione tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto. Ha cioè ritenuto che la mancanza di potere, che determina la non degradazione dei diritti soggettivi e che fonda la competenza del giudice ordinario, è ravvisabile non solo in caso di mancata attribuzione legislativa del potere amministrativo («carenza di potere in astratto»), ma anche quando, pur essendo stato il potere attribuito dalla legge all'amministrazione, il provvedimento sia stato assunto in assenza dei presupposti di fatto o di diritto previsti dalla legge («carenza di potere in concreto»)<sup>824</sup>.

Il secondo è stato quello della distinzione tra attività amministrativa discrezionale e attività amministrativa vincolata e, in seno a quest'ultima, tra quella diretta a realizzare un interesse pubblico e quella diretta a realizzare un

---

<sup>821</sup> Si avrebbe uno «straripamento di potere» quando l'amministrazione esercita un potere pubblico che è sì previsto dall'ordinamento, ma non come esercizio di una funzione amministrativa, bensì di una funzione giurisdizionale o legislativa.

<sup>822</sup> Si avrebbe «incompetenza assoluta» quando il potere è attribuito ad un'amministrazione di ordine diverso rispetto a quella di cui fa parte l'organo che ha emesso il provvedimento, come nel caso di un atto espropriativo adottato da un'autorità regionale anziché da un'autorità statale.

<sup>823</sup> Una trattazione non schematica e non sintetica, com'è la presente, dell'elaborazione giurisprudenziale dei criteri per effettuare il riparto della giurisdizione si può leggere in A. PAJNO, *Il riparto della giurisdizione*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 4193 ss., e, specificamente per il periodo successivo alla sentenza delle Sezioni Unite di Cassazione del 1949, a pag. 4252 ss.

<sup>824</sup> Corte di Cassazione, Sez. Un., 24 ottobre 1958, n. 3457, in *Giust. civ.*, 1958, I, 2029; 28 febbraio 1961, n. 419, in *Foro it.*, 1962, I, 1568; 21 agosto 1972, n. 2693, in *Foro it.*, 1972, I, 3029. Il caso classico è quello del provvedimento di espropriazione adottato o in assenza di dichiarazione di pubblica utilità o dopo la scadenza del termine fissato nella dichiarazione di pubblica utilità.

interesse privato. Vi sarebbe potere amministrativo in grado di affievolire il diritto soggettivo in interesse legittimo e dunque giurisdizione amministrativa, quando la legge conferisce all'amministrazione una potestà funzionale alla realizzazione dell'interesse pubblico. Ciò che si verificherebbe sempre in caso di attribuzione di potere amministrativo discrezionale, mentre, in caso di potere amministrativo vincolato, soltanto quando il vincolo è posto dalla legge nell'interesse pubblico (come nel caso di provvedimenti repressivi di attività abusive). Se, invece, il vincolo è stabilito dalla legge a tutela di un interesse privato (si pensi al rilascio di una carta di circolazione o all'iscrizione ad un albo professionale), l'amministrazione non eserciterebbe alcun "potere" (ma piuttosto eseguirebbe un obbligo) e dunque i suoi atti sarebbero privi di effetti degradatori. Se negativamente incidenti su un diritto soggettivo, dovrebbero essere considerati alla stregua di meri comportamenti illeciti, conoscibili e sanzionabili dal giudice ordinario senza i limiti dell'art. 4 della L.A.C.<sup>825</sup>.

Il terzo è stato quello della distinzione tra attività materiali svolte in esecuzione di atti amministrativi (ad es., demolizione di un manufatto abusivo) o in adempimento di doveri cui l'amministrazione sia comunque tenuta senza necessità di una specifica deliberazione (ad es., l'abbattimento di un muro pericolante o la manutenzione delle strade) e attività materiali abusive, operazioni cioè compiute *sine titulo* e costituenti quella che in Francia viene chiamata *voie de fait* (ad es., l'occupazione usurpativa di un fondo e cioè l'occupazione di un fondo in mancanza di una dichiarazione di pubblica utilità). Se per il primo tipo di attività materiali sarebbe ravvisabile l'esercizio di un potere amministrativo, la posizione del privato sarebbe di interesse legittimo e la competenza delle eventuali controversie del giudice amministrativo, per il secondo tipo di attività materiali mancherebbe un potere amministrativo, sussisterebbe una posizione di diritto soggettivo e la competenza sarebbe del giudice ordinario.

Il quarto è stato quello dell'individuazione di una categoria di diritti soggettivi "resistenti a tutta oltranza" a qualsiasi forma di compressione o conformazione da parte dell'autorità amministrativa. Connotati da una inviolabilità assoluta vuoi per la loro natura di situazioni giuridiche soggettive personalissime (come per il diritto al nome e per quello all'integrità personale) vuoi per il riconoscimento nella Carta Costituzionale (ad es., diritto all'integrità dell'ambiente)<sup>826</sup> a volte *expressis verbis* come diritti fondamentali (così è per il diritto alla salute proclamato come «fondamentale» dall'art 32 Cost.)<sup>827</sup>, i "diritti inaffievolibili" impedirebbero il sorgere di qualunque potestà pubblicistica da esercitare per contemperare l'interesse generale con quello dei privati, sicché le controversie sugli stessi sarebbero sempre di competenza del giudice ordinario, nell'ambito del processo civile e senza i limiti dell'art. 4 della L.A.C., in quanto riguardanti vicende di carenza assoluta di potere amministrativo.

---

<sup>825</sup> Corte di Cassazione, Sez. Un., 8 gennaio 1955 n. 2129, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 803; 25 ottobre 1960, n. 2894, in *Foro amm.*, 1961, II, 294; 16 luglio 1962, n. 1894, in *Giust. civ.*, 1963, I, 881.

<sup>826</sup> Corte di Cassazione, Sez. Un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, 2302.

<sup>827</sup> Corte di Cassazione, Sez. Un., 9 marzo 1979, n. 1436, in *Foro it.*, 1979, I, 939.

La dottrina e la giurisprudenza amministrativa non hanno mancato di evidenziare le perplessità che suscita ciascuno di questi orientamenti volti a specificare il criterio di riparto di giurisdizione fondato sulla contrapposizione tra “carenza di potere” e “scorretto esercizio del potere”.

La figura della “carenza di potere in concreto” fa leva sul labile confine tra condizioni di esistenza del potere e requisiti di legittimità di esercizio del potere<sup>828</sup>, ancorato, il più delle volte, alla distinzione tra violazioni di legge più gravi e violazioni di legge meno gravi che non ha alcun fondamento normativo ed è rimessa all’assoluto arbitrio dell’interprete<sup>829</sup>. Pare invece di poter rilevare che gli atti amministrativi adottati in difetto di determinati presupposti normativi sono semplicemente affetti da illegittimità per violazione di legge, sicché conservano la loro capacità degradatoria.

La distinzione, ai fini del riparto di giurisdizione, tra attività amministrativa vincolata nell’interesse privato e attività vincolata nell’interesse pubblico è stata sottoposta a critica sia per la frequente difficoltà di desumere da una norma in modo inequivocabile se un potere vincolato è funzionale ad un interesse pubblico o ad un interesse privato, sia perché la finalità di tutela di un interesse pubblico è sempre presente in ogni norma attributiva di un potere all’amministrazione<sup>830</sup>.

La differenza tra attività materiale abusiva lesiva di diritti e attività materiale eseguita sulla base di atti amministrativi illegittimi e dunque lesiva di interessi legittimi, spesso non è agevolmente identificabile<sup>831</sup> e in relazione a talune ipotesi suscita molti dubbi<sup>832</sup>.

E la concezione dell’esistenza di diritti inaffievolibili, in quanto costituzionalmente tutelati o comunque afferenti a beni personali di particolare rilevanza, non pare esente da critiche non solo perché non esistono diritti che non siano garantiti dalla Costituzione, non solo per la difficoltà di distinguere in modo non arbitrario i diritti che resistono al potere da quelli che non vi resistono<sup>833</sup>, ma anche perché, in una società pluralistica come quella attuale, sembra difficile immaginare diritti, anche fondamentali, che non debbano essere temperati con altri diritti, a volte altrettanto fondamentali, e con altri interessi, pubblici e privati<sup>834</sup>. E poiché questo bilanciamento non può che essere effettuato in concreto dalla pubblica amministrazione all’esito di una valutazione

---

<sup>828</sup> E. CANNADA BARTOLI, *L’inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano 1950, 92 ss.

<sup>829</sup> Così Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 1992, n. 990.

<sup>830</sup> A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 3 ss.

<sup>831</sup> Sul punto si rinvia alle considerazioni (e alla casistica giurisprudenziale ivi riportata nella nota n. 13) di V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e Costituzione*, cit., 3044.

<sup>832</sup> Per es., può definirsi “comportamento mero” (si veda, tra le ultime pronunce, Corte di Cassazione, Sez. I, 28 gennaio 2013, n. 1804) l’occupazione da parte della p.a. dell’immobile di un privato non già senza una dichiarazione di pubblica utilità, ma a seguito di una dichiarazione di pubblica utilità che sia stata successivamente annullata?

<sup>833</sup> M. NIGRO, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1979, I, 939: «è lecito chiedersi se quanto viene affermato per il diritto alla salute non valga per altri diritti, che sicuramente fondamentali sono come i diritti di libertà e, via via allargando la prospettiva [...] non valga per tutti i diritti soggettivi (anche il diritto di proprietà è coperto da garanzia costituzionale e quindi è fondamentale)».

<sup>834</sup> R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, ed. Neldiritto, Roma 2010, 1703-1704.

comparativa, non pare realistico ipotizzare che un diritto fondamentale possa escludere l'esistenza di un potere amministrativo e la giurisdizione del giudice amministrativo deputato a verificare il corretto esercizio dello stesso.

Probabilmente la teorica dei diritti resistenti alla degradazione poteva avere una sua logica sul finire degli anni settanta del secolo scorso, in cui venne elaborata, per attribuirne le eventuali controversie al giudice ordinario, l'unico titolare di poteri cognitori e decisori pieni con i quali assicurare una tutela immediata e completa al cittadino che lamentasse la lesione di diritti fondamentali, quali quello alla salute e alla salubrità ambientale, da parte di provvedimenti amministrativi, essendo il processo amministrativo del tempo di tipo meramente impugnatorio e «inadeguato rispetto alla tutela di alcuni diritti fondamentali»<sup>835</sup>. Un po' meno oggi che – come si dirà più avanti – il giudice amministrativo è stato messo dal legislatore nelle condizioni di garantire alle pretese sostanziali del cittadino al corretto esercizio del potere amministrativo una tutela piena ed efficace<sup>836</sup>.

Concludendo, gli illustrati opinabili orientamenti della Corte di Cassazione che, nella seconda metà del Novecento, hanno specificato i concetti di carenza di potere e di scorretto esercizio del potere ai fini del riparto di giurisdizione, si fondano su presupposti teorici e producono inconvenienti pratici che generano nella dottrina e nella giurisprudenza amministrativa perplessità e critiche difficilmente non condivisibili. La causa di tutto ciò sembra potersi rinvenire ancora una volta nell'ambiguità della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo che, nel nostro “sistema”<sup>837</sup>, si è storicamente affermata per determinare

---

<sup>835</sup> Lo ricorda A. TRAVI, in *Diritti costituzionalmente protetti e riparto di giurisdizione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. III, ed. ESI, Napoli 2011, 1675.

<sup>836</sup> Non concorda TRAVI, *op. ult. cit.*, 1676, il quale il quale sottolinea che le ragioni della giurisprudenza della Cassazione, inaugurata nel 1979, non sono esaurite perché «la giurisdizione amministrativa, anche dopo la legge n. 205/2000 ed il codice del 2010, non può essere rappresentata come uno ‘specchio’ della giurisdizione ordinaria: le modalità di tutela sono necessariamente diverse. È significativo che ancora oggi, anche nei casi di giurisdizione esclusiva, non siano previsti mezzi di istruzione preventiva; non sono contemplate azioni inibitorie (così come non sono contemplate tutele possessorie); la disciplina dei mezzi istruttori rimane diversa, per l'incidenza del modello dell'istruzione documentale (che, a ben vedere, riflette la persistente tensione verso il procedimento amministrativo) e resta ancora ferma una certa problematicità per l'accesso pieno al fatto da parte del giudice amministrativo. Il processo amministrativo, anche quando riguarda diritti soggettivi, non ha assorbito tutte le modalità di tutela del processo civile [...]».

<sup>837</sup> O forse sarebbe più corretto parlare di “parasistema”, come sosteneva M.S. GIANNINI, in *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Scritti*, Vol. V, 1963-1969, Milano, 321. Inequivocabili e condivisibili le parole del Maestro, tratte questa volta da GIANNINI-PIRAS, *La giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 294-295: «il congegno quale da noi esiste riposa interamente su una cerniera di diritto sostanziale: stabilire quando un provvedimento amministrativo dispone di beni della vita oggetto di diritti del privato, e se ne può o no disporre, oppure di beni della vita oggetto di interessi protetti. Questa cerniera non è però facilmente accessibile. Ne deriva che il congegno impone di trovarla prima di poter stabilire a quale giudice rivolgersi. Questo è però impossibile per le materie circa le quali il giudice supremo non si sia già pronunciato almeno alcune volte. Quando si è pronunciato, si è creato un indirizzo giurisprudenziale, si sa che la giurisprudenza ha trovato la cerniera o almeno pensa di averla trovata, nel senso fuori metafora che ha dato una costruzione a quelle norme sostanziali che interessano, stabilendo la natura delle situazioni soggettive e il carattere dell'imperatività di quel tale provvedimento amministrativo. Prima che si sia pronunciata, vi sono al massimo costruzioni proposte dalla dottrina; il più sovente proposte solo dalle difese giudiziali; nessuno sa con certezza che cosa dirà il giudice supremo; il privato non sa di che

la ripartizione della competenza sulle controversie pubblicistiche tra due ordini di giudici. Grazie a questa ambiguità, la Corte di Cassazione ha potuto riempire di contenuto queste due figure giuridiche e decidere la spettanza della giurisdizione con una discrezionalità eccessiva che, nella misura in cui mina il bene della certezza del diritto, pare sempre meno tollerabile.

## **10.2. L'inizio della fuoriuscita del giudice amministrativo dalla "specialità" strutturale: la legge n. 1034/1971 e la legge n. 186/1982.**

L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana non determinò per circa due decenni rilevanti trasformazioni dell'assetto strutturale della giustizia amministrativa ereditato dall'ordinamento previgente.

Nei primi anni della Repubblica vi furono soltanto due innovazioni nell'organizzazione giurisdizionale, che però né furono influenzate dalla Costituzione né comportarono importanti modifiche dell'impianto organizzativo complessivo. Il decreto legislativo del 5 maggio 1948, n. 642 istituì la sesta sezione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, omologa alla quarta e alla quinta<sup>838</sup>, e il decreto legislativo del 6 maggio 1948, n. 654, in attuazione dell'art. 23 dello Statuto speciale della Regione Siciliana, istituì il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, organo equordinato al Consiglio di Stato, con funzioni consultive e giurisdizionali.

Nel nuovo ordinamento repubblicano, accanto alla giurisdizione amministrativa generale del Consiglio di Stato, rimanevano in funzione non poche giurisdizioni amministrative speciali che, secondo la VI disposizione transitoria (e finale)<sup>839</sup>, avrebbero dovuto essere sottoposte a revisione entro il 1° gennaio 1953.

Nonostante questo termine fosse stato ritenuto di natura ordinatoria<sup>840</sup>, nella seconda metà degli anni sessanta molte di queste giurisdizioni amministrative speciali furono soppresse<sup>841</sup> perché la disciplina dei loro organi, formati da

---

situazione soggettiva è titolare e che cosa può fare l'amministrazione col suo provvedimento. Può accadere che la normativa sostanziale sia, oggettivamente, costruibile in più modi, che portino a conseguenze processuali diverse. Chi sceglie è però sempre il giudice supremo, e spesso in tali casi la sua scelta è una mera stipulazione; convenzioni giurisprudenziali si sovrappongono alla realtà, con tutti gli inconvenienti che un criterio così arbitrario può comportare. Per queste ragioni il congegno da noi vigente è non un sistema, ma un parasistema. Crea ingiustizia e genera disordine sociale. Abbiamo cioè un parasistema i cui difetti sono irreversibili: non si tratta infatti di renderlo meno macchinoso (sarebbero possibili accorgimenti come quelli dell'ampliamento delle giurisdizioni esclusiva e di merito del Consiglio di Stato), di attenuarne la complicatezza (anche qui sarebbero possibili vari accorgimenti, che difatti non sono mancati nei progetti di riforma). Il difetto del sistema è radicale, perché esistendo due ordini di giudici, essi si limitano fatalmente a vicenda, specialmente se la linea di discriminazione delle giurisdizioni si fissa su concetti indaginosi come quelli di diritto e di interesse protetto. È un falso problema, dunque, quello che taluni prospettano di una riforma del «sistema» di giustizia amministrativa in Italia. Qui non vi è nulla da modificare. Vi è solo da cambiare in radice.»

<sup>838</sup> Sicché il Consiglio di Stato venne a risultare composto di sei sezioni: le prime tre con funzioni consultive; la quarta, la quinta e la sesta con funzioni giurisdizionali.

<sup>839</sup> Si è già detto che le diciotto «disposizioni transitorie e finali» in appendice all'articolato costituzionale sono, alcune, «transitorie» ed altre, «finali»; la VI è una disposizione transitoria.

<sup>840</sup> Corte Costituzionale, sentenze dell'11 marzo 1957, n. 41 e del 13 novembre 1962, n. 92.

<sup>841</sup> Furono cancellate le giurisdizioni dei Consigli di Prefettura in materia di contenzioso contabile locale (Corte Costituzionale, sentenza del 3 giugno 1966 n. 55), delle Giunte Provinciali Amministrative (Corte



funzionari dipendenti dal Governo, fu dichiarata incostituzionale per violazione del principio di indipendenza, che gli artt. 101, comma 2, e 108, comma 2, Cost. esigono venga rispettato anche per la composizione dei giudici speciali meritevoli di essere conservati o trasformati all'esito della "revisione"<sup>842</sup>.

Di particolare rilievo fu l'eliminazione nel 1968, ad opera della Corte Costituzionale, delle Giunte Provinciali Amministrative in sede giurisdizionale, trattandosi di organi di giurisdizione amministrativa speciale con competenza di primo grado estesa a quasi tutto il contenzioso amministrativo degli enti locali<sup>843</sup>. Il vuoto di tutela che si era venuto a creare, se non si voleva intasare l'attività del Consiglio di Stato, avrebbe potuto essere colmato soltanto dando finalmente attuazione, dopo diversi tentativi abortiti<sup>844</sup>, all'art. 125, comma 2, Cost. Ciò che avvenne con l'approvazione della legge del 6 dicembre 1971, n. 1034 che istituì i Tribunali Amministrativi Regionali, uno per ciascuna regione, avente sede nel capoluogo di regione.

Di fronte all'alternativa se fare dei nuovi organi di giurisdizione amministrativa dei giudici amministrativi generali di primo grado, rendendo il Consiglio di Stato esclusivamente giudice d'appello, oppure devolvere loro soltanto il contenzioso amministrativo di Comuni, Province e Regioni e, al massimo, delle amministrazioni periferiche dello Stato, lasciando al Consiglio di Stato la competenza di giudice di unico grado per le controversie relative alle amministrazioni centrali dello Stato, il legislatore adottò la prima soluzione, istituendo dunque un nuovo "sistema" di giurisdizione amministrativa generale, articolato nei tribunali amministrativi regionali con competenza territoriale regionale e nel Consiglio di Stato, come giudice di appello.

Alcuni profili "funzionali" della legge, riguardanti l'ampliamento delle materie della giurisdizione esclusiva e dei poteri decisorii del giudice, la possibilità di impugnare anche provvedimenti non definitivi e la regolamentazione di una nuova procedura specifica per il giudizio davanti al T.A.R., verranno esaminati nei successivi paragrafi.

Qui importa dar conto dei soli aspetti "strutturali" e "ordinamentali" riguardanti i nuovi giudici amministrativi, disciplinati dalla legge n. 1034/1971, in particolare per sottolineare che, secondo questa normativa, i T.A.R. avrebbero

---

Costituzionale, sentenza del 22 marzo 1967, n. 30), della Giunta Giurisdizionale Amministrativa della Valle d'Aosta (Corte Costituzionale, sentenza del 9 aprile 1968, n. 33), delle Sezioni per il Contenzioso Elettorale (Corte Costituzionale, sentenza del 27 maggio 1968, n. 49). E nel 1963 era già stata cancellata la giurisdizione speciale del Ministero della Marina Mercantile per la liquidazione delle indennità da requisizione delle navi (Corte Costituzionale, sentenza del 4 luglio 1963, n. 133)

<sup>842</sup> Infatti, la natura non perentoria del termine entro cui procedere «alla revisione degli organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti» (VI disp. trans. e fin. Cost.) «non importa affatto che, prima della "revisione", le giurisdizioni speciali possano continuare a vivere così come sono, anche quando la loro struttura o il loro modo di operare contrasti coi precetti dettati dalla Costituzione per la giurisdizione in generale (quali quelli destinati ad assicurare il diritto di difesa, l'indipendenza dei giudici, il ricorso per violazione di legge: artt. 24, 108, 111 della Costituzione) e perciò validi per qualsiasi organo di giurisdizione» (Corte Costituzionale, sentenza del 18 marzo 1965, n. 17).

<sup>843</sup> Artt. 1 e 4 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1058.

<sup>844</sup> Nelle precedenti legislature erano stati presentati diversi progetti governativi volti ad istituire in ciascuna regione «gli organi di giustizia amministrativa di primo grado» programmati dall'art. 125, comma 2, Cost., che però non erano stati approvati.

dovuto essere composti da giudici professionali, tratti, in minor parte e per le funzioni giurisdizionali direttive, dai magistrati del Consiglio di Stato (art. 9) e, in maggior parte, da un corpo di nuova creazione, i magistrati amministrativi regionali (artt. 13 ss.), reclutati con concorso pubblico per titoli ed esami (art. 14), la cui semi-indipendenza dal Governo avrebbe dovuto essere garantita, oltre che dalla stessa legge, dalla funzione consultiva svolta, in seno alla procedura di nomina e di trasferimento, di competenza duale del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Presidente della Repubblica (artt. 9, 13 e 16), dal Consiglio di Presidenza dei Tribunali Amministrativi Regionali<sup>845</sup>, organismo omologo, per vero più per filosofia “corporativa” di composizione che per funzioni, al Consiglio di Presidenza del Consiglio di Stato<sup>846</sup>.

La legge istitutiva dei T.A.R., nel creare una nuova categoria di magistrati amministrativi reclutati attraverso un obiettivo sistema concorsuale in grado di accertare il possesso dei requisiti di idoneità e di specifica preparazione giuridica e di garantire l'indipendenza dal potere politico al momento dell'investitura nell'ufficio giudiziario, sembrava evidenziare una irrazionale disarmonia del sistema giurisdizionale amministrativo complessivo nella misura in cui, invece, i Consiglieri di Stato, ai quali era affidata in esclusiva la presidenza dei T.A.R. e il potere di riesame in appello delle decisioni di questi, continuavano ad essere in gran parte nominati senza un concorso pubblico e a pressoché assoluta discrezionalità del Governo, e ad essere sottoposti all'influenza del potere esecutivo in tutta la loro carriera.

Infatti, la normativa sull'ordinamento del Consiglio di Stato, quale si era venuta stratificando nel corso degli anni, prevedeva che la nomina dei componenti del Consiglio di Stato avvenisse, in parte, per nomina governativa discrezionale e, in parte, a seguito di un concorso pubblico per titoli ed esami<sup>847</sup>.

Senonché, la legislazione vigente non si premurava di stabilire, per la scelta governativa, gli specifici titoli professionali e i peculiari requisiti di idoneità e competenza che i nominandi avrebbero dovuto possedere, né di imporre un obbligo di motivazione della deliberazione di nomina o di ascolto, nella scelta,

---

<sup>845</sup> Composto dal Presidente del Consiglio di Stato, dai due presidenti di sezione del Consiglio di Stato più anziani, da due presidenti di tribunali amministrativi regionali e da quattro magistrati amministrativi regionali sorteggiati ogni due anni e non confermabili immediatamente (art. 49).

<sup>846</sup> Il Consiglio di Presidenza del Consiglio di Stato era previsto dall'art. 35 del R.D. 21 aprile 1942, n. 444 secondo cui «il Consiglio di Presidenza è composto dal Presidente del Consiglio di Stato e dai presidenti di sezione. È assistito dal segretario generale, il quale, quando non abbia voto ad altro titolo, ha voto deliberativo in tutti gli affari concernenti il personale di segreteria e subalterno». A differenza del Consiglio di Presidenza dei Tribunali Amministrativi, il Consiglio di Presidenza del Consiglio di Stato non esprimeva pareri nella procedura di nomina e di trasferimento, sospensione e rimozione dei Consiglieri di Stato, pure di competenza governativa. Infatti, ai sensi dell'art. 1 R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, la nomina dei Consiglieri di Stato avveniva con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, dopo deliberazione del Consiglio dei Ministri. Ai sensi dell'art. 5, i provvedimenti di trasferimento, sospensione e rimozione dei Consiglieri di Stato venivano adottati con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, udito il parere del Consiglio di Stato in adunanza generale e dopo deliberazione del Consiglio dei Ministri.

<sup>847</sup> Il “famigerato” concorso per referendario al Consiglio di Stato, che un racconto di Luigi Pirandello (*Concorso per referendario al Consiglio di Stato*, in *Novelle per un anno*, 1922) aveva eretto nella grande letteratura ad emblema della massima difficoltà di concorso pubblico.

del parere di un qualche organo interno al Consiglio di Stato. E neppure si preoccupava di predeterminare una proporzione nell'assegnazione dei posti tra i due meccanismi di "provvista": i vuoti in organico potevano essere coperti tutti o nella parte decisa dal Governo, a totale discrezione di questo, col sistema della libera scelta governativa o con quello del concorso pubblico.

Inoltre, secondo la normativa del tempo, il Governo aveva influenza decisiva in tutta la carriera del Consigliere di Stato, decidendo, senza il concorso di altro organo, la progressione alla qualifica di Presidente di Sezione e l'assegnazione annuale alle Sezioni e, col solo concorso del parere non vincolante dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la rimozione dalle funzioni.

In questo quadro, il rischio di ingerenza governativa nell'attività dell'Istituto o addirittura di lottizzazione politica dello stesso, nonostante la posizione di indipendenza richiesta dalla Costituzione nei confronti del Governo (artt. 100, comma 3, e 108, comma 2) per consentirgli di custodire in modo imparziale la legalità amministrativa nella sua duplice funzione, consultiva e giurisdizionale, si appalesava tutt'altro che remoto e strideva con l'obiettivo di indipendenza realizzato, almeno nel reclutamento, col sistema del concorso pubblico, per i magistrati dei tribunali amministrativi regionali.

La Corte Costituzionale, con la sentenza del 19 dicembre 1973, n. 177, dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale della disciplina sulla libera scelta governativa dei Consiglieri di Stato, ma che il problema di circoscrivere la discrezionalità di nomina del Governo fosse comunque all'ordine del giorno nel dibattito politico-istituzionale e giuridico-costituzionale, è testimoniato dalla circostanza che già l'art. 17 della legge n. 1034/1971 aveva riservato, a decorrere dal quarto anno successivo all'entrata in vigore della legge, un quarto dei posti di Consigliere di Stato «ai consiglieri amministrativi regionali con almeno quattro anni di effettivo servizio nella qualifica».

L'obiettivo di adeguare l'ordinamento di tutta la magistratura amministrativa al nuovo sistema di giurisdizione amministrativa generale articolato nei T.A.R. e nel Consiglio di Stato, assicurando le necessarie garanzie di indipendenza e autonomia dei giudici amministrativi dal potere esecutivo richieste dagli artt. 101, comma 2, e 108, comma 2, Cost., fu conseguito con la legge del 7 aprile 1982, n. 186.

Del contenuto di questa legge preme in questa sede ricordare almeno le cinque più rilevanti innovazioni ordinamentali introdotte.

In primo luogo, l'unificazione delle carriere dei magistrati amministrativi dei T.A.R., del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana e del Consiglio di Stato, costituenti, da questa legge in poi, un ordine unitario, quello della magistratura amministrativa, regolamentata dall'«ordinamento della giurisdizione amministrativa» che, dando il titolo alla legge stessa, è in essa contenuto.

In secondo luogo e conseguentemente, l'abolizione del Consiglio di Presidenza dei Tribunali Amministrativi Regionali e del Consiglio di Presidenza del Consiglio di Stato e l'istituzione, al loro posto, del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa composto dal Presidente del Consiglio di Stato,

che lo presiede, dai due presidenti di sezione del Consiglio di Stato più anziani, da quattro Consiglieri di Stato eletti dai magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato e da sei magistrati dei T.A.R. eletti dai colleghi in servizio presso gli stessi tribunali amministrativi.

In terzo luogo, l'attribuzione al suddetto Consiglio di Presidenza del potere di adottare tutti i provvedimenti che riguardano la carriera e lo *status* dei magistrati amministrativi, ossia le assunzioni, le assegnazioni di sedi e di funzioni, i trasferimenti, le promozioni, la sospensione e la rimozione dal servizio, e tutti gli altri provvedimenti disciplinari. Per dare attuazione all'art. 108, comma 2, Cost. che demanda al legislatore di assicurare l'indipendenza delle giurisdizioni speciali, la legge n. 186/1982 ha dunque istituito un organo di autogoverno della magistratura amministrativa sul modello del Consiglio Superiore della Magistratura, realizzando a tutela dell'indipendenza e dell'autonomia dei magistrati amministrativi un tipo di protezione analogo a quello previsto direttamente dalla Costituzione (artt. 104, 105 e 107) per i magistrati ordinari.

In quarto luogo, il legame di dipendenza dei giudici amministrativi dal Governo è stato reciso non solo sul versante della carriera, ma anche sotto quello dell'investitura nell'ufficio, perché l'art. 19, comma 1, n. 2, di questa legge ha circoscritto sotto molteplici profili il previgente potere discrezionale di nomina governativa dei Consiglieri di Stato: sotto il profilo del numero, che non può essere superiore ad un quarto dei posti; sotto il profilo dei titoli necessari per la nomina, espressamente predeterminati nell'ambito di particolari qualificate categorie professionali<sup>848</sup>; sotto il profilo della valutazione della piena idoneità dei nominandi all'esercizio delle funzioni di Consigliere di Stato, riservata al Consiglio di Presidenza. Secondo la nuova disciplina, dunque, la composizione del Consiglio di Stato avrebbe dovuto privilegiare la provenienza degli alti magistrati amministrativi dalla selezione concorsuale, prevedendo l'art. 19 che la metà dei posti di Consigliere di Stato dovesse essere assegnata ai magistrati dei tribunali amministrativi con qualifica più elevata e il restante quarto dei posti con concorso pubblico esterno per titoli ed esami<sup>849</sup>.

In quinto luogo, con gli artt. 24 e 28 della legge n. 186, sono state stabilite per i magistrati amministrativi garanzie di inamovibilità e cause di incompatibilità e di ineleggibilità identiche a quelle previste per i magistrati ordinari. Addirittura l'art. 24 ricalca pressoché pedissequamente la formula dell'art. 107 Cost., disponendo che «i magistrati amministrativi non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altra sede o funzione se

---

<sup>848</sup> Professori universitari ordinari di materie giuridiche; avvocati che abbiano almeno quindici anni di esercizio professionale e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori; dirigenti generali od equiparati dei Ministeri, degli organi costituzionali e delle altre amministrazioni pubbliche; magistrati con qualifica non inferiore a quella di magistrato di Corte d'appello o equiparata.

<sup>849</sup> È il sistema del reclutamento dei Consiglieri di Stato con triplice "provvista" con quote prefissate per legge: per metà dei posti, con "promozione" dei magistrati dei tribunali amministrativi regionali; per un quarto dei posti, con concorso esterno per titoli ed esami; e per un quarto dei posti, con nomina governativa discrezionale.

non a seguito di deliberazione del Consiglio di Presidenza, adottata o con il loro consenso o per i motivi stabiliti dalla legge»<sup>850</sup>.

Cercando di tirare le fila delle considerazioni svolte in questo sottoparagrafo, si può allora osservare quanto segue.

Non c'è dubbio che la nostra Carta Costituzionale preveda con gli artt. 102, 103, comma 1, e 108, comma 2, una giurisdizione amministrativa strutturalmente “speciale” rispetto a quella ordinaria. Solo che questa “specialità” non può più essere intesa, come avveniva nell'ordinamento previgente, come dipendenza degli organi giurisdizionali amministrativi dal Governo sotto il profilo dell'ottenimento della carica e sotto il profilo della conservazione della stessa, per poter essere il giudice amministrativo “interno” o “collaterale” alla pubblica amministrazione. Dev'essere invece considerata come riconoscimento di una giurisdizione «distinta per struttura, poteri e competenze» da quella ordinaria e dalle altre previste dalla Costituzione, perché, invece, quanto all'indipendenza, la nostra Costituzione «ammette un solo tipo di magistrato»<sup>851</sup>. E il modello di indipendenza del magistrato prefigurato dalla Costituzione è quello previsto per la magistratura ordinaria dal meccanismo dell'accesso per concorso pubblico (art. 106), dal principio della inamovibilità (art. 107) garantito da un organo di autogoverno (art. 104) titolare delle funzioni di assegnazione, di trasferimento, di promozione e dei poteri disciplinari (art. 105).

Tenendo ciò presente, non si può non rilevare che, dalla metà degli anni sessanta ai primi anni ottanta, la giurisprudenza costituzionale e il legislatore ordinario hanno intrapreso un percorso di avvicinamento della giurisdizione amministrativa a quel modello, percorso che partendo dalla soppressione delle funzioni giurisdizionali esercitate da organismi amministrativi dipendenti dal Governo e passando per l'istituzione di una giurisdizione amministrativa generale su base regionale composta da un nuovo corpo di magistrati, ha portato nel 1982 alla nascita di un'unica magistratura amministrativa costituente un ordine giurisdizionale omologo per *status*, indipendenza e autonomia a quello della magistratura ordinaria.

Al pari di quest'ultima, elementi portanti dell'indipendenza e dell'autonomia di questa nuova unificata magistratura amministrativa sono: l'accesso generalizzato per concorso pubblico<sup>852</sup>, che garantisce che la nomina dei giudici non avvenga secondo criteri di appartenenza politica; il principio di inamovibilità, che tutela il giudice da minacce di trasferimento o di sospensione o rimozione esercitabili dal Governo; e l'esistenza di un organo di autogoverno che impedisce che il giudice debba rendere conto del suo operato al potere esecutivo,

---

<sup>850</sup> Recita l'art. 107 Cost. che «i magistrati sono inamovibili. Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso».

<sup>851</sup> G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, ed. Giappichelli, Torino 1997, 40.

<sup>852</sup> Oggi la quota dei magistrati amministrativi nominati tali senza concorso pubblico è pari ad un quarto dei Consiglieri di Stato, quelli di nomina governativa ex art. 19, comma 1, n. 2, legge n. 186/1982: si tratta dunque di 28 magistrati amministrativi su un totale di 483, vale a dire il 5,8% del ruolo della magistratura amministrativa.

dei cui atti è chiamato a controllare la legittimità, o debba avere debiti di riconoscenza nei confronti di questo per la sua progressione in carriera.

Il giudice amministrativo sembra insomma aver perduto i tratti della vecchia “specialità” strutturale e sembra avviato a diventare assai simile, sotto il profilo ordinamentale, al giudice ordinario. Sembra indirizzato a diventare un giudice “ordinario” specializzato nel sindacato dell’esercizio della funzione pubblica, distinto da quello delle controversie civilistiche, sul piano funzionale, per le diverse competenze giudiziali e, sul piano strutturale, per l’autonomia della sua organizzazione interna. Perché il pluralismo giurisdizionale, previsto dalla Costituzione nell’ambito dell’unità funzionale della giurisdizione, non può non comportare “statuti” distinti, ancorché omogenei, delle diverse magistrature.

Questo percorso di “de-specializzazione” e di “ordinarizzazione” strutturale della giurisdizione amministrativa è ancora in svolgimento e delle sue ulteriori successive tappe negli ultimi due decenni si darà conto in un paragrafo successivo.

### **10.3. La crisi del giudizio d’impugnazione e la progressiva trasformazione del modello originario. I tentativi di fuoriuscita della giurisdizione amministrativa dalle strettoie del mero sindacato di legittimità sull’atto.**

L’origine del giudizio davanti alla quarta sezione del Consiglio di Stato ha segnato in modo indelebile la formazione e lo sviluppo dei caratteri fondamentali del processo amministrativo.

Come si è visto, il giudice amministrativo è sorto come organo amministrativo di controllo “interno” della legalità amministrativa a tutela dell’interesse pubblico (giurisdizione di diritto obiettivo), sia pure su sollecitazione del privato interessato. Il giudizio amministrativo costituiva una sorta di continuazione, sia pure contenziosa, dell’azione amministrativa ed interveniva dopo che il fatto era già stato accertato nel procedimento decisionale e la legittimità dell’azione vagliata col ricorso gerarchico<sup>853</sup>, sicché erano sufficienti sia una limitata attività istruttoria, la quale poteva anche non estendersi direttamente al “fatto”, sia una più ridotta trattazione della questione tra le parti, senza necessità di un contraddittorio pieno<sup>854</sup>.

Il sindacato giurisdizionale si appuntava sull’atto amministrativo quale manifestazione di volontà dell’amministrazione dotata del carattere dell’imperatività, in grado di modificare unilateralmente la sfera giuridica del destinatario, ed aveva essenzialmente lo scopo di tutelare interessi legittimi “oppositivi” del cittadino. E poiché quest’obiettivo poteva essere pienamente realizzato col solo annullamento del provvedimento illegittimo con effetto retroattivo, il processo amministrativo venne a strutturarsi come giudizio di mera

---

<sup>853</sup> Si ricordi che l’art. 7 della legge n. 5992 del 1889 ammetteva il ricorso alla Quarta Sezione soltanto contro «il provvedimento definitivo, emanato in sede amministrativa sul ricorso presentato in via gerarchica».

<sup>854</sup> E. CASSETTA, *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, n. 3-4, 691-692.

impugnazione del provvedimento, sulla falsariga del giudizio di cassazione civile<sup>855</sup>: la “decisione”<sup>856</sup> di annullamento del provvedimento amministrativo con «remissione dell'affare» alla pubblica amministrazione per la rinnovazione del potere emendata dai vizi di legittimità censurati<sup>857</sup> s'ispirava al modello della sentenza rescindente della Corte di Cassazione con rinvio della causa al giudice di merito per l'esercizio del potere decisorio concreto e definitivo, emendato dai vizi di legittimità rilevati<sup>858</sup>.

A causa dell'*imprinting* della nascita, il giudizio amministrativo davanti al Consiglio di Stato e alle Giunte Provinciali Amministrative, anche dopo che della Quarta Sezione e delle Giunte fu accertata e formalizzata la natura giurisdizionale e che il sindacato dell'attività amministrativa subì una torsione nella direzione di una giurisdizione di tipo soggettivo, volta cioè alla tutela di interessi individuali, e assicurata da un processo tra parti formalmente eguali, mantenne molti dei suoi caratteri originari: in particolare – e anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana – conservò la connotazione di *revisio prioris instantiae* azionabile a seguito di *vocatio iudicis*, con un'istruttoria prettamente documentale e senza il contraddittorio paritario e pieno tra parti sostanzialmente eguali tipico del processo a *vocatio in iudicium*<sup>859</sup>, privo di azioni di mero accertamento e di condanna per l'efficace protezione di interessi legittimi “pretensivi” e orientato alla sola demolizione del provvedimento amministrativo illegittimo per la difesa di interessi legittimi “oppositivi”, previa eventuale sospensione cautelare dell'efficacia o dell'esecutività del provvedimento stesso.

Contraddittorio ridotto, mezzi istruttori tassativi e limitati, mancanza della piena “parità delle armi” delle parti processuali, azione giurisdizionale di solo annullamento, tutela cautelare circoscritta alla sola “sospensiva”<sup>860</sup>: questi,

---

<sup>855</sup> «Il processo amministrativo è nato come tipico processo (o addirittura controllo) di legittimità di un provvedimento amministrativo, ed in questo era molto vicino al processo per cassazione (che costituisce appunto il controllo finale di legittimità dell'intero processo civile)»: così E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano, 2008, 41.

<sup>856</sup> Si è già detto che essendo la quarta sezione del Consiglio di Stato istituita come organo amministrativo, la legge n. 5992/1889 non qualificava le decisioni sui ricorsi come “sentenze”.

<sup>857</sup> Art. 17, commi 2 e 3, legge n. 5992/1889: «se [la Quarta Sezione] accoglie il ricorso per motivo d'incompetenza, annulla l'atto o provvedimento e rimette l'affare all'autorità competente. Se accoglie il ricorso per altri motivi, nei casi previsti dall'art. 3, annulla l'atto o provvedimento, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa [...]».

<sup>858</sup> F. MERUSI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 1, 13-14.

<sup>859</sup> «Mentre la *vocatio in iudicium*, tipica del processo ordinario di cognizione, tende a trascinare la controparte davanti al giudice per obbligarlo a discutere paritariamente dell'oggetto del giudizio, la *vocatio iudicis* tende a costituire il giudice della domanda proposta bensì nei confronti di un atto proveniente dalla controparte, ma senza che la controparte debba necessariamente essere presente in giudizio. La ragione sociologica di questa soluzione è data dal fatto che la parte il cui atto è oggetto del ricorso è pur sempre dotata di una superiorità sociale e mal si adatta a trovarsi sulla stessa posizione del ricorrente. L'amministrazione non accetta di essere chiamata come «rea» nel processo preferendo lasciare al giudice il compito di disporre in ordine ai propri atti. Essa non può rifiutarsi di soggiacere alla sentenza ma può rifiutarsi di soggiacere all'onta di vedersi chiamata in giudizio come qualsiasi cittadino.»: così F. BENVENUTI, *Il processo amministrativo* (ad vocem), in *Enc. Dir.*, 1987, XXXVI, 457 ss.

<sup>860</sup> F. MERUSI - G. SANVITI, *L'«ingiustizia» amministrativa in Italia*, ed. Il Mulino, Bologna 1986.

riassumendo, sono stati per molti decenni e anche nell'ordinamento repubblicano i caratteri tipici del giudizio amministrativo.

Ma se questi caratteri potevano essere tollerati in una società nella quale la pubblica amministrazione centralistica e gerarchizzata mostrava prevalentemente il volto dell'autorità e il cittadino, opponendosi ai suoi provvedimenti imperativi restrittivi, faceva valere prevalentemente interessi legittimi "oppositivi", potevano esserlo assai meno con un'amministrazione pluralistica e diffusa, erogatrice di prestazioni e di servizi, alla quale il privato sempre più spesso domandava un provvedimento favorevole, facendo valere essenzialmente interessi legittimi "pretensivi", e in un quadro in cui i rapporti tra cittadino e amministrazione erano regolati non più soltanto dall'atto amministrativo autoritativo, ma anche e sempre più spesso da accordi, convenzioni, contratti e da altri moduli consensuali.

Si comprende allora perché il tradizionale processo amministrativo, con i caratteri sopra riassunti, sia parso non più adeguato al diverso tipo di domanda di giustizia proveniente dalla società e perché, in assenza di un opportuno intervento riformatore del legislatore, la giurisprudenza, stimolata dalla scienza giuridica, si sia adoperata per cercare di modificarlo "a legislazione invariata".

Ripercorrere in tutte le direzioni e per tutti gli istituti questo faticoso lavoro di adattamento del processo amministrativo alle nuove emerse istanze di protezione degli interessi dei cittadini, compiuto nel primo cinquantennio dell'ordinamento repubblicano dalla nostra giurisprudenza, sarebbe impresa improba e comunque incompatibile col piano di questo scritto e con i connessi obblighi di sintesi di questo sottoparagrafo. Sicché, pretermettendo la descrizione dei molteplici percorsi evolutivi della nostra giurisprudenza orientati ad una più completa difesa del principio del contraddittorio<sup>861</sup>, all'ampliamento dei mezzi

---

<sup>861</sup> Il problema del rispetto del contraddittorio nella fase di instaurazione del rapporto processuale è stato primariamente risolto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, confermata dall'art. 21 della legge T.A.R., stabilendo che sono parti necessarie del processo amministrativo la pubblica amministrazione che ha emanato l'atto, i controinteressati ai quali l'atto si riferisce direttamente o almeno uno di loro, lasciando poi alla discrezionalità del giudice amministrativo di ordinare al ricorrente la notifica del ricorso ad altri controinteressati (la regola è stata elaborata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, e poi ripresa dall'art. 21 della legge n. 1034/1971, per facilitare l'instaurazione del giudizio da parte del ricorrente incalzato da brevi termini di decadenza e spesso angustiato dalla difficoltà di individuare tutti i controinteressati). Ma se, da un lato, è dubbia la legittimità costituzionale di un rito che consente che una sentenza possa spiegare effetti anche nei confronti di soggetti che, non essendo stati chiamati in causa, non hanno avuto la possibilità di partecipare al giudizio che ha prodotto quella sentenza, dall'altro, l'individuazione di tutti i soggetti privati e pubblici che potrebbero subire, direttamente o indirettamente, gli effetti della sentenza è operazione estremamente ardua, anche alla luce dell'effetto conformativo della sentenza di annullamento, che finisce per incidere sugli interessi di un numero spesso assai elevato di soggetti. Di fronte all'enorme difficoltà di determinare con certezza, al momento dell'instaurazione del rapporto processuale, tutte le parti necessarie del giudizio amministrativo, testimoniata anche dalle oscillazioni della giurisprudenza, la Corte Costituzionale ha scelto di presidiare il principio costituzionale del contraddittorio (art. 24 Cost.) nei confronti di coloro che sono coinvolti dal dispositivo di una sentenza, almeno nella forma della tutela successiva. Con la sentenza del 17 maggio 1995, n. 177, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 36 legge T.A.R. nella parte in cui non prevede l'opposizione di terzo ordinaria tra i mezzi di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, nonché dell'art. 28 nella parte in cui non prevede l'opposizione di terzo ordinaria tra i mezzi di impugnazione delle sentenze del Tribunale Amministrativo Regionale passate in giudicato. Legittimati a proporre l'opposizione di terzo sono i controinteressati "formali" pretermessi (coloro ai quali si riferisce il provvedimento e i



probatori nel processo amministrativo<sup>862</sup> e al riequilibrio della disparità di posizione delle parti del processo<sup>863</sup>, ci si soffermerà in questa sede soltanto sulla elaborazione pretoria di tre costruzioni giuridiche, a mio avviso assai emblematiche dell'avvertita esigenza di trasformare il giudizio amministrativo da giudizio sull'atto in giudizio sul rapporto o meglio sulla pretesa sostanziale<sup>864</sup> e di emancipare questo processo dai vincoli della sua conformazione esclusivamente impugnatoria attraverso l'introduzione, accanto all'azione di annullamento, anche delle azioni di accertamento e di adempimento: la tecnica del silenzio-rifiuto, per contrastare l'inerzia della pubblica amministrazione; il riconoscimento di un effetto ordinatorio della sentenza di annullamento, coercibile col giudizio di ottemperanza; e la massima dilatazione della misura

---

controinteressati facilmente individuabili), i controinteressati "sostanziali" (cioè quei soggetti che traggono vantaggio dal provvedimento impugnato, ma non facilmente identificabili), i controinteressati sopravvenuti (soggetti che, inizialmente collocati in una posizione compatibile con quella del ricorrente, assumono una posizione configgente con quella del ricorrente stesso a seguito della statuizione del giudicato formatosi sulla decisione che conclude un processo nel quale non sono intervenuti) e tutti i soggetti titolari di una posizione autonoma e incompatibile rispetto a quella riferibile alla parte vittoriosa per effetto della decisione (da ultimo, si veda Consiglio di Stato, Ad. Plen., 11 gennaio 2007, n. 2).

<sup>862</sup> Poiché il processo amministrativo, per motivi "genetici", è stato per molto tempo concepito come una sorta di procedimento di controllo – di secondo grado, di autotutela, potremmo dire – su un'azione amministrativa che si è conclusa e di cui viene contestata la legittimità, unici mezzi probatori ammissibili erano quelli necessari e sufficienti a ripercorrere l'iter decisionale dell'amministrazione, e cioè i «documenti», gli «schiaramenti» e la «verificazione» (art. 44 R.D. n. 1054/1924), cosicché il giudice poteva accedere ai fatti rilevanti di causa soltanto in modo indiretto e per come essi venivano rappresentati dall'amministrazione. Non erano ammessi nel processo amministrativo l'ispezione, la testimonianza, la confessione e il giuramento ed era proibita anche la consulenza tecnica (la «verificazione», ordinata dal giudice a funzionari o tecnici, o dell'amministrazione parte in causa o di altre amministrazioni, consisteva in una mera attività ricognitiva, e non anche valutativa alla stregua di un perito). Poiché la descritta limitatezza dei mezzi istruttori vigeva anche per le vertenze devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la Corte Costituzionale, per evitare la disparità di trattamento tra medesime controversie attribuite alla cognizione di giurisdizioni diverse (quella ordinaria e quella amministrativa), con la sentenza del 10 aprile 1987, n. 146 dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 44, comma 1, R.D. n. 1054/1924, nella parte in cui non ammetteva nelle controversie in materia di pubblico impiego tutti i mezzi istruttori previsti dal codice di procedura civile per il processo sul lavoro.

<sup>863</sup> Si deve tenere presente che, nel giudizio amministrativo, le parti processuali (il privato ricorrente e l'amministrazione resistente), quanto a possibilità di prova, non sono in posizione di eguaglianza. La materia controversa è in genere rappresentata da atti o comportamenti di un'amministrazione di cui si contesti la legittimità e il relativo materiale probatorio, di tipo essenzialmente documentale, è pressoché nella totale disponibilità della parte resistente e non in quella del ricorrente. Per riequilibrare questa disparità di posizione in tempi in cui non esisteva una legge sull'accesso ai documenti amministrativi, la giurisprudenza ha attenuato il principio dell'onere della prova, tipico del processo dispositivo, sostituendolo con quello dell'"onere del principio di prova" per un "processo dispositivo con metodo acquisitivo": il privato poteva limitarsi a produrre in giudizio elementi di seria consistenza a sostegno dei fatti allegati sui quali si basa la sua domanda, potendo il giudice disporre d'ufficio i mezzi istruttori necessari a provarli. Con la legge n. 241/1990 si è fatto un notevole passo in avanti verso una maggiore parità nel processo tra il privato ricorrente e la pubblica amministrazione quanto a possibilità di prova, perché si è introdotto il principio della pubblicità e della trasparenza dell'azione amministrativa e dell'accesso generalizzato ai documenti amministrativi. Tuttavia, poiché sovente questi principi non sono stati rispettati e sono stati o violati o elusi dall'amministrazione che detiene i documenti, la giurisprudenza ha continuato anche dopo la legge n. 241 ad applicare il principio dell'onere del principio di prova e del processo dispositivo a metodo acquisitivo.

<sup>864</sup> G. ABBAMONTE – R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., vol. XX, 1997, 167.

cautelare della sospensione dell'atto impugnato, al fine di imporre all'amministrazione anche comportamenti positivi.

L'inadeguatezza del processo amministrativo, strutturato unicamente come impugnazione di un atto amministrativo lesivo e supposto illegittimo, emerse sin dai primi anni di attività della quarta sezione del Consiglio di Stato in relazione al silenzio non significativo della pubblica amministrazione. Ci si chiese se ed in che modo fosse esperibile il rimedio annullatorio nell'ipotesi in cui la lesione all'interesse del privato derivasse non dalla emanazione di un atto che non si sarebbe dovuto emanare, bensì dalla mancanza di un atto che, dal punto di vista del privato, si sarebbe dovuto emanare. Inizialmente il vuoto di tutela si manifestò in tutta la sua gravità non tanto nei procedimenti di amministrazione attiva, quanto piuttosto in quelli contenziosi, perché l'art. 7 della legge n. 5992/1889 condizionava il ricorso alla Quarta Sezione all'essere - l'atto amministrativo da impugnare - divenuto definitivo a seguito dell'esperimento di tutti i rimedi interni all'amministrazione, sicché l'autorità gerarchicamente sovraordinata poteva bloccare l'accesso al giudizio della Quarta Sezione semplicemente rimanendo silente sul ricorso gerarchico e trattenendo la pronuncia di propria competenza.

La giurisprudenza cercò di correggere i difetti del sistema sin dall'inizio del XX secolo, attribuendo all'inadempimento da parte dell'Amministrazione dell'obbligo di provvedere sul ricorso gerarchico il valore di atto tacito di rigetto, come tale impugnabile davanti alla Quarta Sezione alla stregua di qualunque formale atto amministrativo definitivo<sup>865</sup>. E allo scopo elaborò un meccanismo temporale-procedurale per individuare con una certa oggettività il momento in cui l'inerzia della pubblica amministrazione senza valore legale (silenzio-inadempimento) potesse qualificarsi come provvedimento di rigetto del ricorso gerarchico (silenzio-rigetto)<sup>866</sup>. Successivamente, estese questo meccanismo, consistente nel decorso di un certo periodo di tempo dal ricorso e di un certo periodo di tempo dalla notificazione di una diffida a provvedere senza che l'amministrazione avesse deciso<sup>867</sup>, al di là dei ricorsi gerarchici, a tutti i

---

<sup>865</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 22 agosto 1902, n. 429, caso *Longo*: «Infondata è l'eccezione d'irricevibilità del ricorso per mancanza di provvedimento definitivo. È vero che [...] contro i decreti di dispensa dal servizio o di destituzione pronunciati dai capi delle corti, è fatto salvo il reclamo al ministro di grazia e giustizia; ma quando (come nella specie) l'impiegato colpito da quella misura disciplinare ripetutamente ricorre al ministero, quando notifica a questo giudiziariamente un atto invitandolo a provvedere e non ne ottiene alcuna risposta, non potrebbe non riconoscere nel prolungato silenzio dell'autorità superiore la determinazione di far proprio il provvedimento contro il quale fu invano ad essa prodotto reclamo».

<sup>866</sup> La quarta sezione del Consiglio di Stato (22 agosto 1902, n. 429) ritenne che, trascorso un termine «congruo» dalla presentazione del ricorso, l'interessato avrebbe potuto notificare all'amministrazione un atto di diffida intimando di pronunciarsi entro un termine a sua volta «congruo», scaduto il quale l'interessato poteva ricorrere in sede giurisdizionale, considerando il ricorso gerarchico come rigettato. Nel caso *Longo*, deciso con la citata sentenza n. 429 del 1902, l'interessato, impiegato di cancelleria, il 3 giugno 1901 era stato dispensato dal servizio dal primo presidente della corte d'appello; presentò il ricorso gerarchico al Ministro avverso il provvedimento di dispensa dal servizio; e il 9 marzo 1902 notificò al Ministro una diffida a provvedere, assegnandogli il termine di dieci giorni per decidere. Questo termine di dieci giorni fu ritenuto dalla Quarta Sezione «congruo».

<sup>867</sup> L'art. 5 del T.U. della legge comunale e provinciale di cui al R.D. n. 383/1934 recepì per i soli ricorsi gerarchici il meccanismo procedurale - creato dalla giurisprudenza della quarta sezione del Consiglio di

procedimenti amministrativi ad iniziativa di parte, anche a quelli di amministrazione attiva, in tal modo regolamentando per la generalità dei casi le modalità di formazione del silenzio-inadempimento o silenzio-rifiuto (così chiamato perché l'amministrazione "si rifiuta" di adottare il provvedimento decisorio), che dir si voglia<sup>868</sup>.

Nei procedimenti ad istanza di parte, la rappresentazione del silenzio-rifiuto alla stregua di atto amministrativo tacito di rigetto consentiva all'interessato di ottenere, insieme all'annullamento dell'inadempimento-diniego, l'accertamento dell'obbligo di provvedere, coercibile col giudizio di ottemperanza. E tuttavia, questa ricostruzione, dettata dall'esigenza di supplire alla mancanza nel nostro processo amministrativo di un'azione di accertamento e di condanna come l'*Untätigkeitsklage* del sistema tedesco<sup>869</sup>, assoggettando forzatamente l'inerzia amministrativa all'unico rimedio giudiziale contemplato dalla legge del 1889, quello annullatorio, era palesemente errata nella misura in cui utilizzava una figura di diritto privato, quale la manifestazione presunta o tacita di volontà, nel campo dell'azione pubblica destinata invece a svilupparsi secondo schemi procedurali necessariamente formali<sup>870</sup>.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ne prese atto a far data dal 1960, allorquando, in un'importante pronuncia dell'Adunanza Plenaria, ripudiò la ricostruzione "attizia" fino ad allora seguita e più correttamente qualificò il

---

Stato - di formazione del silenzio-rigetto, introducendo termini rigidi in luogo di quelli «congrui» (da valutare caso per caso): centoventi giorni dalla presentazione del ricorso gerarchico e sessanta giorni dalla diffida.

<sup>868</sup> Nel 1971, col decreto legislativo disciplinante la materia dei ricorsi amministrativi (D.P.R. n. 1199/1971) e con la legge istitutiva dei T.A.R. (legge n. 1034/1971), venne soppresso l'art. 5 del R.D. n. 383/1934 e vennero meno sia la pregiudizialità del ricorso amministrativo rispetto a quello giurisdizionale, sia, con riferimento al silenzio sui ricorsi amministrativi, la necessità della diffida, formandosi il silenzio-rigetto col solo decorso del termine di novanta giorni dalla presentazione del ricorso e potendosi ricorrere immediatamente al giudice amministrativo contro il provvedimento impugnato. La disciplina dei ricorsi amministrativi sul silenzio-rigetto non fu estesa dalla giurisprudenza al silenzio relativo ai procedimenti di amministrazione attiva, sicché dal 1971 in poi «le strade del silenzio-rigetto e del silenzio-inadempimento si separarono» (così B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 910). Non potendosi più applicare al meccanismo della diffida l'abrogata norma dell'art. 5 del R.D. n. 383/1934, la giurisprudenza, a partire dal 1978 (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 10 marzo 1978, n. 10), raccogliendo il suggerimento di A.M. SANDULLI (formulato in *Sul regime attuale del silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 169), considerò applicabile, in via analogica, l'art. 25 del T.U. sugli impiegati civili dello Stato (D.P.R. n. 3/1957) disciplinante la responsabilità civile per omissione di atti o operazioni cui il dipendente pubblico sia tenuto e «congrui» i termini (sessanta giorni dalla presentazione dell'istanza e trenta giorni dalla diffida) ivi indicati: il silenzio-inadempimento avrebbe dovuto ritenersi formato allorquando, trascorsi sessanta giorni dalla presentazione all'amministrazione di un'istanza sulla quale questa sarebbe stata tenuta a provvedere, e notificato ad essa successivamente un atto di messa in mora, l'amministrazione avesse persistito per oltre trenta giorni a non intervenire sull'oggetto dell'istanza.

<sup>869</sup> Si veda al cap. V.

<sup>870</sup> U. BORSI, *Il preteso atto amministrativo tacito nel silenzio dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1931, IV, 77; U. FORTI, *Il « silenzio » della pubblica amministrazione e i suoi effetti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, I, 121 (ora in *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1937, 229). Si veda anche F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano 1971.

silenzio-inadempimento come «comportamento»<sup>871</sup>, affermando che, ciononostante, del contegno omissivo dell'amministrazione avrebbe potuto essere accertata dal giudice amministrativo l'illegittimità, sia pure al solo fine di dichiarare l'obbligo dell'amministrazione di provvedere e senza poter stabilire la fondatezza dell'istanza del privato, essendo precluso al giudice di sostituirsi all'amministrazione in valutazioni di merito.

Da questo momento in poi, sia pure nel caso isolato del silenzio-rifiuto, la pronuncia del giudice amministrativo poté essere anche meramente dichiarativa dell'illegittimità di un comportamento amministrativo e segnatamente ebbe la sostanza dell'accertamento (positivo o negativo) dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere, e l'oggetto del giudizio diventò il rapporto tra l'amministrazione e il cittadino, anziché un atto più o meno fittizio o presunto.

Nel 1978 il Consiglio di Stato si spinse oltre, precisando che «nei limiti in cui l'inerzia riguardi scelte o attività vincolate, la decisione possa e debba andare oltre il mero riconoscimento dell'obbligo di procedere, precisando anche come e quando detto obbligo possa essere adempiuto, e [...] la relativa pronuncia è suscettibile di ottemperanza, secondo i criteri di esecuzione del sindacato amministrativo»<sup>872</sup>.

In altre parole, chiamato a sindacare la legittimità del silenzio-inadempimento, il giudice amministrativo avrebbe potuto non soltanto accertare l'obbligo o meno di provvedere, ma, nei casi di attività amministrativa vincolata, penetrare anche più a fondo, nell'accertamento del rapporto, e dichiarare la fondatezza dell'istanza del privato, in tal modo predeterminando il contenuto del provvedimento che la pubblica amministrazione avrebbe dovuto adottare<sup>873</sup>.

La sentenza amministrativa poteva dunque avere anche natura "condannatoria" e l'esecuzione dell'ordine giudiziale essere resa effettiva mediante il giudizio di ottemperanza<sup>874</sup>.

---

<sup>871</sup> Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 maggio 1960, n. 8 (in *Giur. it.*, 1960, III, 257, con nota di E. GUICCIARDI, *Silenzio e pronuncia sullo stesso ricorso gerarchico*): «Il silenzio non è un atto, cioè una dichiarazione di volontà dell'Amministrazione: è un comportamento al quale la legge attribuisce certi effetti, sostanziali e processuali, indipendentemente dal reale contenuto di volontà, ed anche da qualsiasi contenuto di volontà».

<sup>872</sup> Consiglio di Stato, Ad. Plen., 10 marzo 1978, n. 10 (in *Foro it.*, 1978, III, 352 con nota di C.E. GALLO).

<sup>873</sup> G. ABBAMONTE, *Silenzio rifiuto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 1, 20 ss.

<sup>874</sup> «Nella pratica [...], dovendosi in qualche modo sostanziare l'accertamento dell'obbligo di provvedere, il giudice non può fare a meno di delibare vari profili di fatto e di diritto della fattispecie, e di prevenire in tal guisa taluna delle possibili pronunce esplicite dell'amministrazione. Precisamente tale delibazione cade sulle varie, possibili cause di giustificazione della mancata pronuncia (esempio: incompetenza assoluta dell'organo cui l'istanza è stata rivolta; inammissibilità dell'istanza per radicali difetti di forma, di legittimazione attiva, di documentazione, inosservanza di termini perentori, ecc.); la sentenza che, al fine di affermare l'obbligo di provvedere, si pronuncia positivamente circa l'inesistenza di talune di queste cause di giustificazione, preclude una diversa determinazione dell'amministrazione attiva (40). Sviluppandosi questa linea, si è acquisita la possibilità di delibare tutti i profili vincolati dell'emanando atto amministrativo. La tendenza della prassi giudiziaria va verso l'espansione dei profili sui quali il giudice si pronuncia positivamente, e talvolta la dichiarazione d'illegittimità del silenzio si risolve in un vero e proprio giudizio di fondatezza dell'istanza del privato»: così P.G. LIGNANI, *Silenzio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XLII, ed. Giuffrè, Milano 1990.

La crisi del modello del processo amministrativo come “processo all’atto” per l’annullamento del provvedimento e la sua trasformazione in processo anche di accertamento e di condanna finalizzato all’effettiva soddisfazione dell’interesse materiale del ricorrente si manifestò soprattutto grazie agli studi<sup>875</sup> sull’efficacia ultra-costitutiva della sentenza di annullamento e alla giurisprudenza<sup>876</sup> più avanzata e coraggiosa che ne raccolse i risultati.

Per comprendere la tesi prospettata in questi studi e la finalità di giustizia sostanziale che la animava, occorre rammentare che la legge n. 5992/1889 non aveva concesso al giudice amministrativo tutti quei poteri che la legge n. 2248/1865, all. E, aveva precluso al giudice ordinario. Essa aveva attribuito alla quarta sezione del Consiglio di Stato il potere di annullare l’atto «salvi gli ulteriori provvedimenti dell’autorità amministrativa», ma non quello di «modificarlo» e neppure quello di condizionare il ri-esercizio del potere. Al giudice amministrativo fu attribuito un potere di tipo esclusivamente negativo e cassatorio: egli poteva accertare, in negativo, che ciò che l’amministrazione aveva deciso era illegittimo e rimuoverne gli effetti, ma non poteva accertare, in positivo, quale avrebbe dovuto essere la decisione legittima. Sicché, in caso di interesse legittimo pretensivo, la tutela giurisdizionale si risolveva, il più delle volte, in una doppia negazione priva di alcuna utilità sostanziale per il ricorrente: il giudice amministrativo annullava un diniego (ad esempio di autorizzazione), ma non stabiliva la spettanza del provvedimento favorevole condannando l’amministrazione ad adottarlo, né tanto meno adottava il provvedimento in sostituzione dell’amministrazione. E del successivo potere che l’autorità amministrativa avrebbe dovuto riesercitare dopo la pronuncia cassatoria si predicava, in caso di attività discrezionale, l’inesauribilità<sup>877</sup>.

In definitiva, il processo impugnatorio consentiva di proteggere in modo effettivo solo gli interessi legittimi oppositivi, ma non anche quelli pretensivi.

Negli anni settanta, un’autorevole dottrina<sup>878</sup> cercò di colmare, nei limiti di compatibilità con la specialità della potestà amministrativa e del giudizio amministrativo, questo inaccettabile vuoto di tutela spiegando che la sentenza di annullamento ha non soltanto un effetto costitutivo, di demolizione dell’atto impugnato, ma ha anche un contenuto di accertamento e un contenuto ordinatorio.

Al pari della sentenza civile, anche la sentenza amministrativa contiene un accertamento che «fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa» (art. 2909 cod. civ.); solo che, a differenza di quella, che accerta l’esistenza di un diritto in relazione ad una situazione fattuale statica, passata o presente, il giudicato amministrativo opera su di una realtà in movimento, che è appunto l’azione amministrativa, «cioè su di una realtà che ha continuato a muoversi pur dopo l’evento su cui cade il giudizio (l’atto o il comportamento amministrativo

---

<sup>875</sup> Soprattutto di Mario Nigro riassunti nelle prime edizioni della *Giustizia amministrativa*.

<sup>876</sup> Consiglio di Stato, Ad. Plen., 22 dicembre 1982, n. 19.

<sup>877</sup> Ad esempio, a seguito dell’annullamento giurisdizionale del diniego di una concessione, l’amministrazione, in sede di riedizione del potere discrezionale, avrebbe potuto reiterare il diniego all’infinito.

<sup>878</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1979.

impugnato o assoggettato ad accertamento) e, soprattutto, deve continuare a muoversi dopo la pronuncia giudiziale»<sup>879</sup>.

In relazione alla ineluttabile attività amministrativa futura, l'accertamento del giudicato amministrativo ha un contenuto ordinatorio che produce un effetto ripristinatorio e un effetto conformativo.

Più precisamente, la sentenza di annullamento pone l'obbligo per l'amministrazione di ripristinare lo stato di fatto e di diritto preesistente. Poiché l'annullamento è retroattivo e dunque riprendono esistenza e valore gli atti e le situazioni che erano stati travolti dall'atto annullato, l'amministrazione è obbligata con provvedimenti e comportamenti ad adeguare la realtà giuridica e la realtà di fatto modificate per effetto dell'atto annullato, alla situazione giuridica prodotta dalla pronuncia stessa.

Ma la sentenza di annullamento produce anche un effetto conformativo, nel senso che vincola la successiva azione dell'amministrazione al rispetto dei principi posti dalla sentenza stessa, perché «sotto mostra di accertare l'invalidità dell'atto e le ragioni che la provocano, il giudice stabilisce qual è il corretto modo di esercizio del potere e fissa la regola alla quale l'amministrazione si deve attenere nella sua attività futura»<sup>880</sup>. E il comando del giudice si rinviene essenzialmente nella motivazione della sentenza che, nel dar conto delle ragioni dell'illegittimità dell'atto, indirettamente enuncia anche come il potere avrebbe dovuto essere esercitato e non è stato esercitato. Di talché l'inesauribilità del potere, che la legge<sup>881</sup> formalmente riconosce all'amministrazione anche dopo la sentenza di annullamento, ne esce fortemente ridimensionata; la riserva dell'amministrazione di valutazione ponderativa di interessi, in cui consiste la discrezionalità amministrativa, risulta essere parzialmente «consumata»<sup>882</sup>.

Tuttavia si deve tenere presente che l'effetto ripristinatorio e l'effetto conformativo della sentenza di annullamento non avrebbero potuto mai essere riconosciuti se con un'ardita opera di interpretazione «creatrice»<sup>883</sup>, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, a partire dal 1928<sup>884</sup>, non avesse ritenuto applicabile per analogia al giudicato amministrativo il ricorso per ottemperanza che l'art. 27, n. 4, T.U. n. 1054/1924 prevedeva soltanto per l'adempimento coattivo del giudicato civile e che solo l'art. 37 della legge n. 1034/1971 finì per prevedere esplicitamente anche per il «giudicato degli organi di giustizia

---

<sup>879</sup> M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1981, 4, 1165.

<sup>880</sup> M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., 1163.

<sup>881</sup> Art. 17 della legge n. 5992/1889, trasposto nell'art. 45 del R.D. n. 1054/1924, e art. 88 R.D. n. 642/1907.

<sup>882</sup> Per tornare all'esempio dell'annullamento giurisdizionale del diniego di una concessione, l'amministrazione, in sede di riesercizio del potere discrezionale, può anche adottare nuovamente un provvedimento di diniego, ma deve farlo per motivi di fatto e di diritto diversi da quelli che sono stati censurati nella sentenza di annullamento: la sua discrezionalità è stata appunto ridimensionata dalla sentenza di annullamento.

<sup>883</sup> Definita da Nigro «un fatto di pura e semplice (direi, di brutta) normazione giurisprudenziale» (NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., 1159).

<sup>884</sup> Consiglio di Stato, IV sez., 2 marzo 1928, n. 181. La Corte di Cassazione a Sezioni Unite avallò l'interpretazione estensiva del Consiglio di Stato con la sentenza dell'8 luglio 1953, n. 2157 (estesa da Torrente).

amministrativa». Infatti, l'effetto ordinatorio dell'annullamento giurisdizionale poté emergere grazie all'azione combinata delle "direttive" sul riesercizio del potere amministrativo, contenute nella motivazione della sentenza di annullamento, col processo di esecuzione: quelle "direttive" costituiscono una regola elastica e incompleta, suscettibile di trasformarsi progressivamente, in sede di successivo giudizio di ottemperanza, in un comando concreto<sup>885</sup> ed anche, soprattutto mediante la nomina di un *commissario ad acta*, nell'adozione in via sostitutiva di provvedimenti, anche discrezionali, per far conseguire all'interessato l'utilità riconosciutagli dal giudice amministrativo.

Grazie a questo nuovo rapporto tra giurisdizione amministrativa e amministrazione, improntato non più alla logica della rigida separazione di matrice rivoluzionaria francese inizialmente presa a modello dal nostro sistema di giustizia amministrativa, ma a quella della loro integrazione in vista della effettività della tutela giurisdizionale amministrativa<sup>886</sup>, è stato possibile qualificare la sentenza di annullamento come una sentenza anche di condanna<sup>887</sup>, ovviamente non nel senso processual-civilistico del termine<sup>888</sup>, ma nell'unico senso compatibile con la specialità sia della potestà amministrativa che, dopo il processo amministrativo, dev'essere riesercitata, sia del processo amministrativo che si pone come momento intermedio tra l'esercizio passato e l'esercizio futuro di quella stessa potestà.

Ma soprattutto il processo amministrativo ha potuto trasformarsi da mero strumento di difesa di interessi legittimi oppositivi, in strumento di protezione anche di interessi legittimi pretensivi e il giudice amministrativo è potuto passare dalla conoscenza dell'aspetto formale dell'assetto di interessi, alla disciplina sostanziale dello stesso, assicurando al titolare dell'interesse materiale giuridicamente protetto tutte le possibilità e utilità che la protezione dell'interesse legittimo comporta e sopporta, rendendo maggiormente effettiva la tutela giurisdizionale della persona nei confronti della pubblica amministrazione, come gli artt. 24, 101, 103 e 113 Cost. richiedono.

---

<sup>885</sup> È la nota tesi del "giudicato a formazione progressiva" prospettata da Nigro e accolta, negli anni novanta, prima dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (22 marzo 1993, n. 114; 29 ottobre 1994, n. 406) e poi dal Consiglio di Stato (sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134) secondo cui «in sede di esecuzione di una sentenza del giudice amministrativo è possibile, da parte del giudice investito del ricorso per l'ottemperanza, esercitare cumulativamente, ove ne ricorrano i presupposti, sia i poteri sostitutivi attribuitigli in sede di ottemperanza, sia i poteri cassatori e ordinatori che gli competono in sede di giurisdizione generale di legittimità, mediante l'integrazione dell'originario disposto della sentenza con statuizioni che ne costituiscano non mera esecuzione, ma attuazione in senso stretto, dando così luogo al noto fenomeno del giudicato a formazione progressiva». Sull'evoluzione storica, sulla natura, sui presupposti e sull'attuale disciplina del giudizio di ottemperanza, sia consentito rinviare a M. CLARICH, *L'esecuzione*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, cit., 297 ss.

<sup>886</sup> NIGRO, *op. ult. cit.*, 1176 ss. Ma per un più approfondito inquadramento "filosofico" del tema dei rapporti tra poteri pubblici, si rinvia alla lettura di G. DI GASPARO, *Il potere nel diritto pubblico*, ed. Cedam, Padova 1992.

<sup>887</sup> NIGRO, *op. ult. cit.*, 1162-1163: «vi sono, della condanna, altre e più ampie (oltre che più aggiornate) nozioni [...]. In questi più ampi significati, battezzare la sentenza amministrativa come sentenza di condanna non può scandalizzare, come del resto Miele ha da tempo affermato».

<sup>888</sup> E cioè nel senso di pronuncia che costituisce la possibilità di esecuzione forzata nelle forme disciplinate dal terzo libro del codice di procedura civile.

In buona sostanza, l'efficacia precettiva del giudicato di annullamento, individuata dalla dottrina negli anni settanta e dalla giurisprudenza negli anni ottanta dello scorso secolo, sembrò evidenziare che la valutazione della legittimità dell'atto amministrativo è solo l'occasione del processo. Il vero oggetto di quest'ultimo è la soddisfazione della pretesa sostanziale della persona ovvero è la realizzazione della pretesa al bene della vita sotteso al provvedimento che si richiede all'amministrazione.

La crisi del processo amministrativo di mera impugnazione e la spinta ad una sua trasformazione tale da consentire al giudice amministrativo di tutelare più efficacemente la pretesa sostanziale del cittadino e, in particolare, quella sottesa agli interessi legittimi pretensivi, si evince, in relazione al periodo che si sta esaminando, anche considerando la pluridecennale evoluzione giurisprudenziale in materia di tutela cautelare.

La regola sulla tutela cautelare è rimasta sostanzialmente invariata per più di cento anni: il ricorso giurisdizionale non sospendeva l'efficacia o l'esecuzione del provvedimento impugnato; tuttavia il giudice poteva disporre la sospensione se il ricorrente avesse allegato il pericolo di danni gravi e irreparabili<sup>889</sup>.

Fino all'entrata in vigore della legge n. 205/2000, l'unica misura cautelare prevista dall'ordinamento fu quella della sospensione del provvedimento impugnato, misura necessaria e sufficiente ad assicurare che il tempo necessario ad ottenere una decisione nel merito non andasse in danno di chi invocava la tutela giudiziale. Infatti, il provvedimento lesivo per antonomasia era considerato quello incidente in modo negativo su preesistenti situazioni di vantaggio del ricorrente, sicché il processo amministrativo poteva risolversi esclusivamente nell'impugnazione del provvedimento, alla quale la sospensione cautelare riusciva ad essere perfettamente strumentale perché, paralizzando provvisoriamente gli effetti o l'esecuzione dell'atto restrittivo, consentiva di conservare intatta la sfera giuridica del ricorrente fino alla decisione di merito del ricorso.

La sospensione cautelare si rivelava, invece, quasi sempre inadeguata nel giudizio amministrativo promosso a protezione di interessi legittimi pretensivi, risolvendosi nel vano blocco temporaneo degli effetti di atti amministrativi negativi. Ad esempio, nessuna utilità poteva trarre il ricorrente dalla sospensione

---

<sup>889</sup> L'art. 12 della legge n. 5992/1889 stabiliva che «i ricorsi in via contenziosa non hanno effetto sospensivo. Tuttavia l'esecuzione dell'atto o del provvedimento può essere sospesa per gravi ragioni, con decreto motivato della Quarta Sezione sopra istanza del ricorrente». L'art. 25 della legge dava facoltà al Governo di coordinare la legge n. 5992/1889 con la legge n. 2248/1865, all. D, per cui fu emesso il R.D. 6166/1889 che all'art. 33 riproduceva esattamente l'art. 12 della legge n. 5992. L'art. 33 è poi divenuto l'art. 39 del T.U. n. 1054/1924. L'art. 21, comma 7, della legge n. 1034/1971 stabilì che «se il ricorrente, allegando danni gravi ed irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, ne chiede la sospensione, sull'istanza il tribunale amministrativo regionale pronunzia con ordinanza motivata emessa in camera di consiglio». A parte il tipo di provvedimento decisorio (l'ordinanza in luogo del decreto), la novità letterale rispetto alla formulazione dell'art. 12 della legge n. 5992/1889 fu rappresentata dall'allegazione dei «danni gravi ed irreparabili» invece che delle «gravi ragioni». Ma si trattò di una modificazione solo formale perché, sin dalle prime decisioni (Consiglio di Stato, 10 aprile 1890, *Comune Riposto/Prefettura di Catania*, in *Giur. amm.*, 1890, I, 1), la quarta sezione del Consiglio di Stato spiegò che la gravità delle ragioni «non potrebbe aversi se non nei casi nei quali l'esecuzione del provvedimento amministrativo fosse per arrecare alla parte interessata un danno notevole, irreparabile o difficilmente riparabile».



di un diniego di autorizzazione, che certo non equivaleva all'anelato rilascio dell'autorizzazione stessa.

Per evitare che nei confronti dei provvedimenti amministrativi negativi si dovesse predicare l'inoperatività di qualunque misura cautelare protettiva e dunque l'ineffettività della tutela giurisdizionale, in contrasto con quanto prescritto dall'art. 24 Cost., in giurisprudenza si andarono progressivamente costruendo applicazioni dell'istituto della sospensione cautelare volte a dilatarne al massimo gli effetti e, in particolare, a ricavarne anche effetti positivi e propulsivi. Per conseguire questo risultato, s'individuò, all'interno della categoria degli atti negativi, una serie di provvedimenti sfavorevoli utilmente passibili di sospensione cautelare, perché, per esempio, negando la conferma di situazioni di vantaggio attribuite da norme giuridiche o da precedenti atti amministrativi, la loro sospensione finiva per confermare il vantaggio<sup>890</sup>, oppure perché, inibendo la prosecuzione del procedimento amministrativo, la loro sospensione consentiva di accedere alle successive fasi dello stesso<sup>891</sup>. In tutti questi casi, la sospensione cautelare degli atti negativi determinava la produzione di effetti cautelari positivi, perché la situazione di vantaggio era già predeterminata dalla norma o da atti endoprocedimentali e dunque non richiedeva che il giudice amministrativo regolasse discrezionalmente, sia pur con efficacia interinale, un assetto di interessi (ciò che sarebbe stato inammissibile)<sup>892</sup>.

Successivamente, nell'ansia di assicurare una tutela urgente a tutti gli interessi legittimi pretensivi e sotto l'influenza della giurisprudenza comunitaria, la giurisprudenza amministrativa ha esteso la misura cautelare della sospensione a tutti i provvedimenti negativi e anche al silenzio-rifiuto, al fine di obbligare l'amministrazione a riesaminare la questione e rispettivamente a pronunciarsi con urgenza sulla richiesta inevasa di provvedimento, alla luce dei motivi di ricorso o di specifici elementi, di fatto o di diritto, indicati nella motivazione<sup>893</sup>.

Il fatto che l'applicazione della tutela cautelare fosse ormai lontanissima dal modello normativo della mera sospensiva evidenziava non soltanto l'urgenza di

---

<sup>890</sup> Classico il caso della sospensione cautelare della revoca o del diniego di rinnovo di una concessione o di una licenza che finiva, sia pur provvisoriamente, per rinnovare la concessione o la licenza. Tra i casi più risalenti (citati da E. FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 4, 646 ss.), si ricorda Consiglio di Stato, sez. IV, 3 marzo 1934, n. 62: «può ordinarsi la sospensione di un provvedimento di revoca della rinnovazione della concessione per coltivazione di tabacchi, poiché la revoca potrebbe produrre danni gravi ed irreparabili troncando un'impresa già avviata e facendo cadere i contratti stipulati dai ricorrenti con i coltivatori»; nonché Consiglio di Stato, sez. V, 12 luglio 1938, n. 582: «negata la rinnovazione della licenza per l'esercizio di pompe funebri, con divieto di svolgere qualsiasi ulteriore attività, il Consiglio ha accordato la sospensione del provvedimento podestarile impugnato, ritenendo che questo mirava sostanzialmente a rompere in tronco una situazione di fatto consolidatasi da tempo per effetto della concessione della prima licenza».

<sup>891</sup> Classico il caso della sospensione del diniego di partecipazione ad un concorso pubblico, con conseguente ammissione, «con riserva», del concorrente alla selezione concorsuale. Sebbene si segnalano taluni casi di sospensione cautelare di questo tipo già negli anni trenta e quaranta (Consiglio di Stato, sez. V, 15 febbraio 1938, n. 92; Consiglio di Stato, sez. IV, 10 maggio 1946, n. 138), è soprattutto dagli anni sessanta che si fa ampio uso della misura dell'«ammissione con riserva» nel campo dei concorsi pubblici (Consiglio di Stato, sez. VI, 26 luglio 1966, n. 114; 24 ottobre 1966, n. 152; 30 dicembre 1966, nn. 184 e 185).

<sup>892</sup> E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 337 ss.

<sup>893</sup> FOLLIERI, *op. ult. cit.*, 340; TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 286-287.

una riforma legislativa dell'istituto all'insegna del principio processual-civilistico dell'atipicità delle misure cautelari, ma anche l'anacronismo del tipo di processo di impugnazione al quale la sospensiva cautelare era funzionale, perché il cittadino esigeva sempre più spesso dal giudizio amministrativo non tanto la tutela specifica contro l'atto formale, ma piuttosto la protezione primaria e immediata della propria pretesa sostanziale al "bene" del provvedimento o del comportamento amministrativo, senza che il tempo per arrivare alla decisione di merito potesse vanificare l'obiettivo.

Concludendo, il riconoscimento della possibilità di un giudizio di accertamento sull'illegittimità del silenzio-inadempimento e, in caso di attività amministrativa vincolata, sulla "spettanza" del provvedimento; l'individuazione di un effetto precettivo nel giudicato di annullamento, in grado di qualificare come "di condanna" - grazie alla progressiva "consumazione" della discrezionalità amministrativa - anche la sentenza demolitoria; la forzata dilatazione delle potenzialità della misura cautelare sospensiva per consentirle di diventare maggiormente satisfattiva degli interessi del ricorrente, anche di quelli pretensivi: erano tutti segnali della nuova funzione che il "sistema" intendeva assegnare al processo amministrativo: non più rendere una giustizia formale ed episodica, bensì assicurare una protezione sostanziale, effettiva e completa degli interessi materiali della persona. E, a questo scopo, il "vecchio" processo d'impugnazione si rivelava palesemente inadeguato.

## **11. L'evoluzione della giustizia amministrativa negli ultimi due decenni.**

### **– 11.1. Il decreto legislativo del 31 marzo 1998, n. 80.**

Dopo la parziale "transustanziazione" del processo d'impugnazione avvenuta nel primo cinquantennio dell'ordinamento repubblicano "a legislazione invariata" grazie all'opera della dottrina e della giurisprudenza, il giudizio amministrativo, questa volta con l'apporto decisivo anche del legislatore, ha subito una trasformazione radicale in un lasso di tempo relativamente assai breve: quello che va dal 1998 al 2012 e cioè dal decreto legislativo n. 80/1998 al secondo decreto legislativo correttivo di quello con cui è stato approvato il codice del processo amministrativo.

Il decreto legislativo del 31 marzo 1998, n. 80, in attuazione della delega conferita al Governo dalla legge del 15 marzo 1997, n. 59, dopo aver esteso, con gli artt. 33 e 34, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle vertenze sugli atti e sui comportamenti della pubblica amministrazione nelle materie dei servizi pubblici, dell'urbanistica e dell'edilizia, ha, con l'art. 35, attribuito al giudice amministrativo in tali controversie sia il potere di disporre, anche attraverso la reintegrazione del danno in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto (comma 1), sia il potere di disporre la consulenza tecnica e l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento (comma 3). Essendo state devolute al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva anche le vertenze sull'affidamento dei contratti pubblici (art. 33, comma 2, lett. e) ) e sul risarcimento dei danni (art. 35, comma 1) derivanti dalla violazione della relativa

normativa comunitaria, nazionale e regionale, l'art. 35, comma 5, ha abrogato l'art. 13 della legge del 19 febbraio 1992, n. 142 che, ammettendo il risarcimento dei danni cagionati dalla lesione dell'interesse legittimo alla corretta aggiudicazione dei contratti pubblici, ne aveva attribuito la giurisdizione al giudice ordinario, previo annullamento dell'atto lesivo da parte del giudice amministrativo. E nel sostituire il testo dell'art. 7, comma 3, legge T.A.R. (concernente la riserva al giudice ordinario delle controversie riguardanti diritti patrimoniali consequenziali), ha espressamente precisato che il tribunale amministrativo, nelle materie deferite alla sua giurisdizione esclusiva, conosce anche tutte le questioni relative a diritti, restando riservate all'autorità giudiziaria ordinaria soltanto le questioni di falso e quelle concernenti la capacità dei privati individui (art. 35, comma 4).

In disparte, in questa sede, l'evidenziazione del tentativo del legislatore di modificare la regola del riparto di giurisdizione, ampliando la giurisdizione amministrativa esclusiva attraverso la tecnica dei *blocs de compétence* di tipo francese (di cui si parlerà più avanti)<sup>894</sup>, merita ora rilevare che, negli artt. 33, 34 e 35 del d.lgs. n. 80/1998, il parziale abbandono del criterio di riparto fondato sulla distinzione delle posizioni soggettive ha comportato anche l'abbandono del sistema che, ponendo una connessione necessaria fra un determinato giudice ed una determinata tecnica di tutela giurisdizionale, faceva di ciascun giudice una sorta di monopolista della propria tecnica di tutela. Per la prima volta si è affermato il principio secondo cui il giudice ordinario non può essere considerato il titolare necessario delle tecniche di tutela di tipo risarcitorio e, dovendo il nuovo sistema realizzare la concentrazione dei giudizi ed una tutela esaustiva in attuazione del principio costituzionale e comunitario di effettività, la giurisdizione esclusiva è diventata anch'essa piena, estesa, cioè, nei limiti delle materie indicate dalla legge, alle controversie di risarcimento del danno ingiusto, pienamente conoscibili dal giudice amministrativo anche grazie all'ampliamento dei mezzi istruttori, inclusivi anche della "strategica" consulenza tecnica. Sicché la giurisdizione amministrativa esclusiva, non più limitata nei poteri istruttori e nelle tecniche di tutela, ma in grado di assicurare una tutela completa e di accedere direttamente ai fatti rilevanti di causa con gli stessi strumenti probatori del giudice ordinario<sup>895</sup>, è venuta a configurarsi, nel suo rapporto con quella ordinaria, come una giurisdizione «paritaria e ad essa alternativa»<sup>896</sup>.

---

<sup>894</sup> E dunque facendo dell'eccezione (la giurisdizione esclusiva) la regola e della regola (la giurisdizione generale di legittimità) l'eccezione.

<sup>895</sup> L'esclusione del giuramento e dell'interrogatorio formale (volto a provocare la confessione giudiziale) dai mezzi probatori ammessi, sembra spiegabile, più che, come opina una dottrina (TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 265), per l'incompatibilità del loro essere prove legali col principio del libero apprezzamento del giudice amministrativo (il principio del libero apprezzamento del giudice esiste anche nel processo civile ed è prova legale, ammessa anche nel processo amministrativo, l'atto pubblico), perché, costituendo strumenti di indiretta disposizione di diritti e di altre posizioni giuridiche soggettive, giuramento e confessione giudiziale presuppongono sempre la capacità di disporre dei diritti (artt. 2733, comma 2, e 2739, comma 1, cod. civ.) e riguardano sempre situazioni disponibili, mentre nel giudizio amministrativo, anche in quello devoluto alla giurisdizione esclusiva, si controverte pur sempre di poteri pubblici e dunque di situazioni indisponibili. Ad avviso di chi scrive, insomma, giuramento e

## 11.2. La sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500.

Nel 1999, con una sentenza epocale e abbastanza inattesa (nonostante il citato art. 13 della legge n. 142/1992 e l'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998 sulla risarcibilità dei danni cagionati dalla lesione sia di diritti soggettivi che di interessi legittimi avessero già preparato la strada), la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, demolì il dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi<sup>897</sup>, riconoscendo finalmente una vera connotazione sostanziale alla situazione giuridica soggettiva che fronteggia il potere amministrativo ed equiparandola, quanto a pienezza di tutela, al diritto soggettivo, come l'attuazione dell'art. 24 Cost. imponeva.

Fino ad allora erano stati risarcibili i soli interessi legittimi oppositivi, in essi ravvisandosi, a seguito dell'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, dei diritti soggettivi riespansi, ma non anche gli interessi legittimi pretensivi.

Con la sentenza del 22 luglio 1999, n. 500, la Corte di Cassazione affermò sia la risarcibilità degli interessi legittimi oppositivi senza la necessità del previo annullamento giurisdizionale dell'atto amministrativo illegittimo e cioè senza la necessità del loro "camuffamento" in diritti soggettivi riespansi, sia la risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi. Poté farlo disattendendo l'interpretazione, fino ad allora seguita, dell'art. 2043 cod. civ.

Se in precedenza la giurisprudenza aveva negato il risarcimento del danno cagionato da lesione di interessi legittimi, ritenendo che l'art. 2043 c.c. postulasse un comportamento violativo di un diritto soggettivo o, come si soleva dire, un *factum contra jus*, la Suprema Corte poté finalmente sostenere che la norma ivi contenuta stabilisce una clausola generale dell'illecito, riferendo il connotato dell'ingiustizia non alla condotta, ma al danno, e dunque sanzionando qualunque *damnum non jure datum*. Secondo la pronuncia della Cassazione, l'art. 2043 c.c. non è una norma secondaria che sanziona col risarcimento un divieto posto *aliunde* in norme primarie che tutelano diritti soggettivi assoluti, ma è esso stesso una norma primaria che stabilisce il divieto del *neminem laedere*. Configura l'illecito aquiliano come atipico, di talché la lesione di qualunque «interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico»<sup>898</sup> fa sorgere il diritto al risarcimento del danno, come un *trend* giurisprudenziale

---

interrogatorio formale sarebbero inammissibili nel giudizio amministrativo alla stessa stregua che nel processo civile allorquando si controverta di diritti indisponibili.

<sup>896</sup> Così PAJNO, *Il riparto della giurisdizione*, cit., 4268.

<sup>897</sup> L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 9, 843 ss.; A. ORSI BATTAGLINI – C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 2, 487 ss.; A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno fra giudice comunitario e giudice amministrativo*, ed. Giappichelli, Torino 2005.

<sup>898</sup> Il generale riferimento, per la configurazione dell'illecito aquiliano atipico, all'«interesse degno di tutela secondo l'ordinamento giuridico», accolto per la prima volta dalla sentenza del 22 luglio 1999, n. 500 della Corte di Cassazione, era stato auspicato da F. GALGANO nel 1985 (in *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1985, 1), che aveva ritenuto si dovesse mutuare la formula codificata dall'art. 1322, comma 2, cod. civ. per l'atipicità del contratto.

inequivocabile dimostra<sup>899</sup>. Ed anche l'interesse legittimo rientra nella categoria degli interessi giuridicamente tutelati la cui violazione integra l'illecito civile ristorabile ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Competente a decidere le controversie sulla responsabilità civile da illegittimo esercizio del potere amministrativo era il giudice ordinario in quanto giudice dei diritti soggettivi, tale essendo anche il diritto al risarcimento dei danni, dal momento che, secondo quell'impostazione, l'interesse legittimo veniva in considerazione non come oggetto di tutela, ma come oggetto di lesione extracontrattuale e dunque come uno degli elementi che contribuiscono ad integrare la fattispecie aperta di cui all'art. 2043 cod. civ.

Nel suo intervento, la Corte di Cassazione subordinò il risarcimento dell'interesse legittimo a due accertamenti che avrebbe dovuto compiere il giudice ordinario.

Innanzitutto, «onde stabilire se la fattispecie concreta sia o meno riconducibile nello schema normativo delineato dall'art. 2043 c.c.» sotto il profilo della colpevolezza, il giudice ordinario avrebbe dovuto verificare se l'azione amministrativa «sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità». E questo accertamento avrebbe potuto essere compiuto autonomamente dal giudice ordinario, senza basarsi sulla pronuncia di annullamento del giudice amministrativo, come avveniva prima per il risarcimento degli interessi legittimi oppositivi. Veniva in tal modo ripudiata la tesi della pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella risarcitoria (la c.d. pregiudizialità amministrativa).

In secondo luogo, al risarcimento poteva pervenirsi soltanto se l'attività illegittima della pubblica amministrazione avesse determinato «la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si collega». Senonché, mentre la lesione di tale bene, secondo la Cassazione, è sempre sottesa alla violazione dell'interesse legittimo oppositivo, perché tale violazione consiste nella illegittima sottrazione o restrizione di un bene della vita che la persona già ha, e dunque non richiede nessun accertamento, nel caso, invece, di lesione di un interesse legittimo pretensivo, la quale si configura «nel caso di illegittimo diniego del richiesto provvedimento o di ingiustificato ritardo nella sua adozione», il giudice ordinario, per condannare l'amministrazione al risarcimento, avrebbe dovuto svolgere un «giudizio prognostico» sulla fondatezza dell'istanza, per accertare se, secondo un criterio di normalità, essa fosse destinata ad esito favorevole. Il danno risarcibile, infatti, consisteva nel mancato conseguimento dell'utilità richiesta all'amministrazione, sicché esso

---

<sup>899</sup> Si allude all'emersione, a partire dagli anni settanta, di nuove fattispecie di responsabilità aquiliana, fondate sulla lesione, oltre che dei diritti soggettivi assoluti, anche dei diritti soggettivi di credito, delle *chance*, del possesso (inteso non solo come *jus possidendi*, ma anche come *jus possessionis*), della detenzione anche non qualificata, etc.

potrebbe essere disposto con la sentenza di condanna soltanto se il «giudizio prognostico» del giudice avesse accertato la “spettanza”<sup>900</sup> del provvedimento.

### **11.3. La legge del 21 luglio 2000, n. 205.**

Con la sentenza n. 500/1999, la Corte di Cassazione aveva finalmente colmato il vuoto di tutela risarcitoria degli interessi legittimi pretensivi, ma il prezzo della raggiunta pienezza della protezione giurisdizionale era, da un lato, la mancanza di effettività sotto il profilo della concentrazione delle tutele, e, dall'altro, la messa in discussione del criterio di riparto della *causa petendi*.

Infatti, il soggetto leso da un atto amministrativo asseritamente illegittimo avrebbe dovuto adire il giudice amministrativo per ottenerne l'annullamento e il giudice ordinario per conseguire il risarcimento del danno. Il monopolio di ciascun tipo di tutela in capo ai due distinti giudici, che contraddiceva la “filosofia” di concentrazione delle tutele che aveva ispirato il d.lgs. n. 80/1998, sembrava riproporre il criterio di riparto del *petitum* formale definitivamente abbandonato dalla giurisprudenza sin dal 1930 e il rischio che quel criterio, col connesso sistema della “doppia tutela”, recava seco di contrasto tra il giudicato amministrativo e il giudicato civile: a fronte di un medesimo atto e di un medesimo vizio, il giudice competente sarebbe stato per la tutela dell'interesse legittimo quello ordinario o quello amministrativo, a seconda che si chiedesse il risarcimento del danno o l'annullamento del provvedimento; e ripudiata la tesi della pregiudizialità amministrativa, i diversi giudici avrebbero potuto opinare diversamente relativamente all'illegittimità dell'atto, il giudice ordinario potendo, ad esempio, riconoscere il risarcimento del danno da atto amministrativo reputato invece legittimo dal giudice amministrativo.

Per superare tutti questi inconvenienti, la legge del 21 luglio 2000, n. 205, nel riformare il giudizio amministrativo, ha attribuito al giudice amministrativo la competenza a conoscere le vertenze sul risarcimento dei danni derivanti da illegittima attività amministrativa e, coerentemente, *a fortiori*, anche a conoscere delle controversie risarcitorie in tutte le materie devolute alla giurisdizione esclusiva (e dunque non solo in quelle assegnate alla giurisdizione amministrativa esclusiva dagli artt. 33 e 34 d.lgs. n. 80/1998)<sup>901</sup>. La formulazione del nuovo art. 7, comma 3, della legge T.A.R., introdotto dall'art. 7, comma 4, della legge n. 205/2000 era, sotto questo profilo, inequivocabile: «il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali». La disposizione poneva il principio generale della concentrazione della tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione: dinanzi al giudice amministrativo andava assicurata

<sup>900</sup> Espressione coniata da G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287 ss.

<sup>901</sup> Con conseguente “riscrittura” dell'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998: l'art. 7, comma 1, della legge n. 205/2000, infatti, stabiliva che quell'art. 35 era sostituito dal seguente: «Art. 35. - 1. Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto».

una tutela “piena” con riferimento a tutte le conseguenze dell’illegittimo esercizio della funzione pubblica, sia quando questo incide su posizioni di interesse legittimo, sia, nelle particolari materie indicate dalla legge, quando esso incide su posizioni di diritto soggettivo. E il giudice amministrativo l’avrebbe dovuta assicurare col rimedio dell’annullamento e col rimedio del risarcimento, anche in forma specifica. Del resto, l’art. 103, comma 1, Cost. attribuisce al Consiglio di Stato e agli altri organi di giustizia amministrativa «la tutela nei confronti della pubblica amministrazione» - non la mera cognizione - «degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi», senza limitare la «tutela» stessa al rimedio demolitorio dell’atto amministrativo, sicché sembrava essere più coerente col dettato costituzionale una normativa legislativa che attribuisse al giudice amministrativo un potere di tutela onnicomprensiva, anche risarcitoria, nell’ambito della sua giurisdizione.

La Corte Costituzionale, nella sentenza del 6 luglio 2004, n. 204, ha avallato questa ricostruzione interpretativa chiarendo che «il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova “materia” attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione», aggiungendo che l’attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla «piena dignità di giudice» riconosciuta dalla Costituzione al giudice amministrativo, ma anche, e soprattutto, «affonda le sue radici nella previsione dell’art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola [...] che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l’eventuale risarcimento del danno [...], costituisce null’altro che attuazione del precetto di cui all’art. 24 Cost.».

Alla trasformazione della giurisdizione amministrativa esclusiva e generale di legittimità in una giurisdizione “piena” ed effettiva che realizzasse la concentrazione delle tutele, erano funzionali sia l’ampliamento degli strumenti di cognizione dei fatti rilevanti di causa a disposizione del giudice, sia, nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, una tendenziale equiparazione ai poteri decisorii del giudice ordinario.

Per questo, l’art. 16 della legge n. 205/2000 introdusse anche<sup>902</sup> nella giurisdizione generale di legittimità la possibilità per il giudice amministrativo di disporre l’assunzione della consulenza tecnica, strumento in grado di offrire all’attività giudiziale, in tutti i suoi aspetti (compresi gli apprezzamenti di altre

---

<sup>902</sup> L’art. 35, comma 3, d. lgs. n. 80/1998 aveva già attribuito al giudice amministrativo, per le controversie sui servizi pubblici e sull’edilizia e urbanistica attribuite alla sua giurisdizione esclusiva, il potere di disporre l’assunzione della consulenza tecnica d’ufficio. Con l’art. 16 della legge n. 205/2000 il potere del giudice amministrativo di disporre la consulenza tecnica venne esteso non solo alla giurisdizione generale di legittimità, ma anche a tutte le controversie assegnate alla giurisdizione amministrativa esclusiva.

prove), l'ausilio di cognizioni tecniche che il giudice di solito non possiede e indispensabile per poter decidere dei risarcimenti quando i fatti lesivi allegati sono fatti tecnicamente complessi. L'introduzione della consulenza tecnica nella giurisdizione generale di legittimità eliminò l'ostacolo processuale a che il giudizio di legittimità sugli atti amministrativi si estendesse al sindacato sulla discrezionalità tecnica, dopo che dottrina<sup>903</sup> e giurisprudenza<sup>904</sup> avevano opportunamente chiarito che lo stesso non attiene al merito insindacabile, contribuendo, dunque, anche questa innovazione "istruttoria"<sup>905</sup> a rendere più piena ed effettiva la giurisdizione amministrativa.

L'art. 8 della legge attribuì al giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale, i poteri di ingiunzione di cui all'art. 633 ss. cod. proc. civ., nonché i poteri di condanna al pagamento di somme di denaro a titolo provvisorio nei casi previsti dagli artt. 186-bis e 186-ter cod. proc. civ.

Tra gli istituti più rilevanti disciplinati dalla legge n. 205/2000 vi è stato poi quello del ricorso per motivi aggiunti<sup>906</sup> introdotto dall'art. 1 nella parte in cui stabilisce che «tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti». Si tratta di facoltà che consente all'interessato di concentrare in un unico giudizio, inizialmente proposto contro un determinato provvedimento, la cognizione di diversi atti e provvedimenti di un'attività amministrativa sostanzialmente unitaria, esonerandolo dall'onere di proporre uno o più ulteriori e separati ricorsi.

A differenza dei "motivi aggiunti propri" che si limitano ad ampliare la *causa petendi*, i "motivi aggiunti impropri" sembrerebbero, invece, allargare il *petitum*, estendendo l'istanza annullatoria ad altri provvedimenti connessi con quello già oggetto dell'atto introduttivo del giudizio. E poiché la connessione

---

<sup>903</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 4, 371 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 465 ss.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 2, 439-460..

<sup>904</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601: «La discrezionalità tecnica si distingue dal merito amministrativo e ricorre quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta».

<sup>905</sup> Si tenga presente che la consulenza tecnica, pur appartenendo all'istruzione probatoria, non è propriamente un mezzo di prova, perché la sua funzione non consiste, almeno direttamente, nel determinare il convincimento del giudice circa la verità o non verità di determinati fatti, ma consiste nell'offrire al giudice l'ausilio di cognizioni tecniche sia in sede decisoria, sia nella stessa sede istruttoria, fornendogli, in questo secondo caso, elementi per orientare l'ulteriore svolgimento dell'attività istruttoria.

<sup>906</sup> Per "motivi aggiunti" devono intendersi sia censure nuove dedotte nei confronti del provvedimento già impugnato con l'atto introduttivo del giudizio, al fine di denunciare ulteriori suoi vizi conosciuti solo successivamente (c.d. motivi aggiunti propri, di matrice pretoria), sia un nuovo ricorso, avente ad oggetto un provvedimento diverso ma connesso con il primo, che avrebbe potuto essere proposto separatamente da questo, ma che l'interessato, per ragioni soprattutto di economia processuale, ha preferito incardinare in quello già esistente (c.d. motivi aggiunti impropri, di matrice normativa). Per l'approfondimento dell'istituto, si rinvia a F. FIGORILLI, *I motivi aggiunti*, in B. SASSANI e R. VILLATA (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo, Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, Torino 2004, 169 ss.



soggettiva ed oggettiva dei diversi atti amministrativi ha evidentemente il suo fondamento in un rapporto giuridico unitario intercorrente tra il cittadino e la pubblica amministrazione avente ad oggetto un bene della vita, a ben vedere è il soddisfacimento del bene della vita il vero *petitum* del giudizio modificato dal ricorso per motivi aggiunti ed è il rapporto giuridico, di cui costituiscono manifestazione i molteplici atti e provvedimenti unitariamente impugnati, il vero oggetto del giudizio.

Si potrebbe allora ritenere che la previsione dell'art. 1 della legge n. 205/2000 sui motivi aggiunti sia una plastica rappresentazione della trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto in giudizio sul rapporto<sup>907</sup>, da giudizio sull'atto formale in giudizio sulla pretesa sostanziale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

L'idea di una giurisdizione amministrativa "piena" ed "effettiva" che, in attuazione del programma costituzionale dettato dagli artt. 24, 103 e 113 della Carta fondamentale, ispirava la legge n. 205/2000, richiedeva anche il superamento legislativo della angusta ed asfittica<sup>908</sup> identificazione della misura cautelare adottabile dal giudice amministrativo nella sola sospensiva dell'esecuzione dell'atto impugnato, raccogliendo le sollecitazioni provenienti dall'ormai pluridecennale elaborazione giurisprudenziale di adattamento del vecchio istituto cautelare alla protezione interinale degli interessi legittimi pretensivi. L'art. 3 della legge n. 205, in molta parte ricalcando l'art. 700 cod. proc. civ., consacrò finalmente il principio di atipicità ed elasticità delle misure cautelari erogabili nel giudizio amministrativo, consentendo, tra le altre, anche l'ingiunzione di pagamento di somme di denaro ed introducendo per le fattispecie di «estrema gravità ed urgenza» la tutela cautelare monocratica.

Per rendere poi più rapida ed efficiente la protezione del cittadino contro i comportamenti omissivi non significativi della pubblica amministrazione, l'art. 2 della legge n. 205 disciplinò un rito speciale per l'azione giurisdizionale avverso il silenzio-rifiuto, scientificamente assai rilevante perché, dopo aver prescritto termini brevi del giudizio e la semplificazione della decisione<sup>909</sup>, stabiliva che «in caso di totale o parziale accoglimento del ricorso [...], il giudice amministrativo ordina all'amministrazione di provvedere di norma entro un termine non superiore a trenta giorni. Qualora l'amministrazione resti inadempiente oltre il detto termine, il giudice amministrativo, su richiesta di parte, nomina un commissario che provveda in luogo della stessa». Per la prima volta veniva positivizzata un'azione di adempimento nei confronti dell'autorità amministrativa, mentre la sostituzione del commissario *ad acta* in luogo dell'amministrazione inadempiente all'ingiunto obbligo di emanazione del

---

<sup>907</sup> «La legge n. 205 del 2000, approdando, ad alcuni fini, ad una concezione del processo tendente a valorizzare il giudizio sul rapporto, ha consentito la proposizione di motivi aggiunti anche per l'impugnativa di atti connessi non agli atti impugnati con ricorso principale, ma all'oggetto del ricorso stesso»: Consiglio di Stato, sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3333.

<sup>908</sup> A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, 10, 2491-2507.

<sup>909</sup> Nella forma della «sentenza succintamente motivata».

provvedimento veniva semplificata, unificando, nel nuovo rito speciale, il giudizio di cognizione e il giudizio di ottemperanza<sup>910</sup>.

E però, alla stregua di questa normativa, in caso di silenzio-inadempimento il giudice amministrativo adito non avrebbe potuto pronunciarsi sulla fondatezza della domanda del privato non solo in caso di attività amministrativa discrezionale, ma neppure nel caso in cui il provvedimento richiesto avesse avuto natura vincolata, ostandovi l'art. 2 della legge n. 205/2000 «che definisce in modo compiuto la tutela giurisdizionale accordata al privato nei confronti del comportamento omissivo dell'amministrazione» regolamentando un rito acceleratorio con un obiettivo di rapidità nell'accertamento dell'obbligo di provvedere, che appare poco compatibile con l'accertamento della pretesa sostanziale<sup>911</sup>. Rispetto all'esaminato (v. § 13) precedente orientamento giurisprudenziale<sup>912</sup> secondo cui, nel giudizio sul silenzio-rifiuto, il giudice avrebbe potuto pronunciarsi su aspetti vincolati della fattispecie indicando all'amministrazione come esercitare il potere amministrativo, la soluzione scelta dal legislatore (o derivante dall'interpretazione dell'Adunanza Plenaria<sup>913</sup>) costituiva indubbiamente, dal punto di vista dell'intensità del controllo giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi, «un passo indietro»<sup>914</sup>.

Ma soprattutto, questa soluzione restrittiva sembrava in distonia rispetto all'assetto della giurisdizione amministrativa in termini di pienezza ed efficacia della tutela che ormai da anni si stava venendo a formare e che la stessa legge n. 205/2000 intendeva concorrere a realizzare.

Infatti, da un lato, assoggettava il silenzio a un trattamento processuale nel quale il ruolo del giudice era minore rispetto al caso del provvedimento negativo del quale venisse dichiarata l'illegittimità, perché, in quest'ultimo caso, l'amministrazione non solo non avrebbe potuto reiterare il comportamento censurato (consistente nell'emanazione del provvedimento), ma avrebbe anche dovuto conformarsi alle statuizioni, anche molto precise, contenute nella sentenza di annullamento, mentre, in caso di silenzio-rifiuto, dopo la sentenza dichiarativa dell'obbligo di provvedere, l'amministrazione, pur in caso di potere vincolato, avrebbe potuto emanare una decisione di diniego del provvedimento richiesto, costringendo l'interessato ad esperire un secondo ricorso giurisdizionale, dopo quello contro il silenzio, per impugnare lo stesso diniego<sup>915</sup>.

---

<sup>910</sup> M.P. CHITI, *Le procedure giurisdizionali speciali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 4775.

<sup>911</sup> Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 gennaio 2002, n.1.

<sup>912</sup> Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 10/1978.

<sup>913</sup> Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 gennaio 2002, n.1.

<sup>914</sup> MATTARELLA, *op. ult. cit.*, 917.

<sup>915</sup> «Tra il provvedimento negativo e il silenzio-inadempimento vi è in comune il fatto che il ricorrente si rivolge al giudice per lamentare la mancata emanazione di un provvedimento positivo che ritiene spettargli e che comunque non può avere dal giudice stesso; ma vi è la differenza che, nel secondo caso, egli lamenta non solo la mancata adozione della misura favorevole, ma anche l'inadempimento dell'obbligo di provvedere. Il presupposto della pronuncia di accoglimento, nel ricorso contro il silenzio, è quindi una disfunzione che può aggiungersi all'altra, data dalla mancata emanazione del provvedimento favorevole spettante al ricorrente: di fronte a una simile situazione, il ruolo del giudice dovrebbe essere (non indebolito, ma) rafforzato, per sanzionare questa disfunzione e soprattutto per evitare che essa vada a danno del ricorrente. La giurisprudenza precedente si faceva carico di questa esigenza, mentre la

Dall'altro lato, non si riusciva a capire perché il giudice amministrativo, divenuto con la legge n. 205/2000 titolare del potere-dovere di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno per illegittima attività provvedimentale, potesse svolgere un «giudizio prognostico» sulla spettanza del «bene della vita» del provvedimento ai fini della riparazione per equivalente e non anche ai fini della riparazione in forma specifica. Detto con le parole più chiare di una dottrina, «se il giudice amministrativo accerta che al privato spetta un provvedimento favorevole non adottato dalla pubblica amministrazione, per quale ragione egli non dovrebbe condannare l'amministrazione, prima ancora che a risarcire il danno, ad adottare il provvedimento con il contenuto richiesto dal privato?»<sup>916</sup>.

#### 11.4. Verso l'azione di adempimento.

La domanda rinvia al tema dell'ammissibilità o meno nel nuovo millennio di un'azione di specifico adempimento pubblicistico<sup>917</sup>, che è stata tradizionalmente avversata dal nostro sistema in nome della separazione tra giurisdizione amministrativa e amministrazione, e, che, invece, è conosciuta da altri ordinamenti e soprattutto da quello tedesco col nome di *Verpflichtungsklage* sia per il caso di silenzio sull'istanza di provvedimento favorevole (*Untätigkeitsklage*), sia per il caso di rifiuto di provvedimento favorevole (*Versagungsgegenklage*).

Un primo passo verso l'introduzione di un'azione di questo tipo è stato compiuto nel 2005 dal legislatore con riferimento al silenzio-inadempimento. Infatti, con l'art. 3 del decreto-legge n. 35/2005, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 80/2005, è stato riformato l'art. 2 della legge n. 241/1990 e introdotta la disposizione secondo la quale nel giudizio avverso il silenzio dell'amministrazione «il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza»<sup>918</sup>. In combinato disposto con la normativa disciplinante il giudizio

---

soluzione adottata dal legislatore (o dall'Adunanza plenaria) rischia di costringere il ricorrente, dopo il giudizio sul silenzio, a impugnare il provvedimento negativo, emanato dall'amministrazione in assenza di statuizioni da parte del giudice (cioè ad affrontare due processi per reagire alle due disfunzioni): così MATTARELLA, *op. ult. cit.*, 917-918.

<sup>916</sup> BATTINI, *op. cit.*, 82.

<sup>917</sup> CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit.

<sup>918</sup> L'art. 2 della legge n. 15/2005 aveva modificato l'art. 2 della legge n. 241/1990 ed introdotto il comma 4-bis secondo cui «decorsi i termini di cui ai commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai predetti commi 2 o 3. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti». Con questa disposizione, dunque, veniva superata l'applicazione analogica dell'art. 25 del T.U. del 10 gennaio 1957, n. 3, seguita fino ad allora dalla giurisprudenza, che comportava che il silenzio-rifiuto si formasse col decorso di sessanta giorni dalla presentazione all'amministrazione di una richiesta di provvedimento e di trenta giorni dalla successiva diffida a provvedere notificata all'amministrazione stessa. Secondo la nuova norma, il silenzio-rifiuto si sarebbe formato automaticamente alla scadenza del termine per la conclusione di un procedimento, senza la necessità di alcuna diffida. Inoltre, il ricorso avverso il silenzio-rifiuto, formatosi appunto *ope legis*, non era soggetto al termine ordinario di decadenza di sessanta giorni, ma avrebbe potuto essere proposto finché l'amministrazione avesse ommesso di provvedere, purché entro un anno dalla scadenza del termine per l'ultimazione del procedimento.

sul silenzio-inadempimento introdotta dall'esaminato art. 2 della legge n. 205/2000, la disposizione consentiva al giudice amministrativo di verificare, sia pure soltanto in caso di attività amministrativa vincolata o quando non residuassero ulteriori margini di esercizio della discrezionalità, la spettanza del provvedimento sulla domanda del quale l'amministrazione avesse omesso di pronunciarsi, in tal modo riportando le lancette del tempo al 1978 e al principio enunciato quell'anno dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>919</sup>. In caso di accertamento dell'esistenza di tutti i presupposti per l'adozione del provvedimento vincolato richiesto, il giudice amministrativo avrebbe potuto ordinare all'amministrazione di rilasciare il provvedimento dovuto e, in caso di inadempimento, nominare un commissario *ad acta* incaricato di rilasciarlo in sostituzione dell'amministrazione inottemperante.

Si trattava di una novità legislativa assai rilevante che, ponendo un problema di coerenza complessiva del sistema, costringeva necessariamente a compiere un passo successivo. Infatti, «per quale ragione l'accertamento della fondatezza della pretesa, e dunque della spettanza del provvedimento, avrebbe potuto ritenersi consentito in caso di illegittimo ritardo e non anche in caso di illegittimo diniego del provvedimento stesso?»<sup>920</sup>. Ammessa l'azione di condanna all'emanazione del provvedimento richiesto nel caso di omesso esercizio di un potere non discrezionale, non poteva non ammettersi la stessa azione nel caso di diniego di un provvedimento non discrezionale. Sembrava dunque logica e consequenziale l'introduzione nel nostro ordinamento dell'azione di adempimento pubblicistico auspicata, sin dalla fine degli anni settanta, dalla dottrina più avanzata<sup>921</sup> e l'occasione era costituita dall'emanazione del Codice del processo amministrativo in attuazione dell'art. 44 della legge del 18 giugno 2009, n. 69 che, tra i principi e criteri direttivi della delega, imponeva di prevedere «le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa».

Ed invece le resistenze a quello che si appalesava come un vero e proprio «cambio di paradigma» della giurisdizione amministrativa<sup>922</sup>, in grado di erodere ulteriormente le prerogative di autonomia della pubblica amministrazione, proponendo un rapporto di più stretta subordinazione di questa al giudice amministrativo, portarono il Governo ad espungere l'azione di adempimento pubblicistico, prevista nel progetto elaborato dalla Commissione insediata presso il Consiglio di Stato, dalla versione del Codice del processo amministrativo approvata col decreto legislativo del 2 luglio 2010, n. 104 ed entrata in vigore il 16 settembre 2010.

---

<sup>919</sup> Consiglio di Stato, Ad. Plen., 10 marzo 1978, n. 10.

<sup>920</sup> BATTINI, *op. cit.*, 82.

<sup>921</sup> F. MERUSI, *Verso un'azione di adempimento?*, in *Il processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, 331 ss.; NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 89.

<sup>922</sup> A. PAJNO, *Il Codice del processo amministrativo fra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2010, 885 ss.

Ma, ciononostante, la *Verpflichtungsklage* italiana è stata, in un primo momento, recuperata dalla dottrina<sup>923</sup> e dalla giurisprudenza<sup>924</sup>, che l'hanno ritenuta ricompresa nella generale azione di condanna disciplinata dall'art. 30 del codice, e, nel settembre del 2012, è stata definitivamente introdotta ad opera dello stesso legislatore delegato sia a fronte del silenzio ingiustificato oltre il termine procedimentale (*Unterlassung*) sia a fronte del provvedimento di diniego illegittimo (*Ablehnung*). Infatti, all'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a. che, nel testo del codice approvato nel 2010, disponeva che il giudice amministrativo condanna l'amministrazione «all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio», il secondo decreto legislativo correttivo (d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160) ha aggiunto che «l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio». L'azione di adempimento pubblicistico è, dunque, consentita «solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione» (art. 31, comma 3, c.p.a.).

## 11.5. Il Codice del processo amministrativo.

---

<sup>923</sup> Secondo la scienza giuridica, le disposizioni del codice, nel definire in modo elastico e aperto il possibile contenuto della pronuncia del giudice amministrativo, hanno introdotto un principio di atipicità delle azioni esperibili. L'art. 34, comma 1, lett. c), del codice, infatti, dispone che il giudice può adottare non solo una sentenza di condanna «al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno», ma anche una sentenza di condanna «all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio»; è parso, dunque, che il giudice, potendo modulare liberamente la sentenza atipica di condanna in base alla natura, a sua volta atipica, delle pretese del ricorrente, potesse includere fra «le misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio» anche la condanna ad un *facere* specifico consistente nell'emanazione di un provvedimento. Tanto più che l'art. 30, comma 1, c.p.a. si riferisce all'azione di condanna senza alcuna qualificazione restrittiva e tale dunque da poter ricomprendere un ambito di applicazione più esteso delle azioni risarcitorie. Del resto, muove nella stessa direzione anche la successiva lett. e) del comma 1 dell'art. 34 in base alla quale il giudice «dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta*, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza». Sembra dunque che, anche in virtù di questa norma, il giudice, concentrando nel primo giudizio poteri in precedenza esercitabili solo in fase di esecuzione, potesse disporre l'emanazione del provvedimento favorevole entro un termine, quale «misura idonea ad assicurare l'attuazione di un giudicato» che abbia accertato la spettanza di un provvedimento richiesto, contestualmente nominando un commissario *ad acta* incaricato di emanare in via sostitutiva il provvedimento stesso in caso di inottemperanza dell'amministrazione. Così M. CLARICH, *Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2010, 1124-1125.

<sup>924</sup> «Deve, inoltre, rilevarsi che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Ciò è desumibile dal combinato disposto dell'art. 30, comma 1, c.p.a. che fa riferimento all'azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti (sull'atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a. ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio»: così il Consiglio di Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3.

L'approvazione nel 2010 del Codice del processo amministrativo<sup>925</sup> ha ulteriormente contribuito ad attenuare l'idea di "specialità" della giurisdizione amministrativa rispetto a quella "ordinaria", che le derivava anche da una certa indistinzione tra diritto sostanziale e diritto processuale e dall'essere stata soprattutto la giurisprudenza la fonte di produzione della disciplina del giudizio.

Il codice non si limita ad «adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori», ma ha anche inteso «assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela», prevedendo «le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa», rafforzando la tutela cautelare nel rispetto del contraddittorio e razionalizzando il rapporto con le altre giurisdizioni (art. 44 legge 18 giugno 2009, n. 69)<sup>926</sup>.

È dunque un testo legislativo che non soltanto ordina e sistematizza gli istituti e la disciplina previgenti come interpretati e applicati dalla giurisprudenza, ma anche innova il sistema di giustizia amministrativa per realizzare i principi prescritti dall'art. 24 Cost., dagli artt. 6 e 13 della CEDU e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Ed infatti l'idea che ispira l'opera codicistica sembra essere quella di realizzare una giurisdizione amministrativa più piena ed effettiva, di carattere più spiccatamente soggettivo, in cui alle parti sia garantita la "parità delle armi", il contraddittorio e il giusto processo (art. 2 c.p.a.). Sotto questi profili, possono aiutare a cogliere la direzione di marcia alcune rilevanti novità.

Innanzitutto, la valorizzazione e il rafforzamento del contraddittorio, espressi bene da alcune previsioni «indirizzate verso una "civilizzazione" del processo amministrativo»<sup>927</sup>: le misure cautelari non meramente interinali presuppongono l'integrazione del contraddittorio con tutte le parti necessarie (artt. 27 e 55); sono escluse le misure cautelari collegiali "a sorpresa"<sup>928</sup>; il deposito dei documenti in camera di consiglio può essere autorizzato solo «per gravi ed eccezionali motivi» e, comunque, presuppone la consegna del documento all'altra parte in tempo utile, prima dell'inizio della discussione (art. 55, comma 8); la definizione del giudizio in esito alla camera di consiglio cautelare presuppone che il collegio abbia «sentito sul punto le parti costituite» (art. 60); è fatto divieto delle decisioni

---

<sup>925</sup> Sulle impressioni "a caldo" del codice, può essere utile la lettura di due commenti svolti da diverse, quasi opposte, prospettive: A. TRAVI, *Il codice del processo amministrativo. Presentazione*, in *Foro it.*, 2010, 9, V, 205 ss.; A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, cit. Si legga anche sul *Giornale di dir. amm.*, n. 11/2010, 1117 ss., gli interventi di L. TORCHIA, *I principi generali*, di M. CLARICH, *Le azioni*, D. DE PRETIS, *Il riparto di giurisdizione*, A. STORTO, *La tutela cautelare*, R. DE NICTOLIS, *I riti speciali*, A. POLICE, *Le impugnazioni*.

<sup>926</sup> Per un esame dei principi e criteri direttivi della delega legislativa, si rinvia a B. MARCHETTI, *La giustizia amministrativa*, in *La legge n. 69/2009 e la pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2009, 1159 ss., nonché a A. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 119 ss.

<sup>927</sup> A. TRAVI, *Prime considerazioni sul codice del processo amministrativo: fra luci ed ombre*, in *Corr. giur.*, n. 9/2010, 1127.

<sup>928</sup> La trattazione delle misure cautelari collegiali presuppone il decorso di venti giorni dalla notifica dell'istanza cautelare e, soprattutto, di dieci giorni dal suo deposito (art. 55).

“a sorpresa” o “della terza via” (art. 73)<sup>929</sup>; il processo camerale viene disciplinato anche ai fini del deposito delle difese (art. 87); la violazione del diritto di difesa di una delle parti comporta l’annullamento della sentenza con rinvio al giudice di primo grado (art. 105); e l’art. 114, comma 1, c.p.a. recepisce il principio sancito dalla Corte Costituzionale<sup>930</sup> dell’obbligo del rispetto del contraddittorio anche nel giudizio di ottemperanza.

In secondo luogo, viene superata la distinzione tra le tipologie di mezzi istruttori ammesse nella giurisdizione di legittimità, nella giurisdizione di merito e nella giurisdizione esclusiva e generalizzato l’ampliamento dei mezzi istruttori. Per consentire al giudice amministrativo di accedere più direttamente e compiutamente ai fatti, il codice prevede che egli possa disporre di tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, con la sola eccezione dell’interrogatorio formale e del giuramento, a causa, come rilevato, dell’indisponibilità delle situazioni sulle quali incide l’esercizio del potere pubblico. Sono, dunque, confermati i tre mezzi istruttori tradizionalmente contemplati dalle leggi sul giudizio amministrativo di legittimità (la richiesta di chiarimenti, la richiesta di documenti e la verifica) e la consulenza tecnica introdotta dal d.lgs. n. 80/1998 nella giurisdizione esclusiva e dalla legge n. 205/2000 nella giurisdizione generale di legittimità. Ad essi il codice aggiunge l’ispezione e la prova testimoniale, ancorché nella sola forma scritta. Purtroppo, però, rispetto allo schema elaborato dalla Commissione insediata presso il Consiglio di Stato, che aveva opportunamente indicato nella consulenza tecnica lo strumento fondamentale per l’accertamento di fatti o l’acquisizione di valutazioni complesse, il Governo ha scelto di privilegiare la verifica, sicché l’art. 63, comma 4, autorizza il ricorso alla consulenza soltanto «se indispensabile».

In terzo luogo, il codice rende più ricco e variegato rispetto all’ordinamento previgente il novero delle azioni esperibili nel giudizio amministrativo. Sono, infatti, previste: pronunce di annullamento del provvedimento impugnato (art. 29); condanne dell’amministrazione al pagamento di somme di denaro, anche a titolo di risarcimento dei danni, o al risarcimento in forma specifica del danno materiale nei casi contemplati dall’art. 2058 c.c. (artt. 30 e 34); condanne all’adozione del provvedimento richiesto (artt. 30 e 34); nei giudizi sul silenzio, pronunce che ordinano all’amministrazione di provvedere e che accertano la fondatezza della pretesa del cittadino (art. 31); nei giudizi in tema di accesso, pronunce che ordinano all’amministrazione di esibire il documento richiesto (art. 116); nelle materie devolute alla giurisdizione di merito (art. 134), pronunce sostitutive di provvedimenti amministrativi (art. 7, comma 6); per il caso di ritardo nell’esecuzione di una sentenza, condanne dell’amministrazione al pagamento di *astreintes* (art. 114, comma 6); nei giudizi contro l’aggiudicazione di contratti, pronunce di inefficacia del contratto eventualmente già stipulato e

---

<sup>929</sup> In sede di decisione, il giudice può porre a fondamento della sentenza una questione rilevata d’ufficio solo dopo averla sottoposta alle parti (art. 73). Sull’argomento, si v. L.P. COMOGLIO, *Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio* (ad vocem), in *Enc. Treccani*, Libro del diritto dell’anno 2012.

<sup>930</sup> Corte Costituzionale, 30 novembre 2005, n. 441 e 10 marzo 2006, n. 100.

pronunce preordinate all'attribuzione dell'aggiudicazione al ricorrente (art. 120 ss.), nonché pronunce che applicano d'ufficio sanzioni pecuniarie a carico dell'amministrazione, soprattutto nel caso in cui non sia dichiarata l'inefficacia del contratto (art. 123); nei giudizi concernenti atti amministrativi nulli, pronunce di accertamento, anche se i ricorsi in materia vengono assoggettati al termine decadenziale di centottanta giorni (art. 31).

Inoltre, ancorché nel testo licenziato dal Governo non sia stata generalizzata l'azione di mero accertamento, la giurisprudenza ne rileva l'ammissibilità sulla base di molteplici argomenti difficilmente confutabili<sup>931</sup>. Se così fosse, e soprattutto tenendo conto che, come si è visto, «la condanna all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio» ricomprende anche «la condanna al rilascio di un provvedimento richiesto» (art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.), si potrebbe concordare con quell'opinione che da tempo<sup>932</sup>, e dunque a maggior ragione oggi<sup>933</sup>, ritiene che anche nel nostro processo amministrativo<sup>934</sup> varrebbe il principio di atipicità delle azioni esperibili, e cioè anche nelle vertenze per interessi legittimi si dovrebbero ammettere tutte le azioni più appropriate per la tutela delle pretese giuridiche del ricorrente, indipendentemente dal fatto che tali azioni siano espressamente

---

<sup>931</sup> «In questo quadro la mancata previsione, nel testo finale del codice, di una norma esplicita sull'azione generale di accertamento, non è sintomatica della volontà legislativa di sancire una preclusione di dubbia costituzionalità, ma è spiegabile, anche alla luce degli elementi ricavabili dai lavori preparatori, con la considerazione che le azioni tipizzate, idonee a conseguire statuizioni dichiarative, di condanna e costitutive, consentono di norma una tutela idonea ed adeguata che non ha bisogno di pronunce meramente dichiarative in cui la funzione di accertamento non si appalesa strumentale all'adozione di altra pronuncia di cognizione ma si presenta, per così dire, allo stato puro, ossia senza sovrapposizione di altre funzioni. Ne deriva, di contro, che, ove dette azioni tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, l'azione di accertamento atipica, ove sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale ex art. 100 c.p.c., risulta praticabile in forza delle coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art. 1 del codice oltre che dai criteri di delega di cui all'art. 44 della legge n. 69/2009. [...] La soluzione è suffragata anche da un'interpretazione sistematica delle norme dettate dal codice del processo amministrativo che, pur difettando di una disposizione generale sull'azione di mero accertamento, prevedono la definizione del giudizio con sentenza di merito puramente dichiarativa agli artt. 31, comma 4 (sentenza dichiarativa della nullità), 34, comma 3 (sentenza dichiarativa dell'illegittimità quante volte sia venuto meno l'interesse all'annullamento e persista l'interesse al risarcimento), 34, comma 5 (sentenza di merito dichiarativa della cessazione della materia del contendere), 114, comma 4, lett. b (sentenza dichiarativa della nullità degli atti adottati in violazione od elusione del giudicato). Soprattutto, l'azione di accertamento è implicitamente ammessa dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo, secondo cui "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati". Detta disposizione, che riproduce l'identica formulazione contenuta nella soppressa norma del testo approvato dalla Commissione del Consiglio di Stato, dedicata all'azione generale di accertamento, vuole evitare, in omaggio al principio di separazione dei poteri, che il giudice si sostituisca alla pubblica amministrazione esercitando una cognizione diretta di rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa. Detta disposizione non può che operare per l'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio (od omesso esercizio) del potere amministrativo». Consiglio di Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15.

<sup>932</sup> CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento*, cit., 557 ss.

<sup>933</sup> E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 173 ss.; nonché F.G. SCOCA, *L'evoluzione del sistema*, sempre in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 36.

<sup>934</sup> Si è già visto esistere da tempo nel processo amministrativo tedesco il principio di atipicità delle azioni: v. cap. V.



previste dal codice o da altre leggi. Lo esige il principio di effettività della tutela giurisdizionale, di matrice costituzionale e sovranazionale e richiamato dall'art. 1 c.p.a., principio che, imponendo che il giudice riconosca e realizzi un interesse qualificato rimasto insoddisfatto, comporta che il contenuto dell'azione vada ricercato non tanto nelle disposizioni processuali, quanto piuttosto nelle norme sostanziali che definiscono l'interesse qualificato del cittadino<sup>935</sup>.

Sul problema del rapporto tra azione di annullamento e azione di risarcimento del danno, sul quale il contrasto di orientamenti giurisprudenziali tra la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato aveva raggiunto asprezze inusitate<sup>936</sup>, l'art. 30 c.p.a. ha adottato la soluzione di compromesso della c.d. pregiudizialità sostanziale<sup>937</sup>: l'azione risarcitoria può essere proposta anche in via autonoma, secondo l'orientamento della Corte di Cassazione, ma, da un lato, è assoggettata anch'essa, per ragioni di stabilità e certezza dei rapporti giuridici sempre sottolineate dal Consiglio di Stato, ad un termine di decadenza, benché più lungo (120 giorni)<sup>938</sup> di quello previsto per l'azione di annullamento (60 giorni), e, dall'altro, il principio di preferenza per la tutela in forma specifica, che ispirava l'orientamento del Consiglio di Stato, rileva ai fini del merito del giudizio risarcitorio, alla stregua del principio civilistico dell'art. 1227, comma 2, c.c. Infatti, «il giudice esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza», ivi compreso, dunque, il previo esperimento dell'azione di annullamento del provvedimento amministrativo lesivo.

In quarto luogo, il codice porta a compimento la “processualizzazione” della tutela cautelare secondo il modello del processo civile non solo rafforzando,

---

<sup>935</sup> Occorre in proposito tenere presente che il giudice amministrativo non è soggetto ai limiti posti dall'art. 4 L.A.C.: pertanto, le azioni esperibili nel processo amministrativo potrebbero avere un contenuto innominato. Tutt'al più solo per due tipi di azioni sarebbe necessaria una disposizione puntuale: per l'azione di annullamento, in conseguenza della riserva di legge stabilita dall'art. 113, comma 3, Cost. e in coerenza col principio di tipicità delle azioni costitutive (cfr. art. 2908 c.c.), anche per la loro incidenza sulla sfera di autonomia dei soggetti; e per l'azione per l'irrogazione di sanzioni, per il principio costituzionale del *nulla poena sine lege, lato sensu* inteso.

<sup>936</sup> Secondo la Corte di Cassazione (Sez. Un., sent. n. 500/1999), il risarcimento del danno da illegittima attività provvedimentale avrebbe potuto essere proposto in via autonoma, cioè senza aver prima ottenuto dal giudice amministrativo l'annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo (tesi della c.d. autonomia dell'azione risarcitoria). Secondo, invece, il Consiglio di Stato (Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 4), il risarcimento avrebbe potuto essere chiesto solo dopo aver domandato e ottenuto, entro 60 giorni, l'annullamento del provvedimento lesivo (tesi della c.d. pregiudiziale amministrativa). La Corte di Cassazione si è tuttavia opposta a tale orientamento (Cass. Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13659 e 13660), ma il Consiglio di Stato ha insistito nella propria interpretazione (Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12). La Corte di Cassazione ha allora ravvisato una ipotesi di diniego di giurisdizione nei casi in cui il giudice amministrativo neghi la tutela risarcitoria, sul piano processuale dell'inammissibilità (pregiudiziale di rito o processuale, che dir si voglia), in base alla sola circostanza della mancata proposizione dell'azione di annullamento del provvedimento lesivo (Cass. Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254; Cass. Sez. Un., ord. 6 marzo 2009, n. 5464). Si veda F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova 2007.

<sup>937</sup> Che, per certi aspetti, appare come una «pregiudiziale mascherata»: così PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra “cambio di paradigma” e paura della tutela*, cit.

<sup>938</sup> Nello schema di codice proposto dalla Commissione insediata presso il Consiglio di Stato il termine di decadenza era di 180 giorni.

come si è visto, le garanzie del contraddittorio del relativo procedimento, ma anche generalizzando la tutela cautelare *ante causam*, che in precedenza era stata introdotta nella sola materia dei contratti pubblici dall'art. 245 del d.lgs. n. 163/2006 per ottemperare alle statuizioni giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>939</sup>.

### **11.6. Cercando di tirare le fila. La trasformazione del giudizio amministrativo: da giudizio sull'atto in giudizio sul rapporto.**

Cercando di tirare le fila dalle considerazioni svolte nei sottoparagrafi che precedono, si può osservare che la ricordata legislazione e la menzionata giurisprudenza, intervenute dal 1998 al 2012, hanno determinato una trasformazione radicale del giudizio amministrativo.

L'ammissibilità del risarcimento del danno da interesse legittimo, la concentrazione delle diverse forme di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione in capo al giudice amministrativo, la previsione di pronunce di condanna all'adozione del provvedimento richiesto sia in caso di silenzio-inadempimento che in caso di diniego, la previsione di sentenze dichiarative della nullità del provvedimento, l'ammissibilità di sentenze di mero accertamento e l'affermazione di un più generale principio di atipicità delle azioni esperibili, il massimo ampliamento possibile delle misure cautelari somministrabili, il consolidamento della già incisiva azione di esecuzione, l'estensione dei mezzi istruttori consentiti, il rafforzamento delle garanzie del contraddittorio: sono tutti elementi che sembrano delineare una nuova giurisdizione amministrativa, che ha sempre più come "missione" il soddisfacimento pieno ed effettivo della pretesa sostanziale ad una utilità che il cittadino può conservare o conseguire solo a seguito del corretto esercizio del potere amministrativo.

La situazione giuridica soggettiva che fronteggia l'esercizio del potere amministrativo<sup>940</sup>, e che da noi ha storicamente assunto il nome di interesse legittimo, è tutelata in questo nuovo giudizio amministrativo in modo pieno, diretto, effettivo e concentrato, nella sua connotazione sostanziale di pretesa ad un bene della vita, e la cognizione giudiziale dell'atto amministrativo è solo l'occasione, una delle possibili occasioni – così come può esserlo la cognizione di un comportamento positivo o omissivo dell'amministrazione o di una convenzione o di un accordo – per l'accertamento della legittimità di quella pretesa e per la sua realizzazione coattiva. E "pretesa" evoca l'idea di rapporto tra cittadino e amministrazione, che sembra aver preso il posto dell'atto amministrativo come oggetto del giudizio amministrativo<sup>941</sup>.

---

<sup>939</sup> CGCE, ord. 29 aprile 2004, causa C-202/03.

<sup>940</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, ed. Giuffrè, Milano 1990.

<sup>941</sup> «In definitiva, il disegno codicistico, in coerenza con il criterio di delega fissato dall'art. 44, comma 2, lettera b, n. 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa. Di qui, la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio

Alla finalità di una tutela piena della pretesa sostanziale e alla natura di giudizio ad impulso di parte avente ad oggetto un rapporto giuridico si attaglia l'omologazione del processo amministrativo alla struttura del processo civile. Di questo processo, dunque, quello amministrativo tende oggi a ricalcare le garanzie di un contraddittorio pieno, della parità delle parti, della terzietà ed imparzialità del giudice e di una istruzione probatoria ampia col rispetto del principio dell'onere della prova, nonché i principi della tendenziale atipicità delle azioni di merito (classificabili in dichiarative, costitutive e di condanna, come quelle del processo civile), dell'effettività della tutela cautelare e dell'incisività dell'azione esecutiva.

Il processo civile è certamente un modello e una fonte di ispirazione per questa idea di giurisdizione piena di tipo soggettivo e, sotto quest'aspetto, il rinvio dell'art. 39 c.p.a., «per quanto non disciplinato dal codice [...] alle disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali» non può affatto ritenersi casuale.

Si potrebbe, insomma, osservare che il processo amministrativo, non essendo più un mero giudizio sull'atto, di tipo esclusivamente cassatorio e di revisione "interna" di un procedimento di primo grado, con una spiccata attenzione alla tutela dell'interesse pubblico e alla salvaguardia della legalità obiettiva, ha perduto molti dei caratteri della vecchia "specialità" e, nella misura in cui si è venuto, sotto molti aspetti omologando, al processo civile, si è, in un certo senso, "ordinarizzato".

Ma, cionondimeno, rimane ancora oggi nel processo amministrativo quel «convitato di pietra» che è l'interesse pubblico e che determina gli aspetti di specialità del giudizio amministrativo rispetto a quello civile, dando senso alla stessa esistenza di una "giustizia amministrativa"<sup>942</sup>.

La situazione giuridica azionata per il perseguimento del bene della vita sotteso al provvedimento ha sempre davanti a sé non un obbligo, ma un potere che è in grado di condizionare in tutto o in parte il contenuto della sua soddisfazione. Questa deve pur sempre fare i conti col perseguimento, da parte dell'amministrazione, di un interesse generale e giustifica la distinzione della giurisdizione amministrativa rispetto a quella ordinaria. «Uno spazio, e non marginale, di discrezionalità permane» in capo all'amministrazione, «e là dove esiste, si frappone alla possibilità di accordare alla pretesa del privato la tutela piena propria della situazione di "diritto perfetto"»<sup>943</sup> e ovviamente non consente di applicare tutti gli schemi e gli istituti del processo civile.

Inoltre, il giudice amministrativo è talvolta chiamato anche in questo nuovo processo a salvaguardare l'interesse pubblico con prevalenza rispetto al

---

amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata»: Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 3/2011. Si veda anche Consiglio di Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2012, n. 28, che ammette l'esperimento dell'azione *ex art.* 2932 c.c.

<sup>942</sup> G. CORAGGIO, *Il codice del processo amministrativo fra interesse pubblico e interesse privato*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, cit., 577.

<sup>943</sup> CORAGGIO, *op. cit.*, 575.

soddisfacimento pieno della pretesa sostanziale del cittadino, come si evince da diverse disposizioni del codice del processo amministrativo e soprattutto da quelle che gli attribuiscono rilevanti poteri discrezionali circa i rimedi da adottare in caso di violazione delle norme sull'affidamento dei contratti pubblici<sup>944</sup>.

E tuttavia, per la sottolineata «civilizzazione»<sup>945</sup> del processo amministrativo, per la pluridecennale erosione della discrezionalità amministrativa realizzata dalla giurisprudenza attraverso i parametri della ragionevolezza e della proporzionalità, per la perdita da parte della magistratura amministrativa della vecchia specialità strutturale consistente nella “collateralità” all'amministrazione e per la conquista di un'autonomia e indipendenza tendenzialmente eguali a quelle della magistratura ordinaria, questa specialità del giudizio amministrativo sembra avere più i connotati di una “specializzazione”, sembra avere più i tratti di una giurisdizione “ordinaria” specializzata.

La specialità della giurisdizione intesa come privilegio della pubblica amministrazione sembra aver definitivamente lasciato spazio alla specialità intesa come “specializzazione” con la quale poter sindacare più efficacemente l'esercizio di un potere di supremazia per il conseguimento di interessi generali.

## **12. La Corte Costituzionale rende più chiaro e stabile il riparto di giurisdizione scritto in Costituzione, allineandolo a quello degli altri sistemi dualistici europei.**

L'esaminata problematicità della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, costituente nel nostro sistema il criterio generale di riparto della giurisdizione sulle controversie pubblicistiche tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ha spinto il legislatore ad ampliare il novero delle materie attribuite alla giurisdizione amministrativa esclusiva, così chiamata perché, estendendo la cognizione del giudice amministrativo anche<sup>946</sup> ai diritti soggettivi, “esclude” la giurisdizione del giudice ordinario e dunque impedisce l'operatività della regola generale della determinazione della giurisdizione sulla base della specifica situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio.

La giurisdizione esclusiva fu istituita dalla legge delegata del 30 dicembre 1923, n. 2840 per risolvere il problema del riparto di giurisdizione in materie nelle quali l'intreccio tra situazioni soggettive di diritto e di interesse era tale da rendere estremamente difficoltosa l'applicazione del normale criterio di riparto e da suggerire la devoluzione delle relative controversie ad un unico giudice. Nondimeno, come è stato condivisibilmente osservato<sup>947</sup>, obbediva anche

---

<sup>944</sup> Penso agli artt. 122, 123 e soprattutto 125 (sulle controversie relative a infrastrutture strategiche) c.p.a.

<sup>945</sup> L'espressione è di TRAVI, *Prime considerazioni sul codice del processo amministrativo: fra luci ed ombre*, cit., 1127

<sup>946</sup> La tutela da parte del giudice amministrativo dei diritti soggettivi si aggiunge a quella generale degli interessi legittimi, di talché si suole qualificare la giurisdizione esclusiva come una giurisdizione “aggiuntiva”.

<sup>947</sup> Lo nota A. PAJNO, *La giurisdizione*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, cit., 71, argomentando che spesso nelle materie di giurisdizione esclusiva si è riusciti a distinguere tra diverse situazioni giuridiche soggettive, per esempio per escludere che le questioni attinenti a diritti soggettivi debbano essere fatte valere nel termine di decadenza previsto per la tutela degli interessi legittimi, anziché nel termine di prescrizione.

all'esigenza di concentrare in un'unica sede giurisdizionale la tutela di distinte situazioni giuridiche soggettive connesse ad un unico rapporto che, diversamente, avrebbe dovuto essere assicurata da giudici di diversi ordini.

Inizialmente, le materie di giurisdizione esclusiva erano poche e di non grande rilievo, se si eccettua quella del pubblico impiego attribuita nel 1923 alla nascita dell'istituto. Ma, a partire dagli anni sessanta, via via che emergevano i difetti del riparto di giurisdizione fondato sulla fumosa distinzione delle posizioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio, le materie devolute alla giurisdizione esclusiva dal legislatore ordinario crebbero in modo esponenziale<sup>948</sup> al punto che, dopo il decreto legislativo n. 80/1998, il sistema residuale del riparto per materie sembrò essere diventato la regola e quello generale del riparto per situazioni giuridiche soggettive l'eccezione; ciò che ha finito per porre dubbi di legittimità costituzionale, dal momento che l'art. 103, comma 1, Cost. consente la devoluzione delle controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo soltanto «in particolari materie indicate dalla legge»

Più precisamente, alla stregua di questo parametro costituzionale, si ponevano due problemi: quello dell'esistenza o meno di un limite quantitativo alla sottrazione alla cognizione del giudice ordinario di controversie afferenti anche a diritti soggettivi e alla devoluzione delle stesse al giudice amministrativo; e quello dell'individuazione di un criterio sulla base del quale poter perimetrare le materie di giurisdizione esclusiva che il legislatore può «individuare».

Ad entrambe le questioni ha dato risposta la Corte Costituzionale con la sentenza del 6 luglio 2004, n. 204, con cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, commi 1 e 2, e dell'art. 34, comma 1, del d.lgs. n. 80/1998.

La Consulta ha chiarito 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», ma gli ha conferito un potere «che deve considerare la natura delle situazioni

---

<sup>948</sup> Per ripercorrere brevemente questo progressivo ampliamento legislativo della giurisdizione esclusiva, si ricordi: l'art. 8 della legge n. 21 aprile 1962, n. 161 sulla materia della censura cinematografica; l'art. 11 della legge 21 novembre 1967, n. 1185 sulla materia dei passaporti; l'art. 32 della legge 11 giugno 1971, n. 426 sulla materia del commercio; l'art. 5 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 sulla materia della concessione di beni e di servizi pubblici; l'art. 16 della legge 27 gennaio 1977, n. 10 in materia di concessioni edilizie, liquidazione di contributi e sanzioni urbanistiche; l'art. 1 della legge 23 agosto 1988, n. 391 in materia di autorizzazione alla vendita di imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria; gli artt. 11 e 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241 in materia di accordi tra amministrazioni e privati e tra amministrazioni; l'art. 33 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 sull'impugnazione degli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; l'art. 4, comma 7, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 in tema di sanzioni dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici; l'art. 2, comma 25, della legge 14 novembre 1995, n. 481 in riferimento agli atti delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità; l'art. 1, comma 26, della legge 23 luglio 1997, n. 242 per gli atti dell'Autorità garante delle comunicazioni; l'art. 6, comma 19, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, come sostituito dall'art. 44, comma 1, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, sui contratti di fornitura di beni e di servizi; gli artt. 33 e 34 del decreto legislativo del 31 marzo 1998, n. 80 sulla materia dei servizi pubblici e su quelle dell'urbanistica e dell'edilizia; l'art. 3 del decreto-legge 19 agosto 2003, n. 220, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 ottobre 2003, n. 280, sugli atti del CONI e delle Federazioni sportive non riservate agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo.

soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie». Non sono sufficienti a radicare la giurisdizione esclusiva né «la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio», né «il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia». Le materie che possono essere devolute alla giurisdizione esclusiva devono essere caratterizzate «dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità»; devono essere materie che, in assenza della previsione legislativa che le devolve al giudice amministrativo esclusivo, «contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità».

Per conseguenza, la Corte, con un dispositivo assai discutibile per tecnica “manipolativa” di tipo “sostitutivo”, ha sostanzialmente “riscritto” l’art. 33 del decreto, limitando la giurisdizione esclusiva alle sole fattispecie dei servizi pubblici in cui sia ravvisabile una spendita di potere amministrativo e, relativamente all’art. 34, con pronuncia di “accoglimento parziale”, ha escluso che la giurisdizione esclusiva nelle materie dell’urbanistica e dell’edilizia possa riguardare, oltre alle controversie su atti e provvedimenti, anche quelle sui comportamenti delle pubbliche amministrazioni.

La portata di quest’ultima affermazione è stata tuttavia ridotta dalla sentenza 11 maggio 2006, n. 191 con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 53, comma 1, del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 contenente il testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità, «nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a “i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati”, non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediatamente, all’esercizio di un pubblico potere». In tal modo, la Corte ha ricondotto nelle manifestazioni del potere pubblico, e quindi della giurisdizione amministrativa esclusiva, quei comportamenti che appaiono, anche mediatamente, collegati all’esercizio del potere medesimo, lasciando alla competenza del giudice ordinario i soli comportamenti materiali o “meri” (quelli che in Francia sono da tempo definiti *voie de fait*)<sup>949</sup>.

Sempre in materia di giurisdizione amministrativa esclusiva, meritano di essere ricordate altre due rilevanti sentenze costituzionali. Con la n. 140 del 2007, la Corte Costituzionale ha - seppure non formalmente e direttamente - sconfessato l’orientamento della Corte di Cassazione volto ad affermare l’assoluta riserva di giurisdizione del giudice ordinario in materia di diritti fondamentali e, in quanto tali, “resistenti ad oltranza” all’esercizio del potere, affermando la piena legittimità costituzionale della scelta legislativa di attribuire al giudice amministrativo, in sede esclusiva, la giurisdizione su controversie

---

<sup>949</sup> Sulla sussunzione delle apprensioni materiali di beni da parte delle amministrazioni nella categoria delle occupazioni usurpative o in quella delle occupazioni appropriative, nonché nella categoria dei «comportamenti meri», di cognizione del G.O., o dei «comportamenti riconducibili, anche mediatamente, all’esercizio di un potere pubblico», di cognizione, in sede esclusiva, del G.A., si registra una divergenza di orientamenti tra la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato, ben riassunta da F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, ed. Dike, Roma 2014, 341 ss.

relative a provvedimenti che incidono sul diritto alla salute<sup>950</sup>. Con la n. 35 del 2010, la Corte Costituzionale ha precisato che se per la configurabilità della giurisdizione amministrativa esclusiva è normalmente necessaria la sussistenza di un intreccio di posizioni giuridiche soggettive, tuttavia non può escludersi che la cognizione del giudice amministrativo, in presenza delle altre due condizioni (di cui si dirà tra poco), possa avere ad oggetto «anche soltanto diritti soggettivi».

Quest'ultima sentenza è particolarmente rilevante perché, raccogliendo i principi enunciati nella giurisprudenza costituzionale del 2004, del 2006 e del 2007, riassume in tre condizioni fondamentali la compatibilità con l'art. 103, comma 1, Cost. della legislazione che devolve alla giurisdizione amministrativa esclusiva la cognizione delle controversie: è necessario che di norma<sup>951</sup> vi siano coinvolte situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse; che il legislatore assegni al giudice amministrativo la cognizione non di "blocchi di materie", ma di materie determinate, che tuttavia possono essere complessivamente anche in gran numero; e che l'amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi, che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali, sia mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio.

Nel rispetto di queste tre condizioni, l'art. 133 c.p.a. stabilisce oggi un lungo catalogo di ipotesi di giurisdizione esclusiva, senza peraltro voler essere esaustivo, atteso che il comma 1 fa salve «ulteriori previsioni di legge» fuori dal codice sia presenti che future.

La giurisprudenza costituzionale del primo decennio del Millennio non ha soltanto precisato i limiti della potestà legislativa di individuazione dell'ambito della giurisdizione esclusiva, ma ha anche chiarito qual è l'oggetto e - prima ancora - il fondamento della giurisdizione generale di legittimità. In particolare, con la sentenza n. 204/2004, la Corte Costituzionale, precisando che il legislatore ordinario può assegnare alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo le controversie in «materie che devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità», ha finito per affermare che la

---

<sup>950</sup> Perché il giudice amministrativo «è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa» e 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» (Corte Costituzionale, sentenza 27 aprile 2007, n. 140).

<sup>951</sup> «Nella definizione dei confini della giurisdizione esclusiva è, pertanto, necessario, in primo luogo, che la controversia involga situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse. È bene, però, aggiungere che, se è pur vero, in linea con le ragioni storiche all'origine della configurazione di tale giurisdizione, che è normalmente necessaria la sussistenza di un intreccio di posizioni giuridiche nell'ambito del quale risulti difficile individuare i connotati identificativi delle singole situazioni soggettive, non può escludersi che la cognizione del giudice amministrativo possa avere ad oggetto, ricorrendo gli altri requisiti indicati di seguito, anche soltanto diritti soggettivi (sentenza n. 259 del 2009)».

giurisdizione generale di legittimità ha ad oggetto il sindacato dell'esercizio del potere amministrativo o, per usare le parole della sentenza n. 191/2006, che il giudice amministrativo è il «giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica». Sicché, come è stato felicemente osservato, la Corte Costituzionale, «nel circoscrivere l'ambito costituzionalmente consentito della giurisdizione esclusiva, ha identificato l'ambito costituzionalmente imposto della giurisdizione generale di legittimità. Il primo deve presentare un collegamento con il secondo. E il secondo non è identificato sulla base della situazione soggettiva lesa, ma in ragione della circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità. La giurisdizione generale di legittimità viene cioè ancorata alla nozione di potere amministrativo»<sup>952</sup>.

E il vincolo costituzionale vale tanto per il legislatore quanto per la Corte di Cassazione. Così come il primo non può estendere la giurisdizione esclusiva a materie che non hanno alcun collegamento con l'esercizio di un potere amministrativo, il giudice del riparto non può estendere la competenza del giudice ordinario alle controversie afferenti all'esercizio del potere amministrativo, assegnate dalla Costituzione alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo. Non può farlo qualificando come diritto soggettivo, anziché come interesse legittimo, la situazione del privato che fronteggia l'esercizio del potere amministrativo, perché ciò che radica la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo non è la formalistica individuazione di una posizione di interesse legittimo, ma è il sostanzialistico riconoscimento di una manifestazione di esercizio di un potere amministrativo. L'interesse legittimo, come già preconizzava Nigro, non è altro che «una metafora della potestà amministrativa», mentre «il vero oggetto del giudizio amministrativo è tale potestà»<sup>953</sup>.

Sembra, insomma, che la Corte Costituzionale abbia dato una lettura chiarificatrice e aggiornata del criterio di riparto di giurisdizione scolpito dall'art. 103 Cost. in termini di distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo ed abbia elevato a principio costituzionale del riparto non già gli artt. 2 e 4 L.A.C. (che configuravano l'esistenza di diritti soggettivi e la giurisdizione del giudice ordinario anche a fronte di atti e provvedimenti dell'autorità amministrativa), ma l'interpretazione sostanzialmente abrogatrice che degli stessi ha dato, nel corso dei decenni, la nostra prevalente giurisprudenza, che, invece, ha ritenuto che l'esercizio del potere amministrativo fosse incompatibile con la presenza di diritti soggettivi<sup>954</sup>, tranne nei casi in cui la Corte di Cassazione ritenesse di ravvisarla.

È l'esercizio del potere amministrativo, in tutte le sue forme, a radicare la giurisdizione amministrativa generale di legittimità e, nei casi previsti dalla legge

---

<sup>952</sup> BATTINI, *op. cit.*, 92.

<sup>953</sup> M. NIGRO, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, ora in *Scritti giuridici*, ed. Giuffrè, Milano 1996, 1481.

<sup>954</sup> Emblematico è il passaggio in cui la Corte Costituzionale argomenta: «sembra allora chiaro che il Costituente, accogliendo quest'ultima impostazione, ha riconosciuto 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» (sentenza n. 204/2004).



in cui l'esercizio di questo potere si intreccia a questioni di diritto privato, la giurisdizione amministrativa esclusiva; mentre il giudice ordinario è il giudice dei rapporti paritari tra cittadino e amministrazione.

Insomma, la Corte Costituzionale ha reso più certo e stabile il criterio di riparto, individuandolo nell'esercizio o meno di un potere pubblico<sup>955</sup>, e lo ha sostituito all'«inutile» e «fuorviante»<sup>956</sup> discriminazione della posizione giuridica fatta valere in giudizio, soggetta, nella sua ambiguità, alle mutevoli e «oracolari» interpretazioni del giudice dei confini delle giurisdizioni. Dovrebbe essere, in tal modo, sottratta alla Corte di Cassazione l'assoluta disponibilità del riparto di giurisdizione derivante dalla discrezionale qualificazione della situazione giuridica soggettiva invocata, e indicata una distribuzione delle controversie tra le due giurisdizioni più simile a quella di altri paesi europei: le controversie di diritto privato sono assegnate al giudice ordinario; le controversie di diritto pubblico sono tendenzialmente tutte affidate al giudice amministrativo.

L'art. 7 c.p.a., che individua l'ambito della giurisdizione amministrativa - come da delega legislativa - anche alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale, «fotografa» questo nuovo modo costituzionalmente orientato di interpretare il criterio di riparto di giurisdizione posto dall'art. 103, comma 1, Cost., stabilendo 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».

La disposizione, che, com'è evidente, recepisce anche i ricordati principi enunciati dalla Corte Costituzionale in materia di giurisdizione esclusiva<sup>957</sup>,

---

<sup>955</sup> La Corte Costituzionale ha posto «una 'nuova' regola di riparto che collega la giurisdizione amministrativa all'esercizio di un potere pubblico»: così F. PATRONI GRIFFI, *Le trasformazioni nella giustizia amministrativa dalla l. n. 205 del 2000 al codice del processo amministrativo*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, cit., 523.

<sup>956</sup> «Il riparto fondato sulla distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo è diventato inutile ed in qualche caso fuorviante, in quanto anche nei riguardi del giudice amministrativo la sfera di competenza finisce con l'essere fondata non più sulla natura della situazione giuridica azionata, ma su ciò che l'amministrazione è convenuta in giudizio in quanto tale (e non come un qualsiasi operatore giuridico) o sull'attribuzione di una specifica competenza per materia [...]; sarebbe necessario che la Corte di Cassazione rivedesse il suo lessico, che ancora oggi, per individuare il criterio ripartitore, richiama il binomio diritto soggettivo–interesse. Nel momento in cui avesse raggiunto tale consapevolezza, dovrebbe convincersi che la legittimazione del giudice amministrativo a decidere le controversie contro una pubblica amministrazione riposa altrove: in generale, nell'agire l'amministrazione come autorità o nell'esercizio di un potere discrezionale, su cui è possibile il controllo dei giudici; in particolare, nel fatto che la controversia è comunque attribuita per legge al giudice amministrativo, anche se l'amministrazione non agisca in veste autoritativa e non abbia da spendere alcun potere discrezionale» (G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, ed. ESI, Napoli 2012, 143-144).

<sup>957</sup> Oltre all'indicazione contenuta nella sentenza costituzionale n. 191/2006 relativamente alla legittimità costituzionale dell'attribuzione al giudice amministrativo, in sede esclusiva, delle controversie sui comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio del potere amministrativo, una dottrina (D. DE PRETIS, *Il riparto di giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2010, 1131) rileva che l'art. 7, comma 1, c.p.a. avrebbe recepito anche l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 103, comma 1, Cost., data dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 35/2010, dove è stata enunciata la possibilità che il giudice amministrativo, ove sussistano le condizioni per la sua giurisdizione, possa occuparsi della tutela

mette in risalto che l'oggetto specifico della giurisdizione amministrativa è l'esercizio del potere amministrativo in tutte le sue manifestazioni, mentre il riferimento alle situazioni giuridiche soggettive, inserito non a caso in un inciso, sembra avere un valore quasi parentetico, un omaggio alla tradizione e alle categorie sfortunatamente<sup>958</sup> formalizzate nella Costituzione, anche per evitare una drastica soluzione di continuità con la trascorsa giurisprudenza.

Certo, resta da stabilire quando un potere sia stato esercitato e quando l'esercizio di questo potere costituisca esercizio di una funzione pubblica e non di un potere privato; e a volte si tratta di problemi nient'affatto semplici. Ma sono le normali difficoltà del riparto di tutti i sistemi dualistici<sup>959</sup>, non una ontologica instabilità del criterio da applicare.

E però, nonostante la giurisprudenza costituzionale e il legislatore abbiano finalmente chiarito e stabilizzato il criterio di riparto, allineandolo a quello più "normale" dei maggiori paesi europei a noi vicini, la corretta individuazione della giurisdizione competente rimane un po' falsata nel nostro ordinamento a causa dell'anacronistica attribuzione, non superabile a Costituzione invariata (art. 111, ult. comma), del potere di risoluzione dei conflitti di giurisdizione all'organo supremo della giurisdizione ordinaria e cioè di una parte del conflitto, invece che ad un organo terzo. Onde evitare che orientamenti unilaterali di politica giudiziaria e la fisiologica tendenza all'ampliamento dei confini della propria giurisdizione possano avere il sopravvento rispetto al dovere di decidere con equilibrio la spettanza della competenza giurisdizionale, sarebbe auspicabile l'introduzione, anche nel nostro sistema, di un "tribunale dei conflitti" a composizione paritetica delle giurisdizioni in conflitto, come esiste in Francia e in Germania. Tanto più che un assetto come quello attuale potrebbe condurre (e, secondo alcuni<sup>960</sup>, ha sovente condotto) la Corte di Cassazione ad estendere il proprio consentito sindacato sui "limiti esterni" della giurisdizione amministrativa a quello non consentito sui "limiti interni" della stessa, usurpando al Consiglio di Stato le funzioni di controllo degli *errores in iudicando* e *in procedendo* nell'ambito della giurisdizione amministrativa.

---

di diritti soggettivi fatti valere anche autonomamente, e cioè anche disgiunti dagli interessi legittimi. Infatti, si legge nell'art. 7, comma 1, c.p.a. «e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi», e non «anche dei diritti soggettivi», come recita l'art. 103 Cost.

<sup>958</sup> Si ricordi che la figura dell'interesse legittimo non è mai stata positivizzata prima della Costituzione Repubblicana: la legge n. 5992/1889 (art. 3) e le altre leggi successive di giustizia amministrativa attribuirono al giudice amministrativo la giurisdizione sull'«interesse d'individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria». La menzione nella Costituzione, se ne ha garantito l'effettività e la pienezza della tutela (art. 24), ha anche irrigidito il sistema di riparto delle giurisdizioni nella contrapposizione col diritto soggettivo (artt. 103 e 113).

<sup>959</sup> «Tutti i criteri di riparto sono complicati: o meglio, tutti comportano una larga area di applicazione pacifica ed una ristretta, ma molto appariscente area di rompicapo»: così G. FALCON, *Gli sperati progressi (e i temuti regressi) nella giustizia amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, ed. Giuffrè, Milano 1997, 73.

<sup>960</sup> Lo sottolinea da anni R. VILLATA, *La Corte di cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione attribuendo la veste di questione di giurisdizione a un profilo squisitamente di merito*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1, 236-240; ID, *"Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 324-356; ID, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. di dir. proc.*, 2014, 2, 285-301.

### **13. La *translatio iudicii* e il giudicato “implicito” sulla giurisdizione esaltano l’unità funzionale della giurisdizione e riducono il grado di “specialità” della giurisdizione amministrativa.**

Il dualismo giurisdizionale e la complessità del riparto di giurisdizione rendono possibile che il cittadino promuova un’azione contro l’amministrazione davanti ad un giudice privo di giurisdizione per quella controversia.

Nel passato, l’errore nell’individuazione del giudice dotato di giurisdizione comportava spesso conseguenze irreparabili: una volta che il giudice adito avesse dichiarato il proprio difetto di giurisdizione, la parte avrebbe potuto riproporre la domanda davanti al giudice dotato di giurisdizione, ma se nel frattempo fosse maturato un termine di decadenza, la domanda sarebbe stata dichiarata tardiva e inammissibile. Ciò si verificava soprattutto nel caso in cui la parte si fosse rivolta per errore al giudice ordinario, anziché al giudice amministrativo: infatti, il ricorso al giudice amministrativo è, di norma, soggetto ad un termine di decadenza e in genere la sentenza del giudice ordinario declinatoria della giurisdizione poteva intervenire solo quando questo termine era scaduto<sup>961</sup>.

Il fatto è che il codice di procedura civile del 1942, attualmente vigente, prevedeva e disciplinava la *translatio iudicii* nella sola ipotesi della declinatoria della competenza (artt. 42-50)<sup>962</sup> e non anche della giurisdizione: era ammessa la trasmigrazione di un giudizio da un giudice ordinario ad un altro con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta, ma non anche da un giudice ordinario ad un giudice speciale e viceversa. La ragione di questa incomunicabilità tra i diversi plessi giurisdizionali era ravvisabile nel retaggio del “mito della giurisdizione unica” realizzato nel 1865 (e, come visto al § 6, non messo in discussione neppure con l’introduzione della legge n.

---

<sup>961</sup> TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 111.

<sup>962</sup> Si tenga presente che l’introduzione della *translatio iudicii* nel codice di procedura civile del 1942 costituì un’assoluta novità, considerato che sotto la vigenza del codice del 1865 non era possibile la prosecuzione del processo sia che la domanda giudiziale fosse stata proposta innanzi ad un giudice privo di giurisdizione, sia che fosse stata presentata innanzi ad un giudice incompetente. Competenza e giurisdizione erano cioè considerati presupposti processuali indispensabili affinché la domanda giudiziale potesse esplicare i suoi effetti. La mancanza di tali presupposti determinava irrimediabilmente l’arresto del processo con una pronuncia di rito. Fu Giuseppe Chiovenda il primo a comprendere l’irrazionalità delle norme che impedivano la prosecuzione del processo innanzi al giudice competente. Infatti, il principio del *Kompetenz-Kompetenz*, in base al quale ogni giudice può pronunciarsi solo sulla propria competenza senza poter obbligare altri giudici di pari grado a dichiararsi competenti, non aveva più ragione di esistere a seguito dell’avvento dello Stato moderno. Da questo momento in poi, il potere giurisdizionale non doveva più essere inteso in senso patrimoniale, e cioè come prerogativa del singolo giudice in quanto “capo politico”, ma quale espressione della sovranità statale. Alla luce di tali considerazioni, Chiovenda nel suo progetto di codice del 1919-20 (*Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, (1920), in ID., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, II, a cura di A. PROTO PISANI, Milano 1993, 86 ss. e 140) propose che il giudice che si dichiarasse incompetente fosse tenuto ad indicare il giudice che riteneva competente, in modo tale da consentire, innanzi a quest’ultimo, la prosecuzione del processo. Quest’idea fu parzialmente accolta soltanto nel 1942 col nuovo codice di procedura civile nel quale fu stabilito che, con la declinatoria d’incompetenza, si diparte un termine per la «riassunzione» e il processo, se tempestivamente riassunto, «continua davanti al nuovo giudice» (art. 50 c.p.c.).

5992/1889)<sup>963</sup> e nel non essere considerati i giudice speciali, in quanto legati a doppio filo al Governo, come veri e propri giudici. Anche il giudice amministrativo, dunque, non poteva essere considerato un vero e puro “giudice” equiordinato al giudice ordinario, sì da consentire di immaginare una traslazione del giudizio dall’uno all’altro.

Col progressivo tramonto di questa idea di non pura “giurisdizionalità” della magistratura amministrativa, anche il divieto di *translatio iudicii* transgiurisdizionale<sup>964</sup> era dunque destinato a cadere. Esso si appalesava come troppo anacronistico dopo che la legge n. 205/2000 aveva attribuito al giudice amministrativo l’autosufficienza nell’erogazione di ogni forma di tutela della pretesa sostanziale al bene della vita derivante dall’esercizio del potere amministrativo e dopo che la giurisprudenza costituzionale aveva evidenziato la «piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione» al giudice amministrativo (sent. cost. n. 204/2004) e la centralità dei principi costituzionali della pienezza e dell’effettività della tutela giurisdizionale anche nel sistema di giustizia amministrativa (sent. cost. n. 204/2004 e n. 191/2006), comportanti, tra l’altro, che «il processo deve tendere ad una sentenza di merito»<sup>965</sup>, come da insegnamento chiovendiano<sup>966</sup>.

Una prima apertura alla traslabilità del giudizio tra giudici di diversi ordini giurisdizionali è venuta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Nella sentenza del 22 febbraio 2007, n. 4109, il supremo giudice delle questioni di giurisdizione, «considerato che il giusto processo non è diretto allo scopo di sfociare in una decisione di mero rito, ma di rendere una pronuncia di merito stabilendo chi ha torto e chi ha ragione», ha ritenuto di modificare il proprio «precedente, risalente orientamento, secondo cui la decisione del giudice ordinario o del giudice speciale, con la quale viene dichiarato il difetto di giurisdizione, non consente che il processo possa continuare dinanzi al giudice fornito di giurisdizione», respingendo tuttavia la tesi secondo la quale tale risultato richiederebbe l’intervento del legislatore o, in mancanza, quello

---

<sup>963</sup> La scelta legislativa dell’unificazione giurisdizionale del 1865 era ritenuta intangibile e irreversibile persino dal capofila del movimento per la giustizia nell’amministrazione, Silvio Spaventa, che considerava l’abolizione del contenzioso amministrativo come la cessazione di una «usurpazione mostruosa» e la legge n. 2248 all. E come una legge materialmente costituzionale, come può evincersi dalla lettura del celebre discorso del maggio 1880 di Bergamo. Si veda in tal senso MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 334-335.

<sup>964</sup> Riconosciuto vigente nel nostro ordinamento dalla prevalente giurisprudenza ancora nel primo decennio del nuovo Millennio: si vedano, *ex multis*, Corte di Cassazione, Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7039; 16 dicembre 2003, n. 19218.

<sup>965</sup> Corte Costituzionale, sentenza 12 marzo 2007, n. 77.

<sup>966</sup> Le nostre supreme giurisdizioni lo affermano da tempo. Sia consentito citare un bellissimo passaggio di una sentenza della Corte Costituzionale del 1986, stesa da Virgilio Andrioli: « Il giusto processo civile vien celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che non coinvolgono i rapporti sostanziali delle parti che vi partecipano - siano esse attori o convenuti - ma per rendere pronuncia di merito, rescrivendo chi ha ragione e chi ha torto: il processo civile deve avere per oggetto la verifica della sussistenza dell’azione in senso sostanziale di chiovendiana memoria, né deve, nei limiti del possibile, esaurirsi nella discettazione sui presupposti processuali, e per evitare che ciò si verifichi si deve adoperare il giudice» (Corte Costituzionale, sentenza 16 ottobre 1986, n. 220).

sostitutivo della Corte costituzionale: il trasferimento del giudizio sarebbe stato possibile a legislazione invariata.

Di diverso avviso è andato, invece, il giudice delle leggi che, poco dopo la sentenza delle Sezioni Unite, ha ritenuto di dover modificare l'ordinamento vigente, giudicato come incompatibile con i principi costituzionali di effettività della tutela e del giusto processo (artt. 24 e 111 Cost.), introducendo l'istituto della *translatio iudicii* transgiurisdizionale con una sentenza additiva. Con la pronuncia del 12 marzo 2007, n. 77, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta al giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione e, al contempo, ha invitato il legislatore a colmare con urgenza la ravvisata lacuna dell'ordinamento processuale<sup>967</sup>.

Il legislatore ha sollecitamente raccolto l'invito della Corte e ha disciplinato l'istituto, in generale, per quanto riguarda la declinatoria di giurisdizione da parte dei giudici ordinari, amministrativi, contabili, tributari e di altri giudici speciali, con l'art. 59 della legge 18 giugno 2009, n. 69<sup>968</sup> e, più in particolare, invece, per quanto riguarda la declinatoria di giurisdizione da parte del giudice amministrativo o verso il giudice amministrativo, con l'art. 11 c.p.a.<sup>969</sup>. Quando la giurisdizione è declinata da un giudice in favore di altro giudice nazionale, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, 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 perentorio di tre mesi dal suo passaggio in giudicato.

L'idea di fondo, che ispira la disciplina della *translatio iudicii*, è la realizzazione del principio costituzionale dell'unità funzionale della

---

<sup>967</sup> M.A. SANDULLI, *La "translatio iudicii" tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione: note a primissima lettura*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, 2, 1, 495-499; R. ORIANI, *È possibile la "translatio iudicii" nei rapporti tra Giudice ordinario e Giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, 4, I, 1013-1025; A. SCOGNAMIGLIO, *Translatio iudicii, giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2007, 7-8, 2109-2115; A. PAJNO, *Costruzione del sistema di tutela e comunicabilità delle giurisdizioni: translatio iudicii o salvezza degli effetti della domanda?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 9, 960-966; C. CACCIAVILLANI, *Translatio iudicii tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 4, 1023-1057; M. ACONE, *Giurisdizione e translatio iudicii ... aspettando Godot*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 6, 1591-1608; R. FRASCA, *Giurisdizione e translatio iudicii: guerra fra le Corti o virtuosa coincidentia oppositorum?*, in *Giur. it.*, 2008, 3, 693-699; R. ROMBOLI, *Translatio iudicii tra Corte costituzionale e Corte di cassazione: due sentenze "storiche" sono meglio di una?*, in *Quad. cost.*, 2008, 1, 129-133.

<sup>968</sup> Sulla disciplina generale della *translatio iudicii* nell'art. 59 l. n. 69/2009, si legga C. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, 7, 886; C. GLENDI, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, in *Corr. trib.*, 2009, 33, 2657; B. MARCHETTI, *La giustizia amministrativa. La legge n. 69/2009 e la pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 11, 1158; A. TRAVI, *Le novità della legge 18 giugno 2009, n. 69. La nuova disciplina della translatio iudicii*, in *Urb. e app.*, 2009, 8, 914.

<sup>969</sup> Per un'analisi più specifica della *translatio iudicii* nel processo amministrativo, come disciplinata nel relativo codice del 2010, sia consentito rinviare a due soli commenti: PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, cit., 889-890 e DE PRETIS, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 1139-1141.

giurisdizione<sup>970</sup>, esercitata da giudici appartenenti ad ordini giurisdizionali diversi. La pluralità organica della giurisdizione, accolta nella nostra Costituzione in uno con l'unità funzionale della stessa<sup>971</sup>, non può risolversi in una minore effettività o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale. Nel quadro delle garanzie assicurate dagli artt. 24 e 111 Cost., essa ha ragione di esistere soltanto perché arricchisce le forme di tutela del cittadino, sicché l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione non può risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità di un esame nel merito della domanda giudiziale.

La previsione di un «reticolo processuale comune», che consente la comunicabilità delle giurisdizioni e la attua attraverso la possibilità di saldare insieme segmenti processuali diversi<sup>972</sup>, riduce la tradizionale separazione tra le diverse giurisdizioni<sup>973</sup>, portato del principio della separazione dei poteri, attenua il grado di «specialità» della giurisdizione amministrativa<sup>974</sup> e avvicina l'attuale nozione di «giurisdizione» a quella di «competenza»<sup>975</sup>.

---

<sup>970</sup> A. MANGIA, *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2007, 2, 736-745; F. CIMINI, *La regola della "translatio iudicii" tra giudice ordinario e giudici speciali. Si va verso l'unità della giurisdizione?*, in *Giur. di merito*, 2008, 1, 221-228.

<sup>971</sup> «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» (così Costantino Mortati, Assemblea Costituente, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947): queste parole testuali di Mortati, che accompagnarono l'approvazione da parte dell'Assemblea Costituente delle disposizioni costituzionali sulla giurisdizione, sono riportate nella sent. cost. n. 204/2004.

<sup>972</sup> PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, cit., 889.

<sup>973</sup> G. SIGISMONDI, *La distanza tra le giurisdizioni si riduce: è ammessa la translatio iudicii*, in *Urb. e app.*, 2007, 7, 822-826.

<sup>974</sup> Ed è forse proprio la paura di abbandonare il porto sicuro della specialità giurisdizionale ad aver spinto il legislatore a non abbracciare con decisione l'istituto della «riassunzione della causa», tipico della continuazione del processo in caso di dichiarato difetto di competenza, e a coniare quello della «riproposizione della domanda» o «del processo» o «del giudizio», per la continuazione del processo in caso di accertato difetto di giurisdizione. Le titubanze del legislatore sono palesi nella formulazione dell'art. 59 della legge n. 69/2009, dove si parla ambigualmente e contraddittoriamente sia di «riproposizione della domanda» (comma 2 e comma 5), sia di «riassunzione della causa» (commi 3 e 4). E i timori per il cambiamento sono ravvisabili anche nel confronto dell'art. 15 dello schema di codice elaborato dalla Commissione insediata presso il Consiglio di Stato con l'art. 11 del c.p.a. approvato dal Governo. Nel primo si usava l'espressione «riassunzione» del processo e del giudizio, aderendo alla lettera al criterio direttivo della delega legislativa («razionalizzare e unificare la disciplina della riassunzione del processo e dei relativi termini, anche a seguito di sentenze di altri ordini giurisdizionali»); nel secondo, invece, si adotta l'espressione «riproposizione» del processo e del giudizio. Ha, in proposito, osservato PAJNO (*op. ult. cit.*, 889-890) che «nella scelta operata con il testo finale del Governo, di sostituire la «riassunzione» del medesimo processo già iniziato dinanzi al giudice privo di giurisdizione con la «riproposizione» di un nuovo processo dinanzi a tale giudice, c'è, più che una attenzione alle conseguenze pratiche, una sorta di timore del mare aperto dell'unità funzionale della giurisdizione ed una forse involontaria estrema difesa della sicurezza garantita da una specialità che si ha timore di perdere: di una specialità in cui le forme sostanziali e quelle processuali fanno talmente corpo tra di loro da escludere qualsiasi comunicazione».

<sup>975</sup> Di «progressiva forte assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza» parla ormai apertamente la giurisprudenza sia del Consiglio di Stato (sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1059) che della Corte di Cassazione (Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883).

L'introduzione della *translatio iudicii* transgiurisdizionale e la finalità della continuità del processo davanti al nuovo giudice che essa cerca<sup>976</sup> di realizzare sembrano rendere ancor più evidente che al rapporto tra le diverse giurisdizioni oggi si addica più il concetto di un "riparto di competenze" che "di giurisdizioni" e alla giurisdizione amministrativa si attagliano più i tratti di una "specializzazione di competenza", che quelli passati di una "specialità della giurisdizione". Del resto, l'unità funzionale, e non organica, della giurisdizione, voluta dai Costituenti, induce a concordare con quella dottrina che rileva come, specialmente oggi che le giurisdizioni e i processi si vanno omologando, sarebbe più corretto parlare di "riparto della giurisdizione", in luogo di "riparto delle giurisdizioni"<sup>977</sup>.

Causa ed effetto della più solida e diffusa consapevolezza dell'unità funzionale della giurisdizione, della progressiva riduzione delle distanze tra i diversi plessi giurisdizionali e dell'attenuazione della "specialità" della giurisdizione amministrativa sembra essere anche la nuova disciplina del codice del processo amministrativo sul giudicato "implicito" sulla giurisdizione.

La giurisprudenza civile, alla luce dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo, ha fornito un'interpretazione restrittiva dell'art. 37 c.p.c., affermando che il difetto di giurisdizione è rilevabile d'ufficio dal giudice fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato "implicito" o "esplicito": la questione di giurisdizione non può più essere rilevata né proposta, se su di essa il giudice ha statuito anche implicitamente con la pronuncia nel merito della questione sottopostagli e la parte non ha espressamente gravato tale capo di sentenza; è dunque preclusa la rilevabilità d'ufficio, da parte del giudice d'appello, del difetto di giurisdizione<sup>978</sup>.

---

<sup>976</sup> La logica della comunicazione fra giurisdizioni nel contesto di una funzione giurisdizionale unitaria dovrebbe comportare una valorizzazione della continuità del giudizio. E questo, quanto alle prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione, dovrebbe a sua volta implicare che esse continuino a valere anche nel processo che prosegue davanti al giudice indicato come fornito di giurisdizione, similmente a quanto avviene per i mezzi istruttori esercitati nel giudizio davanti al giudice privo di competenza, che diventano utilizzabili in caso di riassunzione della causa davanti al giudice competente. Invece, la normativa sulla *translatio iudicii* transgiurisdizionale (art. 59, comma 5, legge n. 69/2009 e art. 11, comma 6, c.p.a.) stabilisce che, nel giudizio "riproposto" davanti al giudice fornito di giurisdizione, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate soltanto come «argomenti di prova».

<sup>977</sup> È quanto ha osservato PAJNO, *Il riparto della giurisdizione*, cit., 4197 e, più recentemente, A. SANDULLI, *La giustizia*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2012, 564.

<sup>978</sup> «L'interpretazione dell'art. 37 c.p.c., secondo cui il difetto di giurisdizione "è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo", deve tenere conto dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo ("asse portante della nuova lettura della norma"), della progressiva forte assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza e dell'affievolirsi dell'idea di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, essendo essa un servizio reso alla collettività con effettività e tempestività, per la realizzazione del diritto della parte ad avere una valida decisione nel merito in tempi ragionevoli. All'esito della nuova interpretazione della predetta disposizione, volta a delinearne l'ambito applicativo in senso restrittivo e residuale, ne consegue che: 1) il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti anche dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 38 c.p.c. (non oltre la prima udienza di trattazione), fino a quando la causa non sia stata decisa nel merito in primo grado; 2) la sentenza di primo grado di merito può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione; 3) le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si sia

Diversamente aveva opinato la prevalente giurisprudenza amministrativa nell'interpretazione del quasi omologo art. 30 legge T.A.R. E nel comporre il contrasto di orientamenti giurisprudenziali sulla rilevanza del difetto di giurisdizione, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>979</sup> aveva chiarito che al giudice amministrativo d'appello era precluso di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione soltanto se la giurisdizione fosse stata ritenuta sussistente nella sentenza impugnata con una pronuncia esplicita sul punto e nessuna delle parti avesse proposto appello; se, invece, la sentenza gravata avesse statuito soltanto implicitamente sulla giurisdizione, il difetto di quest'ultima avrebbe potuto essere rilevato d'ufficio dal giudice anche in appello. Sicché, in buona sostanza, nel processo amministrativo veniva radicalmente circoscritta la portata del giudicato "implicito" sulla giurisdizione<sup>980</sup>.

Su tale questione il codice del processo amministrativo ha decisamente cambiato rotta e ha aderito all'impostazione delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione. Infatti, l'art. 9 dispone che «il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione». Dunque, il codice accoglie la figura del giudicato "implicito" sulla giurisdizione, di talché, nel caso in cui questo si sia formato, in mancanza di specifico gravame il Consiglio di Stato non può d'ufficio pronunciarsi sulla questione di giurisdizione<sup>981</sup>.

Orbene, la circostanza che sulle sentenze del giudice ordinario e ora anche del giudice amministrativo, grazie all'assenza di un controllo d'ufficio del giudice dell'impugnazione, possa formarsi più facilmente un giudicato "implicito" sulla giurisdizione, «rende meno netto e impermeabile il sistema del riparto»<sup>982</sup>, riduce ulteriormente le distanze tra i diversi ordini giurisdizionali, fa venir meno la caratterizzazione delle giurisdizioni in termini di "specialità" e di "ordinarietà" ed è causa ed effetto della progressiva assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza<sup>983</sup>. È indice della raggiunta

---

formato il giudicato esplicito o implicito, operando la relativa preclusione anche per il giudice di legittimità; 4) il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito. In particolare, il giudicato implicito sulla giurisdizione può formarsi tutte le volte che la causa sia stata decisa nel merito, con esclusione per le sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione, come nel caso in cui l'unico tema dibattuto sia stato quello relativo all'ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (ad es., per manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere il merito "per saltum", non rispettando la progressione logica stabilita dal legislatore per la trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito»: così Corte di Cassazione, Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883. Ma si vedano anche: Corte di Cassazione, Sez. Un., 30 ottobre 2008, n. 26019; Corte di Cassazione, Sez. Un., 14 maggio 2014, n. 10414.

<sup>979</sup> Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 agosto 2005, n. 4.

<sup>980</sup> TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 331.

<sup>981</sup> F. FIGORILLI, *Dal Consiglio di Stato due conferme in tema di giudicato implicito e pregiudiziale amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2012, 5, 579-588.

<sup>982</sup> DE PRETIS, *op. ult. cit.*, 1138.

<sup>983</sup> Come sottolinea la giurisprudenza: «L'interpretazione dell'art. 37 c.p.c., secondo cui il difetto di giurisdizione "è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo", deve tenere conto



consapevolezza dell'equiordinazione della giurisdizione ordinaria e della giurisdizione amministrativa nella tutela piena ed effettiva delle pretese sostanziali del privato, consapevolezza che necessariamente porta con sé anche la possibilità di una "interscambiabilità", sia pure al margine, delle competenze giurisdizionali: se, a causa di una pronuncia non specificamente gravata, si è formato implicitamente il giudicato sulla giurisdizione, quest'ultima può radicarsi definitivamente anche in capo ad un giudice privo di giurisdizione sulla controversia la cui cognizione spetterebbe invece al giudice di un diverso ordine giurisdizionale. Ma questo astratto difetto di giurisdizione non comporta la mancanza di *potestas iudicandi* del giudice investito della questione, perché la funzione giurisdizionale è unica e ogni giudice ne è titolare, e la distribuzione del suo esercizio tra giudici di un medesimo ordine giurisdizionale (riparto di competenza) e tra giudici di distinti ordini giurisdizionali (riparto di giurisdizione) risponde soltanto a contingenti esigenze organizzative di efficiente tutela dei diritti del cittadino, le quali, però, possono anche essere derogate per superiori esigenze di stabilità delle decisioni, di economia processuale, di efficiente protezione giurisdizionale e di ragionevole durata del processo.

**14. La Corte Costituzionale e il legislatore alimentano, negli ultimi due decenni, il percorso di fuoriuscita della giurisdizione amministrativa dalla "specialità" strutturale. I tre principali ostacoli sulla via della piena indipendenza, imparzialità e terzietà sottolineati da una parte della dottrina e all'attenzione della CEDU.**

Il percorso di avvicinamento dello statuto di indipendenza ed autonomia della magistratura amministrativa a quello della magistratura ordinaria è continuato anche dopo la legge n. 186 del 1982 ed è avvenuto grazie all'opera del legislatore e della Corte Costituzionale.

Nella direzione di una maggiore omologazione degli organi di autogoverno, l'art. 18 della legge del 21 luglio 2000, n. 205 ha modificato la composizione del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, introducendo una componente, minoritaria, di membri laici (in precedenza assenti), secondo il modello previsto dall'art. 104 Cost. per il Consiglio Superiore della Magistratura, al fine di attenuarne il carattere "corporativo" e autoreferenziale. L'art. 7 della legge del 27 aprile 1982, n. 186 prevede oggi che esso è composto dal Presidente del Consiglio di Stato, che lo presiede, da quattro magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato, da sei magistrati in servizio presso i tribunali amministrativi regionali e da quattro cittadini eletti, due dalla Camera dei Deputati e due dal Senato della Repubblica a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, tra i professori ordinari di università in materie giuridiche o gli avvocati con venti anni di esercizio professionale.

Dal canto suo, la Corte Costituzionale ha con diverse pronunce rafforzato e alimentato il percorso di equiparazione delle garanzie di indipendenza della magistratura amministrativa a quelle della magistratura ordinaria.

---

[...] della progressiva forte assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza» (Corte di Cassazione, Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883). Lo si è già rilevato in una nota precedente.

Per giungere, con la sentenza del 27 marzo 2009, n. 87, a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di legge che escludevano che il magistrato amministrativo e quello contabile, sottoposti a procedimento disciplinare, potessero farsi assistere, per la loro difesa, da un avvocato del libero foro<sup>984</sup>, come invece poteva fare il magistrato ordinario<sup>985</sup>, la Corte Costituzionale ha instaurato un collegamento molto stretto tra l'indipendenza del giudice amministrativo e del giudice contabile, prevista dall'art. 108, comma 2, Cost., e le disposizioni costituzionali sull'indipendenza dei magistrati ordinari degli artt. 104-107 Cost.: l'una deve essere interpretata alla luce delle altre. La garanzia di indipendenza riguarda allo stesso modo tanto la magistratura ordinaria quanto la magistratura amministrativa e quella contabile e le regole che assicurano l'indipendenza della prima devono valere anche per le seconde. Dalle norme costituzionali che garantiscono l'indipendenza della magistratura ordinaria si ricavano alcuni «principi costituzionali comuni» che devono sempre essere rispettati ed attuati dal legislatore che disciplina l'ordinamento delle singole giurisdizioni.

Chiamata poi a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 11, comma 8, della legge 4 marzo 2009, n. 15 nella parte in cui prevede che la componente del Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti eletta dai magistrati contabili sia numericamente uguale a quella rappresentativa del Parlamento<sup>986</sup>, non essendo garantita la presenza maggioritaria dei rappresentanti elettivi dei magistrati della Corte dei Conti in seno all'organo di autogoverno quanto meno mediante la previsione di un rappresentante in più rispetto al numero dei rappresentanti del Parlamento, la Corte Costituzionale, con la sentenza del 13 gennaio 2011, n. 16, pur dichiarando inammissibile la questione per l'indeterminatezza del *petitum* formulato dal giudice rimettente<sup>987</sup>, ha confermato

---

<sup>984</sup> L'art. 10, comma 9, della legge n. 117 del 1988 rinvia, per la disciplina del procedimento disciplinare dei magistrati contabili, all'art. 34 della legge n. 186/1982 il cui comma 2 prevedeva che nel procedimento disciplinare il magistrato amministrativo avesse «facoltà di farsi assistere da altro magistrato», in tal modo escludendosi che il magistrato amministrativo, e – in forza del rinvio – il magistrato contabile, potessero farsi assistere, in un procedimento disciplinare a loro carico, da un avvocato del libero foro.

<sup>985</sup> Infatti, la sentenza costituzionale del 16 novembre 2000, n. 497 aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 34, secondo comma, del regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511 (Guarentigie della magistratura), nella parte in cui escludeva che il magistrato ordinario sottoposto a procedimento disciplinare potesse farsi assistere anche da un avvocato del libero foro, oltre che autodifendersi o farsi assistere, per la propria difesa, da altro magistrato, stante la «stretta correlazione tra l'indipendenza del magistrato sottoposto a procedimento disciplinare e la facoltà di scelta del difensore da lui ritenuto più adatto, sicché limitare quest'ultima facoltà significa in definitiva menomare in parte anche il valore dell'indipendenza».

<sup>986</sup> Il Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti è l'organo di autogoverno della magistratura contabile istituito con l'art. 10 della legge 13 aprile 1988, n. 117, di seguito modificato dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. 7 febbraio 2006, n. 62 e di recente dall'art. 11 della legge 4 marzo 2009, n. 15, ed è composto dal Presidente della Corte dei Conti, che lo presiede; dal Procuratore Generale della Corte dei Conti; dal Presidente aggiunto della Corte dei Conti o, in sua vece, dal Presidente di sezione più anziano; da quattro membri eletti, due dalla Camera dei Deputati e due dal Senato della Repubblica a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, tra i professori ordinari in materie giuridiche o gli avvocati con venti anni di esercizio professionale; da quattro membri eletti da e tra i magistrati della Corte dei conti.

<sup>987</sup> Il giudice rimettente (il T.A.R. del Lazio) aveva chiesto alla Corte Costituzionale di elevare, con una sentenza additiva, il numero dei componenti eletti dai magistrati della Corte dei Conti «quanto meno» di

la logica dei «principi costituzionali comuni» a garanzia dell'indipendenza di tutte le giurisdizioni, sottolineando, come già affermato in altra pronuncia<sup>988</sup>, che «l'indipendenza è forma mentale, costume, coscienza d'un'entità professionale», e che «in mancanza di adeguate, sostanziali garanzie», com'è quella assicurata dall'organo di autogoverno, «essa degrada a velleitaria aspirazione».

Parte della nostra scienza giuridica<sup>989</sup> ha sovente indicato in tre elementi i fattori maggiormente suscettibili di compromettere le garanzie di indipendenza, imparzialità e terzietà dei giudici amministrativi: la nomina governativa discrezionale, invece che per concorso, di un quarto dei Consiglieri di Stato; la coesistenza di funzioni consultive e giurisdizionali in capo al Consiglio di Stato; e il conferimento di incarichi extra-giudiziari ai magistrati amministrativi.

Parlando della situazione normativa che ha condotto il legislatore del 1982 a rideterminare la disciplina di reclutamento dei Consiglieri di Stato secondo il sistema delle tre “provviste” con quote prefissate per legge<sup>990</sup>, si è accennato alla sentenza n. 177 del 1973 con cui la Corte Costituzionale dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale della normativa sulla libera scelta governativa dei Consiglieri di Stato, anche rinviando a quanto motivato nella sentenza n. 1 del 1967 sulla nomina governativa dei Consiglieri della Corte dei Conti, secondo cui «la regola che le nomine dei magistrati abbiano luogo per concorso non è di per sé una norma di garanzia d'indipendenza del titolare di un ufficio, sibbene d'idoneità a ricoprire l'ufficio» e sebbene «la nomina per concorso [...] concorra a rafforzare e a integrare l'indipendenza dei magistrati», «codesto sistema riguarda soltanto la magistratura ordinaria, come risulta evidente dalle norme contenute nell'invocato art. 106 Cost.».

Ebbene, quest'affermazione risalente al primo ventennio della giurisprudenza costituzionale può ritenersi oggi ancora valida ed attuale? Chi scrive ritiene di no e di dover concordare con quanti ravvisano nella nomina dei magistrati per concorso, di qualunque magistratura, una garanzia essenziale di indipendenza che fa parte di quei «principi costituzionali comuni» a tutte le giurisdizioni, esaltati dalla recente giurisprudenza costituzionale e che si ricavano

---

una unità. Il *petitum* era dunque formulato in modo da lasciare alla Corte costituzionale la scelta tra una soluzione “minimale” ed altre soluzioni ipotizzabili, tutte ritenute idonee a rimuovere il denunciato vizio di legittimità costituzionale. Ma la scelta tra la soluzione minimale ed altre soluzioni possibili non poteva provenire dalla Corte Costituzionale, ma solo dal legislatore.

<sup>988</sup> Sentenza costituzionale n. 266 del 1988.

<sup>989</sup> La letteratura sull'argomento è assai consistente. Sia consentito rinviare, per esigenze di sintesi, soltanto a tre autori e ad alcuni dei loro scritti più significativi sull'argomento: A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 1, 371-388; ID., *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 2, 505-518; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, ed. Giuffrè, Milano 2005; A. PROTO PISANI, *Intervento breve per il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 6, 1, 776-788; ID., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, 2, 5, 21-29; A. PROTO PISANI, R. ROMBOLI, G. SCARSELLI, *Ancora sull'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 2001, 12, 3, 556-558; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, 10, 369-380.

<sup>990</sup> Per metà dei posti, con “promozione” dei magistrati dei tribunali amministrativi regionali; per un quarto dei posti, con concorso esterno per titoli ed esami; e per un quarto dei posti, con nomina governativa discrezionale.

dalle norme costituzionali sulla magistratura ordinaria, tra le quali anche l'art. 106 Cost. Del resto, la giurisprudenza della Corte Costituzionale, per lo meno dagli anni novanta<sup>991</sup> e fino ai giorni nostri<sup>992</sup>, ha chiarito con significativa continuità che il concorso pubblico non serve solo a fini di buon andamento, ma è anche garanzia di imparzialità dell'amministrazione, perché assicura che la selezione dei funzionari, e quindi anche il loro successivo operato, non sia influenzata da criteri di appartenenza politica; la selezione attraverso il concorso pubblico «incrementa il grado di autonomia del nominato rispetto al nominante, anche indipendentemente dal suo *status* dopo la nomina»<sup>993</sup>. A maggior ragione, dunque, il concorso pubblico dev'essere lo strumento tendenzialmente inderogabile per il reclutamento di quei particolari funzionari pubblici – i magistrati – ai quali la Costituzione richiede qualcosa di più dell'imparzialità, e cioè anche l'assoluta indipendenza dal Governo e la terzietà di giudizio. Deroghe potrebbero essere ammesse soltanto in casi tassativamente previsti dalla stessa Costituzione e/o al massimo per un numero assai esiguo di posti<sup>994</sup>; e tale non sembrerebbe essere un quarto di quelli di Consigliere di Stato.

Va, tuttavia, ricordato che, con un ragionamento applicabile anche al Consiglio di Stato italiano, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>995</sup> ha ritenuto che la nomina governativa di un terzo dei *Conseillers d'État* dell'istituto francese sia compatibile con i principi dell'art. 6 della Convenzione Europea, laddove vi siano garanzie di inamovibilità successive alla nomina<sup>996</sup> e non vi siano altri strumenti per esercitare pressioni sui nominati da parte dell'esecutivo.

La coesistenza delle funzioni consultive e giurisdizionali in capo al Consiglio di Stato, prevista dalla Costituzione, è contestata da una parte della dottrina, in quanto lesiva dei principi di imparzialità e terzietà del giudice amministrativo d'appello. Si osserva, da un lato, che la continuità tra consulenza “pura” e funzione giurisdizionale è figlia del «contesto di una comune

---

<sup>991</sup> «Il concorso pubblico, quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, resta il metodo migliore per la provvista di organi chiamati a esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità ed al servizio esclusivo della Nazione» (Corte Costituzionale, sentenza 15 ottobre 1990, n. 453).

<sup>992</sup> Corte Costituzionale, sentenza 13 novembre 2009, n. 293.

<sup>993</sup> BATTINI, *op. cit.*, 72.

<sup>994</sup> G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in S. CASSESE a (cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., 44-45, ricorda che al fine di garantire l'esercizio imparziale della funzione giurisdizionale da parte del nominato non conta tanto il meccanismo di nomina, quanto piuttosto il regime giuridico della carica, come dimostra l'esempio della nomina a vita, da parte del Presidente della Repubblica, dei giudici della Corte Suprema americana. E aggiunge che la Costituzione non ritiene inconciliabile il reclutamento dei magistrati superiori senza concorso, come dimostra la chiamata all'ufficio di consiglieri di Cassazione, per meriti insigni, di professori universitari in materie giuridiche e di avvocati, prevista dall'art. 106, comma 3, Cost. Sia consentito obiettare, almeno sulla seconda considerazione, che la nomina dei consiglieri di Cassazione per meriti insigni viene compiuta dal Consiglio Superiore della Magistratura e dal Presidente della Repubblica, e cioè da organi apolitici, e non dal Governo, come invece avviene per la nomina di un quarto dei Consiglieri di Stato; e che la legge (legge del 5 agosto 1998, n. 303) che dà applicazione alla disposizione costituzionale stabilisce che il numero dei consiglieri di Cassazione nominati per meriti insigni non possa essere più di un decimo dei posti previsti nell'organico complessivo della Corte.

<sup>995</sup> CEDU, 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c. Francia*.

<sup>996</sup> Che in Francia, peraltro, come visto (cap. III), sono assicurate in via di prassi; in Italia, invece, sono formalmente previste dalla legge (art. 24 ss. legge n. 186/1982).

finalizzazione all'interesse pubblico» e dell'«ideologia del giudice-amministratore», in cui «la funzione giurisdizionale restava [...] attratta da quella consultiva, subendo un marcato snaturamento» e come tale appare oggi del tutto anacronistica; e, dall'altro, che essa determinerebbe una «incompatibilità da prevenzione» allorquando la medesima istituzione decida in sede giurisdizionale sulla legittimità di un atto amministrativo sulla quale si è già espressa in sede consultiva, mentre la decisione del giudice, per essere veramente equidistante rispetto alle parti e indifferente ai loro interessi, dovrebbe avere un «carattere originario»<sup>997</sup>.

Il nostro ordinamento ha tradizionalmente riferito l'«incompatibilità da prevenzione» al singolo magistrato, esigendo che non vi fosse coincidenza tra i giudici-persone fisiche chiamati a rendere i pareri e quelli facenti parte dei collegi incaricati di definire i contenziosi in sede giurisdizionale sulle medesime questioni. Sotto questo profilo, l'art. 43, comma 2, T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato stabiliva che «non possono prendere parte alle decisioni i consiglieri che avessero concorso a dar parere, nella sezione consultiva, sull'affare che forma oggetto di ricorso». Questa disposizione è stata abrogata dal decreto legislativo n. 104/2010 con cui è stato emanato il codice del processo amministrativo, ma la relativa regola, in virtù del rinvio degli artt. 17 e 18 c.p.a. alle cause di astensione e di ricusazione contemplate dal codice di procedura civile, deve ritenersi contenuta nell'art. 51, n. 4, c.p.c. nella parte in cui prevede che debba astenersi il giudice che abbia «dato consiglio nella causa».

Anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con l'art. 6 della Convenzione del cumulo delle funzioni consultive e giurisdizionali nel Consiglio di Stato di altri paesi europei, sembra aver sposato l'orientamento di riferire l'«incompatibilità da prevenzione» più ai singoli Consiglieri di Stato, che all'istituto in sé e per sé considerato, prospettando anche un'interpretazione restrittiva del concetto di «medesimo affare», evidentemente preoccupata di evitare che l'adesione alla Convenzione comporti l'inopportuno azzeramento delle tradizioni nazionali in nome di un astratto modello unificato e piatto di separazione dei poteri pubblici: in Europa, infatti, i *Pays à Conseil d'État* sono numerosi (Francia, Italia, Paesi Bassi, Belgio, Grecia, etc.)<sup>998</sup>.

---

<sup>997</sup> ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 84 ss.

<sup>998</sup> Nella decisione *Procola c. Lussemburgo* del 28 settembre 1995, la CEDU aveva censurato la circostanza che quattro su cinque membri del collegio del Consiglio di Stato del Lussemburgo, chiamato a decidere in sede giurisdizionale, si fossero già occupati della medesima questione in sede consultiva. Peraltro, a seguito di tale decisione, il Consiglio di Stato del Lussemburgo è stato oggetto di una riforma costituzionale che ne ha profondamente modificato l'assetto, separando le funzioni consultive da quelle giurisdizionali: le prime sono rimaste al Consiglio di Stato, le seconde sono state attribuite ad una Corte amministrativa creata *ad hoc*. Nella decisione *Kleyn and others c. Olanda* del 6 maggio 2003, la CEDU, da un lato, si rifiutò di valutare la compatibilità del Consiglio di Stato olandese con l'art. 6 della Convenzione, motivando che la stessa non impone agli Stati aderenti l'adozione di una determinata concezione dei rapporti tra poteri, e, dall'altro, dette una lettura restrittiva della nozione di «identità della questione» sulla quale non avrebbero potuto decidere, in sede giurisdizionale, i singoli Consiglieri di Stato che sulla stessa si fossero già espressi in sede consultiva: nel caso di specie, il Consigliere di Stato che aveva partecipato al parere di legittimità su di un atto normativo, avrebbe potuto far parte del collegio giudicante investito del sindacato di legittimità su di un atto amministrativo applicativo dell'atto normativo. E questi due stessi principi sono stati ribaditi dalla Corte di Strasburgo nella decisione *Sacilor*

Il progetto di legge costituzionale di riforma della seconda parte della Costituzione, elaborato nel 1997 dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali istituita con la legge costituzionale del 24 gennaio 1997, n. 1, e non approvato, aveva previsto la cessazione della natura “anfibia” del Consiglio di Stato, separando le funzioni di consulenza giuridico-amministrativa del Governo, che avrebbero dovuto rimanere in capo al Consiglio, da quelle giurisdizionali di giudice amministrativo d’appello che, invece, avrebbero dovuto essere trasferite all’istituenda «Corte di giustizia amministrativa».

Senza dover giungere a riforme di tale discontinuità rispetto alla nostra tradizione e al fine di conservare «un patrimonio di ambivalenze» che, però, costituiscono anche «la ricchezza del Consiglio di Stato»<sup>999</sup>, per risolvere, ove ravvisato sussistente, il problema dell’«incompatibilità da prevenzione» di tipo strutturale si potrebbe cominciare ad assicurare una maggiore separazione tra le funzioni giurisdizionali e quelle consultive, rafforzando le norme sulle incompatibilità e le distinzioni funzionali interne all’istituto<sup>1000</sup>.

Purtroppo non sembra andare in questa direzione il - pur condivisibile per altri profili<sup>1001</sup> - intervento del legislatore del 2008<sup>1002</sup> che ha eliminato la rigida ripartizione delle funzioni consultive e giurisdizionali tra le varie sezioni del Consiglio di Stato<sup>1003</sup> a favore di una ripartizione “flessibile” destinata a mutare ogni anno su determinazione del Presidente del Consiglio di Stato, il quale, sentito il Consiglio di Presidenza, individua quali sezioni debbano svolgere un tipo di funzioni e quali l’altro<sup>1004</sup>. Né sembra andare in questa direzione la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica che, dando valore giurisdizionale ad una determinazione sostanzialmente assunta dal Consiglio di Stato in sede consultiva, finisce per amalgamare le due funzioni<sup>1005</sup>.

---

*Lormines c. Francia* del 9 novembre 2006. Riferimenti più puntuali sui rapporti tra le funzioni del Consiglio di Stato e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo possono rinvenirsi in M. MENGOZZI, *L’influenza della giurisprudenza di Strasburgo sulla disciplina italiana del processo amministrativo*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, ed. Jovene, Napoli 2012, 431 ss.

<sup>999</sup> S. CASSESE, *Consiglio di Stato e pubblica amministrazione da una Costituzione all’altra*, in CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., 61, che nell’introduzione al lavoro collettaneo scrive: «gli istituti della giustizia amministrativa non sono un mausoleo da venerare, ed hanno, quindi, bisogno di interventi riformatori; ma non sono, però, un patrimonio da distruggere».

<sup>1000</sup> Così proponeva CASSESE, *op. ult. cit.*, 59.

<sup>1001</sup> E cioè ridurre i carichi giudiziari pendenti, aumentando, ove necessario, il numero delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

<sup>1002</sup> Art. 54 decreto-legge n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008.

<sup>1003</sup> Secondo l’organizzazione, risultante dalla stratificazione legislativa, per cui le prime tre sezioni avevano funzioni consultive e le seconde tre avevano funzioni giurisdizionali, essendo a sé stante, invece, nella sua specificità, la sezione consultiva degli atti normativi, istituita con l’art. 17, comma 28, legge n. 127/1997.

<sup>1004</sup> Attualmente le prime due sezioni svolgono funzioni consultive; la terza, la quarta, la quinta e la sesta sezione svolgono funzioni giurisdizionali. Vi è poi, come detto, la sezione consultiva per gli atti normativi.

<sup>1005</sup> G. D’ANGELO, *La “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: profili critici di un orientamento che non convince*, in *GiustAmm.it*, n. 7/2013; N. LONGHI, *Il nuovo giurisdizionalizzato ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *GiustAmm.it*, n. 10/2013.

Una terza causa di compromissione dell'indipendenza, dell'imparzialità e della terzietà dei giudici amministrativi viene generalmente ravvisata nell'ampia libertà dei magistrati del Consiglio di Stato e dei T.A.R. di accettare incarichi extra-giudiziari<sup>1006</sup>, soprattutto conferiti dal Governo<sup>1007</sup>. È infatti evidente che lo svolgimento di attività extra-istituzionali<sup>1008</sup> può minare l'obiettività di esercizio della funzione giurisdizionale, creando un rapporto di dipendenza, apprezzabile soprattutto sotto il profilo premiale, e cioè dell'aspettativa che il singolo magistrato può avere ad incrementare, attraverso certi tipi di incarichi, non solo il suo reddito, ma anche e soprattutto il suo prestigio e la sua influenza nell'ambiente in cui opera. Non a caso, soprattutto per gli incarichi governativi, si è parlato di vere e proprie "carriere parallele" dei magistrati, in cui il *cursus* degli uffici extra-giudiziari assume un'importanza assai maggiore delle carriere istituzionali. Ed è altrettanto evidente come nella scelta dei soggetti della cui collaborazione avvalersi, gli organi di Governo non potranno non tener conto dell'atteggiamento assunto dai singoli giudici anche nell'esercizio della giurisdizione, e come, viceversa, il giudice, nel decidere una causa, possa essere influenzato dall'aspettativa di risultare degno di fiducia<sup>1009</sup>.

Il problema della compatibilità degli incarichi extra-giudiziari con i principi costituzionali di indipendenza ed imparzialità della giurisdizione si è posto per tutte le magistrature, ma, in relazione agli incarichi governativi, soprattutto per quella amministrativa e contabile, per almeno due ragioni.

In primo luogo, perché la giurisdizione amministrativa e quella contabile sono istituzionalmente deputate al controllo della legittimità e della regolarità dell'azione degli organi di Governo, sicché lo svolgimento di incarichi per conto del Governo, affidati in base a rapporti fiduciari, può rendere il giudice, al rientro nelle sue funzioni istituzionali, meno equidistante e indifferente nella sua attività di controllo.

In secondo luogo, perché una stratificazione molto complessa e disorganica della normativa sugli incarichi extra-giudiziari<sup>1010</sup>, sostanzialmente attribuita ad un Regolamento delegato (il D.P.R. n. 418/1993) di "maglie larghe", e la

---

<sup>1006</sup> Ad esempio, incarichi di insegnamento di livello universitario o post-universitario, ovvero incarichi di analoga rilevanza presso pubbliche amministrazioni; incarichi di studio, di ricerca, e di collaborazione scientifica o culturale; funzioni di giudice unico o di componente di collegi giudicanti nell'ambito della giustizia sportiva; funzioni di presidente di collegi arbitrali in controversie in cui almeno una delle parti sia un soggetto pubblico.

<sup>1007</sup> Si allude agli incarichi presso la Presidenza della Repubblica, il Parlamento, la Corte costituzionale, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, i Ministeri, altri organi di rilevanza costituzionale; alle cariche e agli incarichi presso autorità amministrative indipendenti, ovvero presso soggetti, enti e istituzioni, che svolgono compiti di alta amministrazione e di garanzia; agli incarichi presso enti e organismi internazionali o sovranazionali; agli incarichi di temporanea o straordinaria sostituzione di organi elettivi degli enti locali e degli organi ordinari di amministrazione di enti pubblici, con funzione di garanzia.

<sup>1008</sup> F. NEGLIA, *Gli incarichi extra-giudiziari dei magistrati amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 2, 701-757; B. PONTI, *Dati sulla presenza dei magistrati amministrativi negli uffici ministeriali di collaborazione diretta (1948-2001)*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 2, 759-781.

<sup>1009</sup> Così, quasi testualmente, ORSI BATTAGLINI, *op. ult. cit.*, 97.

<sup>1010</sup> Recentemente ben riassunta da F. IANDOLO, *La terzietà dei giudici amministrativi e gli incarichi extra-istituzionali. Origini, stratificazione normativa e D.L. n. 90/2014 convertito con legge 11.08.2014, n. 114*, in *Amministrativ@mente*, n. 9/2014.

convinzione, diffusa negli ambienti giudiziari, condivisa da una parte dottrina<sup>1011</sup> e avallata dalle autorizzazioni dell'organo di autogoverno, dell'arricchimento delle esperienze e delle conoscenze giuridiche ed istituzionali derivanti al magistrato dallo svolgimento dell'incarico extra-istituzionale (così da determinare un vantaggio per l'amministrazione giudiziaria di appartenenza quando verranno riprese le ordinarie funzioni), hanno consentito al magistrato amministrativo di avere molti incarichi extra-giudiziari e spesso di lunga durata.

Recentemente, tuttavia, si registra la tendenza del legislatore a restringere questa possibilità, limitando sotto diversi profili e con una disciplina omogenea il conferimento di incarichi extra-istituzionali ai magistrati di tutti gli ordini giurisdizionali e agli avvocati dello Stato, segno che, anche sotto questo aspetto, l'ordinamento sembra voler convergere verso una equiparazione della magistratura amministrativa a quella ordinaria, nella direzione della fuoriuscita dalla "specialità" strutturale e della realizzazione di un identico statuto di indipendenza, imparzialità e terzietà del magistrato.

Infatti, al fine di attenuare il rapporto di dipendenza dagli incarichi governativi del magistrato che intenda percepire due stipendi, l'art. 23-ter, comma 2, della legge n. 214/2011, di conversione del decreto-legge n. 201/2011, ha stabilito che per l'incarico extragiudiziario, oltre allo stipendio base dell'amministrazione giudiziaria di appartenenza, non possa essere corrisposta un'indennità supplementare superiore al 25% dello stesso, comprensivo del rimborso spese.

Inoltre, l'art. 1, comma 66, legge n. 190/2012, stabilisce che gli incarichi extra-giudiziari in posizioni apicali o semiapicali presso istituzioni, organi ed enti pubblici, nazionali ed internazionali, compresi quelli di titolarità dell'ufficio di gabinetto, possono essere conferiti ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, e agli avvocati e procuratori dello Stato, soltanto con contestuale collocamento in posizione di fuori ruolo, che deve permanere per tutta la durata dell'incarico; e il comma 68 prescrive che il collocamento in posizione di fuori ruolo non può durare per un tempo che, nell'arco della carriera individuale, superi complessivamente dieci anni, anche continuativi.

Infine, l'art. 8 del decreto-legge n. 90/2014, convertito con legge n. 114/2014, ha provveduto a generalizzare l'istituto del fuori ruolo, prevedendolo non più soltanto per l'ufficio di gabinetto, ma anche per gli uffici di diretta collaborazione, ivi inclusi quelli di consulente giuridico, nonché quelli di componente degli organismi indipendenti di valutazione.

Gli sviluppi ottimali della normativa sugli incarichi extra-giudiziari andranno probabilmente cercati in una soluzione equilibrata che recida le «inammissibili e pericolose contaminazioni»<sup>1012</sup> tra il giudice amministrativo e i soggetti, pubblici o privati, che quegli incarichi conferiscono, senza però precludere al giudice di ampliare il proprio patrimonio di conoscenze attraverso lo svolgimento di quelle attività extra-istituzionali non incompatibili con l'esercizio della funzione

---

<sup>1011</sup> A. SANDULLI, *La giustizia*, cit., 563.

<sup>1012</sup> A.M. SANDULLI, *Giudici amministrativi, concorsi, indipendenza*, in *Scritti giuridici*, V, Napoli 1990, 598.



giurisdizionale, che gli consentano di esercitare con maggiore professionalità e preparazione questa stessa funzione. E per i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (art. 117, comma 1, Cost.), la normativa dovrà tenere sempre più conto del rigore con cui la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo interpreta l'art. 6 della Convenzione, applicando al requisito dell'indipendenza e dell'imparzialità dei tribunali la "dottrina delle apparenze": non è importante soltanto che, nel caso concreto sottoposto alla sua cognizione, il giudice sia imparziale; è necessario anche che egli appaia imparziale; e l'apparenza di imparzialità può essere pregiudicata da particolari legami del giudice con una delle parti in causa, anche se concretizzatisi dopo il giudizio<sup>1013</sup>.

### **15. Conclusione.**

La trattazione dell'esperienza italiana svolta in questo capitolo dovrebbe aver mostrato la radicale trasformazione subita dal nostro sistema di giustizia amministrativa nel corso dei decenni e soprattutto negli ultimi due. E questo profondo cambiamento mi pare possa essere riassunto nei termini di una "ordinarizzazione" della giurisdizione amministrativa, nel senso di una perdita dei vecchi tratti di "specialità" a favore di una più attenuata "specializzazione".

La giurisdizione amministrativa compare, nell'Italia unita, nel 1889 come una giurisdizione con connotati di consistente "specialità" sia dal punto di vista strutturale che funzionale.

È talmente "speciale" che non nasce neppure come una "giurisdizione", bensì come uno strumento di controllo interno all'amministrazione, della legittimità e dell'opportunità dell'azione amministrativa. È un istituto distante dalla giurisdizione ordinaria e che si pone in continuità con quello dell'autotutela e dei ricorsi amministrativi e, soprattutto, del ricorso straordinario al Re, ma con maggiori garanzie del rispetto del contraddittorio. Viene svolto da una sezione "contenziosa", di nuova istituzione, di un organo squisitamente amministrativo al servizio del Governo.

In un contesto culturale in cui si ritiene che le pretese del cittadino al corretto esercizio del potere amministrativo, disciplinato da norme di legge, non siano giustiziabili davanti ad un giudice, e cioè non siano veri e propri "diritti", il ricorso alla quarta sezione del Consiglio di Stato assolve allo scopo di tutelare i "diritti minori" o "imperfetti" del cittadino e cioè quei "diritti che sono subordinati alle considerazioni dell'utilità pubblica" e che, se incisi da un provvedimento amministrativo, degradano a meri "interessi".

L'amministrazione è parte del potere esecutivo ed è intesa come autorità, come espressione della sovranità statale: i suoi organi devono poter perseguire

---

<sup>1013</sup> Nel caso *Sacilor Lormines*, la Francia fu condannata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (sentenza del 9 novembre 2006) perché un ricorso giurisdizionale contro un Ministero era stato deciso da un collegio del Consiglio di Stato di cui aveva fatto parte un giudice che, pochi giorni dopo la pubblicazione della sentenza, era stato nominato Segretario Generale di quel Ministero parte nel giudizio, perché, secondo la Corte, per quell'incarico il magistrato "non poteva non essere in corsa da tempo". Il giudice non solo non deve essere stato parziale nella decisione, ma non deve neppure essere apparso più vicino ad una delle parti in causa, in ragione di incarichi svolti per quest'ultima, persino se successivamente (purché, ovviamente, a distanza temporale ravvicinata) al giudizio.

l'interesse pubblico senza trovare ostacoli di sorta. La necessaria prevalenza dell'interesse pubblico rispetto all'interesse privato configura questo sistema di tutela nei confronti degli atti amministrativi come un controllo di legalità oggettiva e di ordine pubblico: il sindacato del Consiglio di Stato è sì azionato su sollecitazione di un privato interessato, ma esso mira a salvaguardare primariamente l'integrità dell'ordinamento e gli interessi generali. Il privato è titolare soltanto di un "interesse occasionalmente protetto", che non assurge al rango di situazione giuridica soggettiva: egli fa valere un mero interesse alla legalità dell'azione amministrativa e dunque solo in via indiretta il proprio interesse personale o materiale.

Il controllo ha per oggetto soltanto l'atto amministrativo, il quale è espressione della sovranità statale, formalizza la volontà della pubblica amministrazione, gode di una presunzione di legittimità ed ha i caratteri dell'imperatività, dell'esecutività e spesso dell'esecutorietà. Se la Quarta Sezione accerta in esso un profilo di illegittimità, lo annulla con effetto retroattivo, rimettendo l'affare all'autorità amministrativa competente, che conserva intatto il suo potere di regolamentare nuovamente la situazione concreta.

La "specialità" del sistema di giustizia davanti alla quarta sezione del Consiglio di Stato risalta soprattutto a causa del principio della giurisdizione unica, vero e proprio «mito»<sup>1014</sup> realizzato con la legge di unificazione amministrativa del 1865, considerata una legge "materialmente costituzionale" e sostanzialmente inderogabile. La giurisdizione è unica ed è quella che viene esercitata dai tribunali. La legge n. 5992/1889 non abroga né modifica quella legge perché il ricorso davanti alla Quarta Sezione ha solo lo scopo di integrare e completare la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, quando riguarda "interessi-diritti imperfetti" e quindi non può avvenire davanti ai giudici ordinari. Questi, infatti, conoscono delle controversie pubblicistiche riguardanti i diritti soggettivi, mentre la pubblica amministrazione e il Consiglio di Stato decidono sui ricorsi che involgono gli "interessi occasionalmente protetti".

Nel 1907 viene formalmente riconosciuta dal legislatore la natura giurisdizionale della quarta sezione e della neo-istituita quinta sezione del Consiglio di Stato, ma né questo riconoscimento né le garanzie di semi-inamovibilità dei Consiglieri di Stato previste dalla legge del 1889 sono sufficienti ad attribuire alle due sezioni giurisdizionali la piena indipendenza dal Governo. Il nostro sistema giurisdizionale diviene ufficialmente un sistema dualistico, con una giurisdizione "ordinaria" e una giurisdizione "speciale", "interna" o comunque "collaterale" all'amministrazione.

E si tratta di un dualismo giurisdizionale assai diverso rispetto a quello di altri paesi europei e, in un certo senso, "anomalo". Infatti, mentre negli altri sistemi dualistici il riparto delle giurisdizioni tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo si assesta tendenzialmente sulla linea della distinzione tra controversie di diritto privato e controversie di diritto pubblico, da noi, proprio

---

<sup>1014</sup> F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, cit., 75.

perché la legge monistica del 1865 rimane vigente come legge fondamentale, il riparto avviene anche all'interno delle controversie pubblicistiche e il criterio di suddivisione della giurisdizione che viene alla fine individuato dalla giurisprudenza è quello della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio: sono attribuite alla competenza del giudice ordinario, oltre alle controversie di diritto privato, le controversie di diritto pubblico nelle quali il privato fa valere la posizione di "diritto soggettivo"; sono assegnate alla competenza del giudice amministrativo le controversie di diritto pubblico nelle quali il cittadino fa valere la posizione di "interesse legittimo". La discriminazione delle giurisdizioni poggia sulla distinzione delle pretese al corretto esercizio del potere amministrativo in termini di diritto soggettivo ed interesse legittimo, distinzione oltremodo artificiosa e spesso inafferrabile, sconosciuta agli altri ordinamenti e sostanzialmente rimessa all'interpretazione della giurisprudenza, soprattutto di quella della Corte di Cassazione, che dal 1877 è l'arbitro dei confini delle attribuzioni e poi anche delle giurisdizioni.

Nel frattempo, il vecchio interesse al ricorso o "interesse occasionalmente protetto" è venuto assumendo la consistenza di situazione giuridica soggettiva. La creazione della figura dell'interesse legittimo è opera della dottrina e della giurisprudenza che accompagnano la trasformazione del ricorso alle due sezioni contenziose del Consiglio di Stato. Infatti, da strumento di sollecitazione di un controllo di legalità oggettiva e di interesse pubblico nell'interesse dell'ordinamento e dell'amministrazione e solo indirettamente di un interesse del privato, il procedimento azionato dal ricorso sembra mettere sempre più al centro l'interesse del cittadino. Diventa un procedimento giurisdizionale a tutela di una pretesa del privato al corretto esercizio del potere amministrativo per la realizzazione di un suo interesse materiale. Un ricorso, dunque, non dissimile, per funzione e natura, rispetto a quello che viene esperito davanti al giudice ordinario per la tutela dei diritti soggettivi.

Gli interessi legittimi, tuttavia, rimangono situazioni giuridiche di rango inferiore rispetto al diritto soggettivo, perché non sono tutelati né in via diretta né in modo pieno ed effettivo, e la giurisdizione amministrativa con la quale sono protetti rimane "speciale" rispetto a quella civile anche sotto il profilo procedimentale.

Infatti, gli interessi legittimi sono situazioni che fronteggiano l'esercizio di un potere pubblico che persegue primariamente un interesse generale, sicché, con la coazione giudiziaria, possono realizzare gli interessi privati del cittadino solo subordinatamente agli interessi pubblici. E sono tutelati soltanto con lo strumento dell'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, non anche del risarcimento del danno, il quale può essere disposto solo a seguito della lesione di un diritto soggettivo e può essere oggetto solo di un diritto soggettivo, come tale di competenza del giudice ordinario che non si occupa di interessi legittimi. Soltanto gli interessi legittimi oppositivi, camuffandosi in "diritti soggettivi riespansi", possono ricevere una riparazione per equivalente monetario dai tribunali civili, a seguito dell'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice amministrativo. Ma gli interessi legittimi pretensivi, che

sono quelli più rilevanti e numerosi man mano che la pubblica amministrazione, da autorità di compressione della sfera giuridica dei privati si trasforma in soggetto erogatore di servizi per il cittadino, rimangono privi di tutela risarcitoria.

Inoltre, proprio perché, fin dai suoi tratti cromosomici, si è atteggiato a procedimento di mera revisione “interna” della legittimità di un provvedimento già adottato, il giudizio amministrativo si è venuto configurando come un procedimento giurisdizionale con un contraddittorio meno pieno e garantito e con mezzi istruttori limitati, e cioè essenzialmente come un processo cartolare nel quale il giudice amministrativo, alla stregua di un organo “sovraordinato” e “interno” all’amministrazione, è chiamato a verificare la legittimità del provvedimento alla luce dei documenti amministrativi, a volte degli “schiarimenti” forniti dalla stessa amministrazione e, al massimo, degli eventuali accertamenti su fatti complessi, compiuti, col mezzo delle “verificazioni”, da organi amministrativi.

In buona sostanza, dal punto di vista funzionale, la giurisdizione amministrativa rimane “speciale” rispetto a quella “ordinaria” non solo per lo “speciale” rilievo che nella decisione giudiziale assume l’interesse pubblico che si contrappone all’interesse privato fatto valere in giudizio, non solo per lo “speciale” potere decisorio, consistente nella eliminazione dell’atto amministrativo illegittimo con salvezza del riesercizio del potere, ma anche per essere meno avvertita l’esigenza di difesa del ricorrente in un giudizio in cui l’interesse del privato è protetto subordinatamente all’interesse pubblico, nonché per l’accesso del giudice ai fatti di causa con molte restrizioni e non in maniera diretta, bensì nel modo in cui gli stessi sono documentati nel procedimento amministrativo da riesaminare, e comunque sempre “con gli occhi” di osservazione e di ricostruzione dell’amministrazione parte in causa, dalla quale il giudice amministrativo non è pienamente indipendente a causa dei rapporti che lo legano al potere esecutivo (al quale appartiene il Consiglio di Stato), sicché la giurisdizione amministrativa risulta essere “speciale” anche dal punto di vista strutturale, essendo una giurisdizione “interna” all’amministrazione.

La Costituzione repubblicana recepisce quest’impianto formatosi nei due decenni a cavallo del ventesimo secolo. Nel dibattito in seno all’Assemblea Costituente, il progetto di restaurare un sistema di giurisdizione unica, pur con la previsione di sezioni amministrative specializzate dei giudici ordinari, recede dinanzi al timore dei *patres* di far rivivere ai cittadini dell’ordinamento repubblicano quello stesso vuoto di tutela del periodo tra il 1865 e il 1889, determinato dalla “deferenza” del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione.

E però la Carta Costituzionale non si limita soltanto a confermare il previgente dualismo giurisdizionale, fondato sull’esistenza di una giurisdizione amministrativa strutturalmente speciale e organicamente distinta dalla magistratura ordinaria, sul criterio di riparto delle giurisdizioni in base alla lesione del diritto soggettivo o dell’interesse legittimo e con al centro della tutela giurisdizionale la caducazione degli atti illegittimi della pubblica

amministrazione. Intende anche assicurare alla magistratura amministrativa le stesse garanzie di indipendenza e autonomia della magistratura ordinaria; vuole che anche la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo - e nei confronti di qualunque forma di esercizio del potere amministrativo - sia completa, effettiva e concentrata, all'insegna della stessa autosufficienza del giudice ordinario nel garantire alle pretese sostanziali del cittadino la piena protezione; prescrive che il diritto di difesa ovvero il diritto al contraddittorio e i principi di imparzialità, terzietà e "parità delle armi" del giusto processo valgano anche nel giudizio amministrativo.

Il rinnovamento della giurisdizione amministrativa, programmato nella Carta Costituzionale, inizia alla fine degli anni sessanta con la soppressione, da parte della Corte Costituzionale, delle Giunte Provinciali Amministrative e delle altre giurisdizioni amministrative speciali i cui componenti sono ancora legati gerarchicamente al Governo e dunque privi del prescritto requisito dell'indipendenza, e con l'istituzione, da parte del legislatore del 1971, dei tribunali amministrativi regionali, composti da magistrati amministrativi reclutati, come i magistrati ordinari, per concorso, e la cui indipendenza e autonomia dal potere esecutivo è garantita da un organo di autogoverno.

Prosegue nel 1982 con la riconduzione dei magistrati dei T.A.R. e dei Consiglieri di Stato ad un'unica magistratura amministrativa e con l'istituzione, a tutela dell'indipendenza e dell'autonomia della stessa, di un altrettanto unico organismo di autogoverno, con le medesime attribuzioni assegnate dalla Costituzione al Consiglio Superiore della Magistratura a tutela dell'indipendenza e dell'autonomia dei magistrati ordinari.

Nel 2000 la composizione del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa viene rideterminata con una quota di membri "laici", come nel modello del C.S.M., per evitare tentazioni corporativistiche e autoreferenziali nella gestione della carriera dei magistrati amministrativi e negli anni successivi la giurisprudenza della Corte Costituzionale rende irreversibile questo percorso legislativo di creazione di uno statuto di indipendenza ed autonomia della magistratura amministrativa identico a quello della magistratura ordinaria, rinvenendo nella Carta fondamentale «principi costituzionali comuni» a tutte le giurisdizioni.

Nel quadro della pluralità organica della giurisdizione voluta dalla Costituzione, la magistratura amministrativa rimane distinta rispetto a quella ordinaria quanto a struttura, poteri e competenze, ma non può più essere considerata, come nel passato, "speciale" a causa dei suoi legami col potere esecutivo, perché l'ordinamento repubblicano non li tollera più e, quanto a indipendenza ed autonomia, la Costituzione «ammette un solo tipo di magistrato»<sup>1015</sup>, sicché, come intuito dalla dottrina più avanzata già dagli anni sessanta, la natura "ordinaria" o "speciale" con cui si distinguono le magistrature non può che essere una mera questione «nominalistica»<sup>1016</sup>, priva di effettive conseguenze sostanziali.

---

<sup>1015</sup> G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., 40.

<sup>1016</sup> V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano 1966, 45.

Col passare degli anni, poi, entra in crisi anche la “specialità” del vecchio modello del giudizio amministrativo, costruito, a partire dal 1889, come giudizio di mera impugnazione dell’atto amministrativo, finalizzato soprattutto alla tutela degli interessi legittimi oppositivi.

Il moltiplicarsi delle manifestazioni di esercizio del potere amministrativo e, correlativamente, delle possibili forme di abuso dello stesso, e il variegato atteggiarsi dei rapporti tra il cittadino e l’amministrazione, caratterizzato non più soltanto dalla contrapposizione per la salvaguardia dell’integrità del proprio patrimonio, ma anche dalla collaborazione per il conseguimento di provvedimenti amministrativi ampliativi e favorevoli ai quali sono sottesi «beni della vita», rendono palese il vuoto di tutela determinato dal giudizio amministrativo di solo annullamento dell’atto. Al cittadino che fa valere un interesse legittimo pretensivo non giova nulla la caducazione e la strumentale sospensione cautelare di un atto amministrativo di diniego; né il cittadino risulta protetto in mancanza di un’azione dichiarativa dell’illegittimità e di un’azione di condanna all’emanazione del provvedimento richiesto, in caso di silenzio non significativo dell’amministrazione su una sua istanza.

Rimanendo invariata la legislazione sul processo amministrativo, sono la giurisprudenza e la dottrina a farsi carico del compito di cercare di colmare questo vuoto di tutela, allargando quanto più possibile la sfera di operatività del vecchio giudizio di impugnazione e dei suoi istituti.

Raccogliendo i suggerimenti di illustri esponenti dell’accademia, il Consiglio di Stato elabora un meccanismo temporale-procedurale per individuare con una certa oggettività il momento in cui l’inerzia della pubblica amministrazione senza valore legale (silenzio-inadempimento) possa qualificarsi come provvedimento di rigetto di una istanza (silenzio-rigetto), consentendo all’interessato di ottenere, insieme all’annullamento dell’“inadempimento-diniego”, l’accertamento dell’obbligo di provvedere, coercibile col giudizio di ottemperanza. E nel 1978 lo stesso Consiglio di Stato si spinge ad affermare che il giudice amministrativo può non soltanto accertare l’obbligo dell’amministrazione di provvedere, ma, nei casi di attività amministrativa vincolata, può anche verificare la fondatezza dell’istanza del privato, in tal modo predeterminando il contenuto del provvedimento che la pubblica amministrazione deve adottare.

Per evitare che nei confronti dei provvedimenti amministrativi negativi si debba predicare l’inoperatività di qualunque misura cautelare protettiva e dunque l’ineffettività della tutela giurisdizionale, in contrasto con quanto prescritto dall’art. 24 Cost., la giurisprudenza amministrativa dilata al massimo l’applicabilità della sospensione cautelare, facendone discendere anche effetti positivi e propulsivi.

E col supporto degli studi sull’efficacia ultra-costitutiva della sentenza di annullamento, la giurisprudenza più avanzata riconosce che la decisione giudiziale che elimina un atto amministrativo illegittimo produce anche un effetto ordinatorio di ripristinazione della situazione fattuale e giuridica antecedente e di conformazione del successivo riesercizio del potere

amministrativo. Grazie al giudizio di ottemperanza, la regola elastica e incompleta contenuta nella sentenza di annullamento è suscettibile di trasformarsi progressivamente in un comando concreto per l'amministrazione, in grado di far conseguire all'interessato il provvedimento richiesto o comunque utile, se necessario attraverso la nomina di un commissario *ad acta* che si sostituisce all'amministrazione inadempiente anche nell'emanazione di provvedimenti discrezionali.

In buona sostanza, già negli ultimi tre decenni del Novecento, il giudizio amministrativo comincia a trasformarsi da giudizio sull'atto in giudizio sul rapporto, da giudizio di solo annullamento in giudizio anche di accertamento e di condanna<sup>1017</sup> e pur non potendo essere «un contenzioso di piena giurisdizione», come quello civile, non è più neppure «un contenzioso di pura interpretazione o di pura verifica (della legittimità, o no, dell'azione amministrativa)»<sup>1018</sup>, com'era l'originario giudizio “speciale”.

Dopo che una legge del 1990 ha riequilibrato, in sede di istruzione probatoria, il rapporto tra le parti del processo amministrativo, escludendo e riducendo la discrezionalità dell'amministrazione di non ostendere i documenti amministrativi in suo possesso, una legge del 1998, un'epocale sentenza del 1999 e una legge del 2000 cambiano definitivamente il volto della giustizia amministrativa, rendendo il giudice amministrativo autosufficiente nell'erogazione di ogni forma di tutela, anche di quella risarcitoria, sia nell'ambito della giurisdizione amministrativa esclusiva che di quella generale di legittimità, perché anche gli interessi legittimi pretensivi sono risarcibili e per quelli oppositivi la riparazione per equivalente o in forma specifica non è più subordinata all'annullamento giurisdizionale del provvedimento illegittimo, per consentire di raffigurarli come risarcibili diritti soggettivi riespansi.

Per rendergli possibile di accedere direttamente a tutti i fatti di causa, anche a quelli complessi, viene attribuita al giudice amministrativo la facoltà di disporre la consulenza tecnica.

E la tutela cautelare diventa atipica, come quella disciplinata dal codice di procedura civile, per fare in modo che la misura interinale di salvaguardia sia calibrata non più rispetto all'atto amministrativo, ma rispetto alla pretesa sostanziale fatta valere in giudizio.

La previsione di uno specifico rito per il silenzio-inadempimento consente all'interessato di realizzare più celermente l'interesse al provvedimento richiesto, specialmente dopo che una legge del 2005 sancisce espressamente la possibilità per il giudice amministrativo di conoscere della fondatezza dell'istanza, in caso di attività amministrativa non discrezionale.

L'emanazione, l'integrazione e la correzione del codice del processo amministrativo, tra il 2010 e il 2012, consolida la trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto in giudizio sul rapporto e lo rende meno “speciale” e più simile a quello civile.

---

<sup>1017</sup> NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., 1178.

<sup>1018</sup> NIGRO, *op. ult. cit.*, 1171.

I principi di imparzialità e terzietà del giudice, della parità delle parti e del contraddittorio sono attuati con molteplici disposizioni.

Nel processo amministrativo fa finalmente ingresso il principio di atipicità delle azioni caratteristico del processo civile: come in questo, anche nel processo amministrativo sono esperibili azioni dichiarative, costitutive e di condanna anche se non espressamente previste dal codice o dalle leggi, perché il contenuto dell'azione va ricercato non tanto nelle disposizioni processuali, quanto piuttosto nelle norme sostanziali che definiscono l'interesse qualificato del cittadino. 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 realizzare una utilità.

L'azione cautelare non soltanto può produrre l'erogazione di misure interinali atipiche, ma, come nel processo civile, per essere più tempestiva ed efficace, può anche essere esercitata *ante causam*.

E tra i mezzi di prova vengono ammessi anche la testimonianza (scritta) e le ispezioni.

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.

Infatti, la giurisprudenza della Corte Costituzionale del primo decennio del nuovo Millennio rende più certo e stabile il criterio di riparto, lasciando intendere che la figura dell’interesse legittimo che radica la giurisdizione amministrativa non è altro che una «metafora»<sup>1019</sup> dell’esercizio del potere amministrativo e che la Corte di Cassazione, quale giudice del riparto, non può attribuire la cognizione delle controversie pubblicistiche al giudice ordinario quando c’è esercizio o mancato esercizio del potere amministrativo. Ma nel far ciò, la Consulta sottolinea che la nostra Costituzione prevede, da un lato, la pluralità organica delle giurisdizioni, ma, dall’altro, l’unità funzionale della giurisdizione. Cosicché ha senso riferire il riparto tra i diversi giudici all’unica giurisdizione funzionale e, in definitiva, sarebbe più appropriato parlare di un “riparto di competenze”, che di un “riparto delle giurisdizioni”.

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* 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, però, al margine, possono essere persino interscambiabili, come avviene per le competenze dei giudici di un medesimo ordine giurisdizionale.

Se questa ricostruzione è condivisibile, non può non apparire anacronistica e distonica rispetto al sistema così rinnovato l’attribuzione, da parte dell’art. 111, ultimo comma, Cost., del potere di definire i confini delle giurisdizioni/competenze tra il giudice civile e quello amministrativo alla Corte di Cassazione, invece che ad un organo a composizione paritetica dei diversi giudici supremi in conflitto.

La presenza di un organo siffatto potrebbe anche risolvere la delicata questione dell’uniforme interpretazione della legge riguardante quei diritti soggettivi che possono essere conosciuti sia nel giudizio civile che nel giudizio amministrativo esclusivo, che oggi, nel vuoto normativo<sup>1020</sup>, parte della dottrina<sup>1021</sup> rivendica alla Corte di Cassazione. Infatti, a mio modesto avviso, non

---

<sup>1019</sup> M. NIGRO, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, cit., 1481.

<sup>1020</sup> Infatti, dal combinato disposto dei commi 7 e 8 dell’art. 111 Cost. si ricava che titolari della funzione nomofilattica sono, ciascuno nel proprio ambito di competenze, la Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti, ma che non è previsto un organo nomofilattico comune alle diverse giurisdizioni per le ipotesi in cui una medesima fattispecie possa essere conosciuta e decisa dai giudici di diverse giurisdizioni, come invece imporrebbe il principio di eguaglianza. Ed essendo aumentate a dismisura le materie di giurisdizione amministrativa esclusiva, l’ipotesi che una medesima fattispecie riguardante diritti soggettivi possa essere interpretata diversamente dal giudice civile e dal giudice amministrativo è diventata tutt’altro che rara.

<sup>1021</sup> F. BILE, *Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 1998, 12, 1475-1479.; A. PROTO PISANI, *Crisi della Cassazione: la (non più rinviabile) necessità di una scelta*, in *Foro it.*, 2007,

possono essere considerati espressione di un rapporto paritario “puro” quei “diritti soggettivi” che sono in qualche modo intrecciati con o anche soltanto “toccati” da manifestazioni di esercizio del potere amministrativo, sicché l’eventuale conflitto tra i giudici delle diverse giurisdizioni nell’interpretazione delle questioni che involgono i “diritti soggettivi” dovrebbe essere sciolto in modo equilibrato, tenendo conto sia della prospettiva privatistica della parità dei rapporti, sia della prospettiva pubblicistica della considerazione dell’interesse generale, come avviene per quelle questioni giuridiche sulle quali, a volte, negli altri sistemi dualistici europei, sono chiamate a pronunciarsi, ciascuna nel proprio ambito, distinte giurisdizioni e, per l’uniforme interpretazione ultima delle stesse, organi giurisdizionali a composizione mista.

E tuttavia, l’obiettivo dell’istituzione di un tribunale dei conflitti o di un senato congiunto dei tribunali superiori, realizzabile soltanto con una legge di revisione costituzionale, pare, allo stato attuale del dibattito scientifico-accademico e politico-giudiziario, difficilmente raggiungibile se non dovessero essere accolte almeno alcune delle richieste di recisione dei ravvisati residui legami col potere esecutivo di una parte dei potenziali componenti di quest’organo, provenienti da una parte dell’accademia e del mondo giudiziario.

---

4, 5, 122-128; ID., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, cit.; ID., *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, cit.; A. TRAVI, *Gli art. 24 e 111 Cost. come principî unitari di garanzia*, in *Foro it.*, 2011, 6, V, 165-170; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, ed. Giappichelli, Torino 2011, 632; E. SCODITTI, *Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi: una questione aperta*, in *Foro it.*, 2014, 6, V, 157-164.

## CONCLUSIONE

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 interprivatistiche, 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 espone 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»<sup>1022</sup>.

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 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, "de-specializzato" 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

---

<sup>1022</sup> S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia. Un dualismo a trazione monista*, cit., p. 47 ss.

giurisdizione amministrativa “speciale”, al quale si sono ispirati gran parte degli ordinamenti continentali ed anche extracontinentali di *civil law*.

Innanzitutto, la concezione della *légalité 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 "civilizzazione" 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 condanna<sup>1023</sup> 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)»<sup>1024</sup>, 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 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

---

<sup>1023</sup> NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., 1178.

<sup>1024</sup> NIGRO, *op. ult. cit.*, 1171.

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”<sup>1025</sup>.

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

---

<sup>1025</sup> 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).

*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 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 guarentigie 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 federali 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 inadeguate a cancellare molte delle più radicate specificità delle secolari culture e tradizioni nazionali.



## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, ed. Zanichelli, Bologna 2011.
- AA.VV., *Le riforme crispine, II, Giustizia amministrativa*, Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica (ISAP), ed. Giuffrè, Milano 1990.
- ABBAMONTE G., *Silenzio rifiuto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 1, 20-48.
- ABBAMONTE G. – LASCHENA R., *Giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XX, ed. Cedam, Padova 1997.
- ACONE M., *Giurisdizione e translatio iudicii ... aspettando Godot*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 6, 1591-1608.
- ALBANESE A., *L'amministrazione giustiziale in Austria*, in *Dir. Amm.* 2010, 2, 457-502.
- ALDER J., *Hunting the Chimera. The End of O'Reilly v. Mackman?*, in *Legal Studies*, 1993, July 13, 183 ss.
- ALLEGRETTI U., *Introduzione*, in AA.VV., *Le riforme crispine, II, Giustizia amministrativa*, Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica (ISAP), ed. Giuffrè, Milano 1990.
- ALLEN C.K., *Bureaucracy triumphant*, London 1931.
- AMIRANTE D. – ROSI F., *La giustizia amministrativa in Francia*, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, ed. Cedam, Padova 1996, XXV.
- ANTONELLI V., *I riflessi del processo di integrazione europea sulle giurisdizioni nazionali: il caso del giudice amministrativo italiano*, in *TORUNSKIE STUDIA POLSKO-WŁOSKIE*, 2013, 85-104.
- AUBY J.M. – DRAGO R., *Traité de contentieux administratif*, Paris 1984.
- BACHELET V., *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967.
- BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano 1966.
- BACHOF O., *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in *JuristenZeitung*, 1955, 97 ss.

BADURA P., *Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes*, in *Festschrift für Otto Bachof*, München 1984.

BAGEHOT W., *The English Constitution*, 1867, tradotto in italiano da Sonia Pastorino per Il Mulino, Bologna 1995.

BÄHR O., *Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze*, Kassel 1864, rist. Aalen, 1961, trad. it. a cura di O. Olivieri, in *Biblioteca di scienze politiche*, diretta da A. Brunialti, vol. VII, Torino 1891.

BAILEY S.H., *Judicial review and the public procurement Regulations*, in *Public Procurement Law Review*, 2005, 296 ss.

BAILLEUL D., *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, ed. LGDJ, Paris 2002.

BAKER J.H., *An Introduction to English Legal History*, ed. Butterworth, London 1979.

BARTHÉLÉMY J., *Essais d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, ed. S.R.G.L.A., Paris 1899.

BARTOLINI A., *Il risarcimento del danno fra giudice comunitario e giudice amministrativo*, ed. Giappichelli, Torino 2005.

BATTINI S., *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, 47 ss.

BEATON R., *Procedural Exclusivity: What Happened to Clark?*, in *Judicial Review*, 2004, 140 ss.

BENVENUTI F., *Il processo amministrativo (ad vocem)*, in *Enc. Dir.*, 1987, XXXVI.

BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova 1953.

BENVENUTI F., *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Vicenza 1969.

BENVENUTI F., *Scritti giuridici*, ed. Vita e Pensiero, Milano, 2006.

BERTI G., *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Dir. Pubbl.*, 1996, 2, 199 ss.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, ed. Utet, Torino 1955.

BIFULCO R., *La giustizia amministrativa nella Repubblica Federale di Germania*, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXV, ed. Cedam, Padova 1996.

- BILE F., *Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 1998, 12, 1475-1479.
- BINGHAM of CORNBILL, *Dicey Revisited*, in *Publ. Law*, 2002, 39 ss.
- BLACKSTONE W., *Commentaries on the Laws of England*, I, II, III, IV, Oxford 1765-1769 (ed. Bancroft-Whitney Company, 1915-1916).
- BONNARD R., *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, ed. Delagrave, Paris 1934.
- BONNARD R., *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, in *R.D.P.*, 1923, 363 ss.
- BONNARD R., *Les droits publics subjectifs des administrés*, in *R.D.P.*, 1932, 695 ss.
- BORSI U., *Il preteso atto amministrativo tacito nel silenzio dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1931, IV, 77 ss.
- BOUVET M., *Le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet*, t. tome 17, LGDJ, coll. «Bibliothèque de science administrative», 2001.
- BRAIBANT G. – STIRN B., *Le droit administratif français*, V ed., Paris, Sciences Po-Dalloz, 1999.
- BROYELLE C., *De l'injonction légale à l'injonction prétorienne: le retour du juge administrateur*, in *Droit administratif*, 2004, 3, 6 ss.
- BROYELLE C., *La convention européenne des droits de l'homme et le juge administratif en France*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, 445-458.
- BRÜHL R., *Die Behandlung des Verwaltungsermessens in Bescheid und Urteil*, in *JUS*, 1995, 249 ss.
- BRUTI LIBERATI E., *Accordi pubblici* (ad vocem), Enc. Dir., agg. V, 2001.
- CACCIAVILLANI C., *Translatio iudicii tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 4, 1023-1057.
- CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, p.g., ed. Cedam, Padova 2007.
- CALAMANDREI P., *Relazione preliminare sul tema "Posizione costituzionale del potere giudiziario nella nuova Costituzione italiana"* (verbale n. 32), in G. D'ALESSIO (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della "Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (1945-1946)*, Bologna 1979.

- CAMMEO F., *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, ed. Vallardi, Milano 1911.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, con note di G. Miele, Padova 1960.
- CANE P., *Administrative law*, Oxford 2004.
- CANNADA BARTOLI E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano 1950.
- CANNADA BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, ed. Giuffrè, Milano 1964.
- CARANTA R., *Giustizia amministrativa e diritto comunitario: studio sull'influsso dell'integrazione giuridica europea sulla tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*, ed. Jovene, Napoli 1992.
- CARANTA R., *Judicial Review* (ad vocem), in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, ed. Utet, Torino 1994.
- CARANTA R., *La tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in M.P. CHITI – G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, ed. Giuffrè, Milano 2007.
- CARBONE A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, ed. Giappichelli, Torino 2012.
- CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2005.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, ed. Dike, Roma 2014.
- CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, ed. Cedam, Padova 1936.
- CARNWATH R., *Tribunal Justice. A New Start*, in *Public Law*, 2009, 249 ss.
- CARRÀ M., *Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco*, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali nei diritti amministrativi europei*, Firenze University Press 2009, 25-92.
- CARRÀ M., *L'esercizio illecito della funzione pubblica. Fondamento presupposti e regime*, ed. Giappichelli, Torino 2005.
- CASSETTA E., *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 3-4, 689-704.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2013 (edizione riveduta e aggiornata a cura di F. FRACCHIA).
- CASSESE S., *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quad. fior. stor.*, 1990, 18, 5 ss.

CASSESE S., *Consiglio di Stato e pubblica amministrazione da una Costituzione all'altra*, in CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, ed. Giuffrè, Milano 1997.

CASSESE S. (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, ed. Giuffrè, Milano 1997.

CASSESE S., *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*, in L. VANDELLI – C. BOTTARI – D. DONATI (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, ed. Maggioli, Rimini 1994.

CASSESE S. (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2012.

CASSESE S., *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2003, 1-94.

CASSESE S., *La crisi dello Stato*, ed. Laterza, Roma-Bari 2002.

CASSESE S., *La ricezione di Dicey in Italia e Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, in *Mat. stor. cultura giur.*, 1995, 107 ss.

CASSESE S., *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2003, 173-250.

CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, ed. Garzanti, Milano 2000.

CASSESE S., *Tocqueville e il diritto amministrativo*, in *Carte stor.*, 1997, 2, 7 ss.

CASSETTI L. (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, ed. Jovene, Napoli 2012.

CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004, IV, 3031-3064.

CERULLI IRELLI V., *Le questioni di giurisdizione nella giurisprudenza della Cassazione di Roma*, in AA.VV., *Le riforme crispine, II, Giustizia amministrativa*, Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica (ISAP), ed. Giuffrè, Milano 1990.

CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, ed. Giappichelli, Torino 2011.

CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 465 ss.

CERVATI A.A., *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze*

della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere, *Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, ed Giuffrè, Milano 1989.

CHABANOL D., *Un printemps procédural pour la juridiction administrative?*, in A.J.D.A., 1995.

CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Paris 2008.

CHAPUS R., *Georges Vedel et l'actualité d'une notion fonctionnelle: l'intérêt d'une bonne administration de la justice*, in *Revue de droit public*, 2003, 3 ss.

CHIEPPA R., *La tutela giurisdizionale*, 105 ss., in G. P. CIRILLO – R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, vol. XLI, Padova 2010, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, ed. Cedam.

CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, ed. Jovene, Napoli 1912 (ristampa inalterata, Napoli, 1965).

CHIOVENDA G., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, a cura di A. PROTO PISANI, Milano 1993.

CHIRULLI P., *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, ed. Giappichelli, Torino 1996.

CHITI M.P., *Cittadino e potere in Inghilterra*, ed Giuffrè, Milano 1990.

CHITI M.P., *Diritto amministrativo comparato (ad vocem)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, ed. Utet, Torino 1990, V, 206 ss.

CHITI M.P., *I nuovi poteri del giudice amministrativo: i casi problematici delle sanzioni alternative e delle astreintes*, in G. GRECO (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa: atti del Convegno, 20 maggio 2011, Università degli studi di Milano*, ed. Giuffrè, Milano 2012, 3-30.

CHITI M.P., *I «nuovi poteri» nel common law. La prospettiva del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 2, 339-409.

CHITI M.P., *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli «altri»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 3-4, 487-511.

CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, ed. Giuffrè, Milano 2013.

CHITI M.P., *Le procedure giurisdizionali speciali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2003, 4735-4798.

CIMINI F., *La regola della "translatio iudicii" tra giudice ordinario e giudici speciali. Si va verso l'unità della giurisdizione?*, in *Giur. di merito*, 2008, 1, 221-228.



CINTIOLI F., *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)* (ad vocem), in *Enc. Dir.*, Annali II-2, 2008.

CLARICH M., *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. Amm. Proc.*, 1985, 1, 66-91.

CLARICH M., *L'esecuzione*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2013, 297-316.

CLARICH M., *Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 11, 1121-1128.

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, ed. Il Mulino, Bologna 2013.

CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 3, 557-600.

COMOGLIO L.P., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio* (ad vocem), in *Enc. Treccani*, Libro del diritto dell'anno 2012.

CONSOLO C., *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, 7, 877-890.

G. CORAGGIO, *Il codice del processo amministrativo fra interesse pubblico e interesse privato*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, ed. Zanichelli, Bologna 2011, 573-585.

CORSO G., *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, ed. Giuffrè, Milano 1997, 21-48.

CORTESE F., *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova 2007.

COSCULLUELA MONTANER L., *Manual de derecho administrativo*, Madrid 2000.

CRAIG P., *Administrative Law*, Londra 2003.

CRAIG P., *Ultra vires and the foundations of judicial review*, in *Cambridge law journal*, 1998, 63 ss.

CURTI GIALDINO C., *I vizi dell'atto nel giudizio davanti la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, ed. Giuffrè, Milano 2008.

D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, ed. Il Mulino, Bologna 1992.

D'ANGELO G., *La "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: profili critici di un orientamento che non convince*, in *GiustAmm.it*, n. 7/2013.

DANIELE L., *Diritto dell'Unione Europea*, ed. Giuffrè, Milano 2010.

DE GRAZIA D., *Il sistema di giustizia amministrativa del Regno Unito*, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze University Press 2009, 221-252.

DE NICTOLIS R., *I riti speciali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 11, 1151-1168.

DE PRETIS D., *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione europea*, Trento 2000.

DE PRETIS D., *Il riparto di giurisdizione*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 11, 1129-1141.

DE PRETIS D., *Il sistema della protezione preventiva*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, ed. Giuffrè, Milano 2010, 3-45.

DE PRETIS D., *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, ed. Giuffrè, Milano 2007, 283-323.

DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, ed. Cedam, Padova 1995.

DE SMITH S.A., *Judicial Review of Administrative Action*, London 1959.

DE SMITH S.A. - WOOLF H. – JOWELL J., *Judicial review of administrative action*, Sweet and Maxwell, London 1995.

DESIDERI A., *Storia e storiografia*, vol. II, ed. G. D'Anna, Messina-Firenze, 1979.

DI GASPARE G., *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico; l'esperienza italiana e francese nello stato liberale*, ed. Giuffrè, Milano 1984.

DI GASPARE G., *Il potere nel diritto pubblico*, ed. Cedam, Padova 1992.

DUGUIT L., *Les transformations du droit public*, Paris 1913.

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, Paris 1923.

EMERY C., *Collateral Attack. Attacking Ultra Vires Action Indirectly in Courts and Tribunals*, in *Modern Law Review*, 1993, 56, 5, 643 ss.

ERICHSEN H.U., *Die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe als Steuerungs- und Kontrollmaßgaben im Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung*, in *DVBl* 1985, 24 ss.

FALCON G., *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv .it. dir. pubbl. com.*, 1991, 2, 351-370.

FALCON G., *Giustizia comunitaria e giustizia amministrativa*, in L. VANDELLI – C. BOTTARI - D. DONATI (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, ed. Maggioli, Rimini 1994.

FALCON G. (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, ed. Cedam, Padova 2010.

FALCON G., *Gli sperati progressi (e i temuti regressi) nella giustizia amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, ed. Giuffrè, Milano 1997, 71-76.

FALCON G. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, ed. Cedam, Padova 2005.

FALCON G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 287-329.

FALCON G. (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento 2001.

FALCON G. – DE PRETIS D. (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, ed Cedam, Padova 2011.

FALCON G. - FRAENKEL C. (a cura di), *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO) – Versione italiana con testo a fronte*, Trento 2000.

FERRARA L., *Prime riflessioni sulla disciplina del silenzio-inadempimento con attenzione alla Säumnisbeschwerde austriaca*, in G. FALCON (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento 2001.

FERRARI G.F., *Giustizia amministrativa in diritto comparato (ad vocem)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VII, 1991.

FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, ed. Giuffrè, Milano 1966.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, p.g.*, ed. Zanichelli, Bologna 2008.

FIGORILLI F., *Dal Consiglio di Stato due conferme in tema di giudicato implicito e pregiudiziale amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2012, 5, 579-588.

FIGORILLI F., *I motivi aggiunti*, in B. SASSANI e R. VILLATA (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo, Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, Torino 2004, 169 ss.

- FLOGAITIS S., *Administrative law et droit administratif*, L.g.d.j., Paris 1986.
- FOLLIERI E., *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 4, 646-674.
- FOLLIERI E., *La fase cautelare*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, ed. Giappichelli, Torino 2013, 337-363.
- FOLLIERI E., *La legge 31 marzo 1889, n. 5992 nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in AA.VV., *Le riforme crispine*, II, *Giustizia amministrativa*, Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica (ISAP), ed. Giuffrè, Milano 1990.
- FOLLIERI E., *La tipologia delle azioni proponibili*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, ed. Giappichelli, Torino 2013, 173 ss.
- FORSYTH C.F., *Beyond O'Reilly Mackman: The Foundations and Nature of Procedural Exclusivity*, in *C.L.J.*, 1985, 427 ss.
- FORSYTH C.F., *The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*, in *C.L.J.*, 1988, 238 ss.
- FORTI U., *Il « silenzio » della pubblica amministrazione e i suoi effetti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, I, 121 (ora in *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1937, 229).
- FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept ed droit administratif français du XIX au XX siècle*, ed. Dalloz, Paris 2003.
- FRAENKEL-HAEBERLE C., *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa. Germania – Austria – Italia*, Trento 2004.
- FRASCA R., *Giurisdizione e translatio iudicii: guerra fra le Corti o virtuosa coincidentia oppositorum?*, in *Giur. it.*, 2008, 3, 693-699.
- FROMONT M., *La place de la justice administrative français in Europe*, in *Droit administratif*, n. 7/2008.
- FROWEIN J.A. (a cura di), *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, Berlin-Heidelberg 1993.
- GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1985, 1 ss.
- GALLIGAN D.J., *Discretionary Powers, A legal study of official discretion*, Clarendon Press, Oxford 1990.

GAMBARO A., *Common law ed equity in Inghilterra*, in A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, ed. 2008, 49, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, ed. UTET, Torino.

GAMBARO A., *L'esperienza giuridica degli Stati Uniti d'America*, in GAMBARO A. – SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, ed. 2008, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, ed. UTET, Torino.

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso-Administrativo*, Thomson Civitas, Madrid 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma?*, traduzione a cura di S.R. MASERA, ed. Giuffrè, Milano 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA E. – FERNANDEZ T.R., *Curso de derecho administrativo*, Thomson Civitas, Madrid 2006.

GAROFOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, ed. Neldiritto, Roma 2010.

GASPARRI W., *Tutele differenziate e riti speciali nel contentieux administratif*, 204-205, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze University Press 2009, 123-220.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 1993.

GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963 (I parte), 522 ss; 1964 (II parte) 12 ss.; (III parte) 217 ss.

GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, ed. Giuffrè, Milano 1939.

GIANNINI M.S., *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e Diritto*, 1941, 439 ss.

GIANNINI M.S., in *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), ora in *Quad. fior. stor.*, 1973, 2, 218 ss.

GIANNINI M.S. – PIRAS A., *La giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione (ad vocem)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano.

GIMENO SENDRA V. – MORENO CATENA V. – SALA SANCHEZ P., *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 2001.

GIOIA G., *La decisione sulla questione di giurisdizione*, ed. Giappichelli, Torino 2009.

GIORDANO A., *La giurisdizione tributaria attraverso il prisma della giurisdizione amministrativa. Storia di un'evoluzione parallela*, su [www.contabilita-pubblica.it](http://www.contabilita-pubblica.it) del 25 novembre 2012.

GLENDI C., *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, in *Corr. trib.*, 2009, 33, 2655-2670.

G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, ed. Giuffrè, Milano 2010.

GUICCIARDI E., *Silenzio e pronuncia sullo stesso ricorso gerarchico*, in *Giur. it.*, 1960, III, 257 ss..

GUMMER P., commento al § 17a GVG, in R. ZÖLLER, *Zivilprozessordnung*, 2009.

GUYOMAR M. – SEILLER B., *Contentieux administratif*, ed. Dalloz, Hypercours, 2010.

HÄBERLE P., *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci Ed., Roma 2001.

HAMSON C.J., *Executive Discretion and Judicial Control. An Aspect of the French Conseil d'État*, Cambridge 1954.

HARLOW C. – RAWLINGS R., *Law and Administration*, Cambridge 1997.

HAURIOU M., *Note sous Conseil d'État 8 décembre 1899, Ville d'Avignon*, S., 1900, 3.

HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris 1933.

HEILEK W., *Cenni sulla giustizia amministrativa in Baviera/Germania*, in *Quaderni del Consiglio di Stato: La giustizia amministrativa tra nuovo modello regionale e modello federale - Atti del Convegno di Palermo del 30 e 31 ottobre 2000*, ed. Giappichelli, Torino 2002.

HENKE W., *Das subjektive öffentliche Recht*, Tübingen 1968.

HENRION DE PANSEY P.P.N., *De l'autorité judiciaire en France*, Paris 1827.

HEWART OF BURY, *The New Despotism*, London 1929.

HIND H., *ist die gesetzliche Verpflichtung der Executive zur (letztverbindlichen) Aulegung eines «unbestimmten Rechtsbegriffes» durch Allgemeine Verwaltungsvorschriften verfassungswidrig*, in *DÖV*, 1988, 679 ss.

HUBER P.M., *La tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici*, in E. FERRARI (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, ed. Giappichelli, Torino 2003.

HUFEN F., *Verwaltungsprozessrecht*, München 2005.

IANDOLO F., *La terzietà dei giudici amministrativi e gli incarichi extra-istituzionali. Origini, stratificazione normativa e D.L. n. 90/2014 convertito con legge 11.08.2014, n. 114*, in *Amministrativ@mente*, n. 9/2014.

JELLINEK W., *Ein Bundesgesetz über Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *DÖV*, 1950, 513 ss.

JELLINEK W., *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913.

JELLINEK W., *Verwaltungsrecht*, Berlino 1931.

JELLINEK W., *Verwaltungsrecht*, Offenburg 1948.

JESERICH K.G.A. – POHL H. - VON UNRUH G.C. (a cura di), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Stuttgart 1964.

KEIR D.L., *The Constitutional History of Modern Britain since 1485*, (I ed. 1938), London 1975 (IX ed.).

KIMMINICH O., *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik*, in *VBLBW*, 1988, 373 ss.

LACCHÉ L., *Il circolo di Coppet e gli orizzonti liberali dello Stato costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 529 ss.

LAFERRIÈRE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris 1989 (ristampa della prima edizione del 1887-1888).

LANDON P., *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir*, ed. L.G.D.J., Paris 1962.

LASKI H., *The foundations of sovereignty and other essays*, London, Allen and Unwin, 1921.

LASKI H., *The responsibility of the State in England*, in *Harvard Law Review*, 1919, 32, 447 ss.

LAWSON F.H., *Dicey revisited*, in *Pol. St.*, 1959, VII, 207 ss.

LAWSON D.H., *Le droit administratif anglais*, in *Revue internationale de droit comparé*, LXXIV, 1951.

LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, ed. Cedam, Padova 2001.

LAZZARA P., *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, in *Dir. amm.*, 1996, 2, 301 ss.

LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 4, 371-445.

LEFÉBURE M., *Le pouvoir d'action unilaterale de l'administration en droit anglais et français*, Paris 1961.

LEGENDRE P., *Histoire de l'administration de 1750 a nos jours*, Paris, Puf, 1968.

LEWIS N., *If you see Dicey will you tell him? Regulatory problems in british constitutional law*, in *Pol. Q.*, 1988, 6 ss.

LIGNANI P.G., *Silenzio (diritto amministrativo) (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, XLII, ed. Giuffrè, Milano 1990.

LIGUGNANA G., *L'altra giustizia amministrativa. Modelli ed esperienze d'oltremarina*, ed. Giappichelli, Torino 2010.

LIGUGNANA G., *Le trasformazioni della giustizia amministrativa inglese: la riforma dei tribunals*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 2, 432-459.

LOIODICE I., *La giustizia amministrativa in Belgio*, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, ed. Cedam, Padova 1996, XXV.

LONGHI N., *Il nuovo giurisdizionalizzato ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *GiustAmm.it*, n. 10/2013.

LONGLEY D. – JAMES R., *Administrative Justice*, Cavendish Publishing Ltd., London-Sidney 1999.

LOPEZ RAMON F., *Planta y competencia de la jurisdicción contenciosa después la reforma del 1998*, in S. RAIMONDI - R. URSI (a cura di), *La riforma della giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna. Atti del Convegno di studi italo-spagnolo* (Palermo, 19-20 marzo 2001), ed. Giappichelli, Torino 2002.

MAC DONAGH O., *The Nineteenth-Century Revolution in Government: A Reappraisal*, in *Hist. J.*, 1958, I, p. 56 ss.

MACCHIA M., *La riforma degli amministrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 1, 209-237.

MAITLAND F.W., *English Law and the Reinassance*, 1901.

MAITLAND F.W., *The Forms of Action at Common Law*, Cambridge 1948.



- MANGIA A., *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2007, 2, 736-745.
- MANNORI L. – SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, ed. Laterza, Roma-Bari 2001.
- MANTELLINI G., *I conflitti di attribuzione in Italia*, Firenze 1871.
- MANTELLINI G., *I conflitti di attribuzione in Italia. Parte seconda – anni 1871 e 1872*, Firenze, 1873.
- MANTELLINI G., *I conflitti di attribuzione in Italia. Parte terza: dopo la legge 31 marzo 1877*, Firenze 1878.
- MANTELLINI G., *Lo Stato e il codice civile*, ed. Barbera, Firenze 1880.
- MARCHETTI B., *Il collateral challenge come strumento indiretto di impugnazione indiretta dell'atto amministrativo illegittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 1, 46-95.
- MARCHETTI B., *La giustizia amministrativa*, in *La legge n. 69/2009 e la pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 11, 1158-1166.
- MASERA S.R., *Contenuto della sentenza amministrativa e sua esecuzione in Spagna, Francia e Germania*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, ed. CEDAM, Padova 2010.
- MASSERA A., *L'attività contrattuale*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, 175-265.
- MASUCCI A., *La legge tedesca sul processo amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 1991.
- MATTARELLA B.G., *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2003, 797-1034.
- MATTEI U., in *Common Law. Il diritto angloamericano*, Torino 1992, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, ed. UTET.
- MAURER H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2006.
- MAYER H., *Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, Kurzkommentar*, Wien, 1997.
- MAZZAMUTO M., *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 46-78.
- MELLERAY F., *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, ed. L.G.D.J., Paris 2001.

MENGER C.F., *Zur Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1963, 726 ss.

MENGOZZI M., *L'influenza della giurisprudenza di Strasburgo sulla disciplina italiana del processo amministrativo*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, ed. Jovene, Napoli 2012, 431-452.

MERLONI F., *Funzioni amministrative e sindacato giurisdizionale. Una rilettura della costituzione*, in *Dir. Pubbl.*, 2011, 2, 483-503.

MERUSI F., *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 1, 5-19.

MERUSI F., *Verso un'azione di adempimento?*, in *Il processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, 331 ss.

MERUSI F. – PASSARO M., *Autorità indipendenti (ad vocem)*, in *Enc. Dir.*, agg. VI, 2002.

MERUSI F. – SANVITI G., *L'« ingiustizia » amministrativa in Italia*, ed. Il Mulino, Bologna 1986.

MEUCCI L., *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, IV, 1 ss.

MILSOM S.F.C., *Historical Foundations of the Common Law*, London 1981.

MINGHETTI M., *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna 1881.

MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, ed. Giuffrè, Milano 2001.

MORTATI C., *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, 131 ss.

MORTATI C., *Note sul potere discrezionale*, Roma 1936.

NAPOLITANO G. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, ed. Giuffrè, Milano 2007.

NAPOLITANO G., *I grandi sistemi del diritto amministrativo*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, ed. Giuffrè, Milano 2007, 1-60.

NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, ed. Il Mulino, Bologna 2014.

NEGLIA F., *Gli incarichi extra-giudiziari dei magistrati amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 2, 701-757.

NIGRO N., *Conclusioni*, in *L'accordo nell'azione amministrativa* a cura di A. MASUCCI, Roma, 1988, Quaderni del FORMEZ, n. 51, 79 ss.

NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, ed. Il Mulino, Bologna 2002 (aggiornata a cura di E. CARDI e A. NIGRO).

NIGRO M., *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, ora in ID., *Scritti giuridici*, ed. Giuffrè, Milano 1996, II, 1051 ss.

NIGRO M., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1981, 4, 1157-1198.

NIGRO M., *Ma che cosa è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, 10, 470-483.

NIGRO M., *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.* 1981, I, 2140-2205.

NIGRO M., *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui Tribunali regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1827-1897.

OETER S., *Die Kontrolldichte hinsichtlich unbestimmter Begriffe und des Ermessen*, in J. A. FROWEIN (a cura di), *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, Berlin-Heidelberg 1993.

ORIANI R., *È possibile la "translatio iudicii" nei rapporti tra Giudice ordinario e Giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, 4, I, 1013-1025.

ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, in V.E. ORLANDO (diretto da), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Vol. III, parte 2°, Milano 1923.

ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*. (*Sonntagsgedanken*), ed. Giuffrè, Milano 2005.

ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 3 ss.

ORSI BATTAGLINI A. – MARZUOLI C., *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 2, 487-504.

OSSENBÜHL F., *Tendenzen und Gefahren der neuen Ermessenlehre*, in *DÖV*, 1968, 618 ss.

PACTEAU B., *Contentieux administratif*, ed. Press Universitaires de France, Paris 1985.

PAJNO A., *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 2, 541-574.

PAJNO A., *Costruzione del sistema di tutela e comunicabilità delle giurisdizioni: translatio iudicii o salvezza degli effetti della domanda?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 9, 960-966.

PAJNO A., *Giustizia amministrativa ed interpretazione costituzionale*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, ed. Zanichelli, Bologna 2011, 339-349.

PAJNO A., *Il Codice del processo amministrativo fra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 9, 885-892.

PAJNO A., *Il riparto della giurisdizione*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2003, 4193-4310.

PAJNO A., *La giurisdizione*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2013, 47-100.

PAJNO A., *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 119-142.

PAJNO A., *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 3, 419-484.

PARRIS H., *Una burocrazia costituzionale. L'esperienza amministrativa dello Stato britannico e la sua evoluzione dal Settecento ad oggi* (1969), trad. it. Milano 1979.

PARTINGTON M., *The future of Tribunals*, in *Legal Action*, 5/1993, 9 ss.

PATRONI GRIFFI F., *Le trasformazioni nella giustizia amministrativa dalla l. n. 205 del 2000 al codice del processo amministrativo*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, ed. Zanichelli, Bologna 2011, 511-526.

PERNTHALER P. (a cura di), *Unabhängige Verwaltungssenate und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, *Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung*, Vienna 1993.

PICOZZA E., *Il processo amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano, 2008.

PIERANDREI F., *I diritti subiettivi pubblici nella evoluzione della dottrina germanica*, Torino 1940.

PIRANDELLO L., *Concorso per referendario al Consiglio di Stato*, in *Novelle per un anno*, 1922.

PIRAS A. (a cura di), *Il controllo giurisdizionale sulla pubblica amministrazione*, ed. Utet, Torino 1971.

POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, ed. CEDAM, Padova, I, 2000; II, 2001.

POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, ed. ESI, Napoli 1997.

POLICE A., *Le impugnazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 11, 1169-1177.

PONTI B., *Dati sulla presenza dei magistrati amministrativi negli uffici ministeriali di collaborazione diretta (1948-2001)*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 2, 759-781.

POTOTSCHNIG U., *Il giudice interessato non è indipendente?*, in *Scritti scelti*, Padova, 1999.

PROTO PISANI A., *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, pubblicato sul *Foro it.*, 2009, 10, V, 369-380.

PROTO PISANI A., *Crisi della Cassazione: la (non più rinviabile) necessità di una scelta*, in *Foro it.*, 2007, 4, V, 122-128.

PROTO PISANI A., *Intervento breve per il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 6, I, 776-788.

PROTO PISANI A., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, 2, V, 21-29.

PROTO PISANI A. - ROMBOLI R. - SCARSELLI G., *Ancora sull'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 2001, 12, III, 556-558.

PROTTO M., *La riforma del contentieux administratif*, in *Foro amm.*, n. 6/1996, 2, 2117-2162.

REDEKER K. – VON OERTZEN H.J., *Verwaltungsgerichtsordnung*, Kohlammer 1988.

REDEKER K. – VON OERTZEN H.J., *VwGO Kommentar*, 13 Aufl, Stuttgart-Berlin-Köln 2000.

REUß H., *Der unbestimmte Rechtsbegriff – Seine Bedeutung und seine Problematik*, in *„Deutsches Verwaltungsblatt“*, 68, 1953, 649 ss.

RHEINSTEIN M., «*Common law – Equity*» (ad vocem), *Enc. Dir.*, Milano 1960, VII.

RICCI J.C., *Mémento de la jurisprudence administrative*, ed. Hachette supérieur, Paris 2008.

RIVERO J., *Cours de droit administratif comparé*, Paris 1955-58.

RIVERO J., *Droit administratif*, ed. Dalloz, Paris 1987.

- ROBERTS D., *Victorian Origins of the British Welfare State*, New Haven, Yale University Press, 1960.
- ROBSON W.A., *Justice and Administrative Law. A Study of the British Constitution*, London 1928.
- ROBSON W.A., *The report of the committee on ministers' powers*, in *Pol. Q.*, III, 1932.
- RODI M.T., *I "concetti giuridici indeterminati". Comparazione tra sistemi giuridici e analisi economica del diritto*, eprints LUISS 2014.
- RODIO R.G., *La giustizia amministrativa in Spagna*, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, ed. Cedam, Padova 1996, XXV.
- ROHR J.A., *Dicey's Ghost and Administrative Law*, in *Adm. Soc.*, 34, 2002.
- ROMANO A., *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1985, 10, 2491-2507.
- ROMBOLI R., *Translatio iudicii tra Corte costituzionale e Corte di cassazione: due sentenze "storiche" sono meglio di una?*, in *Quad. cost.*, 2008, 1, 129-133.
- ROZEK J., *Grundfälle zur verwaltungsgerichtlichen Fortsetzungsfeststellungsklage*, in *JUS*, 1995, 598 ss.
- SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino 1992.
- SACCO R., *Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law*, (Installment I of II) in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n° 1, Winter, 1991, pp. 1-34.
- SACCO R., *Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law*, (Installment II of II) in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n° 2, Spring, 1991, pp. 343-401.
- SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino 1904.
- SÁNCHEZ MORÓN M., *Derecho Administrativo, Parte General*, Editorial Tecnos, 2005.
- SÁNCHEZ MORÓN M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Editorial Tecnos, 1994.
- SANDEVOIR P., *Études sur le recours de pleine juridiction*, Paris, L.g.d.j., 1964.
- SANDULLI A. (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2013.

SANDULLI A., *La giustizia*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2012, 549-610.

SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, ed. Cedam, Padova 1998.

SANDULLI A., *La storia e i principi*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, ed. Giuffrè, Milano 2013.

SANDULLI A.M., *Giudici amministrativi, concorsi, indipendenza*, in *Scritti giuridici*, V, Napoli 1990.

SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, ed. Jovene, Napoli 1989.

SANDULLI A.M., *Sul regime attuale del silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 2, 169-194.

SANDULLI M.A., *Inefficacia del contratto e sanzioni alternative*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, 103-119.

SANDULLI M.A., *La "translatio iudicii" tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione: note a primissima lettura*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, 2, 1, 495-499.

SANTORO E., *Common Law e costituzione nell'Inghilterra moderna: introduzione al pensiero di Albert Venn Dicey*, ed. Giappichelli, Torino 1999.

SARGOS P., *Point communs et divergences des deux ordre de juridiction*, in *Actualité Juridique – Droit administratif*, 1990.

SCHENKE W.R., *Die Antragsbefugnis natürlicher und juristischer Personen in Normenkontrollverfahren gem. § 47, 1 Alt. n. F. VwGO*, in *VerwArch.*, 1999, 301 ss.

SCHENKE W.R., *Probleme des Rechtsschutzes bei der Vollstreckung von Verwaltungsakten*, in *NVwZ*, 1993, 1 ss.

SCHMIDT-AßMANN E. – GROß T., *Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte nach der Privat-grundschul-Entscheidung des BVerfG*, in *NVwZ*, 1983, 622 ss.

SCHMIDT-EICHSTAEDT G., *Bundesgesetze und Gemeinden*, Stuttgart 1981.

SCHWARTZ B., *French Administrative Law and the Common Law World*, New York 1954.

SCIALOJA V., *Ancora sui limiti della competenza della Sezione IV del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Giust. Amm.*, 1892, IV, 50 ss.

SCIALOJA V., *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, I, 407 ss.

SCIALOJA V., *Sui limiti della competenza del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria*, in *Foro it.*, 1891, I, c. 1117.

SCOCA F.G., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 379-418.

SCOCA F.G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, ed. Giuffrè, Milano 1990.

SCOCA F.G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, ed. Giappichelli, Torino 2013.

SCOCA F.G., *Il Consiglio di Stato e i conflitti di attribuzione (1865-1877)*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, ed. Zanichelli, Bologna 2011, 93-130.

SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano 1971.

SCOCA F.G., *L'evoluzione del sistema*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, ed. Giappichelli, Torino 2013, 18-38.

SCOCA F.G., *La formazione del sistema*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, ed. Giappichelli, Torino 2013, 3-17.

SCOCA F.G., *Premessa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, ed. Giappichelli, Torino 2013.

SCOCA F.G., *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 1 ss.

SCODITTI E., *Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi: una questione aperta*, in *Foro it.*, 2014, 6, V, 157-164.

SCOGNAMIGLIO A., *Translatio iudicii, giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2007, 7-8, 2109-2115.

SIGISMONDI G., *La distanza tra le giurisdizioni si riduce: è ammessa la translatio iudicii*, in *Urb. e app.*, 2007, 7, 822-826.

SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, ed. Giappichelli, Torino 1997.

SKYRME T., *History of the Justices of the Peace*, Chichester 1991.

SOMERHAUSEN M., *Belgio*, in A. PIRAS (a cura di), *Il controllo giurisdizionale sulla pubblica amministrazione*, ed. Utet, Torino 1971.

SOMMERMANN P., *Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *Speyerer Forschungsberichte*, Speyer 1991, 57 ss.



SPAGNA MUSSO E., *Giudice (nozione e profili costituzionali)* (ad vocem), in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano 1969.

SPAVENTA S., *Discorso per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato*, pubblicato da R. RICCI nella *Riv. dir. pubbl.* del 1909.

SPAVENTA S., *Giustizia nell'amministrazione*, Discorso pronunciato all'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880, in S. SPAVENTA, *La giustizia amministrativa*, a cura di S. RICCI, Napoli 1993.

SPAVENTA S., *La giustizia amministrativa*, a cura di S. RICCI, Napoli 1993.

STEBBINGS C., *Legal Foundations of Tribunals in Nineteenth Century England*, New York 2006.

STERN K., *Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit*, München 1995.

STORTO A., *La tutela cautelare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 11, 1141-1151.

STREET H.A., *A Treatise on the Doctrine of Ultra Vires*, London 1930.

TERRÉ F., *Perspectives et avenir du dualisme juridictionnel*, in *Actualité Juridique – Droit administratif*, 1990.

THIENEL R., *Verfassungsrechtliche Probleme der derzeitigen Ausgestaltung der Unabhängige Verwaltungssenate*, in P. PERNTHALER (a cura di), *Unabhängige Verwaltungssenate und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung*, vol. 56, Vienna 1993.

THOMAS R., *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Oxford 2000.

de TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique* (1840), Laffont, Paris 1986.

de TOCQUEVILLE A., *L'Ancien Régime et la Révolution*, libro II, cap. II, tradotto in italiano in ID., *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, vol. I, Torino 1969.

de TOCQUEVILLE A., *Oeuvres complètes, Voyages en Angleterre, Irlande, Suisse et Algérie*, Gallimard, Paris 1958.

TORCHIA L., *Il nuovo codice del processo amministrativo. I principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 11, 1117-1121.

TORCHIA L., *L'istituzione della V sezione con la legge n. 62 del 1907: la «carta giurisdizionale» del Consiglio di Stato*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, ed. Zanichelli, Bologna 2011, 177-186.

TORCHIA L., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, ed. Giuffrè, Milano 2007, 265-282.

TORCHIA L., *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 9, 843-850.

TRAVI A., *Diritti costituzionalmente protetti e riparto di giurisdizione*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. III, ed. ESI, Napoli 2011.

TRAVI A., *Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, in *Foro it.*, 2011, 6, V, 165-170.

TRAVI A., *Il codice del processo amministrativo. Presentazione*, in *Foro it.*, 2010, 9, V, 205-210.

TRAVI A., *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 2, 505-518.

TRAVI A., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 2, 439-460.

TRAVI A., *Le novità della legge 18 giugno 2009, n. 69. La nuova disciplina della translatio iudicii*, in *Urb. e app.*, 2009, 8, 913-915.

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, ed. Giappichelli, Torino 2014.

TRAVI A., *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 1, 371-388.

TRAVI A., *Prime considerazioni sul codice del processo amministrativo: fra luci ed ombre*, in *Corr. giur.*, 2010, 9, 1125-1128.

ULE C.H., *Zum Verhältnis von Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1954, 137 ss.

VAN CAENEGEM R.C., *The Birth of the English Common Law*, Cambridge 1973.

VANDELLI L. – BOTTARI C. – DONATI D. (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, ed. Maggioli, Rimini 1994.

VERDE G., *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, ed. ESI, Napoli 2012.

VILLATA R., *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. di dir. proc.*, 2014, 2, 285-301.

VILLATA R., *La Corte di cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione attribuendo la veste di questione di giurisdizione a un profilo squisitamente di merito*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1, 236-240.

- VILLATA R., «Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando l'art. 103 della Costituzione)?», in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 324-356.
- VON GNEIST R., *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 2<sup>a</sup> ed, Berlin 1879, trad. it. a cura di I. Artom, *Lo stato secondo il diritto ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, Bologna 1884.
- VON LAUN R., *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig und Wien, 1910.
- VON SARWEY O., *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, Tübingen 1880.
- VON UNRUH G.C., *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in K.G.A. JESERICH – H. POHL - G.C. VON UNRUH (a cura di), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Stuttgart 1964.
- WADE H.W.R., *Administrative Law*, Oxford 1961.
- WADE H.W.R., *Diritto amministrativo inglese*, ed. Giuffrè, Milano 1969.
- WADE H.W.R. – FORSYTH C.F., *Administrative Law*, London 1994.
- WINKELHOFER R., *Säumnis von verwaltungsbehörden*, Wien, 1991.
- WRAITH R.E. – HUTCHSSON P.G., *Administrative Tribunals*, London 1973.
- WÜRTEMBERGER T., *Verwaltungsprozeßrecht*, 1998.
- ZÖLLER R. (a cura di), *Zivilprozessordnung*, 2009.