

Leonardo Ferrara

Lezioni di giustizia amministrativa

- I. Il giudice speciale
- II. La giurisdizione



SECONDA EDIZIONE



Giappichelli

PARTE I
IL GIUDICE SPECIALE

CAPITOLO I

NOZIONI INTRODUTTIVE

SOMMARIO: 1. La giustizia amministrativa: definizione; rapporto con il diritto amministrativo sostanziale e con il diritto processuale amministrativo. – 2. I confini della giustizia amministrativa e il principio di legalità.

1. *La giustizia amministrativa: definizione; rapporto con il diritto amministrativo sostanziale e con il diritto processuale amministrativo*

Nata come attribuzione di funzioni giudiziarie a organi amministrativi (Tocqueville) e come “giustizia speciale per l’amministrazione” (Aimo), per “giustizia amministrativa” si deve oggi intendere (nell’Europa continentale, ch  più ampio   il concetto di *Administrative Justice*: D’Alberti, 2013) un gruppo eterogeneo di istituti volti a tutelare il soggetto privato nei confronti della pubblica amministrazione, laddove questa non abbia osservato il diritto sostanziale. Si tratta di un insieme di rimedi, genericamente accomunati dalla finalit  di garanzia, che ricomprende in particolare: la tutela in via amministrativa, cio  la tutela davanti agli organi amministrativi, investiti da un ricorso del soggetto privato che si ritenga leso; la tutela in via giurisdizionale ordinaria, in altre parole, il processo davanti al giudice civile; la tutela giurisdizionale amministrativa, ovvero il processo davanti al giudice amministrativo.   (soltanto) a quest’ultimo rimedio che

corrisponde l'etichetta "diritto processuale amministrativo". L'eterogeneità degli istituti in discorso si comprende immediatamente sia guardando al profilo soggettivo (facendosi questione a seconda dei casi di un organo amministrativo oppure di un organo giurisdizionale) che a quello formale, concernente il tipo di atto adottato all'esito del giudizio (venendo in giuoco un provvedimento amministrativo oppure una sentenza).

Andando più in profondità, l'espressione "giustizia amministrativa" (nella sua componente di diritto processuale amministrativo) è al tempo stesso solita coprire un rapporto con il diritto sostanziale (il "diritto amministrativo"), in parte diverso da quello che corre tra diritto processuale civile e diritto civile o tra diritto processuale penale e diritto penale.

Se da un punto vista teorico-generale (ma anche da quello dell'Unione europea: a cominciare dalla sentenza della Corte di giustizia *Van Gend en Loos* del 1963) norme sostanziali e norme processuali sono tra loro connesse, avendo in particolare le seconde natura strumentale rispetto alle prime (in quanto dirette a garantire l'attuazione del diritto "anche nell'ipotesi di mancata cooperazione spontanea da parte di chi vi è tenuto": Proto Pisani, 2002), nel nostro caso si è verificata storicamente una sorta di commistione, che è arrivata fino al punto di rovesciare il rapporto tra esse. Quel che si vuole segnalare è che, per un verso, istituti sostanziali sono stati *inventati* o *delineati* nella loro fisionomia astratta nell'ambito del processo da parte del giudice amministrativo (si pensi all'interesse legittimo o all'eccesso di potere), per altro verso, questo giudice è arrivato a *creare* singole e concrete situazioni giuridiche sostanziali (ne vedremo in seguito gli esempi).

Non basta. Sempre in chiave prevalentemente storica può dirsi che la centralità dell'azione di annullamento del provvedimento amministrativo (della quale ampiamente diremo) ha finito per configurare il processo amministrativo come "una sorta di parentesi" o di intermezzo tra l'attività ammi-

nistrativa esercitata prima e quella esercitata dopo di esso, in virtù della conservazione del potere malgrado la conclusione dello stesso processo (Clarich, 1989).

Il vento ha, in qualche misura, cambiato direzione con l'adozione del codice sul processo amministrativo (2010), in cui è contenuta una articolata disciplina delle azioni processuali, le quali costituiscono il vero e proprio snodo tra la sostanza e il processo, contribuendo a forgiare le situazioni giuridiche soggettive nella misura in cui ne definiscono il modo e l'ampiezza della tutela (Berti; Proto Pisani, 2002). Resta, peraltro, il fatto che la disciplina delle azioni è contenuta nel codice di rito, anziché in quello, assente, di carattere sostanziale (diversamente, dunque, da quanto avviene per i diritti soggettivi nel codice civile).

2. I confini della giustizia amministrativa e il principio di legalità

La definizione corrente di giustizia amministrativa trae seco l'estraneità di istituti, come l'annullamento d'ufficio e i controlli di legittimità sugli atti amministrativi, che, pur deputati ad assicurare la conformità alla legge dei provvedimenti della pubblica amministrazione, sono privi della specifica finalità di tutela del soggetto privato. È, pertanto, il principio di legalità, nei suoi due fondamentali aspetti di legalità oggettiva e legalità soggettiva, che consente di evidenziare il confine della giustizia amministrativa e, più in generale, di sondare i punti di contatto e i punti di divergenza tra tutti gli istituti che si sono richiamati.

Con l'avvertenza che la realtà delle cose, come vedremo a più riprese, è più sfumata di quanto si è appena detto, può essere utile aprire una parentesi per ricordare le diverse accezioni del principio di legalità (sotto le cui insegne nasce lo Stato di diritto e, con esso, lo stesso diritto amministrativo: Mannori-Sordi).

Ebbene, quando si ragiona di legalità oggettiva ci si pone nell'ottica della divisione (meglio, della separazione) dei poteri, osservando in particolare il rapporto tra esecutivo e legislativo. È questo un rapporto che è andato evolvendo nel corso del tempo: dall'iniziale dominanza del potere esecutivo si è passati nel corso del XIX secolo, in Italia e negli altri Paesi dell'Europa continentale, all'emersione di assemblee rappresentative che hanno progressivamente condizionato l'anzidetto potere con lo strumento formale della legge. Si tratta del noto processo di formazione dello Stato liberal-democratico, che ha portato a un certo punto a riconoscere la sottoposizione del Governo nei confronti del Parlamento. Il ruolo oggettivo svolto dal principio di legalità identifica questa sottoposizione, ponendo il problema di verificare se l'azione della pubblica amministrazione sia rimasta entro il perimetro della legge.

Non della relazione tra poteri dello Stato, ma del rapporto tra la pubblica amministrazione e il soggetto privato si discute, quando si parla di legalità soggettiva. La legge è vista in questo caso come una garanzia per l'individuo nei confronti dell'azione amministrativa: una garanzia in sé e per sé, in quanto contenente un quadro regolatorio per la pubblica amministrazione, che vale a fissare la relazione tra soggetto pubblico e soggetto privato, identificando le relative situazioni giuridiche soggettive; una garanzia, nondimeno, nella misura in cui quel quadro è espressione dello scontro-incontro tra maggioranza e minoranze, cioè, del confronto politico avvenuto nella sede nella quale tutti i cittadini e i loro interessi materiali sono rappresentati. Vi è chi utilizza al riguardo le formule, rispettivamente, di legalità formale e di legalità sostanziale (Sorace, 2018). Per non fare confusione, è bene dire che queste ultime formule sono, però, più frequentemente usate per identificare il fondamento della potestà regolamentare del Governo o la misura dell'intervento del legislatore (in termini generali; prescindendo, quindi, dal contenuto delle specifiche riserve di legge rinvenibili nella

Costituzione): limitata la legalità formale alla semplice previsione del potere regolamentare; volta a definirne almeno i criteri di esercizio la legalità sostanziale (le due diverse interpretazioni costituzionali diedero vita a una *querelle* negli anni Sessanta tra Cheli e Carlassare).

Presenta, inoltre, punti di contatto (ma anche di intersezione) con la distinzione tra legalità oggettiva e legalità soggettiva quella tra legalità come indirizzo (politico) e legalità come garanzia (Marzuoli, 1982).

Tornando ai confini della giustizia amministrativa, sempre mobili perché da storicizzare, può a questo punto dirsi che l'annullamento amministrativo e i controlli sugli atti non vi rientrano, perché afferenti al rispetto della legalità oggettiva e non alla tutela della legalità soggettiva.

Si prenda in particolare l'annullamento di ufficio, come disciplinato dall'art. 21 *nonies* della legge sul procedimento amministrativo (legge n. 241 del 1990). È vero che dottrina recente tende a interpretarlo come doveroso, fino ad arrivare per l'appunto ad accostarlo a un rimedio di tutela contenziosa (Allena), ma resta decisamente prevalente, soprattutto in giurisprudenza, l'interpretazione che fa della eventuale richiesta di riesame una mera sollecitazione, lasciando l'amministrazione nella facoltà di procedere o meno ed escludendo, conseguentemente, ogni finalità di tutela del richiedente. Semmai, sarà da osservare, a proposito della discrezionalità nel *quid* dell'annullamento, alla stregua delle "ragioni di interesse pubblico" e "degli interessi dei destinatari e dei controinteressati" di cui tenere "conto" (si legga l'articolo), che neppure la legalità oggettiva è pienamente soddisfatta.

Che una qualche incertezza comunque avvolga il contorno della giustizia amministrativa può affermarsi anche riflettendo sul suo predicato di legalità soggettiva. Potrebbe per esempio osservarsi che i rimedi amministrativi sono stati e sono talora ancora ascritti al concetto di autotutela contenziosa (contrapposto a quello di autotutela non contenziosa:

l'annullamento d'ufficio di cui si è appena detto), dove è agevole avvertire l'ossimoro tra la tutela propria e quella del contendente.

Ma vi è di più. Tutta la storia del giudice e del giudizio amministrativo è imbevuta della contrapposizione tra legalità oggettiva e legalità soggettiva: in un tendenziale lungo percorso di passaggio dalla tutela della prima alla tutela della seconda non mancano i mo(vi)menti del pendolo. È una storia di cui ampiamente racconteremo, insieme a quella tesa a verificare se e quanto la giustizia amministrativa abbia tagliato i ponti con la sua veste e, per così dire, il suo vizio originario (la giustizia speciale per l'amministrazione), conducendo il giudizio amministrativo a "unirsi al [diritto] processuale" (Giannini, 1964) e rendendo al tempo stesso obsoleta la domanda retorica che avanzava nel 1828 il Duca De Broglie ("Che cosa è la giustizia amministrativa? Secondo diritto e ragione, esiste una giustizia amministrativa? Non sono queste espressioni discordanti, eretiche o almeno male accoppiate?").

CAPITOLO II

PERCHÉ ABBIAMO UN GIUDICE SPECIALE

Sezione I

PREMESSE STORICO-CONCETTUALI

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2.1. La separazione dei poteri nel passaggio dall'Antico Regime allo Stato liberale. Potere esecutivo e potere legislativo. – 2.2. La doppia anima dello Stato liberale. – 2.3. La magistratura. – 3. Il contenzioso amministrativo negli Stati preunitari.

1. *Considerazioni introduttive*

Il primo problema che dobbiamo affrontare è la risposta alla domanda sul perché in Italia vi sia un giudice amministrativo speciale, malgrado il divieto di istituzione di giudici siffatti, contenuto nell'art. 102, comma 2, della Carta costituzionale.

Che un tale giudice esista dovrebbe potersi dare per scontato. Riservandosi di tornare ampiamente sulle norme costituzionali pertinenti e sulla loro interpretazione, è comunque il caso di ricordare che la VI disposizione transitoria e finale della Costituzione (al comma 1), nel mentre aveva previsto che entro cinque anni dalla sua entrata in vigore si procedesse alla revisione degli organi speciali di giurisdizione esi-

stenti, faceva salve le giurisdizioni del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e dei tribunali militari.

Quel termine da perentorio si trasformò di fatto in ordinatorio, tanto è vero che sono addirittura tutt'ora vigenti organi giurisdizionali speciali come il Tribunale delle Acque Pubbliche, la Commissione Centrale per gli Esercenti le Professioni Sanitarie, il Consiglio nazionale forense, il Commissariato per la liquidazione degli usi civici. Peculiare è anche la storia delle Commissioni tributarie (Pistolesi).

Ci interessa, però, sottolineare la salvezza della giurisdizione del Consiglio di Stato, nella misura in cui la disposizione rende esplicita la qualificazione di specialità.

Rilievo fondamentale hanno, peraltro, gli artt. 103 (comma 1) e 108 (comma 2) Cost., i quali rispettivamente recitano 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, anche dei diritti soggettivi” e che “la legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia”. La disciplina dell'indipendenza del giudice amministrativo, si ricava da questo secondo articolo, non risiede, dunque, nelle disposizioni costituzionali che si applicano alla magistratura ordinaria. Qui sta, precisamente, la specialità: in questo carattere di estraneità rispetto alla magistratura ordinaria. Il giudice amministrativo, in altre parole, è un giudice speciale, perché è sottoposto a uno stato giuridico differente da quello del giudice ordinario, con caratteri di prossimità alla stessa amministrazione (Pastori), come vedremo nel terzo capitolo.

Perché, allora, abbiamo un giudice speciale?

Una risposta che potrebbe venire in mente si lega al tecnicismo della materia giuridica con la quale deve fare i conti il giudice, al tecnicismo, cioè, del diritto amministrativo. Anzi, questa risposta talvolta viene proprio data, rinforzata dal-

l'appello alla “specialità della posizione soggettiva vantata dal privato nel corso del giudizio amministrativo” (della posizione cioè di interesse legittimo: Mangia) o alla specialità dell'intero diritto amministrativo.

Ora, di là dal fatto che questa branca del diritto è (costruita come) speciale soprattutto perché i suoi concetti (il potere, l'imperatività, la discrezionalità, il merito amministrativo, l'interesse legittimo, i c.d. terzi, l'eccesso di potere, e via dicendo) sono stati elaborati da un giudice speciale, il punto è che il tecnicismo o la specialità del diritto sostanziale potrebbe “semmai giustific[are] l'introduzione di giudici specializzati”, non di giudici speciali (Sorace, 2014). Così come avviene per esempio nel diritto fallimentare (con le sezioni fallimentari), nel diritto del lavoro (con le sezioni lavoro), nel diritto agrario (con le sezioni agrarie), nel diritto societario (con il tribunale delle imprese).

La spiegazione della specialità del giudice amministrativo, pertanto, deve essere un'altra: essa va rinvenuta sul piano storico-politico-istituzionale. Del resto, per capire il presente, come grandi maestri hanno insegnato, bisogna sempre volgere lo sguardo al passato.

Nei prossimi paragrafi ripercorreremo il lungo tragitto compiuto dal giudice amministrativo dalle sue origini a oggi, passando attraverso il dibattito avvenuto in Assemblea costituente.

2.1. La separazione dei poteri nel passaggio dall'Antico Regime allo Stato liberale. Potere esecutivo e potere legislativo

L'alternativa tra giudice ordinario e giudice amministrativo per la risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione è espressione di una questione che affonda le sue radici nella maniera di intendere la separazione dei poteri nel momento della caduta dell'Antico Regime e

della nascita dello Stato di diritto (e dello stesso diritto amministrativo).

Per quanto noto, è necessario ricordare in forma (molto) semplificata il modo in cui nell'Europa continentale prende forma lo Stato liberale, dopo le rivoluzioni di fine Settecento che segnano il declino della monarchia assoluta e l'ascesa della borghesia. Ci interessa, in specie, la progressiva erosione del potere assoluto del Re, attraverso la sua scomposizione in potere esecutivo, legislativo e giudiziario (la famosa tripartizione dei poteri).

Ebbene, analizziamo i tre poteri (e l'autonomia da loro raggiunta), partendo dal potere esecutivo, per proseguire con quello legislativo e trattare da ultimo, separatamente, quello giurisdizionale.

Il Re, che aveva visto concentrare nelle sue mani ogni potere, dotato di una legittimazione, come si dice, di carattere teocratico (sovrano "per volontà della Nazione e per grazia di Dio" è la formula rinvenibile accanto alla sottoscrizione delle leggi fino all'avvento del regime repubblicano), conserva nel corso dell'Ottocento questo potere, esercitandolo attraverso il suo Consiglio (c.d. Consiglio privato o del Re), l'amministrazione centrale, gli intendenti e i commissari sparsi con delega sul territorio locale. Le funzioni e gli apparati del Governo, nominato dal Sovrano, da essenziali che erano, si fanno più complessi: basti pensare all'amministrazione militare, all'amministrazione di polizia (preposta alla tutela dell'ordine pubblico), all'amministrazione fiscale, al governo della moneta.

Il fenomeno più vistoso dell'Ottocento è però la formazione di assemblee rappresentative. Attraverso successive ondate rivoluzionarie, la più importante delle quali è quella del '48, nuove classi sociali chiedono di essere rappresentate e di partecipare all'esercizio del potere pubblico, che dopo la (seconda) rivoluzione industriale arriva a ricomprendere anche la gestione dell'economia. I nascenti organismi rappresentativi, embrioni degli attuali Parlamenti, arrivano

a condizionare e a limitare il potere monarchico attraverso due canali.

Il primo riguarda la formazione del Governo. Questo resta di nomina regia (si potrebbe citare la Costituzione del Regno di Prussia del 1848, ai tempi di Federico Guglielmo IV), come detto, ma progressivamente diventa sempre più subordinato al *gradimento* da parte dell'assemblea rappresentativa (fino alla consacrazione dell'istituto della fiducia parlamentare, revocabile).

Il secondo canale di limitazione del potere regio è la legge. Eccoci, dunque, al potere legislativo. Va qui soprattutto notato che con l'esercizio di questa funzione le assemblee rappresentative regolano non soltanto i rapporti tra soggetti privati ma anche quelli tra questi (i cittadini in particolare) e la pubblica amministrazione, come pure disciplinano l'organizzazione amministrativa. La legge, al tempo di Bismark (primo Ministro del Regno di Prussia dal 1862), raggiunge la funzione di approvazione del bilancio dello Stato.

Per comprendere appieno la portata di questo secondo aspetto, si deve tenere presente che all'origine l'amministrazione dello Stato oltre a essere liberamente disposta dal Sovrano, corrispondeva a un suo fatto privato. L'amministrazione pubblica era la *sua* amministrazione, l'amministrazione delle sue cose e dei suoi sudditi. Il bilancio dello Stato era il bilancio del Re. Amministrazione aveva un significato coincidente a quello che noi comunemente gli attribuiamo quando parliamo per esempio di amministrazione di una azienda. Il nucleo originario di quella che poi diventa l'amministrazione pubblica moderna è, dunque, privo di una previa regolamentazione, quale la legislazione che nel corso dell'Ottocento viene approvata da un organismo distinto e separato, cioè, da queste assemblee parlamentari.

2.2. *La doppia anima dello Stato liberale*

Prima di prendere in esame il potere giurisdizionale, conviene segnalare una ambiguità dello Stato liberale (non l'unica, e neppure la più vistosa, tra l'altro: basterebbe considerare "la difficoltà di conciliare la difesa teorica delle libertà individuali con la realtà dei rapporti politici e sociali": Losurdo).

Si tratta in un certo senso di una contraddizione che in forma sempre più attenuata arriva fino ai giorni nostri, la quale ha fatto parlare di "due letture ottocentesche del ruolo del diritto amministrativo: quella per cui il diritto amministrativo costituisce l'insieme delle limitazioni alle quali l'attività dell'esecutivo è sottoposta, in funzione di garanzia degli amministratori, e quella che invece lo considera come insieme di norme speciali derogatorie in funzione degli interessi pubblici perseguiti dallo Stato" (Morbidelli). Altri, ancor prima, hanno imputato allo Stato borghese "due poli, l'uno autoritativo, l'altro se non libertario, non autoritativo", rilevando, per un verso, l'uso strumentale della normazione amministrativa "con cui la borghesia, conquistato il potere con la rivoluzione, [ha teso] a conservarlo da un lato contro le classi già privilegiate spodestate, dall'altro contro le classi subalterne" e, per altro verso, la "continua azione da parte di gruppi borghesi democratici e illuminati, che portò alla progressiva distruzione dei privilegi dello Stato" (Gianini, 1964).

In altre parole, le nuove classi sociali che vanno rivendicando una presenza a livello politico-istituzionale, in una logica difensiva e di opposizione al potere dello Stato, mirano all'abbattimento dei privilegi e all'allargamento dei diritti individuali politici ed economici. Qui si trova la faccia della legge più autenticamente definibile come liberale: la legge come garanzia, come attribuzione o riconoscimento di un diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione. È quella legalità-garanzia, che abbiamo già incontrato.