

## La mitologia della “specialità” ed i problemi reali della giustizia amministrativa

di *Aristide Police*

Ciclicamente negli studi di giustizia amministrativa si ripropone l'interrogativo se possa ancora giustificarsi la sopravvivenza della “giurisdizione speciale” del giudice amministrativo ovvero, ma si tratta dello stesso interrogativo, se non sia venuto il tempo di procedere in direzione della unificazione della giurisdizione per tutte le controversie nei confronti delle Pubbliche amministrazioni.

Di recente, sollecitate da convegni e da incontri di studio, non sono mancate meditate riflessioni di studiosi del diritto amministrativo e del diritto costituzionale che si sono nuovamente concentrate sulle “ragioni di attualità di tale giudice”. Queste rinnovate riflessioni sono significativamente concomitanti, occorre averne piena consapevolezza, con una serie di interventi di autorevoli personalità politiche che, per ragioni affatto diverse da quelle che muovono gli studiosi di diritto, hanno di recente ripetutamente posto in dubbio l'utilità della giurisdizione amministrativa ed anzi ne hanno contestato la stessa esistenza, considerando il sindacato di legittimità che questo giudice esercita da oltre un secolo come un insopportabile ostacolo allo sviluppo economico del Paese e come un freno alla sua crescita.

Tre paiono i punti di indagine più significativi: un primo attiene all'esigenza da più parti rappresentata di dare piena realizzazione al principio costituzionale di unità della giurisdizione, sull'assunto della ingiustificata specialità del giudice amministrativo (assunto sempre accompagnato dal sospetto, più o meno esplicitato, della insufficienza delle garanzie di indipendenza assicurate a questo giudice e da quest'ultimo offerte agli utenti del servizio giustizia); un secondo riguarda la verifica circa il superamento o meno delle ragioni storiche che hanno per un certo tempo giustificato -nel nostro ordinamento costituzionale- la sussistenza di una giurisdizione speciale e che, anche alla stregua delle disposizioni transitorie della nostra Carta fondamentale, sarebbero le sole ragioni che giustificano questa temporanea deroga a tale giurisdizione speciale; un terzo, infine, riguarda la verifica circa l'attualità del sistema di tutele contro la Pubblica amministrazione che l'ordinamento assegna al (solo) giudice amministrativo, ovvero circa la sua incompatibilità con le esigenze di una moderna società civile e di una economia post-industriale in un contesto globale.

Nelle pagine del lavoro ci si sofferma su questi punti e, diffidando da mitologie giuridiche o dalla ricerca di nuove albe accorrenti e scompaenti, l'indagine non dimentica mai di confrontarsi con il quadro costituzionale, il diritto positivo e l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale.

### 1. Una necessaria premessa

Ciclicamente negli studi di giustizia amministrativa si ripropone l'interrogativo se possa ancora giustificarsi la sopravvivenza della "giurisdizione speciale" del giudice amministrativo<sup>1</sup> ovvero, ma si tratta dello stesso interrogativo, se non sia venuto il tempo di procedere in direzione della unificazione della giurisdizione per tutte le controversie nei confronti delle Pubbliche amministrazioni<sup>2</sup>.

Anche di recente, sollecitate da convegni e da incontri di studio, non sono mancate meditate riflessioni di studiosi del diritto amministrativo<sup>3</sup> e del diritto costituzionale<sup>4</sup> che si sono nuovamente concentrate sulle "ragioni di attualità di tale giudice"<sup>5</sup>.

Queste rinnovate riflessioni sono significativamente concomitanti, occorre averne piena consapevolezza, con una serie di interventi di autorevoli personalità politiche che, per ragioni affatto diverse da quelle che muovono gli studiosi di diritto, hanno di recente ripetutamente posto in dubbio l'utilità della giurisdizione amministrativa ed anzi ne hanno contestato la stessa esistenza, considerando il sindacato di legittimità che questo giudice esercita da oltre un secolo come un insopportabile ostacolo allo sviluppo economico del Paese e come un freno alla sua crescita<sup>6</sup>.

Vi è quindi più di una ragione per affrontare questo tema, così come più d'uno sono gli angoli prospettici da tenere sotto osservazione nello svolgere l'approfondimento.

Tre tuttavia paiono i punti di indagine più significativi:

un primo attiene all'esigenza da più parti rappresentata di dare piena realizzazione al principio costituzionale di unità della giurisdizione, sull'assunto della ingiustificata specialità del giudice amministrativo (assunto sempre accompagnato dal sospetto, più o meno esplicitato, della insufficienza delle garanzie di indipendenza assicurate a questo giudice e da quest'ultimo offerte agli utenti del servizio giustizia);

un secondo riguarda la verifica circa il superamento o meno delle ragioni storiche che hanno per un certo tempo giustificato -nel nostro ordinamento costituzionale- la sussistenza di una giurisdizione speciale e che, anche alla stregua delle disposizioni transitorie della nostra Carta fondamentale, sarebbero le sole ragioni che giustificano questa temporanea deroga a tale giurisdizione speciale;

un terzo, infine, riguarda la verifica circa l'attualità del sistema di tutele contro la Pubblica amministrazione che l'ordinamento assegna al (solo) giudice amministrativo, ovvero circa la sua incompatibilità con le esigenze di una moderna società civile e di una economia post-industriale in un contesto globale<sup>7</sup>.

Nelle pagine che seguono ci soffermeremo su questi punti con attenzione e si tenterà di prospettare in modo motivato le conclusioni (sempre provvisorie) che si raggiungeranno. Occorre tuttavia sin d'ora avvertire il lettore che il tema di indagine di questo

1. Il pensiero corre subito a M. Nigro, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?* In *Foro It.*, 1983, V, 249 ss.

2. Si vedano le belle pagine di G. Pastori, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 921 ss. e di A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 380 ss.

3. Per tutti gli scritti di R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 287 ss., Relazione ad un convegno presso l'Avvocatura generale dello Stato (Roma, dicembre 2013), e di L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 561 ss. Relazione in occasione della presentazione del *Terzo rapporto sulla giustizia civile in Italia "Semplificazione ed unificazione dei riti nella prospettiva dell'unificazione della giurisdizione"*, Unione nazionale camere civili, Roma (Aula magna della Corte di cassazione), marzo 2014.

4. F.S. Marini, *Unità e pluralità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Giustamm.it – Riv. Internet di Diritto Pubblico*, 2014. Relazione in occasione del Convegno organizzato dalla Suprema Corte di Cassazione, *Unità e pluralità della giurisdizione. Presupposti costituzionali e prospettive di riforma*, Roma (Aula magna della Corte di cassazione), ottobre 2014.

5. Per usare le parole di L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo*, cit., 561.

6. Si pensi all'intervento di Romano Prodi, *Abolire Tar e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia*, articolo apparso su *Il Messaggero*, *Il Mattino* e *Il Gazzettino* 11 agosto 2013. Ma il tema è stato poi ripreso dal presidente del Consiglio Matteo Renzi in più occasioni, sin da una intervista del novembre 2013, in cui aveva dichiarato «abolire il Tar e la giustizia amministrativa unificando le giurisdizioni significa recuperare due punti di Pil» (*Servizio pubblico*, *La7*, 8 novembre 2013); si veda sul punto *Matteo Renzi alla guerra dei Tar*, in *www.formiche.net*, 22 aprile 2014.

7. Una prospettiva quest'ultima che viene assunta in queste pagine nei limiti della logica del diritto amministrativo (per dirla con G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014), consapevoli dell'esistenza di una prospettiva più ampia e sovranazionale e della sua estraneità al tema che ci occupa. Si veda per tutti S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

studio è popolato, e non certo da ora ma almeno da quando con passione esso fu dibattuto in sede di Assemblea costituente (ma già nei dibattiti tardo ottocenteschi tra destra e sinistra storica), da una schiera di figure mitologiche<sup>8</sup> che rendono molto accidentato il percorso del giurista che – per mestiere - deve tener distinto il reale dal mito.

## 2. Unità della giurisdizione e articolo 103 della Costituzione

Andando con ordine fra i diversi miti sarà opportuno proprio partire dal mito della unicità della giurisdizione che spesso si fa coincidere con il principio costituzionale della unità della giurisdizione.

Ebbene, l'unità e l'unicità della giurisdizione non sono la stessa cosa e solo la prima è un principio costituzionale; l'aspirazione alla unicità, invece, è soltanto un legittimo obiettivo politico, pur con nobili radici culturali ed ideologiche. Un approfondimento sul portato dell'art. 103 Cost., anche alla luce della giurisprudenza costituzionale sul punto è assai utile per rendersene conto.

La previsione di cui all'art. 103 Cost. si ricollega alle previsioni che precedono o seguono nel testo costituzionale. Il riferimento è in particolare, all'art. 24 Cost. che assicura la garanzia della tutela giurisdizionale a diritti ed interessi legittimi; all'art. 100, che assicura rilievo costituzionale al Consiglio di Stato ed alla Corte dei conti; agli artt. 101 e 102, che fondano il principio della unità della giurisdizione, all'art. 108, secondo cui “la legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali” (così il secondo comma), all'art. 111 che, sempre al secondo comma, assicura il principio del giusto processo “in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale” e all'art. 113, che assicura la tutela giurisdizionale (ordinaria o amministrativa) avverso gli atti ed i provvedimenti della Pubblica amministrazione. Ri-

spetto a tali previsioni, tuttavia, i primi due commi dell'art. 103 si pongono in una posizione di assoluta preminenza. E' infatti proprio l'art. 103 Cost. ad aver assicurato adeguata “copertura” costituzionale al “Consiglio di Stato e (a)gli altri organi di giustizia amministrativa”<sup>9</sup>, nonché ai criteri di riparto della funzione giurisdizionale fra i diversi ordini di giudici chiamati storicamente ad esercitarla, pur nella unicità della funzione medesima sancita – come è ben noto – dall'art. 101 Cost.

Il Costituente, infatti, ha cristallizzato proprio nell'art. 103 Cost. il difficile equilibrio che nella prima parte del secolo scorso si era raggiunto nel ripartire l'esercizio della funzione giurisdizionale fra il giudice ordinario, giudice dei diritti civili e politici sin dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo, ed il giudice amministrativo, giudice degli interessi legittimi sin dalla sua istituzione con la legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato. Un equilibrio raggiunto dopo una brusca oscillazione tra il sistema monistico della funzione giurisdizionale affidata unicamente al giudice ordinario (sistema sostenuto dalla parte maggioritaria della destra storica di Mancini, Minghetti, Boncompagni e Borgatti ed invero nella legge abolitiva del contenzioso amministrativo) ed il sistema dualistico caratterizzato appunto dal riparto della giurisdizione fra diversi ordini di giudici (a seguito del movimento di opinione suscitato da Silvio Spaventa nel famoso discorso di Bergamo e fatto proprio dal ministero Crispi con la legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato<sup>10</sup>).

Non è questo il luogo di dilungarsi sull'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale che ha caratterizzato il tema della giurisdizione amministrativa e del suo giudice e quello, ad esso connesso, del riparto di giurisdizione<sup>11</sup>. Il dibattito in questione è frutto e trae alimento non già dalla norma costituzionale, o dai lavori preparatori della medesima, ma dalle norme che all'indomani dell'unificazione del Regno d'I-

8. Non suoni irrispettoso il riferimento alla mitologia, nel raffronto tra problemi reali e questioni che pur affascinanti non trovano riscontro nella realtà giuridica. Come intuibile esso è il richiamo alle parole di S(anti), Romano (*Mitologia giuridica*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 126 ss. Ed anzi, la capacità di librarsi nella mitologia giuridica nell'accezione romaniana è capacità non comune, essa non può predicarsi per tutte le inopie, ma solo per quelle che assumono il carattere di una “immaginazione favolosa” o di una “credenza che ha carattere di fede” (le citazioni sono a 127 e 128).

9. Per un aggiornato commento degli artt. 100, 103, 111, 113 Cost., si rinvia per tutti a G. Cerrina Feroni, *La giustizia amministrativa nella Costituzione*, nel *Codice della giustizia amministrativa*, diretto da G. Morbidelli, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2015, 3 e ss.

10. Il discorso è stato più volte pubblicato, da ultimo, S. Spaventa, *La giustizia amministrativa* (a cura di S. Ricci), Napoli, 1993, 41 ss. Sul punto, anche per un quadro completo delle diverse esperienze comparate, si veda M. Nigro, *Le varie esperienze di giustizia in Giustizia amministrativa*, 6<sup>a</sup> ed., Bologna, 2002, 33 e ss. Più in dettaglio, il dibattito relativo alla istituzione della IV sezione è riportato da N. Paoantonio, *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, 1991.

11. Il plurisecolare dibattito in materia è ricostruito da F.G. Scoca, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, ss.

talia intesero regolare la materia<sup>12</sup>. L'art. 103 Cost. si limita a recepire e consolidare i frutti di quel dibattito ed a riproporre e "costituzionalizzare" la funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato e degli altri organi di giustizia amministrativa, nonché un riparto di giurisdizione che, superando l'impostazione monista affermatasi con la legge abolitiva del contenzioso amministrativo, fa propria la soluzione dualistica del discrimine delle giurisdizioni fondato sulla diversa natura e consistenza delle situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo e di diritto soggettivo.

Ed è proprio il chiaro tenore dell'art. 103 Cost. a limitare grandemente la portata e la consistenza dei dubbi e delle dispute sulla legittimità costituzionale dell'intero sistema di giustizia amministrativa e sulla riserva di giurisdizione ad esso assicurata<sup>13</sup>. Mentre infatti è ben possibile, in una prospettiva di politica del diritto, interrogarsi sull'opportunità e sui vantaggi di un mutamento del quadro costituzionale sul punto e sull'adozione di un diverso modello monista<sup>14</sup>, deve sempre evitarsi che tali valutazioni di opportunità politica vengano a trarre alimento da una malintesa lettura del quadro costituzionale attuale.

E ciò è tanto vero che la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale si è assai raramente confrontata con il tema della giurisdizione amministrativa e del suo riparto (mentre molto più spesso si è data carico di approfondire il tema della effettività della tutela giurisdizionale del giudice amministrativo).

Ed anzi, se il criterio di riparto così cristallizzato, quello fra diritti ed interessi, fosse stato l'unico criterio di riparto previsto dall'art. 103, il tema della giurisdizione amministrativa non avrebbe mai potuto costituire oggetto di interesse per il giudice delle leggi. Se il riparto della giurisdizione e quindi la delimitazione del perimetro della giurisdizione amministrativa avesse trovato suo esclusivo fondamento nelle previsioni costituzionali che richiamano il discrimine delle situazioni giuridiche soggettive, il tema della giurisdizione amministrativa e le relative controversie si sarebbero dovute limitare alla cognizione del giudice della giurisdizione e cioè la Corte di cassazione a Sezioni unite.

Come è ben noto però, l'art. 103 Cost., sempre per lasciare immutato il delicato equilibrio raggiunto in materia prima dell'avvento della Costituzione repubblicana, accanto al criterio generale di riparto fonda-

to sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive controverse, ha previsto anche un criterio alternativo di carattere speciale. Un criterio speciale che consentiva al legislatore ordinario, in deroga al criterio generale, di fondare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (ma implicitamente anche quella del giudice ordinario) in "particolari materie", indipendentemente dal fatto che siano oggetto di controversie situazioni di diritto soggettivo o di interesse legittimo. È proprio questo margine di apprezzamento discrezionale lasciato dal Costituente al legislatore ordinario nella delimitazione delle "particolari materie" di giurisdizione esclusiva che ha fatto sì che la Corte costituzionale venisse ad occuparsi, a più riprese dell'ambito e della estensione della giurisdizione amministrativa.

E ciò sia per verificare il rispetto del limite costituzionale delle "particolari materie" che solo giustifica la deroga al criterio generale di riparto fondato sulle situazioni soggettive; sia e soprattutto per assicurare che la scelta discrezionale del legislatore non si ponesse in contrasto con i principi di eguaglianza, indipendenza della funzione giurisdizionale e pienezza della relativa tutela assicurati dagli artt. 3, 24, 108, 111 Cost. Infatti, proprio la previsione costituzionale che abilita il legislatore ordinario a riservare la tutela di situazioni giuridiche soggettive eguali (diritti soggettivi o interessi legittimi) alla esclusiva cognizione di giurisdizioni diverse (la tradizionale giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, oppure le nuove ipotesi di giurisdizione "esclusiva" del giudice ordinario), ha consentito che il legislatore potesse scegliere di assegnare ad una giurisdizione piuttosto che all'altra situazioni giuridiche soggettive di eguale consistenza.

Ebbene, è proprio questo il duplice binario lungo il quale corre tutta la giurisprudenza costituzionale in materia di giurisdizione amministrativa: da un lato, il binario costituito dal parametro di giudizio offerto dal medesimo art. 103 Cost. quanto ai limiti alla discrezionalità legislativa nell'individuare materie particolari di giurisdizione esclusiva; dall'altro lato, il binario costruito sul parametro dell'eguaglianza, indipendenza ed effettività delle garanzie giurisdizionali assicurate a situazioni giuridiche soggettive di eguale consistenza.

È allora evidente come proprio in ragione delle previsioni costituzionali appena richiamate, mai si è

12. Valga ancora il rinvio alle pagine di M. Nigro, *La formazione del sistema italiano di giustizia amministrativa*, nel citato *Giustizia amministrativa*, 55 e ss. e di F.G. Scoca, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della Pubblica amministrazione*, nel manuale a sua cura *Giustizia amministrativa*, 6<sup>a</sup> ed., Torino, 2014, 3 e ss. Lavoro che ritorna su un antico scritto di F.G. Scoca, *Linee evolutive della giustizia amministrativa*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, Università degli studi di Perugia, n. 5 del 1976, Padova, 1977, 373 ss.

13. E su questo non si può che convenire con R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, 287.

14. È questo, ad esempio, l'esercizio che svolge L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo*, cit., 561 ss.

ipotizzato che il sistema dualista su cui è costruita la giurisdizione nei confronti delle Pubbliche amministrazioni potesse essere in contrasto con il principio di unità della giurisdizione. Unità in sostanza non si è mai declinata, nella Carta costituzionale, in termini di unicità<sup>15</sup>. Nel porsi allora il tema di una possibile riforma dell'assetto costituzionale della giurisdizione nella prospettiva della sua unificazione occorre necessariamente declinare le reali esigenze che giustificano o necessitano una siffatta significativa riforma.

Ebbene, negli scritti antichi e recenti che sono apparsi sul tema, l'unica significativa esigenza che in modo diverso viene esplicitata si fonda su di un preteso "peccato originale" del giudice amministrativo. Questo giudice, come è noto, è nato nella sfera dell'amministrazione e non in quella della giurisdizione; quando nel 1889 si attribuirono le funzioni di giustizia "nell'amministrazione" ad una sezione del Consiglio di Stato si pensò di introdurre una garanzia che pur con natura giustiziale non fosse giurisdizionale<sup>16</sup>.

Da tale origine si continua ancor oggi a far discendere:

a) la vicinanza, o meglio la "contiguità" di questo giudice, con il potere esecutivo;

b) la sua strutturale "cedevolezza" rispetto alle ragioni dell'interesse pubblico in danno della tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati;

c) la commistione dei ruoli e delle funzioni giurisdizionali e consultive (o addirittura amministrative)<sup>17</sup>.

Tutto ciò contribuirebbe ad alimentare un insanabile *vulnus* alla garanzia costituzionale dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice amministrativo, o quantomeno un *vulnus* alla immagine di tale giudice come indipendente ed imparziale<sup>18</sup>.

Soltanto una verifica sulla reale consistenza di questi timori, sulla effettiva rispondenza alla realtà di

tali "vizi capitali", sulla possibile nefasta incidenza di tali condizionamenti sull'esercizio della funzione giurisdizionale potrà consentire o meno di aderire alle proposte di modifica dell'assetto attuale del sistema delle tutele nei confronti delle Pubbliche amministrazioni. Occorrerà altresì domandarsi se questi problemi, ammesso che abbiano una significativa consistenza, siano i problemi più reali e più vivi della giustizia amministrativa, quelli che richiedono con maggiore urgenza l'intervento del legislatore e addirittura del legislatore di rango costituzionale.

Nel dare risposta a tali ricorrenti interrogativi, la dottrina è stata inevitabilmente ispirata e condizionata da opzioni culturali ed ideali, da giudizi di valore, da vicende dell'attualità (più che dalla storia) e conseguentemente è naturale che abbia prospettato conclusioni che sono per loro natura opinabili. Viene allora alla mente il monito che uno dei massimi umanisti italiani poneva sulle labbra di San Bernardino da Siena: «non tutte le cose che sono state scritte sono degne di fede. Certo le scritture canoniche (la Costituzione, per noi) hanno un'autorità indubbia. Ma negli altri casi bisogna sempre domandarsi chi fu lo scrittore, di quale vita, di quale credenza, di quale importanza, che cosa abbia detto: con quali cose concordi e con quali sia discordi, se dica cose verosimili, se le cose che si leggono concordinino con i luoghi e con i tempi. Non bisogna credere a caso a chi parla o a chi scrive»<sup>19</sup>.

Applicando questa saggia massima al tema che ci occupa si potrà constatare ad esempio come alla critica circa la vicinanza, o meglio la "contiguità" del giudice amministrativo con il potere esecutivo, si potrà agevolmente rispondere che tale circostanza se è stata vera in una determinata porzione dell'esperienza repubblicana, molto meno lo è stata nella triste stagione dell'ordinamento corporativo<sup>20</sup>, o nella recente attualità.

15. È questa posizione tanto ovvia quanto spesso obliterata o sottaciuta. Sul punto chiarissima è la R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, 287 ss., che contesta anche l'ambiguità di certi orientamenti giurisprudenziali della Cassazione come giudice della giurisdizione (293 ss.), o se si vuole, ma le parole tornano le mie di propulsore (o promotore) della (o verso la) giurisdizione unica.

Sul punto, per un approfondimento, si veda ancora R. Villata, *Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 324 ss.

16. È questa la posizione di tutta la Scuola orlandiana, per tutti si veda il Maestro, V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Milano, 1907, 818 ss.

17. Si veda il lavoro di A. Travi, *Il consiglio di stato tra giurisdizione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 505 ss.

18. Per una articolazione di questi argomenti si veda L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo*, cit., 561 ss, spec. 581.

19. Il passo è tratto da Enea Silvio Piccolomini (poi Pio II, Papa), *Dialogus de somnio quodam* (databile intorno al 1453-1454), finalmente pubblicato con una mirabile traduzione critica in lingua italiana, *Dialogo su un sogno*, a cura di A. Scafi, Torino, 2004. La citazione è a 186.

20. Si vedano tra i tanti, gli scritti di G. Melis, *Il Consiglio di Stato ai tempi di santi Romano*, Relazione al convegno Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano, (Roma, febbraio 2003), in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) e più diffusamente Id., *Fare lo Stato per fare gli italiani*, Bologna, 2015, spec. nella parte seconda del lavoro *Quanto è stato fascista lo Stato fascista*, il cap. VIII, *Il Consiglio di Stato: note sulla giurisprudenza* ed il cap. IX *La giurisdizione sul rapporto di impiego negli enti pubblici e il ruolo di Santi Romano*.

tà caratterizzata da una tendenza del tutto opposta, sia per una sostanziale preclusione ed un rigido argine alla collaborazione dei giudici amministrativi negli uffici di *staff*, sia per una dichiarata insofferenza del potere esecutivo rispetto ai giudici amministrativi (ed ancor più al peso del loro sindacato demolitorio)<sup>21</sup>. Ed anzi questa significativa insofferenza del potere esecutivo sia a livello statale, sia a livello regionale, sia a livello di enti territoriali pare in evidente contraddizione con la supposta strutturale “cedevolezza” del giudice amministrativo rispetto alle ragioni dell’interesse pubblico. Anche le censure circa la commistione dei ruoli nella titolarità delle funzioni giurisdizionali e di quelle consultive, potrebbero essere considerate il frutto di una sopravvalutazione dottrinarie se solo lo si esamina in una prospettiva comparata alla luce della giurisprudenza delle Alte corti europee rispetto ad analoghe istituzioni di Paesi dell’Unione<sup>22</sup>.

È proprio la opinabilità delle contrapposte visioni dottrinarie che ci suggerisce di non incamminarci sulla stessa strada nel formulare una aggiuntiva posizione in questo dibattito popolato di rispettabilissimi e molto spesso accattivanti giudizi di valore. Da modesti giuristi si è pensato più utile prospettare qualche conclusione sul tema restando ancorati alle decisioni della Corte costituzionale pure sollecitata, per impulso per lo più di giudici ordinari, ad affrontare il tema della insufficienza delle garanzie di indipendenza e di imparzialità del giudice amministrativo.

### 3. La garanzia costituzionale della giurisdizione del giudice amministrativo è ancora giustificata?

Deve segnalarsi come l’approfondimento della Corte costituzionale in materia di giurisdizione amministrativa sia molto spesso (se non sempre) preceduto da una motivata ed argomentata premessa. Quasi un monito rispetto ai dubbi che, nelle ordi-

nanze di rinvio, i giudici ordinari seminano ciclicamente.

La Corte costituzionale, infatti, ripetutamente ricorda come l’art. 103 non solo costituisca la principale garanzia costituzionale della giurisdizione del giudice amministrativo ma, al contempo, rappresenta un solido argine contro tutti i tentativi che in dottrina si avanzano in favore di una “giustizia non amministrativa”<sup>23</sup> e che militano per un ritorno al sistema monistico ed alla unicità dell’ordine che esercita la funzione giurisdizionale<sup>24</sup>.

Del resto, l’obiettivo tutto politico di ricostruire la giurisdizione in termini monistici, e quindi di assicurare la unità della funzione giurisdizionale anche sul piano degli ordini giudiziari chiamati ad esercitarla, era un obiettivo che - dichiaratamente perseguito da alcuni Costituenti - non ha mai incontrato un diffuso e generale consenso. Come palesano i lavori dell’Assemblea costituente, infatti, al di là della pur autorevole voce di Piero Calamandrei, tali posizioni restarono assolutamente minoritarie ed isolate portando appunto ad assicurare al giudice amministrativo piena cittadinanza nell’ordinamento costituzionale repubblicano.

Di ciò offre ampia testimonianza anche la sentenza n. 204/2004. Nella prima parte della motivazione di questa pronuncia, infatti, la Corte ricorda come la Costituzione «ha riconosciuto al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della Pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive» di interesse legittimo. Si dovrebbe trattare di una acquisizione scontata ormai, ma le questioni di legittimità costituzionale anche di recente riproposte hanno reso necessario questo chiarimento, così come hanno reso necessario ricordare la portata costituzionale del principio di unità della giurisdizione che, con le parole di Mortati, la Corte ricorda essere una “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”. In sostanza la

21. Si sono già ricordati gli interventi di Romano Prodi, *Abolire Tar e Consiglio di Stato*, cit., e del presidente del Consiglio Matteo Renzi in più occasioni nella presente legislatura. V. *supra* nota 6.

22. Sul punto una efficace sintesi è nello studio di S. Mirate, *L’indipendenza e la imparzialità del giudice amministrativo. Un’analisi problematica tra diritto interno e giurisprudenza Cedu*, nel volume a cura di A. Sandulli e G. Piperata, *Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza ed imparzialità dei giudici*, Napoli, 2012, 78 ss. e nelle riflessioni di M.P. Chiti, *La giustizia amministrativa serve ancora?*, in *Astrid Rassegna*, n.35/2006.

23. Il più nobile dei quali è nelle belle pagine di A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. per una giustizia “non amministrativa”* (Sonntagsgedanken), Milano, 2005, *passim*. Per un commento si veda *Dir. pubbl.*, 2006, n. 1, con scritti di G. Silvestri, *Un libro che fa ‘respirare’* (61 ss.); F.G. Scoca, *Un pensatore generoso* (69 ss.); A. Travi, *Rileggendo Orsi Battaglini* (91 ss.); G.U. Rescigno, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana (dialogando con Andrea Orsi Battaglini a proposito del suo libro Alla ricerca dello Stato di diritto)* (111 ss.).

24. Si veda A. Orsi Battaglini, op. ult. cit., 33 ss.

Corte costituzionale, pur ricordando gli interventi di Calamandrei, sembra sfatare in modo deciso ed autorevole il mito della unità della giurisdizione e ciò fa in una prospettiva di arricchimento delle garanzie giurisdizionali dei singoli e di effettività di tutela che fa evidente tesoro dell'insegnamento di Vittorio Bachelet e di un suo non dimenticato lavoro<sup>25</sup>.

È sempre in questa prospettiva che deve leggersi quella parte della sentenza n. 204/2004<sup>26</sup> che esamina il potere riconosciuto dal giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto. Nel far salvo dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale l'art. 35 del dl n. 80 del 1998 (come sostituito dalla legge n. 205 del 2000), la Corte sottolinea come l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria costituisca «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». E l'attribuzione di tale potere giurisdizionale trova giustificazione, da parte della Corte costituzionale, non soltanto nella pienezza della «dignità di giudice» che si è riconosciuta al giudice amministrativo, ma anche nella esigenza di pienezza della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive. La Corte infatti riconosce che essa «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 adeguata tutela».

Si tratta, del resto, di conclusioni che la stessa giurisprudenza costituzionale aveva già raggiunto in passato<sup>27</sup> e che sono state ribadite con estrema chiarezza laddove si ricorda che «l'art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare». Ma sul tema si avrà modo di tornare (v. *infra*) in merito alla giurisdizione del giudice amministrativo sull'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi.

Che il sistema della giustizia amministrativa si indirizzasse verso una piena giurisdizione era una acquisizione che la dottrina aveva segnalato al primo apparire delle novità legislative e giurisprudenziali di fine secolo<sup>28</sup>. Oggi la Corte costituzionale ha riconosciuto come pienamente compiuto quel percorso e pone un freno significativo ad ogni ipotesi di ritorno al passato. Indipendentemente dal riferimento all'art. 35 del dl. n. 80 del 1998 e quindi alle ipotesi di giurisdizione esclusiva, infatti, la Corte segnala come il superamento del sistema che prevedeva la giurisdizione amministrativa per l'annullamento di un atto amministrativo e la giurisdizione ordinaria per il risarcimento dei diritti patrimoniali consequenziali, «con i relativi gradi di giudizio», «costituisce null'altro che attuazione del precetto

25. V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1969.

26. Il riferimento è al par. 3.4.1.

27. Si pensi alla sentenza di Vincenzo Caianiello, Corte cost. n. 177/1995, in materia di opposizione di terzo nel processo amministrativo. Per un approfondimento, A. Police, *L'opposizione di terzo nel processo amministrativo: la Corte costituzionale anticipa il legislatore*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 512 ss.

Ma in realtà, si tratta di affermazioni ricorrenti, soprattutto in relazione a tutti i dubbi di legittimità costituzionale sollevati con riferimento al difetto di pienezza ed effettività della tutela del giudice amministrativo come giudice esclusivo dei diritti soggettivi nell'impiego pubblico prima della privatizzazione. Cfr. in particolare le sentenze C. cost. n. 47/1976 e n. 43/1977 e n. 100/1979 (seguita dalle ordinanze di manifesta infondatezza nn. 23 e 90/1980), in materia di assegnazione e revoca degli alloggi di edilizia residenziale pubblica. Si vedano altresì le sentenze di rigetto n. 140/1980, in materia di assunzioni obbligatorie presso le Pubbliche amministrazioni, n. 185/1981, in materia di liquidazione dell'indennità di buonuscita dei dipendenti statali, e n. 208/1984, in materia di sanzioni disciplinari a carico del personale delle ferrovie, tranvie e linee di navigazione interna in regime di concessione, le quali si sono ampiamente riportate a quanto deciso in materia di pubblico impiego con le citate sentenze n. 47/1976 e n. 43/1977.

In tempi più recenti, la questione di legittimità costituzionale dell'attribuzione al giudice amministrativo delle controversie sui provvedimenti disciplinari a carico dei cd. autoferrottranvieri, personale ormai in servizio sempre più presso enti privati (o almeno formalmente tali) che presso enti pubblici economici, è stata nuovamente e ripetutamente sollevata, ma la Corte ha continuato a dichiararla infondata pure dopo l'attribuzione al giudice ordinario della generalità delle controversie sui rapporti di pubblico impiego privatizzati (incluse quelle relative alle sanzioni disciplinari), seguendo a sottolineare, per quanto qui rileva, che la tutela offerta dinanzi al giudice amministrativo non è, in via di principio, «meno valida» o «meno vantaggiosa o appagante» di quella disponibile davanti al giudice ordinario (si cfr. la sentenza di rigetto n. 62/1996 e le ordinanze di manifesta infondatezza n. 161/2002, n. 439/2002 e n. 301/2004).

28. Il riferimento è a S. Cassese, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo. Il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, fasc. 12, 1221 ss. Si veda, diffusamente, A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. I, Padova, 2000.

di cui all'art. 24 Cost.», ed anche dell'art. 111 Cost.<sup>29</sup> cui fa espresso riferimento la successiva sentenza C. cost. n. 191/2006.

La giurisprudenza costituzionale appena ricordata è molto più utile di ogni sforzo dottrinario per sfatare il mito della specialità del giudice amministrativo, di una specialità declinata in termini di diminuita o insufficiente garanzia di indipendenza ed imparzialità. In realtà, come si è già accennato, quella contiguità con il potere pubblico (e più in particolare con il Governo) su cui tanto si è scritto<sup>30</sup>, se da un lato pare oggi grandemente attenuata se non dissolta grazie alla scelta dei ministri del Governo in carica di non avvalersi nei propri Uffici di *staff* dell'opera di magistrati amministrativi (se non in ridottissima misura); dall'altro lato, è stata da molti anni sottoposta a precise regole deontologiche per l'esercizio della funzione giurisdizionale<sup>31</sup> e al controllo di Istituzioni di garanzia<sup>32</sup>, come accade anche per la magistratura ordinaria<sup>33</sup>.

#### 4. Il giudice amministrativo indipendente ed imparziale nella giurisprudenza costituzionale

Se si mettono da parte i miti, allora, si vede come il vero tema non è tanto quello di assicurare la unicità o meglio la riduzione ad unità delle giurisdizioni, quanto piuttosto assicurare la unità ed effettività della funzione giurisdizionale.

Ed anche rileggendo la giurisprudenza costituzionale si avrà conferma di quanto siano fondate le posizioni di quella parte della dottrina<sup>34</sup> che sottolinea la centralità dell'esigenza di assicurare la eguaglianza e la effettività delle garanzie giurisdizionali a tutela di situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo da parte del giudice amministrativo. E ciò sia con riferimento ai profili dinamici, attinenti al sistema delle azioni processuali esperibili davanti al giudice amministrativo, ai mezzi istruttori ed ai poteri decisorii di tale giudice ed al sistema delle impugnazioni ordinarie e straordinarie; sia con riferimento ai profili statici attinenti alla struttura ed alla organizzazione dell'ordine giurisdizionale amministrativo.

Non è questa la sede per soffermarsi sui profili dinamici, in questa sede occorre soffermarsi sui profili statici della garanzia costituzionale della giurisdizione amministrativa a tutela delle situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo.

Così come per i diritti soggettivi, anche per gli interessi legittimi gli organi giurisdizionali hanno il compito di garantire l'effettiva osservanza delle norme poste dalla Costituzione. Da ciò deriva l'importanza della funzione giurisdizionale negli ordinamenti civili volta ad assicurare in modo efficace, indipendente ed imparziale la composizione delle controversie ed il rispetto delle norme violate, al fine di garantire la pacifica convivenza e l'ordinato vivere civile<sup>35</sup>. La garanzia contenuta nell'art. 24 Cost. afferma in primo luogo che solo il giudice può concedere o negare la tutela, verificandone in giudizio i

29. Su cui si ricordano le pagine di E. Piccozza, *Il giusto processo amministrativo*, in *Cons. St.*, 2000, II, 1061 ss. Si veda, più ampiamente, S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo*, Milano, 2004; e più di recente F.F. Guzzi, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Milano 2013.

30. Per un approfondimento da ultimo L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo*, cit., spec. 565 ss.

31. Per un approfondimento sia consentito il rinvio ad A. Police, *Riflessioni in tema di deontologia e giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 23 ss.

32. Per un approfondimento sia consentito il rinvio ad A. Police, *Le garanzie istituzionali dell'indipendenza dei giudici amministrativi in un confronto tra diversi modelli di autogoverno*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013, vol. I, 361 ss.

33. Ciò senza dire che analoghi dubbi potrebbero ben essere sollevati con riguardo ad alcuni giudici ordinari. Si veda R. Garofoli, *Unicità della giurisdizione ed indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 165.

34. Il riferimento è all'articolo di M. Clarich, *Quello sterile pressing sulla giustizia amministrativa che elude la sfida di far funzionare meglio i processi*, in *Guida al Dir.*, n. 21 del 17 maggio 2014.

35. Anche la giurisprudenza Comunitaria ritiene che per organo giurisdizionale debba intendersi un organo di origine legale, dotato dei caratteri della permanenza e dell'indipendenza, la cui giurisdizione sia obbligatoria e il cui procedimento sia ispirato alla regola del contraddittorio ed alla applicazione di regole giuridiche: v. Corte di Giust. Ce, 30 giugno 1966, in causa 61/65, *Goebbels*, in *Racc.*, 1966, 407; Corte eur. dir. uomo, 25 settembre 1997, *Aydin*, in *Racc.*, 1977, 1866. In più occasioni la Corte di Strasburgo ha avuto modo di acclarare violazioni del "diritto al giudice" da parte degli Stati europei. In una interessante pronuncia che ha interessato il nostro Paese la Corte ha ritenuto lesive del "diritto al giudice" alcune disposizioni in materia di sfratti che consentivano alle Prefetture la graduazione dell'esecuzione degli stessi in assenza di controllo giurisdizionale (Corte di Giust. Ce, 28 luglio 1999, *Società Immobiliare Saffi*, in *Guida al Dir.*, 25 settembre 1999, 132). Come è stato evidenziato da Autorevole dottrina (L.P. Comoglio, *Valori etici e ideologie del "giusto processo"* (mo-

presupposti. Pertanto le norme che direttamente o indirettamente sottraggono all'autorità giudiziaria, in tutto o in parte, il "giudizio" violano il precetto costituzionale. Ed è su questo punto che deve segnalarsi il primo significativo contributo della giurisprudenza costituzionale.

Con una serie di pronunce che si susseguirono in un decennio (dalla seconda metà degli anni Sessanta alla seconda metà degli anni Settanta dello scorso secolo), la Corte procedette a dichiarare costituzionalmente illegittimi una serie di organi non giurisdizionali cui la legislazione anteriore alla Costituzione affidava la tutela di situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo. Come è ben noto, al momento della entrata in vigore della Costituzione esistevano alcuni organi amministrativi (Giunte provinciali amministrative e Consigli di prefettura "in sede giurisdizionale", Consigli comunali e provinciali in sede di contenzioso elettorale) la cui sopravvivenza era consentita dalla IV disp. trans. della Costituzione. Dopo oltre quindici anni dalla entrata in vigore della Costituzione ed in assenza di un intervento del legislatore ordinario che ponesse fine al periodo transitorio, la Corte costituzionale ritenne di dover assicurare che la tutela degli interessi legittimi non fosse ulteriormente sottratta alla giurisdizione amministrativa<sup>36</sup>.

Sullo stesso filone, anche se in epoca diversa, si pongono le altre pronunce che, nel ritenere ammissibilità dell'arbitrato facoltativo, quello strumento cioè

cui i privati possono liberamente ricorrere al fine di risolvere le controversie relative a diritti disponibili mediante arbitri da loro stessi scelti; ritengono al contrario costituzionalmente illegittime quelle norme che impongono l'arbitrato come forma obbligatoria di giurisdizione privata alternativa a quella pubblica<sup>37</sup>. Pronunce che inducono a ritenere non suscettibile di essere compromesse in arbitri controversie aventi ad oggetto situazioni di interesse legittimo<sup>38</sup>, come oggi sembra peraltro confermare la previsione dell'art. 6 della legge 21 luglio 2000, n. 205<sup>39</sup>.

La tutela giurisdizionale si manifesta nel giudizio e, si impersona nel giudice soggetto terzo ed imparziale rispetto alle parti in causa. La terzietà e l'imparzialità del giudice consistono nell'assoluta equidistanza dell'Autorità giudicante dagli interessi che concretamente perseguono i soggetti che operano all'interno del processo<sup>40</sup>. Questa garanzia deve essere assicurata ed è oggi assicurata anche a tutela delle situazioni di interesse legittimo da parte del giudice amministrativo (come si è visto anche nel par. 2, *supra*) e ciò sia nella configurazione e nell'assetto organizzativo ed ordinamentale che deriva dalla legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali e dal Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, sia in relazione ad ipotesi caratterizzate da soluzioni organizzative da considerarsi "speciali", come ad esempio quei modelli organizzativi propri di alcune Regioni autonome o Province a Statuto speciale<sup>41</sup>.

---

delli a confronto), in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 896) il "diritto al giudice", condiviso dalla Corte di Giustizia, si inserisce nel nucleo centrale del modello giustiziale accolto dal costituzionalismo moderno.

36. Si fa riferimento a C. cost. n. 133/1963, sull'istituto del "Ministro giudice" (il Potere del Ministro per la marina mercantile di decidere sui ricorsi contro i provvedimenti che determinano le indennità di requisizione delle navi); a C. cost. n. 93 del 1965, sui Consigli comunali quali organi del contenzioso elettorale; a C. cost. n. 55/1966, sui Consigli di prefettura in sede giurisdizionale, su cui la nota di F.G. Scoca, *Il contenzioso contabile dopo la dichiarazione di incostituzionalità dei Consigli di prefettura*, in *Giur. cost.*, 1966, 1485 ss.; a C. cost. n. 30/1967, sulle Giunte provinciali amministrative; a C. cost., n. 33/1968, sulla Giunta giurisdizionale amministrativa della Valle d'Aosta. Ancora si veda C. cost., n. 49/1968, con nota di M.S. Giannini, *Una sentenza ponte verso i Tribunali amministrativi*, in *Giur. cost.*, 1968, ed ora in *Scritti*, vol. V, Milano, 2004, 925 ss.; ed ancora a C. cost., n. 128/1974, sul Presidente del Consorzio autonomo del porto di Genova a decidere sui provvedimenti amministrativi dell'Ente. Senza dire delle pronunce relative a giurisdizioni diverse da quella amministrativa: C. cost., n. 60/1969, sui poteri dell'Intendente di finanza (ma con riferimento alla giurisdizione penale); C. cost., n. 121/1970, sui poteri dei Comandanti di porto (sempre con riferimento alla giurisdizione penale); C. cost., n. 164/1976, sempre sui poteri dei Comandanti di porto, in materia di sinistri marittimi.

37. Il riferimento è a C. cost. n. 127/1977 e n. 488/1991.

38. Sul punto si veda però M. Vaccarella, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2004, 18 ss., la quale mette in evidenza una diversa attitudine della Corte desumibile, ad esempio da C. cost. 376/2001.

39. Che al secondo comma precisa: «le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediant arbitrato rituale di diritto». Ma non fa menzione – e quindi esclude – le controversie in materia di interessi legittimi.

40. Per assicurare l'imparzialità del giudice, l'ordinamento prevede diversi strumenti, quali le norme sulla competenza, i mezzi di impugnazione, le norme sull'ordinamento giudiziario ecc.. A tal proposito in giurisprudenza v. C. cost., n. 123/1999, in *Giur. cost.*, 1999, 1031; C. cost., n. 335/2002, in *Cons. Stato*, 2002, II, 1090.

41. Il riferimento è al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ed al Tribunale Regionale di giustizia Amministrativa trentino.

Soprattutto con riferimento ai dubbi sollevati sulle garanzie di indipendenza e sulla reale natura di giudice del Consiglio di Stato, la Corte costituzionale è intervenuta in modo deciso sin dai lontani anni settanta. Nella sentenza n. 177/1973<sup>42</sup>, si precisò infatti che “non può negarsi che dal Costituente siano state prese in specifica considerazione due esigenze, di ampia portata: che le persone, a cui poter affidare funzioni giurisdizionali, siano idonee allo svolgimento di esse, e che tale idoneità venga concretamente accertata. Ed esse, infatti, trovano compiuta o sufficiente tutela là dove varie disposizioni le affermano e le riconoscono come attuali ed essenziali perché siano assicurate alla magistratura le caratteristiche, che la contraddistinguono, della indipendenza e della (per quanto di ragione, connessa) imparzialità. Sono indubbiamente in tal senso, l’art. 100, comma terzo, per cui, specificamente e comunque assorbendosi il disposto dell’art. 108, comma secondo, la legge assicura l’indipendenza del Consiglio di Stato e dei suoi componenti di fronte al Governo; l’art. 102, comma secondo, ultimo inciso, che prevede la partecipazione alle Sezioni specializzate presso gli organi giudiziari, di cittadini idonei estranei alla magistratura; l’art. 106, comma terzo, che fissa i requisiti e le categorie delle persone a cui poter affidare l’ufficio di consigliere di Cassazione; e, per la residua sua portata autonoma, ancora l’art. 108, comma secondo, per cui la legge assicura l’indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali e degli estranei che partecipano all’amministrazione della giustizia”<sup>43</sup>.

Con riferimento quindi alle norme che regolano la (parziale) provvista di Consiglieri di Stato per nomina governativa, la Corte ha precisato che tali norme, ed in particolare quelle di esse che attengono ai profili qualitativi della scelta ed alle garanzie della verifica e del procedimento, «vanno interpretate, sulla base dei riferimenti e delle considerazioni che precedono, nel senso che esse impongono: a) che la

scelta debba cadere su persone specificamente idonee alle funzioni e cioè - mutuando le parole dal parere dell’Adunanza generale del Consiglio di Stato del 24 settembre 1973 ed *in toto* dal testo dell’art. 1 del d.P.R. n. 579 del 1973 - su persone *che per l’attività o gli studi giuridico-amministrativi compiuti e per le doti attitudinali e di carattere, posseggano piena idoneità all’esercizio delle funzioni di consigliere di Stato*; b) che codesta idoneità sia concretamente accertata, e c) correlativamente, che, in quanto il tutto sia compatibile con la natura e con la funzione del procedimento e del provvedimento di nomina, l’effettuazione dell’accertamento della detta idoneità venga in qualche modo documentata o sia desumibile dal contesto». Così rettamente interpretate tali norme, la Corte costituzionale ha ritenuto che esse non vadano contro le disposizioni ed i principi costituzionali sopra ricordati. «Esse danno vita ad una disciplina legislativa che, pur conferendo al Governo un ampio potere discrezionale, garantisce, in materia, il rispetto dell’esigenza dell’idoneità del giudice, nonché di quella dell’indipendenza del Consiglio di Stato e dei suoi componenti di fronte al Governo (e almeno per quanto possa derivare dall’esercizio del potere di nomina). Gli atti di nomina, che in applicazione di quelle norme siano posti in essere, sono soggetti al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti e possono essere portati al giudizio del Consiglio di Stato»<sup>44</sup>.

L’ampiezza della citazione si giustifica perché essa sintetizza un non più smentito orientamento assunto dalla Corte nel giudicare sul problema, un orientamento che segue un approccio di tipo non formalista ma attento alla sostanza delle cose, secondo una lettura delle norme costituzionalmente orientata.

Ed anche in anni più recenti la Corte ha dimostrato di seguire un approccio legato alla sostanza dei problemi, più che alla enunciazione di astratte questioni di principio. Sia con riferimento a possibili incarichi

---

Sul punto, da ultimo, C. cost., n. 316/2004, secondo cui «la peculiare struttura e composizione del Consiglio di giustizia amministrativa delineate dal decreto n. 373/2003 appaiono dunque pienamente giustificate, stante la chiarezza del principio espresso nell’art. 23 ma anche l’assenza di soluzioni organizzative prestabilite, dall’intento di realizzare concretamente quel principio attraverso la prefigurazione di un apposito modello la cui specialità, alla stregua della consolidata giurisprudenza di questa Corte, non appare certo *praeter statutum*. A questo riguardo è significativo ricordare che lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige (ed il relativo decreto di attuazione 6 aprile 1984, n. 426) si sia ispirato agli stessi principi di autonomia, riproducendo sostanzialmente, a distanza di anni, il modello organizzativo siciliano basato sulla presenza, nell’organo di giustizia amministrativa, di membri “non togati” designati in sede locale. Si tratta evidentemente di un modello del tutto particolare fondato sulla “specialità” di alcuni statuti regionali i quali possono anche, nel campo dell’organizzazione giudiziaria, contenere norme a loro volta espressive di autonomia». Tale favorevole giudizio è stato reso possibile grazie alle modifiche legislative e statutarie introdotte di recente, a fronte invece di consistenti dubbi di legittimità costituzionale già palesati in tempi remoti da C. cost. n. 25/1976.

42. Pubblicata in *Giur.cost.*, 1973, 2348 ss., con una storica nota di C. Mortati.

43. Il riferimento è a C. cost. n. 177/1973.

44. Il riferimento è ancora a C. cost. n. 177/1973.

extragiudiziari dei giudici della Corte dei conti<sup>45</sup>, sia più in generale rispetto ad occasioni di scrutinio di legittimità di altre giurisdizioni “speciali”<sup>46</sup>.

Non è quindi la unicità della giurisdizione a costituire principio costituzionale indefettibile, quanto piuttosto l’unità come regola di esercizio della funzione giurisdizionale. E di ciò la Corte costituzionale è ben consapevole e ne ha dato una significativa lettura nell’interrogarsi sulla portata e sui limiti della giurisdizione esclusiva.

La Corte costituzionale, infatti, ha ritenuto che la “particolarità” delle materie di giurisdizione esclusiva cui fa riferimento il Costituente, null’altro sia che il riferimento a quel particolare tipo di controversie in cui la «sicura e necessaria compresenza o coabitazione ... di posizioni di interesse legittimo o di diritto soggettivo legate da un inestricabile nodo gordiano” rendeva talmente difficile operare una distinzione da giustificare la deroga al tradizionale criterio di riparto. Una tesi che era stata esposta anche nel corso dei lavori dell’Assemblea Costituente da Ruini, secondo il

quale –come si ricorda anche nella sentenza - per “la inscindibilità delle questioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, e per la prevalenza delle prime” si è imposta la esigenza di “aggiungere la competenza del Consiglio di Stato per i diritti soggettivi, nelle materie particolari specificatamente indicate dalla legge”<sup>47</sup>.

La Corte costituzionale ha quindi precisato che la particolarità delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva implica che tali materie «devono partecipare della medesima natura» di quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità «che è contrassegnata dalla circostanza che la Pubblica amministrazione agisce quale autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo».

Tale soluzione è stata accolta in dottrina con molte critiche, tanto che si è addirittura giunti a dubitare della stessa sopravvivenza della giurisdizione esclusiva<sup>48</sup>. Non è questa la sede per soffermarsi sul punto. Ai fini di questo breve saggio è sufficiente ricorda-

45. Il riferimento è a C. cost. 224/999, secondo cui «le Sezioni regionali siciliane della Corte dei conti svolgono, in posizione di indipendenza, nei confronti dell’amministrazione regionale, comprensiva degli enti pubblici dipendenti dalla Regione, e degli amministratori e dei funzionari che operano presso di essa, tutte le funzioni di controllo e giurisdizionali proprie della Corte stessa: ivi comprese le funzioni di riscontro a posteriori sulla gestione delle Pubbliche amministrazioni, disciplinate dall’art. 3, commi 4, 5, 6 e 7, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, nel cui ambito fra l’altro la Corte verifica il perseguimento degli obiettivi stabiliti dalle leggi regionali (comma 5), riferisce all’assemblea regionale sull’esito del controllo eseguito, anche con valutazioni sul funzionamento dei controlli interni, e formula alle amministrazioni interessate le proprie osservazioni (commi 6 e 7). I collegi dei revisori dei conti degli enti regionali in questione svolgono le funzioni tipiche del controllo interno, essendo dunque a loro volta soggetti alle valutazioni “esterne” della Corte dei conti. È palese il rischio di un intreccio fra i due ordini di funzioni, suscettibile di tradursi in una menomazione dell’indipendenza e dell’imparzialità dei magistrati delle sezioni regionali della Corte, a causa della necessaria presenza istituzionale di magistrati, appartenenti alle stesse sezioni, nell’ambito, e addirittura alla presidenza, degli organi degli enti regionali. A ben vedere, la previsione dell’affidamento di siffatti incarichi ai soli magistrati delle sezioni siciliane della Corte, contenuta nelle disposizioni impugnate, non ha il senso e la portata di una semplice scelta di opportunità per ragioni organizzative, ma esprime una linea di coinvolgimento istituzionale di dette sezioni, attraverso i magistrati ad esse addetti, in un’attività di controllo interno nell’ambito di amministrazioni regionali, a loro volta poi soggette ai poteri istituzionali di controllo esercitati dalle stesse sezioni. Non è un caso, infatti, che non si tratti di una scelta isolata ed occasionale, ma corrisponda ad una linea di politica istituzionale applicata sistematicamente nella disciplina dell’organizzazione degli enti regionali in Sicilia: la disposizione, impugnata, dell’art. 5 della legge regionale n. 25 del 1976 si riferisce ad una categoria di enti (i centri interaziendali per l’addestramento professionale nell’industria); la disposizione, pure impugnata, dell’art. 15, primo comma, della legge regionale n. 212 del 1979 si riferisce a quattro enti regionali; nello stesso senso dispone, per altri due enti regionali, il terzo comma dello stesso art. 15; identica previsione si trova, a proposito di altri enti, in altre leggi regionali (cfr. ad esempio art. 6, primo comma, della legge regionale 21 dicembre 1973, n. 50, a proposito dei collegi dei revisori di tre enti). Che siffatta linea possa corrispondere all’intento del legislatore regionale, di per sé lodevole, di imprimere caratteri di serietà e di “neutralità” al controllo interno agli enti, attraverso la presenza della professionalità tipica dei magistrati contabili, non elimina la “contaminazione” fra controlli interni ed esterni, che si può realizzare attraverso la sistematica attribuzione di incarichi di controllo interno, conferiti e remunerati dalla Regione o da enti regionali, a molti degli stessi magistrati che per i compiti di istituto operano, nel medesimo ambito territoriale, nell’organo di controllo esterno. La limitazione territoriale, in questo caso, si traduce in un ostacolo all’esercizio dei compiti di salvaguardia dell’indipendenza e dell’imparzialità dei magistrati, affidati al Consiglio di presidenza, cui spetta, proprio a questi fini, deliberare sugli incarichi, e che non potrebbe impedire, non tanto in singole occasioni (per le quali esso potrebbe sempre esercitare la sua potestà di rifiutare in concreto la designazione), ma sistematicamente, che si crei l’accennato rischio di intreccio, pericoloso per l’indipendenza della Corte e dei suoi magistrati. Deve dunque concludersi che sono costituzionalmente illegittime, per contrasto con gli articoli 100, terzo comma, e 108, secondo comma, della Costituzione, le disposizioni denunciate nella parte in cui limitano ai magistrati in servizio presso le sezioni regionali siciliane la scelta dei magistrati contabili cui possono essere conferiti gli incarichi in questione».

46. Il riferimento è a C. cost. 284/1986.

47. Il riferimento è a C. cost. 204/2004.

48. Fra i molti commenti si vedano quelli di F.G. Scoca, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004; V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2004 e

re come la lettura che la Corte prospetta di tutta la giurisdizione amministrativa e che giustifica ancora oggi la sua specialità risieda nella configurazione costituzionale del giudice amministrativo come giudice del pubblico potere. Questa lettura è poi stata fatta propria dallo stesso legislatore nell'articolo 7 del Codice del processo amministrativo<sup>49</sup>. Ed anzi il giudice amministrativo nell'ambito della sua giurisdizione non è affatto, se mai lo è stato, un giudice speciale; dovremmo più correttamente rilevare con la legge che nelle questioni in cui si controverta dell'esercizio o del mancato esercizio del pubblico potere il giudice amministrativo è l'unico giudice ordinario, il giudice naturale di cui si parla con infuocata passione anche in dottrina<sup>50</sup>.

## **5. Al di là del mito, una conclusione sui problemi reali della giustizia nei confronti delle Pubbliche amministrazioni**

Se la giurisprudenza costituzionale ci ha soccorso nel ridimensionare la portata mitologica di alcuni temi, quelli dell'unicità della giurisdizione e della specialità del giudice amministrativo (o della sua strutturale parzialità), questo non significa che non rimanga un significativo terzo tema di indagine, fra quelli che si erano enumerati nell'*incipit* di questo studio; ci si riferisce a quello che sollecita la verifica circa l'attualità del sistema di tutele contro la Pubblica amministrazione che l'ordinamento assegna al giudice amministrativo, ovvero circa la sua incompatibilità con le esigenze di una moderna società civile e di una economia globale.

Il tema, come si è ricordato, è stato a più riprese posto in discussione nell'ambito del dibattito politico e merita una meditata riflessione. Se infatti una parte non marginale di questo dibattito è alimentata dal naturale fastidio e dalla inevitabile insofferenza ai controlimiti da parte dei pubblici poteri e del potere esecutivo in particolare, sarebbe molto miope da parte delle Istituzioni di garanzia non avvedersi dell'esistenza di alcuni problemi reali e non riconoscere le giuste ragioni che talvolta alimentano polemiche dal tono semplicistico o populista.

Non può negarsi infatti che l'esercizio della funzione giurisdizionale nei confronti delle Pubbliche amministrazioni ha concorso in maniera non secondaria a generare negli anni recenti un deprecabile effetto di instabilità delle decisioni pubbliche; quelle decisioni che in quanto esito dell'esercizio del potere pubblico costituiscono appunto l'oggetto del giudizio amministrativo.

La portata demolitoria di una pronuncia di annullamento, rimedio tipico conseguente al sindacato di legittimità del giudice amministrativo (ma il discorso in tempi recenti si è posto anche per il giudizio di legittimità sulle leggi da parte della Corte costituzionale), determina la sensazione che il giudice amministrativo sia di ostacolo alla tempestiva adozione delle misure necessarie alla cura degli interessi collettivi. Le pagine dei quotidiani sono piene di polemiche sulla pretesa responsabilità dei giudici amministrativi per la mancata realizzazione dei lavori per la bonifica ambientale di aree inquinate o affette da dissesto idrogeologico, ovvero per la fuga degli investitori stranieri in progetti per la realizzazione di impianti di trasformazione di fonti energetiche o di generazione di energia, o ancora per la mancata posa in opera delle grandi reti di servizio pubblico (dalla distribuzione di energia elettrica e gas al trasporto ferroviario ad alta velocità), ovvero per la interruzione nella prestazione di servizi pubblici.

Ebbene, è del tutto evidente che imputare alla funzione giurisdizionale gli effetti nefasti di attività amministrative illegittime (quando non illecite) è un fuor d'opera, e tuttavia che in talune circostanze si determini una palese sproporzione tra l'utilità del rimedio (la garanzia della legittimità nell'esercizio della funzione pubblica) ed il pregiudizio derivante dagli effetti che produce l'esercizio di tale rimedio è una constatazione che non può essere smentita. Esiste (e non fa bene nasconderselo) un tema di proporzionalità ed adeguatezza degli effetti del rimedio demolitorio rispetto agli interessi pubblici o collettivi connessi alla decisione pubblica che si è assunta.

Per far fronte a questa esigenza il giudice amministrativo nel passato si è talvolta esposto alla critica di cui si è parlato nelle pagine che precedono, quella secondo cui egli manifesterebbe un sostanziale fa-

ss.; R. Villata, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, *ivi*, 2004; L. Mazzaroli, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, *ivi*, 2005; M. Clarich, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004; A. Pajno, *Giurisdizione esclusiva ed "arbitrato" costituzionale*, *ivi*, 2004; A. Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 del d. leg. 31 marzo 1998, n. 80 dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, 2004, I; F. Fracchia, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione del giudice amministrativo*, *ivi*, 2004.

49. Su cui N. Paolantonio, *Commento all'art. 7*, in R. Garofoli – G. Ferrari, *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, 81 ss.

50. Si veda M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 156.

vor per la parte pubblica in danno della tutela dei privati<sup>51</sup>. In realtà, il giudice lungi dall'alterare la posizione di parità delle parti del giudizio ha immaginato una serie di possibili soluzioni per garantire adeguatezza e proporzionalità fra gli effetti generali della propria pronuncia e la richiesta riparazione della lesione delle situazioni giuridiche soggettive oggetto del giudizio.

Ne sono esempio gli spunti offerti per la dequotazione dei vizi di legittimità formale dei provvedimenti amministrativi, soluzione poi recepita dal legislatore sia in termini generali<sup>52</sup>, sia con riguardo ai vizi delle procedure ad evidenza pubblica (ed agli effetti sui contratti pubblici conseguenti)<sup>53</sup>, ovvero le pronunce volte a differire o a modulare nel tempo gli effetti delle pronunce di annullamento<sup>54</sup>, o da ultimo il tentativo di dequotazione della stessa tutela costitutiva ipotizzato in una recente ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>55</sup>.

Parte della dottrina e la stessa Adunanza plenaria<sup>56</sup> non hanno accolto con favore questa soluzione ma, in disparte le ragioni che hanno motivato una lettura più tradizionale, è indubbio che è restata sul tappeto la vera questione, il vero e principale problema della tutela giurisdizionale nei confronti delle Pubbliche amministrazioni. E si tratta di un problema, come si vede, che prescinde da quale sia il giudice chiamato a sindacare la legittimità dei provvedimenti amministrativi<sup>57</sup>.

Se allora si vuole davvero por mente ai reali problemi della giustizia nei confronti delle Amministrazioni pubbliche, o almeno a quelli più urgenti, si crede che sia più costruttivo da parte degli studiosi, così come dei giudici, soffermarsi sulla possibile evoluzione delle garanzie di tutela, senza andare alla vana ricerca di "albe accorrenti e scomparenti"<sup>58</sup>, fra le quali ben si colloca l'aspirazione pur legittima all'unità della giurisdizione.

---

51. Sul punto si vedano anche le riflessioni di S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 47 ss.

52. Non è questa la sede per dilungarsi sul punto, sia consentito il rinvio ad A. Police, *Annullabilità e annullamento* in *Enc. Dir., Annali*, vol. I, Milano, 2007, 49 ss.

53. Ci si riferisce agli artt. 119 ss. del Codice del processo amministrativo. Su cui si vedano N. Paolantonio, *Commento al Libro quarto Titolo quinto*, nel volume *Codice del Processo Amministrativo*, a cura di G. Leone ed altri, Padova, 2010, 876 ss.; R. Giovagnoli, *Commento agli artt. 119 e 120*, in *Il processo amministrativo*, a cura di A. Quaranta e V. Lopilato, Milano, 2011, 980 ss.; R. De Nictolis, *Commento agli artt. 121-125*, ivi, 1013 ss.; S. Morelli, *Commento all'art. 119*, nel volume a cura di E. Picozza, *Codice del Processo Amministrativo*, Torino, 2010, 228 ss.; C. Sgubin, *Commento agli artt. 120-125*, ivi, 232 ss.; R. Chieppa, *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 562 ss.; P. Lignani, *Commento all'art. 119*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, 2010, vol. III, 1635 ss. ed ivi, G. Ferrari, *Commento agli artt. 120-125*, vol. III, 1649 ss.; M. Lipari, *Commento all'art. 119*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. Caringella e M. Protto, Roma, 2010, 1090 ss. ed ivi S. Cresta, *Commento agli artt. 120-125*, 1118 ss.

54. Il riferimento è fra le altre a Consiglio di Stato, Sez. VI sezione, 10 maggio 2011, n. 2755, con commento di M. Clarich, *L'annullamento degli atti non è sempre retroattivo*, in *Il Sole 24Ore. Norme e Tributi*, 7 giugno 2011.

55. Il riferimento è a Consiglio di Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 284, con commento fortemente critico di M. Mazzamuto, *Dalla de quotazione dei vizi "formali" alla de quotazione dei vizi "sostanziali" ovvero della de quotazione tout court della tutela costitutiva*, in *Giust. amm - Rivista internet di diritto pubblico*, 2015.

56. Il riferimento è a Consiglio di Stato, Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4.

57. Ciò sempre che non si voglia risolvere il problema con un divieto, analogo a quello che da centocinquanta anni ancora vige per i giudici ordinari (il riferimento, come è ovvio, è all'art. 4, comma 2, della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E) e che ovviamente sarebbe in stridente contrasto con le previsioni dell'art. 113, secondo comma, Cost.

58. Per usare le parole di M.S. Giannini (*Diritto amministrativo*, Milano, 1988, *Prefazione*), lì dove egli "con malinconia" confessa che «all'età cui il Tempo mi ha condotto non si aprono più né prospettive né di naufragi né aspettative di palingenesi, anche se la condanna dei giuristi è quella di pensare sempre a nuove albe. Ma sono albe accorrenti e scomparenti».