

PAOLO TANDA

IL SISTEMA DUALISTICO DI CONTENZIOSO
AMMINISTRATIVO: DALLA L.A.C. AI RECENTI
ORIENTAMENTI FAVOREVOLI AL RITORNO
DEL MODELLO MONISTICO
A GIURISDIZIONE UNICA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il sistema di contenzioso amministrativo derivante dalla L.A.C. – 3. Le disposizioni normative della L.A.C.: in particolare, il potere di disapplicazione del g.o. – 4. I limiti del sistema scaturente dalla L.A.C. ed il ritorno al modello dualistico. – 5. Il modello dualistico di contenzioso amministrativo: la costituzionalizzazione della L.A.C., il diritto di azione e l'imprescindibilità della tecnica di tutela del giudice amministrativo – 6. La crescente espansione della giurisdizione ordinaria a scapito di quella amministrativa: verso il superamento del modello dualistico? – 7. L'accrescimento del sindacato del g.o. sull'attività amministrativa. – 8. I recenti orientamenti favorevoli al ritorno del modello monistico a giurisdizione unica. – 9. Profili di criticità dell'indipendenza del Consiglio di Stato. – 10. L'adeguatezza dell'attuale sistema di tutela dell'indipendenza dei giudici amministrativi. – 11. Analisi critica degli orientamenti favorevoli al ritorno alla giurisdizione unica. – 12. L'orientamento favorevole al superamento della distinzione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa. – 13. Il ruolo delle S.U. nell'espansione della giurisdizione ordinaria e la necessità di attribuire i conflitti di giurisdizione ad un giudice a composizione mista.

1. – Uno studio del sistema di contenzioso amministrativo derivante dalla legge abolitrice n. 2248/1865 (L.A.C.) – i cui principi informativi, a distanza di oltre un secolo e mezzo, non hanno perso la loro attualità – può costituire un valido contributo per il corretto inquadramento di importanti ed attuali problematiche di giustizia amministrativa. Si pensi – ad esempio – al ciclico riemergere¹ della di-

¹ R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*,

sputa relativa all'opportunità della vigenza di un modello di tutela dualistico (incentrato sulla presenza, oltre che del giudice ordinario, pure del giudice amministrativo), disputa che è stata riproposta nell'ambito del recente dibattito sulle riforme del nostro Paese². Si pensi anche alla problematica relativa al complesso rapporto esistente tra controllo giurisdizionale ed attività amministrativa, rapporto che non ancora ha trovato un adeguato punto di equilibrio tra l'esigenza di

2014, 285, sottolinea come riviva «periodicamente nel nostro ordinamento la questione se il sistema dualistico vigente in Italia dal 1889 e riconfermato dalla Costituzione del 1948 debba essere mantenuto o se viceversa sia preferibile attribuire ad una giurisdizione anche strutturalmente unica pure la tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione». Viene ricordato dallo stesso Autore come tale soluzione – sostenuta in sede di Assemblea costituente da Piero Calamandrei – oggi sia un caposaldo della c.d. Scuola fiorentina di diritto amministrativo: in merito cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003; ID., *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2013, 617 e ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008. Nello stesso senso tra gli studiosi del processo civile, cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.* 2009, V, 370 e ss.; ID., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, *ivi*, 2001, V, 21 ss.; F. BILE, *Intorno all'unità della giurisdizione*, *ivi*, 2001, V, 93 ss.

² Sostengono la necessità del ritorno al modello monistico a giurisdizione unica: A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, cit., 21 ss.; F. VOLPE, *Sulle ipotesi di riforma del sistema di giustizia amministrativa*, 15 ss., nel *Forum (Ipotesi di riforma del sistema di giustizia amministrativa)* presente sul sito istituzionale dell'A.I.P.D.A.; G. LAURICELLA, *Brevi considerazioni sulla giustizia amministrativa*, 7 s., *ivi*; S. LARICCIA, *Indipendenza dei giudici amministrativi e unità della giurisdizione*, in Sergio Panunzio, *Profilo intellettuale di un giurista, Atti del convegno di Perugia (16 giugno 2007)*, a cura di F. Cerrone e M. Volpi, Napoli, 2008, 161 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, cit., 7 ss.; A. LIBERATI, *Giustizia amministrativa, perché è necessario abolirla*, in www.ilfattoquotidiano.it, 8 aprile, 2014. Nello stesso senso si collocano pure gli articoli comparsi il 13 agosto 2013 su *Il Mattino*, *Il Messaggero*, *Il Gazzettino* di R. PRODI, dall'eloquente titolo *Abolire tar e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia*. Anche l'ex Presidente del Consiglio Matteo Renzi, 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.

predisporre un esaustivo sistema di tutela del cittadino nei confronti della p.a. e la contrapposta ma complementare esigenza di garantire il mantenimento di quell'ambito tradizionalmente riservato alla discrezionalità amministrativa³, in nome della quale si è arrivato anche a teorizzare la necessità di un sistema monistico di tutela affidato al solo giudice ordinario⁴.

In tale ambito, caratterizzato da un «avvicinamento della giustizia amministrativa ad un comune sistema di giustizia»⁵, non può esservi

³ A ciò si aggiunga che la doverosa repressione degli illeciti connessi all'attività amministrativa ha prodotto, in non pochi casi, una ingerenza nella sfera della p.a. al punto tale da determinare un vero e proprio fenomeno di «supplenza» del giudice, che in alcuni casi ha dato luogo a risultati positivi, ma in altri ha prodotto evidenti pregiudizi per l'attività amministrativa in termini di paralisi di interi settori di particolare rilevanza.

⁴ Auspicare l'abolizione del giudice amministrativo in quanto ritenuto un ostacolo alla crescita economica – in tal senso R. PRODI nei succitati interventi (“*Abolire tar e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia*”) comparsi il 13 agosto 2013 su *Il Mattino*, *Il Messaggero*, *Il Gazzettino* – significa in definitiva dare rilievo prevalente alla (pur importante) esigenza, indicata nel testo, di preservare l'ambito della discrezionalità della p.a., tralasciando – però – l'imprescindibilità del controllo giurisdizionale. Pure l'ex Presidente del Consiglio Matteo Renzi, 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.

⁵ Così S. CASSESE, *Nuovi paradigmi per la giustizia amministrativa*, in *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, a cura di P.L. Portaluri, Napoli, 2016, 3, che evidenzia come tale avvicinamento, cominciato nel 1971, sia «in consonanza con il processo mondiale, che possiamo riassumere come un processo di cambiamento di un paradigma che si era costruito ad opera di due personaggi... Tocqueville in Francia e Dicey in Inghilterra». Lo stesso A. rileva anche come secondo questo paradigma si opponessero sistemi monistici di giustizia a sistemi dualistici: si tratta di un paradigma che sta cambiando attraverso un processo chiamato di “convergenza”, ma che in realtà risulta essere più complesso, in quanto composto di tre elementi. Il primo «è costituito dalla “de-differenziazione” dei sistemi di giustizia, in cui ciascuno perde la propria peculiarità» (*op. cit.*, 4). Il secondo è rappresentato dalla diffusione, sia nei sistemi monistici sia nei sistemi dualistici, di alcuni principi, come quelli di ragionevolezza e di proporzionalità. Il terzo è caratterizzato da sviluppi per imitazione degli ordinamenti giuridici (c.d. fenomeno dei “trapianti”. Inoltre, l'A. sottolinea come il sopraindicato avvicinamento della giusti-

alcun dubbio – come il presente lavoro cercherà di provare – sull'imprescindibilità tanto della figura del giudice amministrativo⁶, quanto del sindacato giurisdizionale, senza – però – dimenticare che in relazione a quest'ultimo aspetto non può essere attribuito un rilievo minore all'esigenza di preservare quell'area riservata alla discrezionalità della pubblica amministrazione⁷.

Un approfondimento sull'apparato derivante dalla L.A.C. e, quindi, un ritorno alle origini del nostro sistema di giustizia amministrativa, attraverso la disamina delle ragioni storico-culturali e giuridiche che portarono alla scelta di un modello dualistico ispirato al principio del pluralismo organizzativo delle magistrature⁸, può aiutare a compren-

zia amministrativa a un comune sistema di giustizia induca a rimeditare quest'ultima in termini diversi da quelli fissati dal paradigma monismo–dualismo (*op. cit.*, 4): a causa di tale avvicinamento è «evaporato» il problema della contrapposizione tra i due modelli, venendosi ad aprire invece un altro problema, quello del diritto amministrativo. L'A. sottolinea che in relazione a tale ultimo problema vi sono state negli ultimi tempi due opinioni critiche. La prima esclude che il diritto amministrativo sia funzionale al processo economico, occorrendo riallineare il primo al secondo: si tratta di una critica dall'interno, diretta non al diritto amministrativo in sé, ma al modo in cui quest'ultimo viene gestito e applicato (*op. cit.*, 5). La seconda critica è più radicale, in quanto è diretta a sostenere l'abolizione di TAR e Consiglio di Stato.

⁶ L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 561, rileva che non occorre «chiedersi “se serve ancora una giustizia amministrativa” (che è una domanda mal posta o quantomeno ingannevole), bensì se serve ancora un giudice speciale». L'A., infatti, precisa: «è fuori discussione che la giustizia amministrativa serva, anzi, che non se ne possa fare a meno... Semmai, di fronte alla contestazione proveniente dai politici e dagli amministratori che la giustizia amministrativa per porre rimedio alla lesione di un individuo o di un'impresa possa finire per creare un danno agli interessi di un'intera comunità (per esempio, bloccando o comunque ritardando gravemente la realizzazione di un'importante opera pubblica), sembra corretto insistere nella distinzione tra materie nelle quali l'esigenza effettiva è quella della tutela in forma specifica e materie nelle quali è sufficiente la tutela risarcitoria per equivalente»: *op. cit.*, 561, nota 1.

⁷ In altri termini, il problema – di non semplice soluzione – è quello di individuare l'esatta linea di confine tra il controllo dell'autorità giudiziaria e l'ambito discrezionale dell'attività amministrativa.

⁸ B. CAMPANELLI (a cura di), *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, Pisa, 2013, 15; G. CARBONE, “Art. 100”, in G. BRANCA (a cura di),

dere come non sembra cogliere nel segno chi ritiene che si vada verso il superamento dei cc.dd. criteri di riparto⁹ e della differenza tra “attribuzione” e “ripartizione”, oltre che della distinzione tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa¹⁰. Allo stesso modo non

Commentario alla Costituzione, Bologna-Roma, 67; N. ZANON, *L'autonomia e l'indipendenza delle magistrature speciali oggi*, in B. CAMPANELLI (a cura di), *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, Pisa, 2013, 15; L. CHIEFFI, *La magistratura. Origine del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Napoli, 2000, 75; V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in www.astrid.eu, 2009, 22; S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2013, 67 ss.; A. D'ALOIA, *L'autogoverno delle magistrature “non ordinarie” nel sistema costituzionale della giurisdizione*, Napoli, 1996, 49 ss.; L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 561 ss.; E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella Costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2001, 911 ss.; E. FOLLIERI, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, in giustamm.it, 2016; G. GIOVANNINI, *La giustizia amministrativa nel 2014*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 339 ss.; F.S. MARINI, *Unità e pluralità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in giustamm.it, 2014; F. MERLONI, *Funzioni amministrative e sindacato giurisdizionale. Una rilettura della Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 2/2011, 498 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”*, cit.; G. PASTORI, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 921 ss.; A. POLICE, *La mitologia della «specialità» e i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, a cura di P.L. Portaluri, Napoli, 2016, 171 ss.; M. NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 1983, V, 249 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Intervento al dibattito sulla crisi della giustizia amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 380 ss. 3; ID., *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2/2011, 505 ss.;

⁹ In questa direzione sembra porsi A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 447-448. Sostanzialmente nello stesso senso si pone anche A. ROMANO, nella nota a commento di Cons. Stato, Ad. Gen., 12 maggio 1998, in *Foro it.*, 1998, III, 353.

¹⁰ Rileva A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”*, cit., 28, come «la specialità della giurisdizione amministrativa, certamente “voluta” dal costituente e “tollerata” dalla cultura giuridica, si sia andata lentamente attenuando, fino a scomparire del tutto, nella realtà dell'ordinamento positivo. Si parla, infatti, da tempo, di un processo di avvicinamento di tale giurisdizione a quella ordinaria, e dunque di un suo complessivo ricollocarsi

sembra possa condividersi né l'opinione di chi asserisce che quest'ultima viene, oggi, a connotarsi come un potere specifico esercitabile nell'ambito dell'unitaria funzione giurisdizionale¹¹, né l'orientamento, sostenuto anche di recente¹², che ritiene auspicabile un'unità della giurisdizione da un punto di vista non solo funzionale ma anche organizzativo.

In effetti, con questo studio si cerca di confutare i sopraindicati orientamenti analizzando, nell'ambito della sempre mutevole fisionomia del contesto socio-economico, il crescente fenomeno dell'espansione della giurisdizione del giudice ordinario¹³ – a cui ha contribuito non poco la Corte di Cassazione per effetto di un'interpretazione dei criteri di riparto¹⁴ della giurisdizione non di rado incentrata su valutazioni opinabili (v. *infra*) – sia nella direzione dell'ampliamento del controllo sull'attività amministrativa sia nella direzione della crescente erosione della giurisdizione del g.a.

Per quanto riguarda in particolare tale ultimo profilo, nel presente lavoro si sottopongono a critiche – in coerenza con le ine-

all'interno dei principi: il legislatore da un lato e la giurisprudenza dall'altro, pur in assenza di una specifica necessità costituzionale, ne avrebbero profondamente cambiato i caratteri, a tal punto che si sarebbe perso il riferimento storico della originaria "rezezione"».

¹¹ Così G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 827 ss.

¹² Cfr. A. PROTO PISANI, *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2015, V, 186 ss. Nella stessa direzione cfr. L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni*, cit., 561-562, che ritiene «molto solidi» gli argomenti «a favore dell'uni(cità) (organica e funzionale), e quindi dell'unificazione, della giurisdizione».

¹³ Di diverso avviso è F. MERUSI, *Sulla giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza) a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, in *Questa rivista*, 2016, 334, secondo cui col codice del processo amministrativo «il legislatore è intervenuto sulla legge del 1889 e sulla legge istitutiva dei TAR trasformando l'originario processo amministrativo di cassazione in un processo anche di cognizione, togliendo così ulteriore spazio alla giurisdizione del giudice ordinario, avviando così il processo amministrativo verso il traguardo finale di un unico giudice nei confronti della Pubblica Amministrazione».

¹⁴ Sul dibattito relativo ai criteri di riparto si rinvia a da F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 449 ss.

quivocabili statuizioni della Consulta relative non solo al rilievo costituzionale del giudice amministrativo ed alla sua specialità (sentenza n. 204/2004), ma anche all'espressa qualifica dello stesso g.a. come giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica (sentenze n. 191/2006 e n. 140/2007)¹⁵ – le considerazioni addotte a sostegno dell'orientamento favorevole all'eliminazione della figura del giudice amministrativo¹⁶, indicando argomentazioni sia di carattere storico sia di natura giuridica. Per superare, poi, alcune criticità dell'indipendenza del g.a.¹⁷ (criticità richiamate insistentemente dai fautori della giurisdizione unica), si cerca di far emergere come – secondo chi scrive – la Costituzione ed il legislatore ordinario abbiano delineato un adeguato sistema di tutela dell'indipendenza¹⁸ del

¹⁵ M.R. SPASIANO, *Il giudice amministrativo mediatore dei conflitti tra interessi pubblici*, nel Forum (*Lo Stato di diritto fa bene all'economia*) presente sul sito istituzionale dell'A.I.P.D.A., 2, afferma che il giudice amministrativo innanzi all'emergere quotidiano di illecite forme di gestione della p.a. «viene (non correttamente) evocato dai mass-media sulla scorta, per lo più, di emotive affermazioni di origine politica, quale garante della correttezza dell'attività amministrativa, con conseguente formulazione di giudizi negativi che giungono persino a negare l'utilità della sua sopravvivenza».

¹⁶ Si è affermato che l'orientamento favorevole all'abolizione del giudice amministrativo avrebbe come adepti anche alte cariche dello Stato: infatti, secondo A. LIBERATI, *Giustizia amministrativa, perché necessario abolirla*, cit., 1, «autorevolissime voci si sono sollevate per sostenere la necessità di abolire la giustizia amministrativa... l'attuale presidente del Consiglio Matteo Renzi, l'ex presidente del Consiglio Romano Prodi, l'attuale vice-presidente del Consiglio Superiore della Magistratura Michele Vietti sono solo alcuni tra questi».

¹⁷ Secondo A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, cit., 10, la lettera del testo costituzionale del 1948 non concepisce il giudice amministrativo come caratterizzato dall'imparzialità: «se è vero, come è certamente vero, che tale principio, pur non espressamente nominato da quel testo, costituiva già allora il nucleo centrale di qualificazione degli organi e della funzione giurisdizionale, la piena appartenenza del primo a quest'ultima appare quantomeno incerta. La separazione e la profonda differenza qualitativa tra giurisdizione in genere e "giurisdizione" amministrativa risultano poi ampiamente confermate qualora si estenda la lettura ad altre norme costituzionali».

¹⁸ Afferma A. POLICE, *La mitologia della «specialità» e i problemi reali della giustizia amministrativa*, cit., 205, che l'idea – o il mito – della specialità declinata in termini di assenza o minore indipendenza del giudice amministrativo si fonda «più sull'assenza di conoscenza di quella giurisdizione nel suo quotidiano esercizio

giudice amministrativo¹⁹, nonostante alcuni aspetti ancora da migliorare.

Il presente lavoro tende anche a dimostrare, da un lato, che di unità²⁰ della giurisdizione tutt'al più si può parlare solo sotto il profilo funzionale e non sotto quello organizzativo, dall'altro lato, che la sopraindicata tendenza all'espansione della giurisdizione ordinaria costituisce, in definitiva, un vero e proprio tentativo della Corte di Cassazione, nella sua più elevata composizione, di introdurre in via di fatto una giurisdizione unica anche sotto il profilo organizzativo-strutturale, senza percorrere le imprescindibili preventive riforme costituzionali. Tale tentativo, inoltre, si basa su una non condivisibile trasformazione del ricorso in Cassazione *ex art. 111 Cost.*, ultimo comma, da rimedio per la risoluzione di uno specifico conflitto a strumento di controllo dell'effettività della tutela giurisdizionale in concreto attuata dal g.a. (*v. infra*).

In ogni caso, sembrano aver maggior rilievo non gli aspetti relativi all'abolizione o alla specialità del g.a., ma quelli afferenti al modo di esercizio della giurisdizione amministrativa.

Infine, in un contesto in cui la giurisdizione amministrativa – quale giurisdizione naturale dell'economia²¹ – va gradualmente acquisendo dimensione di servizio più che di potere, si rileva come un punto di

che sulla realtà quotidiana dell'attività giurisdizionale dei Tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato».

¹⁹ S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 47, sottolinea che «l'effettività della tutela sotto il profilo funzionale, e l'indipendenza e imparzialità del giudice sotto il profilo strutturale, sono dunque i due standards sovranazionali alla stregua dei quali devono essere apprezzati i sistemi giurisdizionali nazionali, anche nel loro riferirsi alle controversie fra i cittadini e le amministrazioni pubbliche che esercitano poteri amministrativi».

²⁰ A. POLICE, *La mitologia della «specialità» e i problemi reali della giustizia amministrativa*, cit., 186-187, afferma che «il vero tema non è tanto quello di assicurare la unicità o meglio la riduzione ad unità delle giurisdizioni, quanto piuttosto assicurare la unicità ed effettività della funzione giurisdizionale».

²¹ M. D'ALBERTI, *Principi del diritto europeo e giurisprudenza amministrativa*, in G. PELLEGRINO, A. STERPA (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica*, Roma, 2014, 285, evidenzia «l'accresciuta possibilità di una funzione "equilibratrice" del giudice amministrativo nell'edificazione della sua giurisprudenza in materia economica».

mediazione tra l'inaccettabile sopraindicato tentativo e l'impossibilità di modificare – a Costituzione invariata – l'attuale modello dualistico possa essere rinvenuto nell'auspicabile superamento della scelta ormai anacronistica della Corte di Cassazione come giudice dei conflitti, prevedendo in tal caso un organo a composizione mista. Del resto, nonostante i precisi limiti in materia di criteri di riparto posti dalla citata giurisprudenza costituzionale alla Corte di Cassazione, quest'ultima non di rado disattende tali limiti.

Si tratta di problematiche strettamente interconnesse, la cui disamina non può non prendere le mosse dal prodromico approfondimento del sistema di giustizia amministrativa²².

In particolare, come accennato prima, un importante contributo, ai fini del presente studio, può derivare dall'imprescindibile profilo storico-comparativo: solo attraverso tale più ampia visione è possibile acquisire un corretto inquadramento dell'articolata problematica oggetto di questo lavoro e comprendere quanto sia deleteria ed antistorica²³ la recente deriva abolizionista²⁴.

2. – È noto che la legge abolitrice, tra il modello monistico (ca-

²² Non a caso tutti i sopraindicati profili costituiscono evidentemente problemi di giustizia amministrativa e la mancata consapevolezza di ciò determina, in non pochi casi, "disorientamenti" giurisprudenziali e dottrinali.

²³ In tal senso cfr. anche M. D'AMICO, I. PELLIZZONE, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta della Costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Riv. AIC*, n. 4/2014, 3. Secondo tali Autrici attraverso il sopraindicato profilo storico «si potranno esaminare più consapevolmente, allontanando il rischio di cadere in un approccio ideologico, i punti di forza e di debolezza di una riforma costituzionale volta ad abolire la giurisdizione amministrativa».

²⁴ Rileva S. CASSESE, *Nuovi paradigmi per la giustizia amministrativa*, in *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, a cura di P.L. Portaluri, Napoli, 2016, 6, che «in questo momento il diritto amministrativo non gode di buona stampa. Questo è successo anche in altri momenti: è noto che De Gaulle voleva sopprimere il Conseil d'État quando questo prese la famosa decisione Canal, con la quale impedì una impiccagione. E che limitazioni al potere dei giudici nei confronti dell'amministrazione sono state proposte recentemente nel Regno Unito dal ministro Grayling».

ratterizzato – oltre che dall’attribuzione delle controversie concernenti l’esercizio del potere amministrativo al giudice ordinario – da un’accentuata indipendenza di quest’ultimo e da un elevato grado di *deference* rispetto alle decisioni adottate dall’amministrazione nell’esercizio dei relativi poteri²⁵) e quello dualistico (contraddistinto dall’affidamento delle “controversie di diritto pubblico” ad un giudice speciale, meno indipendente rispetto al giudice ordinario, ma dotato di un sindacato più incisivo sull’esercizio del potere amministrativo²⁶), optò per il primo, dando luogo ad un sistema di contenzioso amministrativo incentrato, da un lato, sull’attribuzione al giudice ordinario delle controversie (nei confronti della p.a.) relative alle lesioni di diritti, dall’altro lato, sulla previsione di soli rimedi amministrativi interni per le questioni inerenti all’amministrazione pura.

Si trattò, in pratica, di una soluzione di compromesso, perché in questo modo si soddisfacevano due contrapposte esigenze: da una parte, quella di attuare anche nell’ambito dell’azione amministrativa il principio di legalità, con conseguente implementazione del controllo del giudice ordinario; dall’altra parte, quella di creare per l’azione amministrativa una sorta di zona franca in cui fosse precluso il sindacato giurisdizionale ed ammesso unicamente un sistema di controllo attraverso rimedi amministrativi interni allo stesso apparato della p.a. Insomma, l’obiettivo era duplice: tutelare le aspettative private nei confronti dell’amministrazione ed assicurare anche alla pubblica amministrazione un ambito di autonomia intangibile da parte dell’autorità giudiziaria.

Si è trattato, però, di un compromesso per nulla semplice da raggiungere, non solo in ragione del carattere autoritativo del potere amministrativo necessario per perseguire l’obiettivo di unificazione nazionale della legislazione amministrativa preunitaria, ma anche in considerazione del principio liberale di riconoscimento, almeno in via

²⁵ Cfr. S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19, 1990, 5 ss.

²⁶ Cfr. S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 49, al quale si rinvia anche per il rapporto di proporzionalità inversa (*trade off*) tra indipendenza strutturale del giudice ed effettività della tutela che quest’ultimo è in grado di offrire sul piano funzionale.

tendenziale, della tutela giurisdizionale dei diritti del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Il fatto che il nucleo essenziale della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, ad oltre un secolo e mezzo dalla sua promulgazione, sia ancora in vigore²⁷, è la conseguenza – secondo chi scrive – di un attento lavoro di ricerca di un punto di mediazione tra principio di libertà e principio di autorità, tra tutela del cittadino e tutela dell'interesse pubblico gestito dal potere amministrativo e, quindi, tra due valori contrapposti ma entrambi meritevoli di soddisfacimento. La tutela di questi due valori non poteva non essere incentrata sul criterio diritto-interesse per creare lo “spartiacque” tra giurisdizione e amministrazione, nell'ambito di un modello monistico fondato su un'unica giurisdizione. È proprio con la L.A.C.²⁸, infatti, che viene ad essere introdotta nel nostro sistema normativo l'inscindibile binomio giurisdizione ordinaria-diritto soggettivo: anzi, prima della riforma del 1889 il binomio previsto dalla citata legge abolitrice era diritto soggettivo-giurisdizione, in quanto l'unica forma di tutela giurisdizionale prevista era legata alla lesione di un diritto soggettivo. Si è trattato di una scelta che da un lato ha risentito fortemente della teoria della “responsabilità ministeriale” di ispirazione britannica, dall'altro lato è stata la chiara espressione di un'opzione per il costituzionalismo liberale, in base al quale i giudici devono essere sempre in posizione di separatezza rispetto all'amministrazione, anche quando la giudicano²⁹.

²⁷ M. CLARICH, *Un corpus normativo che contribuisce alla certezza del diritto*, in *Guida al Diritto*, 2010, n. 32, 10, precisa che la legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, di abolizione del contenzioso amministrativo non è stata abrogata o modificata dal codice del processo amministrativo entrato in vigore il 16 settembre 2010.

²⁸ Rileva S. BATTINI, *op. ult. cit.*, 53, che nell'impianto della legge del 1865 «la *deference* del giudice ordinario non avrebbe dovuto manifestarsi nella forma del difetto di giurisdizione a fronte di esercizio di poteri amministrativi, bensì nella forma, più attenuata, della sottrazione al giudice, in caso di accertata lesione del diritto prodotta dall'esercizio di poteri amministrativi, della possibilità di disporre di rimedi direttamente incidenti sul provvedimento adottato (revoca o modifica)».

²⁹ Non è mancato chi ha interpretato la legge unificatrice del 1865 come scelta di libertà non del cittadino verso l'amministrazione, ma dell'amministrazione stessa verso gli altri poteri dello Stato e, quindi, verso il cittadino: cfr. S. Sambaturo, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977; ID.,

Questo – come è noto – ha comportato che, nel periodo tra la legge unificatrice del 1865 e la riforma del 1889, in Italia è stato in vigore un sistema di contenzioso amministrativo tipico dei modelli a giurisdizione unica e caratterizzato dall'assenza di giurisdizione amministrativa, con la conseguente creazione di una sorta di zona franca a favore dell'amministrazione³⁰. Ben presto, però, si compresero i notevoli limiti di tale sistema: infatti, ci si rese conto – e ciò non può non far riflettere sul ciclico riemergere della teoria abolizionista (v. *infra*) – che il legislatore, mosso da un'esigenza di tutela del cittadino³¹, aveva costruito l'azione contro la p.a. con connotazioni tali da rendere quasi evanescente la tutela del privato nei confronti dell'amministrazione: rimasero del tutto inascoltate le parole di chi, come il Crispi, sosteneva che con la L.A.C. non sarebbe stato compiutamente raggiunto l'obiettivo prefissato³². L'inevitabile conseguente esigenze di ridimensionare la succitata zona franca non potette non essere appagata se non attraverso la predisposizione di una giurisdizione

Contenzioso amministrativo, voce in *Dig. pubbl.* IV, Torino 1989. In ogni caso tutto quanto sopra accennato induce a ritenere non meritevoli di accoglimento le non rare affermazioni che indicano il sistema di giustizia amministrativa francese come il modello al quale si sarebbe ispirato il nostro legislatore del 1865.

³⁰ F. MERUSI, *Sulla giustizia amministrativa come servizio*, cit., 339, afferma che «i diritti dei cittadini nei confronti della Pubblica Amministrazione dovevano essere tutelati dal giudice ordinario, mentre ogni possibile attività del potere esecutivo che non incidesse sui diritti del cittadino era per il cittadino giuridicamente irrilevante e perciò libera da possibili censure giudiziarie».

³¹ Sul punto cfr. anche S. SAMBATARO, *Tribunali del contenzioso amministrativo e tribunali amministrativi regionali nel sistema della giustizia amministrativa*, Roma, 1971, 3 ss.

³² L. TORCHIA, *La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo alla prova dell'evoluzione*, in *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, a cura di P.L. Portaluri, Napoli, 2016, 133, afferma che «l'esigenza di una tutela effettiva nei confronti del potere pubblico è all'origine della nascita della giurisdizione amministrativa. L'abolizione del contenzioso amministrativo, lungi dal porre sullo stesso piano potere pubblico e diritti privati, mostrò subito l'insufficienza della tutela affidata al giudice ordinario, sia per la limitatezza dei poteri attribuiti a quest'ultimo, limitati alla disapplicazione dell'atto, sia per la deferenza che la giurisdizione ordinaria ha tradizionalmente mostrato – e ancora oggi frequentemente mostra – nei confronti del potere pubblico».

zione contraddistinta non solo dai caratteri della integrazione e della specialità, ma anche dalla posizione di assoluta centralità dell'atto amministrativo: era, pertanto, logico che si configurasse il giudizio amministrativo come giudizio non sul rapporto ma sull'atto e, quindi, come giudizio di annullamento. Questa situazione, più che la conseguenza della particolare configurazione dell'atto amministrativo come quintessenza della volontà della p.a. di cui lo stesso atto costituisce il «precipitato puro»³³, sembra derivare dalla configurazione di esso, operato dalla stessa L.A.C., come limite all'attività dell'autorità giudiziaria, limite oltre il quale non c'è più giurisdizione³⁴.

3. – Tutto ciò che è stato accennato in precedenza fa comprendere come la legge abolitrice del contenzioso amministrativo costituisca storicamente il primo “pezzo” del sistema di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione: quello relativo alla tutela innanzi al giudice ordinario.

L'indubbio merito della legge abolitrice è stato quello di aver operato una decisa inversione di rotta rispetto ai sistemi preunitari: si è, infatti, optato per la tutela giurisdizionale, abbandonando i precedenti sistemi di mera tutela amministrativa.

È stata certamente una scelta politica molto coraggiosa: basti pensare non solo al consolidato sistema preesistente, ma soprattutto alla rigorosa concezione che allora si aveva del principio della divisione dei poteri. In pratica, il sistema delineato dalla L.A.C. – come è noto – si incentrava (e si incentra tuttora) su due importanti disposti normativi ancora vigenti a più di 150 anni dalla promulgazione della legge in questione e nonostante l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo. Il primo disposto normativo è costituito dall'art. 2 L.A.C., che fissa i cc.dd. limiti esterni alla giurisdizione del g.o.³⁵ verso la p.a., incentrandoli sull'equazione diritto soggettivo-giudice ordina-

³³ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 19.

³⁴ A. PAJNO, *Le norme costituzionali*, cit., 455. Cfr. anche F. MERUSI, G. SANVITI, *L'“ingiustizia” amministrativa in Italia: per la riforma del processo amministrativo*, Bologna, 1986, 8 ss.

³⁵ Cfr. S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 59 ss.

rio: in altri termini, tale articolo fa comprendere “quando” il g.o. ha giurisdizione nei confronti della p.a. Il secondo disposto normativo è formato dai successivi artt. 4 e 5. Questi ultimi fissano i cc.dd. limiti interni alla giurisdizione del g.o.: indicano, una volta accertato “quando” c’è giurisdizione del g.o., “quali” poteri lo stesso g.o. ha verso la p.a. e cioè quali sentenze in concreto può emettere nei confronti della pubblica amministrazione.

Un dato inconfutabile che emerge da quanto riportato sopra è la precisa collocazione sistematica ed il chiaro rigore logico dell’impianto sostanziale della L.A.C.

Altro dato inconfutabile è rappresentato dal fatto che la cultura giuridica dell’ideologia liberale, dominante nel momento storico in cui veniva varata la legge abolitrice del contenzioso amministrativo, non poteva non determinare un’accentuata sottolineatura del principio della divisione dei poteri, con la conseguente preclusione (art. 4, comma 2) per il giudice ordinario del potere di annullare o revocare l’atto amministrativo³⁶ (c.d. divieto di repressione³⁷), rientrando tale potere di annullamento nella specifica attribuzione della p.a.

Era inevitabile, poi, che la sopraindicata costruzione teorica contenesse la previsione (art. 4, comma 1) della cognizione del giudice ordinario limitata agli effetti dell’atto amministrativo in relazione all’oggetto dedotto in giudizio: si può affermare che tale art. 4³⁸ – in

³⁶ Cfr. F.G. SCOCA, *Il termine giudiziale nell’adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione*, Milano, 1965, 100 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 214 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 1030 ss.; V. DOMENICHELLI, *La giurisdizione ordinaria: il giudice ordinario e la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, 1826 ss.

³⁷ A. POLICE, *La mitologia della «specialità» e i problemi reali della giustizia amministrativa*, cit., 199 ss., parla di «divieto... 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)».

³⁸ Afferma Corte cost., 6 luglio 1971, n. 161, in *Giur. cost.* 1971, 1741 ss., che l’art. 4 cit. – in stretto rapporto col principio di divisione dei poteri – «assolve il compito di garantire e proteggere l’esercizio di quelle tipiche funzioni pubbliche delle quali gli organi amministrativi hanno l’esclusiva titolarità». In merito si vedano le critiche mosse da V. BACHELET, *L’art. 113 e le restrizioni giurisprudenziali alla tutela giudiziaria nei confronti della p.a.*, in *Giur. cost.*, 1971, 1747 ss. Inoltre

conseguenza del duplice sopraindicato obiettivo cui si ispirava l'impianto organico della L.A.C. – non pone un limite³⁹ alle garanzie giurisdizionali predisposte in chiave liberale dall'art. 2, ma «modula» e regola il sistema, definendo l'ambito dei poteri dell'autorità giudiziaria fornita di giurisdizione. Ciò porta a ritenere che il rapporto tra le due disposizioni in parola (artt. 2 e 4) non sia esprimibile in termini di contrapposizione, ma certamente di complementarietà e continuità logica. Di contrapposizione, però, si può parlare in riferimento ad altre due disposizioni normative: quella di cui all'art. 2, che pone la riserva di giurisdizione, e quella di cui all'art. 3, che, invece, pone una riserva di amministrazione.

Ulteriore disposizione normativa che non poteva non essere prevista nel sistema delineato dalla L.A.C. era ed è quella relativa ad una sorta di «miracolo giuridico»⁴⁰ costituito dal potere del g.o. di disapplicare l'atto amministrativo. In pratica, si tratta di una vicenda di natura processuale che attiene unicamente agli effetti di tale atto: in ossequio al citato principio di divisione dei poteri, nell'ipotesi di illegittima lesione del diritto del privato, la legge abolitrice escludeva (ed esclude tuttora) il potere di annullamento o revoca del relativo atto illegittimo da parte del g.o., attribuendo a quest'ultimo soltanto la possibilità di disapplicarlo.

L'espressa previsione di tale potere costituisce un ulteriore elemento che induce a ritenere destituito di fondamento il citato orientamento che, anche di recente, ha sostenuto l'opportunità del ritorno al modello incentrato unicamente sulla giurisdizione del giudice ordinario⁴¹. In effetti, a quest'ultimo con l'art. 113, comma 3, Cost. viene attribuito il potere di annullare l'atto amministrativo unicamente nei casi in cui sussista una specifica legge che lo consenta. Quando

v. anche U. ALLEGRETTI, *Il controllo della pubblica amministrazione da parte della Corte costituzionale*, in Studi in onore di Galateria, Rimini, 1987, 35 ss.

³⁹ O comunque una compressione delle garanzie giurisdizionali citate nel testo.

⁴⁰ Così si esprime testualmente A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, cit., 453.

⁴¹ A. PROTO PISANI, *L'art. 113,3° comma, Cost.*, cit., 186 ss.; F. VOLPE, *Sull'ipotesi di riforma*, cit., 1 ss.; G. LAURICELLA, *Brevi considerazioni sulla giustizia amministrativa*, cit., 7 ss.; A. LIBERATI, *Giustizia amministrativa*, cit., 1 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 1 ss.

ciò si verifica, il conseguente potere di annullamento del g.o., diversamente da quello del g.a., non ha carattere generale, in quanto – appunto – presuppone sempre una norma ordinaria che lo preveda⁴². Il fatto che nel sistema delineato dalla L.A.C. il potere di disapplicazione del g.o. sussistesse anche a prescindere dal potere di annullamento di una diversa specie di giudice, è la conseguenza dell'evidente vuoto di tutela, che difatti ha imposto – a distanza di poco tempo dalla legge abolitrice – l'abbandono di quel modello.

In un sistema, invece, fondato – tra l'altro – sul principio di effettività della tutela giurisdizionale⁴³, il potere di disapplicazione deve necessariamente presupporre l'esistenza di una diversa figura di giudice (quello amministrativo) e del relativo potere di annullamento, soprattutto in considerazione del fatto che, per il carattere generale di quest'ultimo, normalmente non sussiste un potere di annullamento del giudice ordinario, essendo tale potere riconosciuto – come detto – di volta in volta eccezionalmente al g.o. nelle sole ipotesi previste dalla legge.

In ogni caso, il potere di disapplicazione rappresenta un qualificante elemento di raccordo tra il modello monistico e quello duali-

⁴² Cosa che non si verifica – come è noto – per il giudice amministrativo. Rileva M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 146, che il giudice amministrativo «per il fatto stesso della sua consacrazione costituzionale, deve considerarsi titolare di un "generale" potere d'annullamento di cui non può essere privato, mentre l'art. 113, comma 3, contiene soltanto la possibilità che a ciò si aggiunga un medesimo potere in capo al giudice ordinario in determinati casi, secondo la stessa logica di tipicità che governa la tutela costitutiva nel sistema civilistico (art. 2907 c.c.). Si tratta peraltro di un'apertura che, sul piano sistematico, va assunta in termini non solo di tipicità, ma anche di eccezionalità, poiché il conferimento del potere di annullamento implica una sindacato sulla legittimità pubblicistica che è l'oggetto riservato della generale competenza del giudice speciale. Ed è assai difficile, se non appunto eccezionalmente, che possa giustificarsi il conferimento di tale sindacato ad un giudice inidoneo – qual è certamente il giudice ordinario, tutto ambientato nel diverso sistema civilistico – alla trattazione delle questioni di diritto pubblico. L'art. 113, comma 3, deve quindi intendersi esclusivamente rivolto alla giurisdizione ordinaria».

⁴³ Più in generale, sul principio di effettività cfr. M. D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Napoli, 2011, 3ss.; ID., *Principi del diritto europeo e giurisprudenza amministrativa*, cit., 285.

stico, oltre che – almeno storicamente – un elemento, in un certo senso, di passaggio dal primo modello al secondo. Sotto tale profilo ha un rilievo tutto particolare il fatto che l'istituto della disapplicazione – sebbene sia stato concepito nella logica di un sistema tipicamente monistico e, quindi, in funzione di alcuni specifici obiettivi – sia rimasto in vigore nonostante il nostro modello, originariamente a giurisdizione unica, avesse subito una profonda e radicale trasformazione con la c.d. legge Crispi del 1889.

In senso contrario, è stato affermato che l'art. 113, comma 3, Cost. non è espressione di un potere attribuito di norma al giudice amministrativo e solo eccezionalmente al giudice ordinario. Anzi, sotto tale aspetto la summenzionata disposizione costituzionale (analogo, nei presupposti e nel significato, all'art. 2908 cod. civ.) da un lato, porrebbe sullo stesso piano i due tipi di giudice, dall'altro lato, assicurerebbe – a prescindere dal giudice competente – la realizzazione della tutela individuale anche, ove necessario, attraverso l'annullamento di un atto amministrativo⁴⁴.

Non vi è dubbio che le ipotesi di annullamento da parte del g.o. previste per legge⁴⁵ siano davvero tante: in definitiva, in tali casi la

⁴⁴ In questi termini A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, cit., 134-135, secondo cui quanto indicato nel testo comporta: «a) che, al livello costituzionale, non è codificata alcuna necessaria correlazione tra un tipo di giudice e una forma di tutela; b) che il potere di annullamento (così come previsto per la tutela costitutiva in genere dall'art. 2908 cod. civ.) deve avere uno specifico fondamento legislativo e devono esserne disciplinati "i casi e gli effetti"; c) che dunque, in teoria, il legislatore potrebbe tanto attribuire il potere di annullamento in via generale al giudice ordinario, quanto escluderlo per il giudice amministrativo; d) che però, in concreto, il legislatore, in attuazione del principio di effettività, dovrà attribuire al giudice (ordinario o amministrativo) il potere stesso ogniqualvolta esso risulti necessario ai fini della tutela; e) che, infine, ove tale necessità sussista, ogni esclusione, generale o particolare che sia, del potere stesso deve considerarsi incostituzionale».

⁴⁵ Le specifiche ipotesi di espressa attribuzione di giurisdizione al g.o. «appaiono in relata come manifestazioni (per quanto frammentarie e incomplete) dello stesso principio di riserva al giudice ordinario di situazioni soggettive dotate di particolare rilievo costituzionale ... sono oggetto di riserva costituzionale al giudice ordinario, e quindi si sottraggono a qualsiasi criterio di riparto della giurisdizione con il giudice amministrativo, tutti i diritti costituzionalmente attinenti alla libertà della persona»: così A. ORSI BATTAGLINI, *op. ult. cit.*, 143-144. Afferma M. MAZZAMUTO,

giurisdizione piena, di cui gode il giudice ordinario, determina in capo a quest'ultimo non solo il potere di sindacare il rapporto giuridico intercorrente tra la p.a. ed il cittadino titolare della situazione giuridica, ma anche il potere di incidere profondamente sull'atto amministrativo, comportandone l'annullamento o la sospensione. Però, secondo chi scrive, l'ambito delle eccezioni, anche se particolarmente ampio, non può portare a ritenere irrimediabilmente in crisi il principio del divieto di azioni costitutive e di condanna nei confronti della pubblica amministrazione. In tal senso depone inequivocabilmente proprio la sopraindicata necessità di una specifica disposizione di legge per fondare il potere di annullamento del g.o. e non quello del g.a., circostanza che fondatamente può giustificare tra quest'ultimo potere ed il primo un rapporto di regola ad eccezione.

In definitiva – anche se il potere di disapplicazione, almeno nel giudizio civile, col consolidarsi della teoria dell'imperatività degradatoria dell'atto amministrativo, ha perso buona parte della sua consistenza originaria come configurata dagli artt. 4 e 5 L.A.C. – l'espressa previsione nel nostro sistema di un potere come quello in esame presuppone la necessaria presenza della figura del giudice amministrativo, con la conseguente imprescindibilità – a Costituzione invariata – del modello dualistico.

4. – Il sistema così delineato dalla L.A.C. presentava, comunque, un forte limite⁴⁶ costituito dal fatto che la tutela predisposta non si estendeva ai “diritti” derivanti dalle cc.dd. leggi amministrative⁴⁷: questi, infatti, erano considerati come una sorta di “diritti minori” o

Il riparto di giurisdizione, cit., 314, che tali ipotesi hanno un valore potenzialmente dirimpente.

⁴⁶ Cfr. S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 55 ss.

⁴⁷ Afferma S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 54: «Non che mancassero regole, anche di fonte legislativa, di esercizio del potere. Ma tali regole (le c.d. leggi amministrative) non erano considerate idonee a fondare in capo al privato pretese azionabili dinanzi al giudice, perché esse erano poste esclusivamente nell'interesse pubblico e, quindi, la verifica del loro rispetto si riteneva riservata alle autorità amministrative che agiscono, quando pure su impulso del cittadino, per tutelare quell'interesse».

meno perfetti e di fatto – per quanto detto prima – privi di tutela giurisdizionale.

A ciò si aggiunga che tali “diritti minori” – col tempo, e, in particolare coll’ampliamento delle funzioni amministrative e dei poteri discrezionali della p.a. – sono andati aumentando notevolmente e acquisendo una sempre maggiore rilevanza economica: ciò accentuava ancora di più i disagi derivanti dalla mancanza – in questi casi – di tutela giurisdizionale⁴⁸.

Tali disagi, poi, erano ulteriormente acuiti dall’interpretazione ampiamente restrittiva che venne fatta della legge abolitrice dal giudice ordinario. Infatti, quest’ultimo – per la deferenza che mostrava nei confronti del potere pubblico⁴⁹ e forse anche per la novità del compito che era stato chiamato a svolgere – non si pose per nulla il problema di dare alla propria opera ermeneutica quella dimensione estensiva che la L.A.C. avrebbe consentito⁵⁰: pure tale aspetto dovrebbe far riflettere a fondo coloro che anche recentemente si sono mostrati fautori del ritorno al modello di giurisdizione unica.

⁴⁸ Sottolinea F. MERUSI, *Sulla giustizia amministrativa come servizio*, cit., 339, che «l’abolizione del contenzioso amministrativo aveva un difetto: si riferiva soltanto ai diritti dei cittadini e..., al di fuori dei diritti, non c’era giustizia». L’A. rileva anche che «quando si scoprì che i governi-partitici potevano anche cadere nella tentazione di governare con atti illegittimi incensurabili, se e in quanto non incidessero su diritti dei singoli cittadini, qualcuno cominciò a pensare di essere caduto in una trappola abilmente tesa per giustificare un potere dispotico dell’Esecutivo ogni qualvolta non incidesse sui diritti patrimoniali dei cittadini o su quei pochi diritti politici riconosciuti in uno Stato a rappresentanza limitata. A un potere ben più dispotico di quello che i “liberali” imputavano a Napoleone e ai suoi epigoni. Chi aveva accusato le istituzioni napoleoniche di essere funzionali al dispotismo imperiale aveva costruito un Esecutivo potenzialmente dispotico... La libertà del 1865 era stata soppiantata dallo Stato autoritario del 1889!»: *op. cit.*, 339 e 343.

⁴⁹ S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 59, rileva efficacemente che proprio in ragione della deferenza indicata nel testo l’evoluzione del sistema ebbe «una strada diversa: anziché ridurre la *deference* del giudice già esistente, si decise di rendere giudice un organo meno deferente».

⁵⁰ D. DE PRETIS, *intervento*, in *L’amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, cit., 209, afferma che i giudici ordinari «si sottrassero al compito di proteggere quei diritti... perché operavano in una posizione di forte deferenza rispetto al potere».

A tale situazione contribuì anche il Consiglio di Stato, visto che pure quest'ultimo non si preoccupò di interpretare estensivamente la legge abolitrice: infatti, nel periodo in cui era chiamato a risolvere i conflitti di attribuzione⁵¹ tra organi amministrativi ed organi giurisdizionali (e precisamente nel periodo 1865-1877) non cercò affatto di incrementare la tutela giurisdizionale del privato nei confronti della p.a., come dimostrato dal fatto che su 500 conflitti di attribuzione solo in 111 casi venne riconosciuta la "competenza giudiziaria"⁵².

Il sopraindicato orientamento del C.d.S. era la diretta conseguenza della teoria secondo cui a fronte di provvedimenti amministrativi, soprattutto se discrezionali, non sono configurabili né diritti soggetti né la relativa tutela giurisdizionale come delineata dalla legge abolitrice: veniva, così, ad essere riconfermato «in via interpretativa, nonostante il contrario dettato legislativo, l'assetto binario consolidato (dove c'è il potere, non c'è il diritto e non c'è il giudice; e viceversa) e quindi la *deference* nella sua forma più estrema (difetto di giurisdizione in caso di esercizio di poteri amministrativi). Come se la riforma del 1865, sotto tale profilo, non fosse mai intervenuta»⁵³.

L'indirizzo interpretativo summenzionato non cambiò molto sotto il profilo dell'effettività della tutela⁵⁴ quando nel 1877 la competenza in tema di conflitti di attribuzione è stata trasferita dal Consiglio di Stato alla Corte di Cassazione di Roma⁵⁵, la quale riconosceva al g.o. solo la cognizione sugli atti *iure gestionis* e non su quelli *iure imperii*: si può affermare che la nascita del sistema dualistico⁵⁶ affonda le

⁵¹ Evidenzia S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 54-55, che il Consiglio di Stato esercitò la funzione di risoluzione dei conflitti fra le autorità giudiziarie e amministrative negando la giurisdizione ordinaria nelle controversie di diritto pubblico con l'amministrazione sulla base «di una interpretazione sostanzialmente abrogativa della legge abolitrice del contenzioso».

⁵² Cfr. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione in Italia*, Firenze, 1878, 33.

⁵³ Così S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 55.

⁵⁴ Cfr. F.G. SCOCA, *Il Consiglio di Stato e in conflitti di attribuzione (1865-1877)*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, 2011, 104 ss.

⁵⁵ Cfr. E. FOLLIERI, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Giustamm.it*, 2014, 4 ss.

⁵⁶ S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione mo-*

sue radici nel fallimento della giurisdizione unica, il quale è la conseguenza, più che di cause sociologiche, proprio del ruolo storico attribuito alla giurisdizione ordinaria dalla cultura dell'Ottocento.

Si venne, così, a creare un fronte sempre più compatto e favorevole ad una sorta di riforma della riforma e cioè ad una nuova legge che doveva completare, ma non stravolgere e rinnegare la L.A.C.: quest'ultima, infatti, per aver consentito l'unificazione amministrativa, era considerata quasi come un mito ed andava solo integrata.

Del resto, il fatto che i succitati "diritti minori" erano lasciati in balia dell'amministrazione⁵⁷ portò in primo piano l'esigenza di contrastare favoritismi e parzialità dovuti all'ingerenza dei partiti politici nell'amministrazione⁵⁸.

In tale contesto era inevitabile l'abbandono del sistema monistico ed il conseguente approdo a quello dualistico⁵⁹ (cui diede un impulso determinante il movimento per la "giustizia nell'amministrazione"⁶⁰),

nista, cit., 57, afferma che nel trentennio che va dal 1877 al 1907 «emergono i tratti di un "dualismo a trazione monista", nel quale cioè... la prospettiva di una estensione della giurisdizione ordinaria alle controversie di diritto pubblico agisce come fattore di sviluppo del sistema nel suo complesso e innesca una dinamica che si traduce, al tempo stesso, nella affermazione di un giudice amministrativo e nell'innalzamento complessivo del livello di tutela giurisdizionale assicurato ai cittadini mediante quel giudice». L'A. rileva che tale trentennio si aprì all'insegna del monismo e del giudice ordinario (che ridusse il grado della propria *deference* e quindi incrementò, sul piano funzionale, l'effettività della tutela offerta), ma poi si chiuse all'insegna del dualismo e della definitiva affermazione della natura giurisdizionale della IV sezione del Consiglio di Stato.

⁵⁷ I questi termini si esprimeva Minghetti nel 1881 nella sua opera intitolata *I partiti politici e la loro ingerenza nella giustizia e nell'amministrazione*.

⁵⁸ Non è piacevole rilevare come già allora si poneva un problema che oggi ha assunto dimensioni davvero intolleranti.

⁵⁹ F. MERUSI, *Sulla giustizia amministrativa come servizio*, cit., 340, rileva che «l'antidoto italiano non fu il ritorno al contenzioso amministrativo. La soluzione fu una soluzione originale. Una creazione *ex novo*. Non si toccò la legge abolitrice del contenzioso amministrativo, si aggiunse un nuovo giudice al giudice dei diritti del cittadino, che rimaneva, e rimane, il giudice ordinario. Si aggiunse un giudice per l'annullamento degli atti amministrativi illegittimi, individuato in una sezione del Consiglio di Stato creata *ad hoc* e che, all'inizio, si dubitava persino se fosse un giudice».

⁶⁰ Tale movimento, come risaputo, è nato soprattutto grazie all'opera di Marco Minghetti e Silvio Spaventa.

così come era inevitabile che la concezione monista ricoprisse il ruolo di «fattore propulsivo dell'evoluzione del sistema dualistico»⁶¹.

5. – Non si può prescindere, a questo punto, da alcune sintetiche considerazioni sulle caratteristiche del sopraindicato sistema per comprendere il giudizio di assoluta antistoricità e le irreversibili distorsioni che inevitabilmente verrebbero a scaturire dall'eventuale recepimento dell'indirizzo – anche di recente riproposto – favorevole all'abolizione del giudice amministrativo (v. *infra*).

Nell'ambito in esame un dato di analisi imprescindibile è costituito dalla c.d. costituzionalizzazione⁶² del preesistente sistema di contenzioso amministrativo e dell'impianto generale contenuto nella legge abolitrice⁶³, in quanto con la Costituzione repubblicana del 1948 si è mantenuto in vigore non solo la diversità di giurisdizione prevista per la decisione delle controversie instaurate con la p.a., ma anche il criterio di riparto⁶⁴ delle giurisdizioni stesse. Ed è proprio questo il

⁶¹ Così S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 51. Aveva, poi, indubbio rilievo il fatto che nell'ambito del controllo giurisdizionale sull'esercizio del potere amministrativo non venne meno il ruolo del g.o., il quale continuò ad essere giudice della giurisdizione, restringendo – non di rado – quella del g.a. ed ampliando la propria: «il giudice ordinario ha utilizzato il suo potere di governo della giurisdizione, condizionando la propria *deference* al rispetto, da parte del giudice amministrativo, di soglie minime di effettività e indipendenza della tutela» (*op. cit.*, 50).

⁶² A. POLICE, *La mitologia della «specialità» e i problemi reali della giustizia amministrativa*, cit., 176, afferma che «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 affermata 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».

⁶³ Sui rapporti tra la L.A.C., il panorama comunale italiano del 1865 e l'art. 128 Cost. cfr. la puntuale analisi di M.R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale: paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli, 1995, 25 ss.

⁶⁴ Rileva S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 88, che «il criterio italiano di riparto non è solo incerto quando si applica a particolari materie..., ma è il suo stesso fondamento teorico ad essere

motivo per cui si può affermare che la legge unificatrice è stata qualcosa di più di una risposta alle esigenze di unificazione legislativa in materia di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione⁶⁵.

La tesi – però – della recezione è fortemente avversata da chi ritiene di collocare tale vicenda «in un contesto di decadenza di una cultura giuridica generale e unitaria»⁶⁶.

Tuttavia, l'orientamento favorevole al recepimento del sistema previgente da parte dell'Assemblea Costituente⁶⁷ appare condiviso anche dalla Consulta, quando, al punto 2.2. della nota sentenza n. 204/2004⁶⁸, fa la seguente inequivocabile considerazione: «Del tutto correttamente i remittenti osservano che la Carta costituzionale ha recepito ... il nucleo dei principi in materia di giustizia amministrativa quali evo-

ambiguo. Di più, vi è in esso un elemento intrinseco di arbitrarietà: in fondo, a fronte del potere amministrativo, il diritto c'è, quando la Cassazione lo riconosce».

⁶⁵ Secondo L. VERRIENTI, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, voce in *Dig. disc. giur.*, vol. VII, Torino, 1991, 454, la L.A.C. è «un incrocio fondamentale nella ricostruzione dei rapporti fra giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione». L'Autore arriva, poi, ad affermare in termini ancor più inequivocabili il «forte carattere di attualità» della l. cit. Sul punto cfr. anche A. PAJNO, *Le norme costituzionali*, cit., 458.

⁶⁶ Così A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, cit., 17-18, secondo cui occorre capire come sia stato possibile «che un apparato di istituti e di concetti come quello proprio della tradizione amministrativistica, pur così modesto sul piano teorico, dalle tanto evidenti connotazioni ideologiche e politiche e, soprattutto, così apertamente disomogeneo rispetto alle ben più complesse e solide tradizioni processualistiche e costituzionalistiche, sia potuto rimanere, anche sul piano culturale, un "corpo estraneo", ignorato o, al più, benevolmente tollerato».

⁶⁷ Secondo M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 231, l'insieme dei precetti costituzionali non ha «contenuto innovativo rispetto al sistema che era in vigore prima della Costituzione, ma ha invece un contenuto confermativo». Anche M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 76, ritiene che la Costituzione «non solo non ha mutato ma ha consolidato i lineamenti del sistema quali risultano dalle leggi del 1865 e del 1889 (e della interpretazione data ad essi dalla giurisprudenza)».

⁶⁸ La pronuncia è reperibile in *Foro it.*, 2004, I, 2594 ss.

lutisi a partire dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865»⁶⁹.

È opportuno, comunque, precisare che il nostro Costituente ha inserito la struttura del contenzioso amministrativo in un contesto sotto molti aspetti diverso da quello del sistema previgente, un contesto in cui ha subito una profonda modificazione, tra l'altro, il modo di concepire i rapporti tra persona e formazioni sociali⁷⁰. Non poco rilievo, poi, ha il fatto che le norme sulla giustizia amministrativa si intersecano con quelle poste dalla stessa Costituzione in ordine all'esercizio della funzione giurisdizionale, con la conseguenza che il sistema delineatosi risulta essere particolarmente complesso e dotato, comunque, di sue peculiarità tali da distinguerlo dagli altri sistemi. Pertanto, è del tutto ovvio che il quadro di riferimento sia profondamente cambiato con l'avvento della Costituzione repubblicana, la quale, nel riconoscere la sovranità popolare, le formazioni sociali e le libertà della persona all'interno di queste ultime, configura il principio di autonomia di cui all'art. 5 Cost. come principio fondamentale delle comunità sociali (che acquisiscono rilievo istituzionale) ed, in definitiva, dello stesso assetto organizzativo di un'amministrazione divenuta policentrica. L'art. 3 Cost. in tale contesto effettivamente acquista piena valenza al punto da esprimere una concreta condizione di «pari dignità» del cittadino rispetto alla pubblica amministrazione, grazie anche all'abbandono di formule ispirate a criteri gerarchici (o comunque non «paritari») nell'ambito di strutture organizzative a tutto vantaggio di un'amministrazione di tipo consensuale.

È noto che questo processo evolutivo è stato profondamente segnato da una complessa serie di fenomeni tra di loro interagenti, come – ad esempio – il ridimensionamento del ruolo di centralità dell'atto imperativo, il superamento delle formule organizzatorie di tipo gerarchizzato, il sempre più consistente uso di strumenti a carattere

⁶⁹ È la stessa sentenza della Corte costituzionale (punto 3) a ricordare come il Consiglio di Stato avesse dato in passato buona prova di sé (in tal senso anche S. LESSONA, *La funzione giurisdizionale*, in *Commentario alla Costituzione*, Firenze, 1950, 206): si tratta di un riconoscimento fondato sull'indipendenza con la quale il Consiglio di Stato aveva operato durante il regime fascista (v. *infra*).

⁷⁰ In tale ambito, in qualche modo, mutati risultano, gli stessi principi che regolano l'azione della pubblica amministrazione.

consensualistico-collaborativo ed il notevole incremento della proceduralizzazione. Non meno profondo è stato il cambiamento che si è avuto con la Costituzione repubblicana – per quanto riguarda il nostro sistema di giustizia amministrativa – non solo sotto il profilo del doppio grado di giudizio, ma soprattutto dal punto di vista della tutela «generale» riconosciuta agli interessi legittimi, concepiti da autorevole dottrina (sulla base di un'approfondita disamina critica delle norme costituzionali) come vere e proprie situazioni soggettive sostanziali. È proprio attraverso la previsione di una giurisdizione indirizzata a tutelare tali situazioni giuridiche soggettive vantate nei confronti della pubblica amministrazione, che il cittadino viene finalmente ad acquisire «pari dignità» rispetto all'amministrazione stessa: una conferma di ciò è agevolmente desumibile dallo sviluppo che ha avuto il nostro processo giurisdizionale amministrativo come processo di parti.

La sopraindicata costituzionalizzazione⁷¹ non poteva non comportare un obbligo da parte dello Stato ed un corrispondente diritto del cittadino, portatore dell'interesse tutelato, al «giusto» processo: si tratta, in pratica, di un diritto al giudizio che impone e fonda l'imparzialità e l'indipendenza dell'organo giudicante, con espressa preclusione dell'attribuzione della relativa funzione ad organi non facenti parte del potere giudiziario.

Da quanto sopra accennato deriva anche che l'espresso richiamo contenuto nell'art. 24 Cost. alla tutela dei diritti e degli interessi legittimi se, da un lato, è sintomatico di un recepimento a livello costituzionale del sistema preesistente, dall'altro lato, è indicativo di un chiaro orientamento volto ad escludere ogni forma di preclusione o

⁷¹ S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 92, rileva che «non è la legge monistica ad essere elevata a principio costituzionale, ma la sua (distorta) interpretazione dualistica: potere amministrativo = giurisdizione amministrativa. In questo modo, tuttavia, quella interpretazione acquisisce una certezza e una stabilità in passato sconosciute. La Corte di Cassazione perde sia il potere di modificarla caso per caso, sia quello di abbandonarla del tutto. Di più: quella interpretazione diviene essa stessa il vero criterio di riparto, elevato al rango di norma costituzionale: è il potere amministrativo – cioè la circostanza che l'amministrazione agisca come autorità – ciò che fonda la giurisdizione amministrativa».

limitazione della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione.

È evidente, quindi, lo stretto collegamento con l'art. 113 Cost., nel senso che l'art. 24 Cost. viene in questo ambito ad avere la funzione di estendere a tutte le controversie tra privati, quella libertà di azione che l'art. 113 cit. regola specificamente in relazione ai rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione. Tale collegamento tra gli artt. 24 e 113 Cost.⁷² fa comprendere come la previsione a livello costituzionale della tutela della figura dell'interesse legittimo, accanto alla tutela della tradizionale e classica categoria del diritto soggettivo⁷³, carichi di significato ulteriore la portata delle disposizioni normative succitate: con l'art. 24 Cost. si ha, in pratica, una radicale innovazione rispetto alla citata legge abolitrice, in quanto si assicura una tutela giurisdizionale anche in quella materia che prima era un vero e proprio «feudo» del potere amministrativo. Insomma, si riconosce «pari dignità» a quelle situazioni giuridiche che prima erano degradate ad interessi tutelabili solo attraverso rimedi interni e ciò esclude *in nuce* non solo ogni orientamento abolizionista, ma anche ogni possibilità di fare della giustizia amministrativa una giurisdizione minore ed eccezionale rispetto a quella ordinaria⁷⁴.

Non meno rilevante, poi, è che l'art. 24 Cost., in quanto norma sull'accesso alla giustizia, si pone come baluardo della «effettività» della tutela giurisdizionale, prevedendo il diritto ad una tutela che, nonostante la varietà dei termini e delle forme, non può, ma deve essere «effettiva».

È inevitabile che in tale ambito il rapporto diritto-interesse legittimo costituisca, più che una differenza tra due istituti giuridici, un

⁷² Cfr. V. BACHELET, *L'art. 113 Cost. e le restrizioni giurisprudenziali alla tutela giudiziaria nei confronti della p.a.*, in *Giur. cost.*, 1971, 1744 ss.

⁷³ Sostiene F. MERUSI, *Sulla giustizia amministrativa come servizio*, cit., 350, che emerge una progressiva concentrazione nel giudice amministrativo della tutela del cittadino nei confronti della P.A. e, conseguentemente, una «perdita di rilievo della "storica" distinzione fra diritto soggettivo ed interesse legittimo. L'ammissibilità della *traslatio iudici* fra i due giudici, ordinario e amministrativo, riconosciuta dalla Corte costituzionale, ne ha rappresentato il definitivo viatico, tanto per continuare nell'uso di una terminologia più suadente di quella giuridica».

⁷⁴ Cfr. A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, cit., 462.

contesto di specifiche tecniche di tutela giurisdizionale: in altre parole, l'art. 24 Cost. impone di spingersi fino al punto di ritenere che intanto può esistere una tutela giurisdizionale effettiva, in quanto sussista la tecnica di tutela del giudice amministrativo. Conseguentemente non può non prendersi atto non solo di una condizione di sostanziale parità tra le due forme di tutela (quella del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo), ma anche e soprattutto di una condizione di assoluta imprescindibilità della sussistenza dello stesso giudice amministrativo per garantire una tutela giurisdizionale concretamente effettiva⁷⁵.

Sembra a questo punto chiaro che le sopraindicate considerazioni, in aggiunta a quelle fatte più avanti, rappresentano elementi certamente idonei a confutare in radice l'orientamento – di recente riproposto – favorevole al superamento del modello dualistico ed al ritorno di quello monistico (v. *infra*).

6. – Quest'ultimo orientamento riceve un rilevante apporto dal crescente fenomeno dell'espansione (ad opera delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione) della giurisdizione ordinaria, con la conseguente erosione di quella amministrativa: questa espansione, come si cercherà di dimostrare più avanti, nasconde in realtà il malcelato intento di reintrodurre, senza passare attraverso le necessarie riforme costituzionali, proprio il sistema monistico a giurisdizione unica ed a superare in via di fatto l'attuale sistema dualistico.

Una notevole spinta al ciclico riemergere dell'idea abolizionista viene anche dall'interpretazione della Corte di Cassazione dei cc.dd. criteri di riparto⁷⁶, non di rado incentrata su valutazioni opinabili⁷⁷:

⁷⁵ Secondo A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, cit., 137, il fatto che interessi legittimi e diritti soggettivi abbiano la stessa natura giuridica, esclude ogni fondamento storico o logico del sistema dualistico.

⁷⁶ Secondo G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Riv. dir. amm.*, 3, 2014, deve escludersi che, in relazione alla questione del riparto di giurisdizioni, una diversa qualificazione della posizione soggettiva sia idonea a trasferire in capo al giudice ordinario tutte le controversie attualmente appartenenti alla giurisdizione amministrativa. Certo, il riparto di giurisdizione si fonda ancora (teoricamente) sull'alter-

emblematica è l'annosa disputa sulla nozione di carenza di potere, risolta dalle Sezioni Unite civili sulla base di criteri manipolabili, come quello che fa riferimento alla "gravità" della violazione per individuare i casi di carenza di potere in concreto⁷⁸.

La causa di quanto sopra accennato è da ricondurre alla circostanza che il nostro sistema sin dalla nascita è stato incentrato su un criterio di riparto incerto, dovuto ad una "anomalia congenita" costituita dall'esistenza di un dualismo realizzato «sopra una base monistica non rimossa»⁷⁹. In ogni caso, il criterio di riparto italiano, nonostante la sua equivocità genetica, è stato anche fattore di sviluppo del nostro sistema dualistico, poiché ha contribuito ad elevare il grado di effettività della tutela irrogata dal giudice amministrativo.

In effetti, la conseguenza dei non sempre chiari confini tra la categoria della carenza di potere e quella di cattivo uso del potere hanno

nativa interesse legittimo/diritto soggettivo: ciò, tuttavia, sul presupposto che il primo e non il secondo ricorra ogniqualevolta sussista – come chiarito anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale – l'esercizio del potere amministrativo. Insomma, secondo l'Autore, il rilievo riconosciuto all'esercizio del potere amministrativo, ai fini del riparto di giurisdizione, «rende coerente il nostro sistema con altri sistemi dualistici, basati sul carattere pubblico o privato del rapporto controverso. Nel senso che, come in tali sistemi, anche nel nostro si può (grosso modo) dire che spettano al giudice amministrativo tutte le controversie di diritto pubblico, in cui l'amministrazione compare nell'esercizio di poteri autoritativi. In tale contesto interpretativo non pare che la giurisdizione amministrativa potrebbe venir meno, ove per una qualche ipotetica ragione dommatica si dovesse parlare di diritto soggettivo, anziché di interesse legittimo. Si tratterebbe, infatti, di un particolare tipo di diritto soggettivo, inscritto in un rapporto nel quale pur sempre "la pubblica amministrazione agisce quale autorità": e tanto basta, riteniamo, perché la giurisdizione amministrativa possa essere salvaguardata».

⁷⁷ Sul punto cfr. M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 896 ss.; ID., *Il riparto di giurisdizione: apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 3 ss.

⁷⁸ Cfr. in tal senso R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, 1693, ss.

⁷⁹ Così S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 95, che parla anche di «criterio di riparto incerto e instabile, perché legato ad una interpretazione erronea (l'incompatibilità tra potere e diritto) dei dati di diritto positivo, affermata in linea generale da parte della Corte di Cassazione, ma talvolta derogata e comunque potenzialmente sempre reversibile».

portato alla nota contrapposizione tra Cassazione e Consiglio di Stato soprattutto in ordine alla riconducibilità nei casi di c.d. carenza di potere in astratto⁸⁰ (inesistenza della norma attributiva del potere che la p.a. ha inteso esercitare) anche della diversa ipotesi in cui, pur esistendo la norma attributiva del potere esercitato, manchi o sia viziato un c.d. presupposto per il suo esercizio (carenza di potere in concreto), con conseguente sussistenza della giurisdizione del g.o. pure in quest'ultima situazione. Allo scopo di differenziare i presupposti di esistenza del potere amministrativo dai requisiti per un esercizio legittimo dello stesso, la Corte di Cassazione talvolta ha utilizzato, come detto, il manipolabile criterio della "gravità" della violazione, suscitando non poche perplessità.

Pure il riparto incentrato sulla enumerazione delle materie ha fatto sorgere alcuni dubbi⁸¹, solo in parte superati dalla sentenza n. 204/2004 della Consulta, che – come è noto – nel fissare l'ambito costituzionalmente consentito della giurisdizione esclusiva⁸² ha delimitato i margini costituzionalmente imposti della giurisdizione generale di legittimità, agganciando quest'ultima all'esercizio di un potere amministrativo. Tutto questo ha comportato una delimitazione del potere della Corte di Cassazione di interpretare il criterio di riparto, rendendo tale criterio più certo e meno ambiguo⁸³. Tuttavia, come più avanti si cercherà di dimostrare, non di rado la suindicata delimita-

⁸⁰ Più in generale cfr. M. IMMORDINO, *La nullità del provvedimento amministrativo tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto nella prospettiva dell'art. 21 septies L. 241/1990*, in www.giustamm.it, 2008.

⁸¹ Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa dalla l. n. 205 del 2000 al codice del processo amministrativo*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, 2011, 522 ss.

⁸² Più in generale, sulla giurisdizione esclusiva cfr. R. FERRARA, *Giurisdizione esclusiva e tutela dei diritti soggettivi non patrimoniali*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 77 ss.

⁸³ S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 92-93, sottolinea che la Corte costituzionale ha «sostanzialmente elevato a principio costituzionale l'interpretazione (erronea) della legge del 1865 affermata dalla Corte di Cassazione, secondo cui a fronte del potere amministrativo (non c'è il diritto e quindi) non c'è giurisdizione (ordinaria)... Dalla sentenza n. 204 del 2004 in poi, in Italia il criterio di riparto non poggia più su una legge ordinaria monistica, ma su un principio costituzionale dualistico».

zione viene disattesa: una visione pragmatica e realistica del contesto in esame non può non rendere consapevoli di ciò, così come non può non indurre, più in generale, a ritenere che l'aspetto di maggior rilievo risulta essere, ad avviso di chi scrive, quello relativo al modo di esercizio della giurisdizione amministrativa, più che quello relativo all'abolizione o alla specialità del g.a.

Comunque, la profonda incidenza sulla materia in esame da parte sia dell'entrata in vigore dell'art. 21 *septies* l. n. 241/90 s.m.i. sia delle sentenze n. 204/2004 e n. 191/2006 della Corte costituzionale ha comportato, da un lato, la riaffermazione della centralità, ai fini del riparto di giurisdizione⁸⁴, del criterio della effettiva natura della situazione giuridica dedotta in giudizio, dall'altro lato, l'individuazione dell'esercizio di un potere autoritativo come elemento fondante della giurisdizione amministrativa.

Tutto questo deve far riflettere a fondo sulla sopraindicata tendenza all'espansione della giurisdizione ordinaria.

È opportuno precisare che tale tendenza, nell'individuare nuovi ambiti dei diritti fondamentali⁸⁵, prende le mosse da un radicale mutamento di prospettiva, nel senso che l'indagine in questo contesto viene condotta non più nell'ottica dell'individuazione dell'ipotesi di insussistenza del diritto soggettivo a fronte di un provvedimento amministrativo, ma in quella diametralmente opposta dell'individuazione dei limiti all'efficacia dell'esercizio del potere amministrativo che venga ad incidere su diritti soggettivi.

⁸⁴ D. DE PRETIS, *intervento*, in *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, cit., 215, ritiene lecito chiudersi se il problema è quello di adottare un nuovo criterio di riparto o se «non sia invece più saggio, ora che siamo arrivati a una ragionevolmente certa definizione degli spazi di ciascuna giurisdizione, sulla base della giurisprudenza che si è assestata negli anni, lavorare sulle zone di confine man mano che nuove incertezze si producono, perché nuove discipline o nuovi casi concreti aprono nuovi problemi di classificazione».

⁸⁵ M. D'ALBERTI, *I diritti fondamentali nell'età globale*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, 2014, 140, sottolinea l'esistenza di «insidie gravi per vari diritti essenziali, al lavoro, alle pensioni, alle prestazioni sanitarie, all'istruzione scolastica. Il panorama che emerge dalla crisi attuale, in definitiva, è molto oscuro per la protezione di diritti di primario rilievo». Lo stesso A. rileva anche come i diritti fondamentali e sociali siano oggi minacciati più dai poteri economici che dai poteri pubblici (op. cit., 141).

Si delinea in questo modo l'area dei cc.dd. diritti irrefragabili o inaffievolibili, diritti che, per il fatto di essere «fondamentali» (come, ad esempio, il diritto alla salute⁸⁶), sono incomprimibili, nel senso che non possono mai essere violati dal potere amministrativo e, quindi, essere degradati dall'esercizio di tale potere⁸⁷.

Si tratta, in altri termini, non già di un diverso approccio nei confronti dell'efficacia del provvedimento amministrativo, ma di un'analisi diretta ad individuare le «coordinate» di alcune ipotesi di situazioni giuridiche soggettive dotate di capacità «inibitoria» della forza estintiva o comunque modificativa del provvedimento amministrativo.

In pratica, quest'indirizzo ampliativo della giurisdizione ordinaria fa leva sul citato schema della c.d. carenza di potere, nel senso che l'orientamento in esame fa ampio ricorso al modulo secondo cui la mancanza dei presupposti dell'azione amministrativa comporterebbe carenza di potere, con le sopraindicate problematiche relative alla manipolabilità dei criteri adottati dalla Cassazione: quindi, la lesione dei diritti incomprimibili, in quanto operata al di là delle «attribuzioni» della p.a., scaturirebbe da un'attività materiale o da un atto (nullo per alcuni, per altri inesistente ma comunque) privo di effetti giuridici, con conseguente radicarsi della giurisdizione del giudice ordinario. In definitiva, tale tendenza si fonda non solo sulla delimitazione della sfera (impenetrabile da parte della pubblica amministrazione, trattandosi di diritti fondamentali) dei cc.dd. diritti irrefragabili o inaffievolibili, ma anche sull'avanzamento della «soglia» della figura della carenza di potere fino alla citata ipotesi di mancanza di presupposti.

In questo contesto la Corte di Cassazione con molte sentenze⁸⁸

⁸⁶ Più in generale cfr. R. FERRARA, *Le droit a la santé aujourd'hui: vers la decheance d'un droit «absolu»?*, in *La maladie et le droit*, Editions Latrach, 2014, 117 ss.; ID., *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in R. FERRARA (a cura di), *Trattato di biodiritto. Salute e sanità*, vol. 1, 2010, 33 ss.

⁸⁷ Cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale*, cit., 1699 ss.; P. CARPENTIERI, *Ancora (due righe) sui diritti incomprimibili*, in www.giustamm.it, 2008; V. DOMENICHELLI, *La giurisdizione ordinaria: il giudice ordinario e la pubblica amministrazione*, cit., 1821.

⁸⁸ Secondo Cass. civ., S.U., 6 febbraio 2009, n. 2867, in tema di diritto alle prestazioni assistenziali in forma indiretta svolte presso centri di altissima specializzazione all'estero, la giurisdizione è devoluta al g.o. non solo nel caso che siano ad-

(soprattutto relative al diritto alla salute e all'ambiente) ha riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario in materia di diritti fondamentali, quale corollario della loro incomprimibilità.

Non poche sono le pronunce nelle quali si afferma che la pubblica amministrazione, con riferimento a un diritto fondamentale, è priva di qualunque potere di affievolimento della relativa posizione soggettiva⁸⁹, definendo – in particolare – il diritto alla salute come «diritto soggettivo perfetto, primario e fondamentale della persona, incomprimibile»⁹⁰.

Può essere considerata chiara espressione della sopraindicata tendenza all'espansione della giurisdizione ordinaria⁹¹ la sentenza n. 25011 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione emessa in data 25 novembre 2014⁹². Tale pronuncia ha statuito che spetta al giudice ordinario la cognizione della controversia promossa dai genitori di una bambina disabile, affetta da handicap grave al cento per cento, per lamentare la discriminazione consistente nella mancata predisposizione, da parte dell'amministrazione scolastica, delle ore di sostegno

dotte situazioni di eccezionale gravità ed urgenza, prospettate come ostative alla possibilità di preventiva richiesta di autorizzazione, ma anche nel caso che l'autorizzazione sia stata chiesta e che si assuma illegittimamente negata, giacché viene comunque in considerazione il fondamentale diritto alla salute, non suscettibile di essere affievolito dalla discrezionalità meramente tecnica dell'amministrazione in ordine all'apprezzamento dei presupposti per l'erogazione della prestazione. In merito cfr. anche TAR Piemonte, sez. II, 10 giugno 2010, n. 2742, secondo cui compete al giudice ordinario la controversia relativa al diniego di autorizzazione ad effettuare cure all'estero (ai fini della successiva copertura economica), a prescindere dal fatto che l'autorizzazione sia stata richiesta prima o dopo il ricovero.

⁸⁹ Cfr. Cass., 27 febbraio 2013, n. 4848, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Proprietà*, n. 36 e Cass., 8 marzo 2006, n. 4908, *id.*, 2007, I, 221.

⁹⁰ Cfr. Cass., 27 febbraio 2012, n. 2923, *id.*, Rep. 2012, voce *Sanità pubblica*, n. 437.

⁹¹ Afferma F. MERUSI, *Sulla giustizia amministrativa come servizio*, cit., 351, che «l'aver esteso il processo di cognizione al processo amministrativo, in aggiunta a quello di annullamento, porta alla concentrazione nel giudice amministrativo del contenzioso riferibile ad ogni possibile pretesa del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione, come del resto accadeva negli antichi contenziosi amministrativi 'aboliti' dalla legge del 1865».

⁹² La sentenza è reperibile in *Giur. cost.*, 2015, 1509 ss., con nota di F. GIRELLI, *Quale giudice per gli alunni con disabilità?*

nella misura che, in sede di formulazione del Piano Educativo Individualizzato (P.E.I.), era stata individuata come necessaria per l'integrazione e l'assistenza dell'alunna nella scuola dell'infanzia, impedendole di fruire, a differenza degli altri compagni normodotati, della frequenza scolastica a tempo pieno⁹³.

Si può ritenere che tale decisione – ribaltando il precedente orientamento della stessa Suprema Corte, che era nel senso di assegnare la sopraindicata controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁹⁴ – sia espressione di quel filone di pensiero che, attraverso l'ampliamento della giurisdizione del g.o. e l'erosione di quella del g.a., in realtà tende surrettiziamente a favorire il ritorno del sistema monistico a giurisdizione unica, senza passare attraverso le necessariamente preventive riforme costituzionali.

In effetti, la sentenza n. 25011/2014 supera la tradizionale giurisprudenza (in punto di giurisdizione con riferimento ai diritti fondamentali) incentrata sulla c.d. tesi dell'incomprimibilità, escludendo che l'ambito dei diritti fondamentali possa delimitare un'area impenetrabile all'intervento dei pubblici poteri autoritativi. Pertanto, non è una questione di incomprimibilità o meno del diritto fondamentale da parte dell'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione, in quanto il problema si pone non su un piano ontologico, ma su quello del diritto positivo. Si tratta, in altri termini, di verificare se, in sede di bilanciamento con altri interessi costituzionali, il legislatore abbia riconosciuto alla p.a. il potere in relazione ad un bene della vita riconducibile ad un principio costituzionale, attribuendo a quest'ultimo la tutela offerta dall'interesse legittimo, o abbia configurato la posizione soggettiva come diritto, rispetto alla quale

⁹³ Ulteriori interessanti ipotesi in cui si manifesta la tendenza della Corte di Cassazione ad ampliare la giurisprudenza ordinaria a scapito di quella amministrativa sono indicate da R. VILLATA, *Giustizia amministrativa*, cit., 396 ss.; E. FOLLIERI, *Il sindacato della Corte di Cassazione*, cit., 1 ss.; M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio*, cit., 206.

⁹⁴ In questa direzione cfr. Cass., 19 gennaio 2007, n. 1144, *id.*, Rep. 2007, voce *Istruzione pubblica*, n. 318: tale pronuncia precisa che trattasi della giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi. Cfr. anche TAR Sicilia, sez. III, 3 dicembre 2014, n. 3111, *id.*, 2015, III, 149, in consapevole contrasto con le Sezioni Unite.

tutti i soggetti, pubblici e privati, sono tenuti ad un determinato comportamento.

Il diniego – da parte delle Sezioni Unite – della sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si fonda non solo sull'affermazione dell'esistenza di un diritto soggettivo, ma anche sull'asserita esclusione della riconducibilità all'esercizio di un potere amministrativo del comportamento della p.a. che fronteggia il diritto soggettivo, liberando la condotta dell'amministrazione dal carattere dell'autoritatività per ricondurla ad una connotazione di obbligatorietà⁹⁵. In particolare, secondo la pronuncia in esame, determinato – sulla base dei dettami della l. n. 104/1992 – il P.E.I., la pubblica amministrazione verrebbe a trovarsi in una posizione di mera obbligatorietà, dovrebbe cioè assegnare il personale docente specializzato alla persona handicappata. In tale ambito, secondo le S.U., dovrebbe escludersi un collegamento, anche indiretto, con l'esercizio del potere amministrativo e ciò sarebbe sufficiente per affermare che la citata controversia non possa rientrare nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi. Quindi, di fronte ad una domanda di accertamento di un comportamento discriminatorio, l'inadempimento dell'amministrazione scolastica dell'obbligo di assegnare un docente specializzato dovrebbe qualificarsi, secondo la sentenza n. 25011/2014, come discriminazione indiretta ai sensi dell'art. 2, comma 3, l. n. 67/2006, col conseguente radicamento della giurisdizione del giudice ordinario *ex artt.* 3 l. n. 67/2006 e 28 d.lg. n. 150/2011⁹⁶.

La ricostruzione interpretativa delle Sezioni Unite non sembra meritevole di accoglimento, in quanto – ad avviso di chi scrive – non

⁹⁵ Secondo le S.U., oltre il mero riscontro tecnico delle concrete condizioni di persona handicappata, non c'è alcun margine di apprezzamento da parte dell'autorità amministrativa per accertare la sussistenza dei requisiti per l'assegnazione di un docente specializzato.

⁹⁶ È stato affermato da Cass., 30 marzo 2011, n. 7186, *id.*, Rep. 2011, voce *Giurisdizione civile*, n. 141 e da Cass., 15 febbraio 2011, n. 3670, *id.*, 2011, I, 1101, che appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie in materie di discriminazione ai sensi dell'art. 44 d.l. n. 286/1998, t.u. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, che anche rinvia all'art. 28 d.l. n. 150/2011.

sembra possa dubitarsi della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo nell'ambito della sopraindicata controversia⁹⁷. Non si può non prendere atto come la limitatezza di risorse, tipica del contesto in esame, imponga una ripartizione dei fondi sulla base di una ponderazione comparativa (da parte dell'amministrazione scolastica) tendente a minimizzare i danni derivanti da tale limitatezza di risorse⁹⁸, ripartendo queste ultime tra i disabili gravi (art. 3, l. n. 104/1992) con una valutazione inevitabilmente discrezionale della p.a.⁹⁹. Ciò comporta che, nel caso in questione, non sembra sostenibile la tesi delle S.U., secondo cui si sia in presenza di un'attività amministrativa non connotata da profili di discrezionalità in quanto meramente attuativa di un diritto già conformato per effetto della redazione del Piano Educativo Individualizzato¹⁰⁰.

Sembra possibile, invece, optare per una diversa ricostruzione ermeneutica. Infatti, si può fondatamente sostenere la sussistenza, nell'ambito in esame, di un'attività amministrativa improntata a criteri discrezionali, di norma ispirati ad una ripartizione tendenzialmente

⁹⁷ F. GIRELLI, *Quale giudice per il minore disabile?*, cit., 1527, esclude opportunamente che il giudice amministrativo sia stato spogliato della propria giurisdizione in materia, in quanto l'affermata cognizione del giudice ordinario è la conseguenza della particolarità del caso, della via di tutela prescelta e cioè del giudizio ex art. 3 della legge n. 67/2006.

⁹⁸ Più in generale cfr. M. RENNA, *Le disuguaglianze sostenibili nel sistema scolastico*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2006, 1 ss.

⁹⁹ Finalizzata, appunto, a ridurre quanto più possibile gli effetti pregiudiziali della citata limitatezza di risorse.

¹⁰⁰ Ad avviso di TAR Sicilia, sez. III, 3 dicembre 2014, n. 3111, la sopraindicata ricostruzione della S.U. finisce per sovrapporre l'astratta disciplina del fenomeno, al suo concreto atteggiarsi, che costituisce oggetto di tutela giurisdizionale, rischiando così di proporre modelli rimediali, e corrispondenti tecniche di tutela, avulsi dalla realtà della lesione del diritto fondamentale. Lo stesso TAR sottolinea anche che nello Stato sociale, il ruolo della pubblica amministrazione, di redistribuzione di risorse limitate nell'assolvimento degli obblighi e dei doveri di tutela, da un lato, impone la qualificazione dei connessi diritti sociali come diritti (formalmente sanciti, ma) finanziariamente condizionati all'effettiva disponibilità delle risorse necessarie per riempirli di effettivo contenuto; e, dall'altro lato, pone il soggetto pubblico nella dialettica fra astratto disporre e concreto provvedere, cioè nella necessità, a fronte dell'incontestabile garanzia di diritti tutti parimenti tutelati e conformati, di ripartire le (inferiori) risorse esistenti.

proporzionale (fra i disabili gravi frequentanti la medesima scuola) delle limitate risorse disponibili, con la conseguenza che in tale situazione il soddisfacimento del diritto allo studio del disabile dipende proprio dall'esercizio di questo potere discrezionale, che costituisce espressione dell'autonomia organizzativa e didattica dell'autorità scolastica.

Si tratta di una ricostruzione che ha pure un preciso riscontro normativo. Infatti, l'art. 15, commi 1, 2 e 2 *bis*, d.l. 12 settembre 2013, n. 104, convertito dalla legge 8 novembre 2013, n. 128 – nel modificare la disciplina indicata proprio dalla sentenza n. 25011/2014 delle S.U. per escludere la sussistenza di un potere discrezionale nell'assegnazione degli insegnanti di sostegno in deroga – fissa importanti criteri legali incentrati sul contemperamento di interessi generali (come, ad esempio, l'equa ripartizione territoriale), che fanno comprendere come l'esercizio del potere in esame sia di natura discrezionale. Insomma, è dalla stessa normativa della materia in esame che sembra emergere un'attuazione non meramente adempitiva del dovere della p.a. di assicurare l'adeguato sostegno al minore disabile grave¹⁰¹.

Ciò che, comunque, lascia davvero perplessi è il summenzionato incanalamento della sentenza n. 25011/2014 delle S.U. verso quell'approccio di fatto indirizzato all'espansione della giurisdizione ordinaria ed alla corrispondente erosione di quella amministrativa, in nome di un improbabile ritorno al modello monistico.

È opportuno precisare che, di recente, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 7 del 12 aprile 2016 ha affermato che nella materia in esame la sussistenza della giurisdizione esclusiva amministrativa non è preclusa dalla natura di diritto soggettivo della posizione soggettiva azionata¹⁰², quand'anche tale diritto

¹⁰¹ F. GIRELLI, *Quale giudice per gli alunni con disabilità?*, cit., 1521, rileva che «proprio la specificità del caso in esame, seppure deciso a Sezioni Unite (e, comunque, non in sede di regolamento di giurisdizione), sembra non consentire di affermare con nettezza che sia stata detta l'ultima parola in punto di riparto di giurisdizione».

¹⁰² Bisogna rilevare come l'Ad. Plen. n. 7/2016 citata nel testo chiarisca pure che l'affermazione dell'estensione della giurisdizione esclusiva amministrativa anche alla cognizione dei diritti fondamentali non comporta alcun ridimensionamento dell'ampiezza della tutela giudiziaria agli stessi assicurata, nella misura in cui al giu-

sia qualificato come “fondamentale”, nella misura in cui il relativo esercizio implichi l’espletamento del potere pubblicistico: in questa ipotesi si deve ritenere che la cognizione del g.a. sia piena e non limitata ai soli profili di esercizio discrezionale del potere¹⁰³.

7. – Il preoccupante accentuarsi di un più generale processo di «giudiziarizzazione»¹⁰⁴, che ormai coinvolge tutti i regimi democratici, fa comprendere come la sopraindicata espansione della giurisdizione ordinaria si muova – per così dire – non solo verso il g.a. e cioè nel senso dell’erosione della giurisdizione del giudice amministrativo, ma anche verso la p.a. e cioè nel senso dell’incremento del sindacato del g.o. sull’attività amministrativa.

dice amministrativo è stata chiaramente riconosciuta la capacità di assicurare anche ai diritti costituzionalmente protetti una tutela piena e conforme ai precetti costituzionali di riferimento (Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140), che nessuna regola o principio generale riserva in via esclusiva alla cognizione del giudice ordinario. Né, può parlarsi di ridimensionamento in ragione della natura vincolata o tecnica dell’esercizio della potestà oggetto del giudizio, potendosi – nella materia in esame – sostenere che la stima delle ore di sostegno necessarie all’alunno disabile deve indefettibilmente fondarsi su un apprezzamento della gravità della sua patologia e delle coerenti esigenze dell’insegnamento di sostegno, secondo parametri scientifici e, perciò, cogenti.

¹⁰³ TAR Campania, sez. II, 23 agosto 2016, n. 1976, ha affermato che per garantire l’esercizio pieno ed incondizionato del diritto alla salute ed all’istruzione l’assegnazione in deroga dell’insegnante di sostegno deve essere, volta a volta, commisurata alla specifica situazione dell’alunno disabile, in relazione al tipo di handicap, al suo livello di gravità, alla possibile evoluzione della malattia, anche rispetto ad eventuali effetti migliorativi riscontrabili nel corso del tempo.

¹⁰⁴ Si tratta cioè di «un’espansione del raggio di azione dei Tribunali o dei giudici a spese dei politici e/o degli amministratori: in altre parole c’è uno spostamento dei diritti di decisione dal legislativo, dal governo o dall’amministrazione verso i Tribunali»: in tal senso espressamente TATE, VALLINDER, *L’espansione globale del potere giudiziario*, Roma, 1995, 13. In merito cfr. anche GUARNIERI, PEDERZOLI, *L’espansione del potere giudiziario nelle democrazie contemporanee*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1996, 289: «quanto più ampia è la sfera decisionale del giudice tanto più rilevante e politicamente incisivo potrà essere il suo ruolo... il raggio di intervento del giudice costituisce un fattore di cui si deve tener conto per valutare l’incidenza relativa del giudiziario rispetto alle altre istituzioni politiche... in generale l’incidenza politica del sistema giudiziario sarà tanto più elevata quanto più il Pubblico Ministero sarà autonomo dalle altre istituzioni politiche».

Alla base di questa crescente incidenza del controllo del giudice ordinario vi è senza dubbio un atteggiamento di sfiducia nella capacità della p.a. di gestire beni di importanza vitale. Non sono pochi, infatti, i casi in cui la pubblica amministrazione, in relazione a settori fondamentali (come, ad esempio, quelli concernenti l'ambiente, la salute o il lavoro), ha posto in essere condotte connotate da scarsa sensibilità verso tali settori, se non da incompetenza o, addirittura, da illiceità. Per quanto riguarda tale ultimo profilo, si deve rilevare che la doverosa attività di contrasto agli illeciti connessi all'attività amministrativa ha spesso prodotto una ingerenza nella sfera della p.a. al punto tale da determinare un vero e proprio fenomeno di "supplenza" del giudice ordinario (in particolare di quello penale) che, nonostante i cospicui risultati positivi raggiunti in vari campi, ha determinato – in non rare circostanze – evidenti pregiudizi per l'attività amministrativa con conseguente paralisi di interi settori.

Bisogna, però, dire che se, da un lato, è indubitabile l'imprescindibilità del controllo giurisdizionale civile e penale quale prerogativa di ogni sistema democratico, dall'altro lato, è altrettanto vero che non meno rilevante è l'esigenza di preservare quell'area riservata alla discrezionalità della pubblica amministrazione.

Il problema – di non semplice soluzione – è, allora, quello di individuare l'esatta linea di confine tra il sindacato del giudice ordinario e l'ambito discrezionale dell'attività amministrativa: tale individuazione non è certamente facilitata dal crescente fenomeno di sostanziale sovrapposizione della valutazione del g.o. rispetto a quella della p.a.

Il raggiungimento di tale obiettivo presuppone, anzitutto che si eviti da parte del g.o. quel pericoloso protagonismo, che in non rari casi induce lo stesso giudice ordinario a ritenere di potersi sostituire ad altre funzioni statali¹⁰⁵: insomma, non può assolutamente ammettersi che «il giudice pretenda di sostituire alla valutazione del legislatore una valutazione sua propria, per attingere comunque un risultato consono al suo modo di intendere la realtà sociale e alla sua

¹⁰⁵ R. BERTONI, *La repressione penale degli abusi edilizi*, in *Riv. giur. ed.*, 1971, II, 215, ha affermato che la giustizia penale «non può assumersi un ruolo primario o, peggio, sostitutivo di altre funzioni statali o di iniziative parallele».

volontà di modificarla»¹⁰⁶. Si tratta di un'evenienza che può verificarsi soprattutto nell'ipotesi di disapplicazione – ad opera del g.o. e, in particolare, del giudice penale¹⁰⁷ – di un atto amministrativo illegittimo preordinato a produrre un unico effetto, che è poi oggetto della vicenda disapplicativa. In questo caso c'è da chiedersi: l'esercizio del potere di cui gli artt. 4 e 5 cit., venendo ad incidere su quello che – come detto – è l'unico effetto dell'atto, fa o meno rimanere inalterato tale atto? Qui, in buona sostanza, la disapplicazione sembra non si atteggi diversamente dall'annullamento, in quanto l'intervento del giudice ordinario si concretizza in un controllo dell'attività amministrativa teso ad eliminare *ex officio* non solo i diritti scaturiti dall'atto amministrativo¹⁰⁸, ma anche lo stesso atto amministrativo, la cui accertata invalidità finisce per svuotarlo di contenuto all'interno ed all'esterno del giudizio.

Dalle succitate brevi considerazioni – che richiederebbero un maggiore approfondimento non consentito dai limiti del presente studio – si evince non solo l'inadeguatezza di un'eccessiva dilatazione dei poteri del giudice ordinario in ordine agli atti amministrativi illegittimi, ma anche l'esistenza nella materia in esame di un'insopprimibile esigenza di equilibrio tra i poteri dello Stato. Tale esigenza di equilibrio è particolarmente avvertita in un periodo – come quello attuale – di profonda crisi della legalità, causata anche dal mancato

¹⁰⁶ In questi termini L. MAZZAROLI, *Attività amministrativa e giurisdizionale*, cit., 667.

¹⁰⁷ F. MERUSI, *Sulla giustizia amministrativa come servizio*, cit., 338, rileva che «la devoluzione della legge del 1865 al giudice penale ha procurato qualche dispiacere a Beccaria permettendo ai giudici ordinari di inventare reati non previsti e al legislatore di dimenticarsi che quando regola le sanzioni amministrative è pur sempre un legislatore penale tenuto a rispettare i principi dei «delitti e delle pene»».

¹⁰⁸ Sul punto cfr. G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979, 177; L. PICARDI, *Sulla disapplicazione degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. amm.*, 1968, 597; F. SATTI, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 599; V. DEL POZZO, *Decorrenza del termine, lesione dell'interesse e disapplicazione dell'atto nel diritto processuale amministrativo*, in *Foro amm.*, 1952, 147; R. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980, 84 ss. Sia, inoltre, consentito di rinviare a P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Torino, 1999, 180 ss.

funzionamento del sistema di controlli interni della pubblica amministrazione.

L'elemento, però, maggiormente destabilizzatore della succitata condizione di equilibrio tra i poteri dello Stato è costituito dal sovrapporsi del controllo del giudice ordinario al controllo della giurisdizione amministrativa.

Si tratta di una situazione particolarmente complessa, per la quale non è semplice proporre soluzioni: infatti, non è marginale la difficoltà di risolvere i relativi problemi facendo riferimento alla gerarchia dei valori costituzionali, al bilanciamento degli interessi ed alla cd. interpretazione adeguatrice, poiché – nell'ambito in oggetto – sono implicati un insieme di principi di rango costituzionale e di eguale forza, quali quello del buon andamento della pubblica amministrazione, del necessario controllo di legalità della magistratura ordinaria sull'agire della p.a., di uguaglianza e del riparto di attribuzioni e competenze tra i diversi organi dello Stato.

8. – Ulteriore e non meno pericoloso effetto della sopraindicata eccessiva espansione della giurisdizione ordinaria è quello di alimentare le voci favorevoli alla (ri)abolizione del giudice amministrativo.

Con l'evidente rischio di far tornare indietro di oltre un secolo e mezzo le lancette dell'orologio del nostro sistema di tutela giurisdizionale nei confronti della p.a.¹⁰⁹, oggi sempre più frequentemente si discute sull'utilità¹¹⁰ del g.a. e, addirittura, sulla opportunità di mantenere o eliminare l'attuale sistema dualistico¹¹¹.

¹⁰⁹ M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, cit., 145 ss., fa riferimento a «mai sopite tentazioni neo-abolizioniste della nostra cultura giuridica, quasi che il giudice amministrativo fosse una figura transeunte, frutto di un errore, e destinata in un modo o nell'altro a venir superata, anche senza bisogno di modifiche costituzionali. La versione odierna di questa discutibile tendenza è una malintesa interpretazione del principio di unità della funzione giurisdizionale».

¹¹⁰ M.R. SPASIANO, *Il giudice amministrativo mediatore dei conflitti tra interessi pubblici*, cit., 3, rileva che «un giudice con pretese di verifica della legittimità a tutto campo, finisce anche sul piano pragmatico con l'avallare le accuse di costituire un intralcio all'azione del potere amministrativo, così scaricando sullo stesso, altrui inefficienze e responsabilità. È invece nella capacità di soddisfare, da un lato, la pretesa

Molteplici sono le ragioni addotte a sostegno dell'orientamento favorevole all'abolizione del sistema di giustizia amministrativa: si tratta, tuttavia, di considerazioni che, ad avviso di chi scrive, sono tutte non meritevoli di accoglimento.

Uno dei principali argomenti dell'orientamento abolizionista è quello incentrato sull'asserita situazione di privilegi¹¹² e di conflitto

e l'interesse delle parti in causa, dall'altro, di tutelare la legalità e l'interesse pubblico rettammente inteso (e non sempre coincidente con quello prospettato dall'amministrazione), che consiste la specificità (utilità) della giustizia amministrativa». Lo stesso Autore rileva come non siano più eccezionali i casi nei quali il confronto giudiziale si svolge tra soggetti pubblici; in questi casi, l'autorità giudiziaria è chiamata a svolgere una importante funzione di mediazione di conflitti istituzionali, applicando direttamente principi generali dell'attività amministrativa ai quali parametrare i comportamenti delle parti (principio di leale cooperazione, principio di proporzionalità e principio di ragionevolezza).

¹¹¹ Sostengono la necessità dell'abolizione del giudice amministrativo: A. PROTO PISANI, *L'art. 113,3° comma, Cost.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2015, V, 186 ss.; ID., *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, ivi, 2009, V, 369 ss.; ID., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, ivi, 2001, V, 21 ss.; F. VOLPE, *Sulle ipotesi di riforma del sistema di giustizia amministrativa*, nel *Forum (Ipotesi di riforma del sistema di giustizia amministrativa)* presente sul sito istituzionale dell'A.I.P.D.A., 1 ss.; G. LAURICELLA, *Brevi considerazioni sulla giustizia amministrativa*, ivi, 1 ss.; S. LARICCIA, *Indipendenza dei giudici amministrativi e unità della giurisdizione*, in *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista, Atti del convegno di Perugia (16 giugno 2007)*, a cura di F. Cerrone e M. Volpi, Napoli, 2008, 161 ss. Inoltre, cfr. gli interventi di A. LIBERATI e R. PRODI (*contra* M. PERIN, *Abolire la giurisdizione amministrativa*, cit., 1 ss.) richiamati in precedenza nel par. 1.

¹¹² In merito ai succitati privilegi, A. LIBERATI, *Giustizia amministrativa, perché è necessario abolirla*, cit., 2, rileva: «quasi trenta presidenti per circa cento magistrati. Uno su tre. Questo è il Consiglio di Stato. Auto blu, udienze due volte al mese, produttività scarsissima se paragonata ai giudici ordinari, stipendi ben più copiosi di ogni altra magistratura. Per non parlare dei doppi incarichi e degli "straordinari" inventati dal "CSM" dei giudici amministrativi: una autentica contraddizione». Secondo M. D'AMICO, I. PELLIZZONE, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta della Costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Riv. AIC*, n. 4/2014, 21, «nell'ottica di eliminare i "privilegi" dei giudici amministrativi, occorre dunque puntare l'attenzione in modo mirato sulla prassi degli incarichi extra-giudiziari e quello del collocamento in fuori ruolo». Le Autrici sottolineano anche

di interesse¹¹³, che caratterizzerebbe lo *status* di giudice amministrativo¹¹⁴.

Tuttavia, tale argomento è inequivocabilmente smentito – come più avanti si cerca di dimostrare (par. 10) – dall'esistenza di un adeguato sistema di tutela dell'indipendenza del g.a.

L'orientamento in esame si richiama, poi, ad un atteggiamento del giudice amministrativo di sostanziale *favor* per la parte pubblica in danno della tutela dei privati e fa anche riferimento ad ulteriori considerazioni relative ai tempi¹¹⁵ dei processi amministrativi, a problemi

come vi siano stati recenti interventi del legislatore che hanno dato al C.p.g.a. (Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa) importanti strumenti per contenere le succitate prassi.

¹¹³ Secondo F. VOLPE, *Sulle ipotesi di riforma*, cit., 9, possono derivare dall'attribuzione di incarichi extragiudiziali ai giudici amministrativi gravi conflitti di interesse. Afferma A. LIBERATI, *op. cit.*, 2, che «l'emblema del conflitto di interessi è il Consiglio di Stato. I suoi pochi componenti riescono a svolgere funzioni giurisdizionali, esecutive (capi di gabinetto di ministeri, sottosegretari e persino ministri) e legislative allo stesso tempo (capi degli uffici legislativi competenti sui decreti di attuazione, per esempio). C'è davvero ancora bisogno di tutto questo? Matteo Renzi cominci da qui, se vuole fare riforme utili ed essere credibile». Afferma S. LARICCIA, *Indipendenza dei giudici amministrativi*, cit., 4, che risulta ancora non risolto il problema delle nomine governative dei consiglieri del Consiglio di Stato, in quanto una semplice autodisciplina del Governo non consente di ritenere risolte le molte questioni che erano state sollevate in merito alla ammissibilità del sistema delle nomine "politiche", non eliminando essa la contraddizione derivante dal fatto che l'organo controllato (Governo) nomina una parte dei magistrati destinati a svolgere le funzioni di consulenti (Consiglio di Stato).

¹¹⁴ Rileva G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., 42, che la presenza di una pluralità di giudici «diversamente regolati quanto a *status*, garanzie esterne ed interne di indipendenza e posizione nell'ordinamento, si pone in netto contrasto con la Costituzione». Lo stesso Autore afferma anche: «mentre l'unificazione strutturale-processuale della giurisdizione appare un'utopia, tale non sembra l'unificazione soggettiva che rappresenterebbe poi, in ultima analisi, l'unificazione funzionale voluta dalla Costituzione in tutto il Titolo IV, e questo sarebbe il significato più pregnante e compiuto del 102, co. 1, Cost.» (*op. cit.*, 43).

¹¹⁵ In merito ai tempi dei processi amministrativi, A. Liberati, *op. cit.*, 1, sostiene che «i giudizi al TAR ed al Consiglio di Stato sono paralizzati per anni. L'unica eccezione sono i riti "preferenziali" voluti dal legislatore, che ben potrebbero essere richiamati nelle procedure innanzi al giudice ordinario». Anche R. PRODI, *Abolire TAR e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia*, cit., 1, lascia in-

di costi¹¹⁶ ed a presunte questioni di carattere etico¹¹⁷. Si tratta, però, di aspetti che riguardano indistintamente tutti i magistrati (anche quelli ordinari) e giustificano solo soluzioni dirette ad un miglioramento della situazione e non già ad una radicale abolizione del g.a.¹¹⁸.

tendere che il ricorso al TAR «blocca regolarmente e per anni gli investimenti infrastrutturali, ferma per periodi quasi indefiniti i concorsi universitari e viene usato per scopi che il buon senso ritiene del tutto estranei a un'efficace difesa dei diritti. Con la giustizia amministrativa si è persino bloccato l'insegnamento in lingua inglese al politecnico di Milano e si ferma regolarmente l'assegnazione degli acquisti pubblici decisi da un organo dello Stato come la Consip, che è stato creato proprio per fornire una sicura garanzia nel delicato campo degli acquisti della Pubblica amministrazione». Rileva, F. VOLPE, *Sulle ipotesi di riforma*, cit., 5, che pure i processi davanti al giudice ordinario non sono affatto celeri, però «essendo quei processi instaurati, per lo più, con la citazione ad udienza fissa, il loro progredire, pur lentissimo, è sempre noto alle parti». Lo stesso Autore afferma anche che nel giudizio amministrativo, dopo il deposito del ricorso, si perdono le tracce e di esso «si torna ad avere notizia solo con la comunicazione di segreteria che annuncia il decorso del termine quinquennale di perenzione: istituto assurdo, che consente al giudice amministrativo, proprio in virtù del suo inadempimento, di sottrarsi al dovere di pronuncia costituito dall'esercizio del potere d'azione».

¹¹⁶ In relazione ai sopraindicati costi, A. LIBERATI, *op. cit.*, 2, afferma: «palazzi d'oro (nel senso vero della parola, considerando Palazzo Spada, la sede del TAR Napoli, del TAR Toscana, del TAR Palermo, del TAR Veneto) che meriterebbero di assurgere a fruttiferi musei aperti al pubblico, invece che a gravare su copiosi capitoli di bilancio (diversi milioni di euro l'anno) destinati a pochi privilegiati, con ambienti peraltro scomodi e non adatti alle funzioni pubbliche, ma sempre centralissimi e lussuosi. Poche stanze dei tribunali ordinari potrebbero bastare per ospitare il (poco) lavoro dei tribunali amministrativi».

¹¹⁷ Per quanto riguarda la questione etica indicata nel testo, A. LIBERATI, *op. cit.*, 1, rileva che «si è cercato di minimizzare le inchieste che coinvolgono i magistrati amministrativi. Sbagliato. Pur essendo poche centinaia in tutto, sono qualche decina i magistrati amministrativi coinvolti in scandali e inchieste più o meno gravi». Secondo F. VOLPE, *Sulle ipotesi di riforma*, cit., 4-5, «come fu buona cosa la previsione di un giudice unico nel 1865 e come lo fu, nel 1889, quella del diverso sistema dualistico, allo stesso modo non è affatto detto che il sistema dualistico sia necessariamente il sistema di giustizia amministrativa migliore per i nostri tempi. Non solo perché i tempi sono appunto cambiati, ma perché sono cambiati gli uomini preposti alle Istituzioni. Sì che non si può contare su un grado di affidabilità pari a quello, davvero eccelso, dei tempi di Santi Romano e dei suoi collaboratori». Lo stesso Autore parla anche di una generale e diffusa mancanza di fiducia del cittadino verso il giudice amministrativo, quale mezzo di risoluzione dei conflitti.

¹¹⁸ In merito ai sopraindicati profili relativi ai tempi dei processi amministrativi,

Di recente, si è pure affermato che «la storia e, soprattutto, il buon senso non giustificano più la sottrazione al giudice ordinario (se del caso nelle forme della sezione specializzata) della giustizia amministrativa»¹¹⁹: tale sistema – originariamente incapace di assicurare una tutela effettiva, anche se coerente – sarebbe diventato, per effetto del superamento della contrapposizione delle situazioni soggettive e del notevole allargamento della giurisdizione esclusiva, del tutto incongruente con le fondamentali opzioni costituzionali in tema di terzietà del giudice e di effettività della tutela, oltre che con i principi in materia di ricorso per cassazione per violazione di legge¹²⁰.

L. TORCHIA, *Giustizia ed economia*, cit., 1, rileva come anche la giustizia civile e quella penale siano molte lente, ma non sono al centro del dibattito recente, che si è concentrato sulla giustizia amministrativa, accusata ingiustamente di ridurre il PIL. La stessa Autrice afferma anche: «la giustizia amministrativa italiana può sicuramente essere migliorata, ma se la legislazione e l'amministrazione continueranno a produrre incertezza e ad essere impermeabili alle esigenze di modernizzazione, di chiarezza, di tempestività, non sarà qualche sentenza in meno a risollevare il PIL.» (*op. cit.*, 3). Nell'editoriale (*Quello sterile pressing sulla giustizia amministrativa che elude la sfida di far funzionare meglio i processi*), pubblicato su *Guida al Diritto – Il Sole 24 Ore*, 17 maggio 2014, n. 21, M. CLARICH precisa che, se si esclude la percorribilità politica di una modifica della Costituzione, resta intoccabile l'attuale impianto fondato sulla compresenza di un giudice ordinario e di un giudice amministrativo nelle controversie tra cittadini e pubblica amministrazione (cd. modello dualistico).

¹¹⁹ Così A. PROTO PISANI, *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, cit., 184 ss. Già in altri lavori (cfr. *Lezioni*, Napoli, 2014, 257 ss.; *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 127 ss.; *Foro it.*, 2009, V, 369 ss.) l'Autore si è posto nella stessa direzione.

¹²⁰ Ad avviso dell'Autore indicato nella nota precedente, non possono condividersi le considerazioni addotte a sostegno di una giurisdizione speciale amministrativa: non l'argomento della giurisdizione oggettiva nell'interesse dell'amministrazione, in quanto la Costituzione mira, piuttosto, a tutelare le situazioni soggettive del cittadino; non l'argomento che il giudice amministrativo sia meglio attrezzato per valorizzare l'interesse della pubblica amministrazione, visto che al giudice si chiede terzietà e imparzialità; non l'argomento di una maggiore incisività del controllo fondato sull'eccesso di potere, che andrebbe anzi ridimensionato a tutto vantaggio della trasparenza e delle garanzie per il cittadino. Infatti, «il sindacato esercitato tramite l'eccesso di potere, seppur penetrante, è quanto di meno comprensibile anche agli addetti ai lavori ove ci si allontani dalle figure sintomatiche: è cioè

Si è anche arrivato ad escludere ogni fondamento storico o logico del sistema dualistico, sulla base delle seguenti considerazioni: «diritti soggettivi e interessi legittimi hanno la stessa natura giuridica di forme di protezione esclusiva dell'interesse individuale... l'interesse pubblico resta come tale totalmente estraneo alla scena del rapporto e del giudizio... i mezzi di tutela seguono, senza pregiudiziali esclusioni o inclusioni, la natura del rapporto controverso secondo i principi di pienezza e di effettività della tutela»¹²¹.

un sindacato meno controllabile dello stesso giudizio di fatto. Ben venga allora – a seguito della devoluzione della giustizia amministrativa al giudice ordinario – una riduzione dell'incisività di tale sindacato: ciò che si perderebbe sarebbe ampiamente compensato dall'aumento di trasparenza delle motivazioni, dall'aumento della loro controllabilità, dall'aumento di garanzie per il cittadino» (*op. cit.*, 185). Inoltre, l'Autore rileva come più o meno recenti interventi giurisprudenziali e legislativi abbiano non solo attribuito al giudice ordinario e al giudice amministrativo la possibilità di interpretare ed applicare le stesse norme (di diritto comune o di diritto pubblico), ma abbiano anche previsto, per la giurisdizione esclusiva, la possibilità di disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché la consulenza tecnica d'ufficio (art. 63 ss. cod. proc. amm.). Se a ciò si aggiunge l'introduzione nel processo amministrativo di un sistema di tutela cautelare modellato sulla falsariga degli artt. 669 *bis* ss. cod. proc. civ. (art. 55 ss. cod. cit.) e, nel processo amministrativo con giurisdizione esclusiva, del procedimento d'ingiunzione *ex* art. 633 ss. e dei provvedimenti anticipatori di condanna *ex* art. 186 *bis* e 186 *ter* cod. proc. civ. (art. 118 cod. cit.) – oltre alla possibilità dell'ampia trasposizione di una controversia instaurata davanti al giudice ordinario (o al giudice amministrativo o speciale in genere), in caso di difetto di giurisdizione, davanti al giudice amministrativo (o altro giudice speciale e viceversa) con piena salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda – è legittimo chiedersi «perché debbano continuare a coesistere nello stesso ordinamento, per le controversie fra cittadini e pubblica amministrazione, due giurisdizioni che conoscono o possono conoscere delle stesse norme (di diritto comune o di diritto pubblico), che trattano le controversie secondo procedure molte simili, che, stante la trasmigrazione tra le giurisdizioni, non costituiscono più compartimenti stagni, ma che si differenziano radicalmente quanto a composizione del giudice (posto che i giudici del Consiglio di Stato sono anche consulenti dell'amministrazione e possono ricoprire una serie di incarichi impensabili per i giudici ordinari) e quanto a ricorribilità per cassazione delle decisioni di secondo grado». Per tali motivi secondo l'Autore sarebbe molto più ragionevole un sistema di giurisdizione unica. Tuttavia, questa conclusione, per le ragioni indicate nel testo, non sembra meritevole di accoglimento.

¹²¹ In questi termini A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, cit., 137.

La necessità dell'eliminazione del sistema di giustizia amministrativa è stata sostenuta anche con riferimento «alle cattive prassi ed ai cattivi usi in cui esso è ricaduto»¹²².

Vi è stato pure chi ha lasciato intendere che con l'abolizione di TAR e Consiglio di Stato «il nostro PIL assumerebbe subito un cospicuo segno positivo»¹²³, arrivando a sostenere come il ricorso al giudice amministrativo sia diventato «un comodo e poco costoso strumento di blocco contro ogni decisione che non fa comodo, penetrando ormai in ogni aspetto della vita del Paese. La conseguenza è che, in presenza di un'eterna incertezza, i capitali e le energie umane fuggono dall'Italia verso luoghi nei quali quest'incertezza non esiste»¹²⁴.

¹²² F. VOLPE, *Sull'ipotesi di riforma del sistema di giustizia amministrativa*, cit., 16.

¹²³ Così R. PRODI, *Abolire TAR e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia*, cit., 1. In tale intervento pubblicato l'11 aprile 2013 su alcuni quotidiani nazionali si propone di abolire il sistema di giustizia amministrativa del nostro Paese. Questa inaccettabile proposta prende le mosse dalla seguente constatazione fatta da un anonimo imprenditore al prof. Romano Prodi: l'abolizione del giudice amministrativo determinerebbe «un aumento del PIL non solo senza spese ma con copiosi risparmi. E mi elencava l'enorme e senza confronti spazio di potere che queste istituzioni hanno assunto rispetto ai limiti rigorosi che esse hanno negli altri paesi. Non sono un giurista per dire se questo sia possibile, ma certo non posso non notare che il ricorso a questi tribunali è diventato un fatto normale ogni volta in cui si procede a un appalto o che sia pronunciato l'esito di un concorso pubblico o una qualsivoglia decisioni che abbia un significato economico. Il tutto senza sostanziali limiti al ricorso». Di diverso avviso è M. PERIN, *Abolire la giustizia amministrativa*, cit., nota 7 in pag. 7, secondo cui «può venire il dubbio sull'affidabilità della proposta di quest'anonimo imprenditore al Prof. Prodi; ebbene, l'imprenditore in parola si sarebbe lamentato della decisione di un TAR, quando fosse stata sospesa un'aggiudicazione dai connotati chiaramente illegittimi (che probabilmente nascondevano anche una di quelle corruzioni percepite e non scoperte)? Specie, se la sua impresa fosse stata illegittimamente esclusa? Credo proprio di no».

¹²⁴ In questi termini R. PRODI, *op. cit.*, 2. In senso contrario rileva opportunamente M.A. SANDULLI, *Ipotesi di riforma*, cit., 2, che gli imprenditori sono già scoraggiati dall'investire nel nostro Paese per la difficoltà di prevedere le conseguenze dei propri comportamenti in un contesto normativo molto incerto e complesso: «ridurre le possibilità di reazione nei confronti dei poteri pubblici che agiscono fuori dai limiti che sono loro consentiti significa purtroppo allontanarli in via definitiva, con effetti irreversibili anche sull'economia. È del resto fin troppo evidente che la

A quest'orientamento, propenso a vedere nel giudice amministrativo un ostacolo alla crescita economica, è facile replicare che tale riduttiva ricostruzione si fonda su una visione sostanzialmente surreale del fenomeno in esame: il g.a., infatti, potrebbe, in ipotesi, essere di ostacolo solo in un sistema del tutto "ideale", in cui la p.a. operi sempre in modo corretto, evenienza – questa – a dir poco improbabile, considerati i frequenti abusi derivanti dall'esercizio della funzione pubblica, che presuppongono imprescindibilmente un adeguato sistema di tutela. È senza dubbio fuorviante e molto pericoloso porsi solo problemi di PIL e non tenere nella debita considerazione che senza una buona ed onesta p.a. non può esistere nemmeno un buon Paese, una buona imprenditorialità e, quindi, un corretto ed adeguato sviluppo economico¹²⁵.

Sotto altro profilo, però, non si può non prendere atto che l'at-

sostituzione di una tutela soprassessoria e caducatoria con una tutela meramente risarcitoria (secondo un modello neo-liberista), oltre a porsi in contrasto con le indicazioni del diritto UE e con ogni regola di buona Amministrazione, si tradurrebbe in un ulteriore danno per l'economia e per la crescita del Paese: gli imprenditori non possono sopravvivere senza operare, aspettando i tempi del giudizio risarcitorio, il bilancio pubblico non si può permettere l'esposizione al rischio di risarcire i danni derivanti dall'esercizio illegittimo di poteri pubblici lasciati liberi di esplicare i loro effetti anti-giuridici e la collettività non può subire il doppio pregiudizio derivante dalle passività pubbliche e dall'esecuzione di provvedimenti che, in quanto illegittimi, si traducono in una cattiva (e di per sé pernicioso) cura degli interessi pubblici». Afferma, inoltre, M. PERIN, *Abolire la giustizia amministrativa*, cit., 3-4, che «l'eliminazione dei presidi giudiziari in nome del PIL, non favorisce di certo la democrazia e credo nemmeno il PIL». In merito cfr. anche F. FRANCA- RIO, *Certezza del diritto ed operatori economici: note a margine di recenti riforme*, nel *Forum (Lo Stato di diritto fa bene all'economia)* presente sul sito istituzionale dell'A.I.P.D.A.

¹²⁵ A. TRAVI, *Giudizio civile e giudizio amministrativo: le ragioni e le espressioni della diversità*, in *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, a cura di P.L. PORTALURI, Napoli, 2016, 70-71, evidenzia che «una giustizia amministrativa assente o impotente non aiuta l'amministrazione, ma semmai è invece una giustizia amministrativa non deferente nei confronti dell'amministrazione che sostiene lo sviluppo del nostro Paese e dei suoi cittadini. Non è vero dunque che la forza della giustizia amministrativa indebolisce l'amministrazione: è vero esattamente il contrario».

tuale sistema di giustizia amministrativa presenta non pochi aspetti ancora da mettere a punto: ciò, tuttavia, deve indurre solo a migliorare tali aspetti e non anche a teorizzare un improbabile ritorno al modello di giurisdizione unica¹²⁶.

9. – Un'argomentazione costantemente ricorrente nell'orientamento favorevole alla ricostituzione della giurisdizione unica è quella relativa all'accorpamento delle funzioni consultiva e giurisdizionale in seno al Consiglio di Stato¹²⁷.

In effetti, già in passato autorevole dottrina¹²⁸ ebbe modo di cri-

¹²⁶ Sottolinea A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giustizia amministrativa?*, cit., 21, come le recenti innovazioni giurisprudenziali e legislative della giustizia amministrativa ne abbiano mutato l'essenza in modo tale da porla «sostanzialmente in contraddizione con alcune, pur discutibili, scelte della Costituzione del 1948; così che, ne anticipo le conclusioni, mi sembra siano oramai più che maturi i tempi per la sua riconduzione nell'ambito della giurisdizione ordinaria».

¹²⁷ Secondo A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giustizia amministrativa*, cit., 21, ci sarebbero «più che fondati sospetti sulla effettiva terzietà ed imparzialità dei giudici soprattutto del Consiglio di Stato»: ciò induce l'Autore a ritenere «a dir poco paradossale» l'attribuzione al giudice amministrativo del contenzioso su materie centrali nell'attuale evoluzione della nostra società, quali i pubblici servizi, gli appalti, l'edilizia ed urbanistica. Sul punto afferma A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, cit., 29, che, se si fa riferimento «al cumulo di funzioni consultive e giurisdizionali e alla disciplina degli incarichi extra-giudiziari, nonché all'organico coinvolgimento dei giudici nelle funzioni di governo, appare ancora lecita la domanda: risponde questo giudice ai requisiti minimi del principio di imparzialità?».

¹²⁸ Cfr. A.M. SANDULLI, *Problemi della giustizia amministrativa in Italia prima e dopo le leggi di riforma del 1971*, Relazione nel colloquio sul tema *Il controllo delle leggi e degli atti amministrativi in Italia e in Polonia*, promosso dall'Accademia dei Lincei in collaborazione con l'Università di Varsavia (Roma, 15-16 marzo 1972), Roma, Accademia dei Lincei, 1973, 143-63 e in A.M. SANDULLI, *Scritti giuridici*, V, Napoli, 1990, 611. Nello stesso anno di pubblicazione del saggio di Sandulli, venne anche emessa la sentenza della Corte costituzionale n. 177/1973, nella quale la Corte, con riferimento a un giudizio di costituzionalità riguardante le nomine politiche dei Consiglieri di Stato, indicava i criteri ai quali il Governo avrebbe dovuto attenersi: «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».

ticare la coesistenza delle due funzioni (di consulenza e di giurisdizione) esercitate dal Consiglio di Stato.

Si è affermato, più di recente, che il testo costituzionale conterrebbe una vistosa contraddizione¹²⁹ con riferimento, in modo speciale, alla giurisdizione amministrativa¹³⁰. Infatti, quest'ultima sarebbe configurata «come un vero e proprio corpo estraneo, quasi una escrescenza anomala rispetto al limpido asse centrale. Il dato più vistoso sta nel fatto che gli organi della giustizia amministrativa sono previsti non solo al di fuori del Titolo IV, ma in titoli concernenti il Governo e l'amministrazione: ed è tanto vistoso che si preferisce normalmente ignorarlo»¹³¹.

Tuttavia, secondo chi scrive, le argomentazioni relative alla sopraindicata coesistenza di funzioni possono essere superate in considerazione del fatto che tale coesistenza trova la sua fonte ai massimi livelli del nostro sistema normativo (artt. 100 e 103 Cost.¹³²): non può

¹²⁹ In questo senso A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, cit. 78, secondo cui tale contraddizione può essere negata solo da chi consapevolmente finge che il problema non sussista.

¹³⁰ A. POLICE, *La mitologia della "specialità" e i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, a cura di P.L. Portaluri, Napoli, 2016, 179, evidenzia come coloro che criticano l'indipendenza del Consiglio di Stato, partendo da un preteso «peccato originale» del giudice amministrativo, nato nell'amministrazione, arrivano a sostenere l'esistenza: di una «contiguità» del giudice amministrativo con le ragioni dell'interesse pubblico; di una «cedevolezza» verso le ragioni dell'interesse pubblico; di una commistione dei ruoli e delle funzioni giurisdizionali e consultive. Inoltre, P.G. LIGNANI, *Funzione consultiva e indipendenza*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, a cura di S. Cassese, Milano, 1997, 99, qualifica come «preconcetti» e «luoghi comuni» le considerazioni secondo le quali fra funzione consultiva ed indipendenza «vi sia una sorta di incompatibilità», con conseguente venir meno dell'indipendenza del Consiglio di Stato.

¹³¹ Così A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, cit., 8 s.

¹³² S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 92, afferma che «la Costituzione prevede espressamente che il Consiglio di Stato svolga al tempo stesso funzioni consultive e giurisdizionali, così come non pone un divieto assoluto, neppure per i magistrati ordinari per il conferimento di incarichi governativi».

essere senza rilievo la circostanza che la Costituzione repubblicana abbia recepito la tradizionale configurazione del Consiglio di Stato e ciò anche grazie al prestigio, all'imparzialità ed all'indipendenza di cui quest'organo ha dato ampia prova durante il critico periodo della dittatura fascista (v. *infra* par. 12). Conseguentemente, dovrebbe ritenersi sussistente, più che una situazione di incostituzionalità, una mera condizione di incoerenza della Costituzione¹³³.

Può, comunque, destare qualche perplessità la collocazione al vertice della giurisdizione amministrativa di un organo come il C.d.S. che è nel contempo giudice ed organo di consulenza¹³⁴ del Governo, a cui è avvinto da un evidente legame istituzionale¹³⁵. Tale situazione può impedire, di fatto, il pieno appagamento di quella fondamentale esigenza, fortemente sentita, secondo cui il giudice amministrativo deve non solo essere¹³⁶, ma anche apparire in-

¹³³ Cfr. M. MENGOZZI, *La riforma dell'art. 111 e il processo amministrativo*, in *G. Cost.*, 2004, 2507.

¹³⁴ E. FOLLIERI, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, in *giustamm.it*, 2016, 17 s., distingue tra la consulenza sull'attività amministrativa e quella sulla normazione: solo per la prima potrebbe sussistere una contraddizione «tra il consigliare e il giudicare, anche se, per la dottrina, il dato organizzativo e gli strumenti previsti per evitare che gli stessi soggetti si pronunzino sulla medesima questione, quali consulenti e quali giudici, garantiscono la separazione tra le due funzioni». In merito all'organizzazione lo stesso A. rileva come non siano più predeterminate per legge le sezioni che svolgono attività giurisdizionale e quelle che svolgono attività consultiva, arrivando ad affermare che non sia rilevante la distribuzione delle funzioni tra le sezioni, ma i membri che le svolgono e, quindi, la composizione delle sezioni. La composizione di queste ultime è determinata dal Presidente del Consiglio di Stato sulla base dei criteri fissati dal Consiglio di presidenza anche per consentire l'avvicendamento dei magistrati fra le sezioni consultive e le sezioni giurisdizionali. Questo comporta che i magistrati del Consiglio di Stato, anche se non contestualmente, ma a rotazione, svolgono sia le funzioni giurisdizionali che quelle consultive: ciò esclude – secondo l'A. – che l'organizzazione del Consiglio di Stato sia rilevante ai fini della separazione delle funzioni.

¹³⁵ S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato e pubblica amministrazione da una costituzione all'altra*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, a cura di S. Casseese, Milano, 1997, 58, opportunamente afferma che «la storia ci consegna, dunque, un organo che appare irto di ambivalenze».

¹³⁶ Pure V.E. ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, in *Digesto italiano*, VIII, pt. II, Torino, 1897-1902, 908 s., 927 s., riteneva “forzata ed inorganica” la presenza nel medesimo Consiglio di Stato della funzione consultiva e di quella giurisdizio-

dipendente¹³⁷. In effetti, le stesse esigenze di garanzie di indipendenza dei giudici ordinari si pongono pure per i giudici chiamati a difendere i cittadini nei confronti della p.a. Anzi, tali esigenze¹³⁸ – per la presenza della parte pubblica nel giudizio – assumono connotazioni ancora più intense in relazione ai magistrati amministrativi, i

nale, criticando non solo che non si fosse seguito l'esempio germanico di istituire un apposito Tribunale di giustizia amministrativa, ma anche che potesse esservi una doppia pronuncia della medesima istituzione sullo stesso oggetto, prima in sede consultiva e poi in sede giurisdizionale.

¹³⁷ L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni*, cit., 582, sottolinea la «compromissione dell'«immagine» di indipendenza dei consiglieri di Stato in ragione dei rapporti di frequentazione con gli apparati di Governo».

¹³⁸ Proprio le criticità indicate nel testo costituiscono gli argomenti principali addotti dall'orientamento favorevole all'unicità della giurisdizione. In particolare, afferma S. LARICCIA, *Indipendenza dei giudici amministrativi e unità giurisdizione*, cit., 9, che «la tendenza, sostenuta da una parte della dottrina, ad andare verso un giudice unico, caratterizzato dalla c.d. cultura della giurisdizione e in grado di unificare l'attività del giudice civile e quella del giudice amministrativo, è espressione di un principio che deve essere guardato con favore. E non vi è dubbio, a mio avviso, che, in una riforma, auspicabile anche se attualmente non facilmente prevedibile, delle disposizioni costituzionali in tema di giustizia amministrativa, debba considerarsi come un obiettivo degno di essere perseguito quello di un'unica magistratura, la quale eserciti tutta, se pure in forme diverse, la stessa attività giurisdizionale e sia organizzata nello stesso modo». In merito cfr. anche N. COLAIANNI, *Unità o divisione della giurisdizione?*, in *La Costituzione tra revisione e cambiamento*, a cura di S. Rodotà, U. Allegretti, M. Dogliani, Roma, 1998, 99 ss., spec. 101 ss., secondo cui i giudici amministrativi «appaiono troppo legati all'amministrazione per poter essere dotati di una terzietà istituzionale assoluta». Nello stesso senso A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, cit., 22; ID., *L'art. 113 Cost.*, cit., 184; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit.; S. LARICCIA, *Limiti costituzionali alla "discrezionalità" del legislatore ordinario nella disciplina della giustizia amministrativa*, in *Giur. cost.*, XLIX, 2004, 2220 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, cit.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005. Anche G. LAURICELLA, *Brevi considerazioni sulla giustizia amministrativa*, cit., 7, afferma: «è evidente che la riforma più radicale sarebbe l'unità della giurisdizione, con un'unica magistratura, magari distinta, all'interno, per funzioni o sulla base di sezioni specializzate, mantenendo quale fine essenziale la tutela di ogni soggetto privato contro gli atti lesivi emanati da soggetti che esercitano "pubblici poteri" (per usare un termine più ampio rispetto a "pubblica amministrazione")».

quali non di rado sono visti, anche per la loro origine storica, quasi come «il punto di incontro e di raccordo tra giurisdizione e amministrazione, quindi più d'ogni altro intrisi di neutralità e politicità»¹³⁹. In altri termini, la possibilità che l'attività di consulenza intervenga sulle stesse questioni di cui possa essere investito in sede giurisdizionale il Consiglio di Stato, determina tra quest'ultimo ed il potere esecutivo una collateralità «che fa ombra all'indipendenza del Consiglio di Stato»¹⁴⁰, in considerazione del fatto che in linea meramente ipotetica potrebbero venire a crearsi delle interferenze nel giudizio di legittimità svolto in sede giurisdizionale dal Consiglio di Stato¹⁴¹, relativamente ad atti del Governo precedentemente adottati in base al parere reso dallo stesso C.d.S. in sede consultiva¹⁴².

In ogni caso, se è vero che la coesistenza dei due tipi di funzione può determinare un'inconsueta forma di “coabitazione” tra giudice amministrativo e amministrazione-parte, con una possibile compressione del principio di imparzialità e terzietà sancito dall'art. 111 Cost., è altrettanto vero che – come detto – la sopraindicata coesistenza

¹³⁹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed., a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 2002.

¹⁴⁰ Così E. FOLLIERI, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, cit., 16, il quale sottolinea come nello stesso organo possano coincidere il consulente ed il giudice. Viene evidenziato da G. MELIS, *Il Consiglio di Stato nella storia di Italia*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, a cura di S. CASSESE, Milano, 1997, 19, che il C. di S. è, al tempo stesso, parte dell'amministrazione e giudice dell'amministrazione; consulente del Governo e tutore dei valori generali dell'ordinamento. Per gli opportuni approfondimenti cfr. A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato tra giurisdizione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 505 ss..

¹⁴¹ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”*, cit., 90-91, dubita che in tale contesto siano sufficienti gli istituti dell'astensione e della ricusazione: «può essere, infatti, assai difficile per le parti accertare se un componente del collegio di fronte a cui è instaurato il processo abbia partecipato a sedute di organi consultivi in cui si siano trattate questioni identiche o analoghe; mentre è evidente che l'impossibilità istituzionale di presenza nelle due sedi risolve in radice il problema».

¹⁴² Sottolinea G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, cit., fasc. n. 3, che «permangono tuttora, anche sul versante del giudice amministrativo, criticità da superare, soprattutto in ordine ad una parte del reclutamento dei magistrati e in ordine alla continuità con i centri del Potere esecutivo».

trova la sua fonte nelle stesse norme costituzionali (artt. 100 e 103), che hanno recepito la tradizionale configurazione del Consiglio di Stato¹⁴³.

A ciò deve aggiungersi che un'adeguata garanzia per l'indipendenza del Consiglio di Stato è certamente rappresentata dall'obbligo di astensione del giudice amministrativo¹⁴⁴ e dal potere di ricsuzione di cui gode la parte processuale¹⁴⁵.

Inoltre, anche in ambito europeo¹⁴⁶ ed internazionale la coesistenza della funzione giurisdizionale e di quella consultiva non determina dubbi sull'indipendenza dell'organo decidente, se di quest'ultimo si tutela l'imparzialità¹⁴⁷.

¹⁴³ E. FOLLIERI, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, cit., 21, sottolinea come la Costituzione confermi le funzioni di "consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione" del Consiglio di Stato, prevedendo che la legge garantisca l'indipendenza sia per l'attività di consulenza sia per la funzione giurisdizionale: conseguentemente «lo svolgimento di tutte e due le funzioni è conforme alla Costituzione. Anzi, per il fatto che la consulenza viene resa da un collegio composto di giudici, con la garanzia dell'immovibilità, intrasferibilità e stabilità, si attua il precetto costituzionale di assicurare l'indipendenza dei componenti di fronte al Governo».

¹⁴⁴ Cfr. art. 51, n. 4, c.p.c. richiamato dall'art. 17 c.p.a.

¹⁴⁵ Cfr. art. 52 c.p.c. richiamato dall'art. 18 c.p.a. In merito E. FOLLIERI, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, cit., 19, rileva come «l'astensione e la ricsuzione sono rimedi utili ed idonei ad impedire che uno stesso soggetto si pronunzi sulla medesima questione due volte nella veste, prima di consulente, e, poi, di giudice».

¹⁴⁶ Pure A. POLICE, *La mitologia della "specialità"*, cit., 181, si pone nello stesso senso, sulla base di «una prospettiva comparata alla luce della giurisprudenza delle Alte corti europee rispetto ad analoghe istituzioni di Paesi dell'Unione». In merito cfr. pure M.P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora?*, in *Astrid Rassegna*, 35, 2006 e S. MIRATE, *L'indipendenza e la imparzialità del giudice amministrativo. Un'analisi problematica tra diritto interno e giurisprudenza Cedu*, in A. SANDULLI e G. PIPERATA (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza ed imparzialità dei giudici*, Napoli, 2012, 78 ss.

¹⁴⁷ E. FOLLIERI, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, cit., 21 s., pone opportunamente in rilievo che, in alcuni Paesi europei, il Consiglio di Stato è l'organo supremo della giurisdizione amministrativa e svolge anche la funzione consultiva (Svezia, Norvegia, Finlandia, Polonia, Svizzera: cfr. sul punto E. PATRONI GRIFFI, *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale nell'esperienza comparata*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997,

A tutto ciò si aggiunga che, secondo chi scrive, un rilevante contributo al superamento dei sopraindicati problemi relativi alla coesistenza nel C.d.S. della funzione giurisdizionale e di quella consultiva è stata data dalla c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato¹⁴⁸: infatti, se – per effetto dei noti interventi del legislatore e dei vertici della magistratura sia ordinaria che amministrativa¹⁴⁹ – non vi è più dubbio che quella esercitata dal C.d.S. in sede di ricorso straordinario sia una funzione sostanzialmente giurisdizionale, è altrettanto indubitabile che il Consiglio di Stato sia organo unico e giurisdizionale¹⁵⁰, consolidandosi così la tesi, in passato autorevolmente sostenuta dal Santi Romano, dell'unità della funzione svolta dal C.d.S. sia in sede consultiva che giurisdizionale, funzione consistente sempre in un obiettivo ed imparziale sindacato di legittimità.

Profili di criticità¹⁵¹ potrebbero porsi pure in riferimento alle de-

107), in alcuni casi pure per la normazione primaria (Francia: cfr. E. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, 106); invece in altri Stati non sono attribuite funzioni consultive all'organo giurisdizionale di vertice (Inghilterra, Austria, Spagna, Germania e Portogallo: cfr. F. PATRONI GRIFFI, *op. ult. cit.*, 108). Anche nella Corte internazionale di giustizia dell'O.N.U. e nella Corte di Giustizia dell'Unione Europea coesistono giurisdizione e consulenza. L'A. arriva alla conclusione che «l'esercizio, da parte del Consiglio di Stato, delle funzioni consultive e giurisdizionali non incida sull'indipendenza dell'organo, se si fa un uso attento e rigoroso degli istituti dell'astensione e della recusazione».

¹⁴⁸ Più in generale cfr. M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 669 ss.

¹⁴⁹ Sul punto sia consentito di rinviare a P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino, 2014, 3 ss.; ID., *L'Assemblea Plenaria afferma la portata retroattiva dell'acquisizione – ad opera della l. n. 69/2009 e del cod. proc. amm. – della natura giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in questa *Rivista*, 2016, n. 2, 477 ss.

¹⁵⁰ Cfr. DE LISE, relazione tenuta al seminario *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra amministrazione e giurisdizione*, organizzato dall'Osservatorio sul codice del processo amministrativo, LUISS Guido Carli, Roma, il 6 giugno 2013.

¹⁵¹ Rileva E. PICOZZA, *Il «giusto» processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, 1071, che non deve essere sottovalutato il «preoccupante dato della dipendenza degli organi di giurisdizione amministrativa dal potere politico e in particolare dalla Presidenza del Consiglio».

signazioni “politiche” relative ad una parte dei membri del Consiglio di Stato¹⁵².

Tali profili di criticità non solo attengono al fatto che ancora oggi parte dei Consiglieri di Stato non accede al ruolo per concorso, ma riguardano anche l’attribuzione di incarichi extragiudiziari ai titolari delle funzioni giudicanti, con la conseguente creazione di possibile conflittualità di interessi: «in linea di fatto, molti magistrati amministrativi rivestono contemporaneamente la toga del giudice, quella del legislatore e quella del *grand commis d’Etat*, se non addirittura quella del Ministro»¹⁵³.

Proprio per questi motivi, la Commissione Bicamerale si orientò, come è noto, nel senso di trasformare il Consiglio di Stato in un organo unicamente di consulenza del Governo e di affidare il giudizio amministrativo d’appello ad un nuovo organo giurisdizionale (la Corte di giustizia amministrativa), svincolato da qualsiasi legame con il Governo, estendendo ai giudici amministrativi le stesse garanzie di indipendenza previste per i giudici ordinari¹⁵⁴.

¹⁵² Sostiene G. LAURICELLA, *Brevi considerazioni*, cit., 4, che nell’ambito del nostro sistema di giustizia amministrativa «mentre i Tribunali amministrativi regionali, per *status*, criteri di selezione e autonomia di giudizio, assicurano un elevato grado di indipendenza, lo stesso non può dirsi – certo, sul piano oggettivo – per il Consiglio di Stato, almeno fino a quando le designazioni “politiche” riguarderanno anche la funzione giurisdizionale».

¹⁵³ In questi termini F. VOLPE, *Sulle ipotesi di riforma del sistema di giustizia amministrativa*, cit., 9, il quale evidenzia anche come i giudici amministrativi, quali che siano le forze politiche al Governo, si alternano nei più alti uffici ministeriali e al vertice delle Autorità indipendenti e spesso vengono incaricati della redazione dei disegni di legge presentati – poi – dal Governo alle Camere, con una pericolosa compromissione del principio della divisione dei poteri, che è alla base della stessa scienza moderna del diritto amministrativo. Lo stesso Autore rileva anche una inclinazione del giudice amministrativo a vedere con miglior favore le sorti dell’amministrazione resistente nel giudizio, come, ad esempio, succede nei casi in cui il giudice amministrativo valorizza questioni di rito laddove forse potrebbero non essere colte.

¹⁵⁴ Bisogna ricordare l’orientamento dottrinale (Pannunzio) che, invece, propendeva per il mantenimento del Consiglio di Stato quale solo giudice di secondo grado, affidando la funzione di consulenza giuridico-amministrativa a organi diversi (come, per esempio, l’Avvocatura Generale dello Stato). Secondo G. LAURICELLA, *Brevi osservazioni*, cit., 6, l’eventualità che la sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato

Ulteriore profilo di criticità è stato indicato nelle carenze dell'attuale sistema di giustizia amministrativa derivanti non dal modo con cui le norme sono costruite, ma dal modo con cui esse sono applicate. Si tratterebbe di un problema più di persone che di regole, la cui «unica soluzione» sarebbe quella «di cambiare radicalmente il sistema stesso e di abolire il giudice amministrativo»¹⁵⁵.

10. – Nonostante l'inequivocabile opzione del nostro Costituente per il modello dualistico incentrato sulla necessaria presenza anche di giudici amministrativi indipendenti, le uniche norme costituzionali che riguardano espressamente la tutela dell'indipendenza di questi ultimi¹⁵⁶ sono gli artt. 100, comma 3, e 108, comma 2, i quali si limitano a rinviare al legislatore ordinario il compito di assicurare l'indipendenza di Consiglio di Stato e Corte dei Conti e, più in generale, delle giurisdizioni speciali¹⁵⁷.

In effetti, l'Assemblea Costituente¹⁵⁸, superata la proposta favore-

possa adeguarsi, comunque, al contenuto di un parere reso su un atto governativo dalla sezione consultiva dello stesso organo, è in contrasto con l'esigenza dell'imparzialità del giudice, quale principio fondamentale e generale.

¹⁵⁵ Testualmente G. VOLPE, *Sulle ipotesi di riforma del sistema di giustizia amministrativa*, cit., 15, secondo cui, inoltre, il grado di soddisfazione reso dall'attuale sistema di giustizia amministrativa ormai è «talmente basso che, difficilmente, una soluzione diversa potrà essere troppo peggiore di quella esistente». Secondo lo stesso Autore l'introduzione del giudice unico contribuirebbe a risolvere molti problemi, come quelli che ruotano attorno al riparto di giurisdizione e quelli che hanno determinato le annose dispute sulla figura dell'interesse legittimo, prerogativa unica dell'ordinamento italiano. Inoltre, la riconduzione delle controversie davanti ad un unico apparato consentirebbe di godere di un giudice della nomofilachia parimenti unico, con benefici in termini di una maggiore certezza del diritto (*op. cit.*, 16).

¹⁵⁶ Cfr. S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 66, rileva che la disciplina costituzionale «presenta una innegabile ambivalenza di fondo».

¹⁵⁷ Il terzo comma dell'art. 100 Cost. rinvia, infatti, alla legge affinché questa «assicuri l'indipendenza» del Consiglio di Stato e della Corte dei conti «di fronte al Governo». L'art. 108, comma 2, Cost., statuisce che «la legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali».

¹⁵⁸ Sul dibattito in sede di Assemblea Costituente cfr. G. SILVESTRI, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione*, in *Scritti in onore di M.S. Gianni*, Milano, 1988, 716 ss.

vole al ritorno della giurisdizione unica, non si soffermò, tranne qualche timido tentativo¹⁵⁹, sulle specifiche garanzie di indipendenza dei giudici amministrativi. Ciò potrebbe indurre a pensare che il rinvio contenuto nell'art. 108, comma 2, Cost. legittimi per tali giudici forme di garanzie non solo diverse, ma anche minori, rispetto a quelle espressamente previste in Costituzione per i magistrati in genere. Invece, l'espressa formulazione del principio del giusto processo nell'ambito dell'art. 111 Cost. comporta – in relazione al sopraindicato rinvio – una limitazione della discrezionalità del legislatore ordinario nel disciplinare i giudici speciali, nel senso della estensione a questi ultimi non solo delle garanzie di terzietà e imparzialità¹⁶⁰, ma anche di altre disposizioni contenute nel Titolo IV.

Sulla base del citato rinvio fatto – relativamente alle garanzie di indipendenza – dalla Costituzione al legislatore ordinario, quest'ultimo soprattutto di recente è intervenuto in diversi ambiti per rimuovere alcuni aspetti critici della problematica in esame¹⁶¹.

In tale ambito si colloca la l. n. 190/2012 (come modificata dal d. l. n. 90/2014), che, per porre fine ad un'incresciosa prassi, ha disposto per diverse ipotesi il collocamento fuori ruolo obbligatorio ed

¹⁵⁹ In sede di Assemblea Costituente, Bozzi propose che i Consiglieri di Stato fossero scelti dal Parlamento tra categorie professionalmente e culturalmente individuate per la legge. Tale proposta, tuttavia, non fu accolta dall'Assemblea proprio poiché essa avrebbe rischiato di minare la neutralità e l'indipendenza del giudice amministrativo: cfr. Bozzi, Seconda Sezione della seconda Sottocommissione, 8 gennaio 1947, 84. Tutte le successive citazioni dei lavori preparatori sono reperibili negli *Atti Parlamentari dell'Assemblea Costituente*, Tipografia della Camera dei Deputati, Roma, 1948 ed anche in www.camera.it.

¹⁶⁰ In merito alle nozioni di indipendenza, terzietà e imparzialità del giudice amministrativo si rinvia E. FOLLIERI, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, cit., 13 ss. Tale A. opportunamente sottolinea, in particolare, che l'indipendenza riguarda l'istituzione ed i giudici sul piano generale e astratto, mentre la terzietà e l'imparzialità si misurano nel concreto della specifica controversia: conseguentemente l'accesso alla magistratura, la progressione di carriera, le questioni attinenti allo *status* di magistrato, i trasferimenti, le incompatibilità, il procedimento disciplinare, la non interferenza degli altri poteri dello Stato, lo svolgimento non in via esclusiva delle funzioni giurisdizionali e così via riguardano concettualmente l'indipendenza, anche se tutti questi elementi concorrono all'imparzialità del giudice.

¹⁶¹ Cfr. G. SCARSELLI, *La terzietà e l'indipendenza dei giudici*, in *Foro it.*, 2001, III, 269 ss.

ha introdotto un limite massimo decennale al periodo di tale collocamento fuori ruolo¹⁶²: si tratta di un'obbligatorietà prevista per tutti gli incarichi presso istituzioni, organi ed enti pubblici, nazionali ed internazionali attribuiti "in posizioni apicali o semiapicali", compresi quelli di titolarità dell'ufficio di gabinetto¹⁶³.

Lo stesso il legislatore – con i limiti previsti dalla l. n. 190/2012 e dal d.l. n. 90/2014, convertito nella l. n. 114/2014 – ha predisposto una disciplina molto rigorosa relativamente agli incarichi extragiudi-

¹⁶² Secondo E. FOLLIERI, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, cit., 33, sono «scarsamente significative» le disposizioni relative al collocamento fuori ruolo obbligatorio ed al limite massimo decennale di tale collocamento fuori ruolo, in quanto «il punto centrale è la scelta del magistrato che condiziona, sul piano istituzionale e normativo, l'indipendenza e la mortifica anche sul piano dell'immagine». Per evitare ogni possibile condizionamento l'A. propone che sia il Consiglio di presidenza per la giustizia amministrativa a designare – sulla base dei criteri dettati dall'art. 13 l. n. 186/1982 – il magistrato cui conferire l'incarico extragiudiziario, eliminando così il potere di scelta da parte del Governo e delle altre autorità amministrative. Ciò consentirebbe di raggiungere un duplice obiettivo: «si andrebbe non solo ad incidere sul senso di gratitudine dell'incaricato verso l'amministrazione e sul condizionamento determinato dall'opportunità di "ingraziarsi" l'amministrazione stessa, ma anche sullo svolgimento delle funzioni di amministrazione attiva che risentirebbero favorevolmente della indifferenza del prescelto verso chi gli ha conferito l'incarico». Questa scelta può costituire un utile schermo a tutela dell'indipendenza del Consiglio di Stato, anche se in questo modo – ad avviso dell'A. – non si arriva a scongiurare del tutto ogni condizionamento.

¹⁶³ Pertanto, il C.p.g.a. (Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa) – con la delibera del 10 maggio 2013, intitolata "*Criteri generali sul collocamento fuori ruolo*" – ha dato attuazione al nuovo impianto legislativo, scaturito dalla l. n. 190/2012. Per effetto, poi, dell'art. 8 del d.l. n. 90/2014, che ha modificato l'art. 1, comma 66, della l. n. 190/2012, si è stabilito che tra gli incarichi per cui vige il limite dei dieci anni e l'obbligo del collocamento in fuori ruolo sono compresi quelli comunque denominati, negli uffici di diretta collaborazione, ivi inclusi quelli di consulente giuridico, nonché quelli di componente degli organismi di valutazione. In questo modo si è cercato di superare l'ambiguità della previgente formula, che si riferiva agli incarichi che comportano "titolarità dell'ufficio di gabinetto". Col succitato art. 8 del d.l. n. 90/2014 è stata prevista anche l'esclusione, per gli stessi incarichi, del ricorso all'aspettativa, limitando – così – ulteriormente la possibilità di elusione del limite decennale per il collocamento in fuori ruolo. Inoltre, il medesimo art. 8 ha introdotto l'obbligo di pubblicare sui siti istituzionali i dati sulla produttività dei magistrati in servizio, nonché i periodi di assenza per lo svolgimento degli incarichi extragiudiziari.

ziari: questi, infatti, sono in grado di condizionare profondamente l'immagine di indipendenza e imparzialità del giudice. L'obiettivo di tale disciplina è quello di impedire la costruzione di vere e proprie carriere parallele, che, oltre a porre problemi in termini di immagine di indipendenza¹⁶⁴ dei magistrati amministrativi, possono pure nuocere alla funzionalità dell'amministrazione giudiziaria¹⁶⁵. In particolare, con l'art. 1, comma 18, della l. n. 190/2012 è stata vietata l'assunzione di incarichi arbitrari, soprattutto in considerazione dei non pochi problemi¹⁶⁶ creati da questi ultimi, come – ad esempio – quello relativo all'elevato ammontare del compenso¹⁶⁷.

In dottrina è stata ridimensionata la rilevanza degli incarichi extragiudiziari in considerazione della presenza non solo di «precise regole deontologiche per l'esercizio della funzione giurisdizionale»¹⁶⁸,

¹⁶⁴ La Corte costituzionale, con sentenza n. 131/1996, ha stabilito che le incompatibilità dei giudici causate da ragioni interne allo svolgimento del processo «sono finalizzate ad evitare che condizionamenti, o apparenze di condizionamenti, derivati da precedenti valutazioni cui il giudice sia stato chiamato nell'ambito del medesimo procedimento, possano pregiudicare o far apparire pregiudicata l'attività di "giudizio"»: in tal senso anche la sentenza n. 387/1999 della stessa Corte costituzionale.

¹⁶⁵ Era stato già da tempo sollecitato dalla Corte costituzionale un contenimento di tali incarichi, invitando, con la sentenza n. 177/1973, a procedere ad un «sostanziale contenimento degli incarichi speciali». Anche con la sentenza n. 224/1999 la Consulta ribadì che per i magistrati, l'assunzione di compiti e lo svolgimento di attività estranee a quelle proprie dell'ufficio ad essi affidato, pur se non presuppongono una sospensione o una riduzione delle funzioni ordinarie del magistrato, sono «fattori suscettibili, in astratto, di incidere sulla loro indipendenza ed imparzialità, connotato e condizione essenziale per l'esercizio della funzione loro attribuita: sia in quanto può esservi una interferenza diretta fra compiti propri e ulteriori attività svolte, sia in quanto l'attribuzione stessa, o la possibilità di attribuzione, dell'incarico, per la sua natura e per i vantaggi che possono derivarne, può tradursi in un indiretto condizionamento del magistrato».

¹⁶⁶ Secondo A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione unica?*, cit., 27-28, è necessario «l'abbandono o la privazione dei veri e propri privilegi di cui sono ancora muniti i consiglieri di Stato».

¹⁶⁷ Questo comportava una disparità verso i magistrati che non praticavano gli arbitrati, con la conseguente necessità della costituzione di un fondo di perequazione.

¹⁶⁸ Cfr. A. POLICE, *La mitologia delle "specialità"*, cit., 186, il quale evidenzia anche che la contiguità con il potere politico «pare oggi grandemente attenuata, se

ma anche di un «controllo di istituzioni di garanzia, come accade anche per la magistratura ordinaria»¹⁶⁹.

È stato, tuttavia, sostenuto che gli incarichi in esame «non vengono conferiti con estrazione a sorte, ma in base alla conoscenza e al rapporto di fiducia tra chi ricopre una carica pubblica nel Governo o in altre Autorità e chi viene chiamato a svolgere l'incarico»¹⁷⁰: ciò può indurre il prescelto ad avere un orientamento – durante lo svolgimento dell'attività extragiudiziaria e anche dopo, per possibili suc-

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)». Nello stesso senso G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., 44, il quale definisce «periferica» la rilevanza degli incarichi in esame: sarebbe sproporzionato che l'esistenza del C.d.S. dipendesse da una vicenda «periferica» come quella degli incarichi esterni.

¹⁶⁹ Così A. POLICE, *op. cit.*, 186 ss. Secondo G. MONTEDORO, in *Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015*, cit., 166, lo *status* dei giudici ordinari ed amministrativi «è identico anche quanto agli incarichi, perché la legge Severino vale per tutti, giudici ordinari e giudici amministrativi, sicché oggi non sono gli incarichi a costituire un problema. Piuttosto occorre rilevare che i giudici ordinari hanno un problema di rapporto con la politica secondo me molto meno governato». L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazione brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 566, nota n. 21, sottolinea che il problema non consiste solo nell'incarico in sé e per sé, ma nella «collateralità tra il giudice amministrativo e la pubblica amministrazione, dal momento che il giudice amministrativo è il giudice delle controversie con la pubblica amministrazione». Nella stesso senso cfr. M. PROTTO, *Le garanzie di indipendenza e imparzialità del giudice nel processo amministrativo* in G. PIPERATA, A. SANDULLI (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni: indipendenza e imparzialità dei giudici*, Napoli, 2012, 99.

¹⁷⁰ In questi termini E. FOLLIERI, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, cit., 32, secondo cui nel caso in esame sussiste un legame che non si scioglie con lo *status* di magistrato, il quale mette a riparo dall'amovibilità, dal trasferimento e dalla instabilità, ma non consente di ottenere gli incarichi extragiudiziari: per questi ultimi è necessario mantenere e rinsaldare il rapporto di fiducia con coloro che esercitano il potere politico e amministrativo. Si tratta, secondo l'A. di un vincolo che condiziona il magistrato, vincolo non superabile nemmeno dall'intervento del Consiglio di presidenza per la giustizia amministrativa, il quale è chiamato a deliberare sul conferimento ai magistrati stessi di incarichi estranei alle loro funzioni, al fine di assicurare un'equa ripartizione degli incarichi e dei relativi compensi.

cessivi incarichi – diretto a coltivare il rapporto di fiducia con chi lo ha nominato.

Anche gli incarichi di insegnamento possono incidere negativamente sull'indipendenza, soprattutto nei casi in cui il magistrato faccia parte delle commissioni di concorso per la cui preparazione ha svolto l'attività di insegnamento. A ciò potrebbe porsi rimedio con una disciplina analoga a quella relativa al C.S.M. In merito è utile ricordare che le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 27493 del 10 dicembre 2013, hanno previsto per gli incarichi di insegnamento ai magistrati ordinari l'autorizzazione di cui all'art. 16 dell'ordinamento giudiziario, essendo quest'ultima norma speciale rispetto all'art. 53, comma 6, lett. *f bis*, d.lgs. n. 165/2001, che riguarda in generale il pubblico impiego. In particolare, secondo la Cassazione, l'esistenza di una norma che in via generale ed astratta preveda per i dipendenti pubblici la possibilità di svolgere incarichi, non esclude la potestà autorizzatoria del C.S.M., spettando in ogni caso all'organo di autogoverno verificare che nel caso concreto non sussistano ragioni, connesse al prestigio della magistratura ovvero alla funzionalità del singolo ufficio giudiziario, che si oppongano al conferimento dell'incarico di insegnamento. Tale principio può fondatamente ritenersi applicabile anche ai magistrati amministrativi.

Di particolare rilievo, poi, è il fatto che già da tempo il legislatore, pur mancando nel secondo comma dell'art. 108 Cost. una specifica indicazione, ha istituito, come è noto, l'organo di autogoverno dei magistrati amministrativi (il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa), sul modello di autonomia previsto per i giudici ordinari: in questo modo sono stati risolti buona parte dei principali aspetti di criticità afferenti all'indipendenza, in passato rilevati nell'ambito in esame¹⁷¹.

¹⁷¹ V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in www.astrid.eu, 2009, 22, reputa superati i problemi di indipendenza, per effetto della l. n. 186/1982, che tra le altre cose ha previsto l'istituzione di un organo di "autogoverno" sulla falsariga del C.S.M. Inoltre, sottolinea S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 67, come la Corte costituzionale e il legislatore abbiano esteso ai giudici amministrativi le più importanti garanzie di indipendenza previste dalla Costituzione per i giudici ordinari.

In precedenza si è fatto cenno alle considerazioni per le quali, ad avviso di chi scrive, non possono comportare irreversibili effetti negativi sull'indipendenza del Consiglio di Stato la coesistenza in quest'ultimo delle funzioni consultive e giurisdizionali.

Per quanto riguarda, poi, lo specifico aspetto relativo alla nomina governativa di parte dei Consiglieri di Stato, un ruolo di assoluta centralità deve essere attribuito al fatto che la previsione di nomina ha superato positivamente il vaglio della Corte costituzionale¹⁷², la quale ha chiarito, con la sentenza n. 177/1973, che strumenti necessari per assicurare l'indipendenza del magistrato speciale sono l'idoneità a ricoprire l'ufficio e il conseguimento di uno *status*, sottolineando l'importanza di attingere da categorie di soggetti con elevate qualifiche professionali per ovviare all'assenza del concorso¹⁷³ e per ritenere adeguato il sistema di reclutamento in esame, su cui in dottrina è stata data una complessiva valutazione «soddisfacente»¹⁷⁴.

A ciò deve aggiungersi che con la sentenza n. 7/1980 la Consulta ha sottolineato come l'ordinamento vigente non contempra una «piena uniformità» tra giudice ordinario e giudice speciale. In particolare, per quanto riguarda le nomine governative di parte dei Consiglieri della Corte dei Conti, la Consulta con la sentenza n. 1/1967 ha ritenuto rilevante per assicurare l'indipendenza il fatto che, dopo l'atto di nomina, i rapporti col Governo vengano recisi, escludendo che la nomina per concorso prevista dal primo comma dell'art. 106 Cost. sia «di per sé una norma di garanzia d'indipendenza del titolare di un ufficio, sebbene d'idoneità a ricoprire l'ufficio». In altri termini, è stato

¹⁷² Per quanto riguarda il percorso compiuto dalla Corte costituzionale per ricondurre anche il giudice amministrativo entro un quadro comune di garanzie di indipendenza della funzione giurisdizionale, cfr. S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 69 ss.

¹⁷³ S. BATTINI, *op. ult. cit.*, 72, afferma che il concorso debba considerarsi un principio costituzionale comune sull'indipendenza del magistrato: la giurisprudenza costituzionale, almeno a partire dal 1990, ha chiarito che «il concorso pubblico non serve solo a fini di buon andamento, ma è anche garanzia di imparzialità dell'amministrazione: esso assicura che la selezione dei funzionari, e quindi il loro successivo operato, non sia influenzata da criteri di appartenenza politica».

¹⁷⁴ S. CASSESE, *Consiglio di Stato e pubblica amministrazione da una Costituzione all'altra*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., 58.

affermato il principio secondo cui – nell’ambito in esame – l’indipendenza scaturisce dalle modalità di esercizio della funzione giurisdizionale: ciò ha anche consentito al Giudice delle leggi (con le sentenze n. 25/1976 e n. 316/2004) di salvare le norme regolanti la designazione “politica” (da parte del Presidente della Regione) di alcuni membri del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana. Insomma, l’inamovibilità – espressamente prevista per i soli giudici ordinari – è stata inclusa anche tra le garanzie minime di indipendenza dei giudici speciali (cfr. sentenze n. 103/1964 e n. 1/1978): dopo la nomina i consiglieri «acquistano comunque lo *status* di magistrato, con tutte le garanzie di stabilità, inamovibilità, intrasferibilità»¹⁷⁵.

È stato sottolineato come tale orientamento, che ha la sua origine nella succitata sentenza n. 177/1973 della Consulta e che non è stato smentito dalle successive pronunce di quest’ultima, sia caratterizzato da un «approccio di tipo non formalista ma attento alla sostanza delle cose, secondo una lettura delle norme costituzionalmente orientata»¹⁷⁶.

Si è anche evidenziato come il concorso non sia l’unico modo per garantire l’imparzialità o la terzietà, in quanto lo stesso risultato potrebbe essere raggiunto anche con una scelta governativa fatta sulla base di criteri di eccellenza, dal momento che, a tal fine, rileva il regime giuridico della carica. In altri termini, la nomina sino al collocamento a riposo di soggetti particolarmente qualificati – diversamente dalla nomina a tempo determinato (con possibilità di conferma o rinnovo) – sarebbe uno strumento efficace per escludere un possibile condizionamento tra l’organo che nomina e il soggetto prescelto sulla base di criteri di comprovata professionalità¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Così F.G. SCOCA, *Caratteri generali del processo amministrativo*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 164.

¹⁷⁶ In questi termini A. POLICE, *La mitologia della “specialità” e i problemi reali della giustizia amministrativa* in *Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015*, cit., 192.

¹⁷⁷ Cfr. G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell’ordinamento costituzionale e amministrativo*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., 44, secondo cui dalla storia istituzionale si evince come il fine indicato nel testo sia provato nel caso di nomina a vita – come per i giudici della Corte Suprema Americana – di nomina a tempo, ma con divieto di conferma o rinnovo, o di nomina sino al collocamento a riposo.

Del resto, l'art. 19 della l. n. 186/1982¹⁷⁸ prevede che la nomina governativa dei Consiglieri di Stato debba riguardare professori universitari ordinari di materie giuridiche o avvocati che abbiano almeno quindici anni di esercizio professionale e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori, o dirigenti generali od equiparati dei Ministeri, degli organi costituzionali e delle altre amministrazioni pubbliche nonché magistrati con qualifica non inferiore a quella di magistrato di Corte d'appello o equiparata¹⁷⁹. Inoltre, di non poco momento – nel contesto in esame – è la previsione dell'art. 19 cit., che impone la previa acquisizione del parere del C.p.g.a. (Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa), adottato a maggioranza assoluta, contenente valutazioni di piena idoneità all'esercizio delle funzioni di Consigliere di Stato, sulla base dell'attività e degli studi giuridico-amministrativi compiuti e delle doti attitudinali e di carattere¹⁸⁰.

Ulteriori aspetti di criticità sotto il profilo dell'indipendenza si pongono in relazione alla posizione del Presidente del C.d.S.: sono stati sollevati dubbi sul fatto che quest'ultimo sia di diritto preposto anche al Consiglio di presidenza¹⁸¹, arrivando a sostenere che il primo

¹⁷⁸ Cfr. S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 68 ss.

¹⁷⁹ S. BATTINI, *op. ult. cit.*, 73, ritiene che «la prossima e forse conclusiva tappa del descritto percorso legislativo e giurisprudenziale verso la confluenza del giudice amministrativo e del giudice ordinario in un comune regime di garanzie di indipendenza: l'abrogazione – o la dichiarazione di illegittimità costituzionale – dell'art. 19, comma 1, n. 2, della legge n. 186 del 1982, che prevede la nomina governativa di un quarto dei consiglieri di Stato».

¹⁸⁰ In merito cfr. S. DE NARDI, *L'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità dei Consiglieri di Stato: profili (costituzionalmente) problematici*, in P. BONETTI, A. CASATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino, 2012 (ebook), 635 ss.

¹⁸¹ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, cit., 81, esclude che anche su questo punto sia praticabile un puntuale parallelismo con il C.S.M. «perché neppure il legislatore ordinario potrebbe attribuire al Presidente della Repubblica la corrispondente carica nell'organo di autogoverno della magistratura amministrativa: se però una soluzione "neutro" al più alto livello costituzionale non è praticabile, ciò non vale a legittimare un intervento (indiretto ma automatico) del Governo. Già è dubbio infatti che sia conforme al

dovrebbe, da un lato, essere autonomamente designato dal Consiglio di presidenza, dall'altro lato, far parte di quest'ultimo, in armonia con l'art. 104, comma 3, Cost., senza però presiederlo di diritto.

Dubbi ancora più marcati sono di recente emersi anche in ordine alla nomina "governativa" del Presidente del Consiglio di Stato. Bisogna precisare che in merito si era instaurata una prassi per cui il C.p.g.a indicava un solo nominativo che di fatto veniva ratificato dal Governo. Questa prassi è stata superata con la seduta del 23 dicembre 2015 del Consiglio dei Ministri, che ha deliberato in ordine alla nomina del Presidente del Consiglio di Stato sulla base di una cinquina di nomi che il Governo aveva chiesto al Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa¹⁸². Se da un lato non c'è davvero nulla da eccepire sull'indubbio valore della persona scelta da Palazzo Chigi, dall'altro lato, invece, sorgono perplessità per la nuova modalità utilizzata. Infatti, con l'abbandono di una prassi consolidata da anni¹⁸³ possono crearsi zone d'ombra sull'imprescindibile prerogativa dell'indipendenza della magistratura amministrativa, in quanto proprio il procedimento di nomina in esame costituisce elemento preponderante per la tutela della citata prerogativa, richiamata espressamente negli artt. 100, comma 3, e 108, comma 2, della Costituzione:

principio di indipendenza la nomina del presidente del Consiglio di Stato: ma che questo comporti la presidenza dell'organo di autogoverno appare come una intrinseca contraddizione; né il (semplice) parere del Consiglio di presidenza può attenuare questo contrasto.

¹⁸² E. FOLLIERI, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, cit., 37, sottolinea come alla richiesta del Governo il Consiglio di presidenza per la giustizia amministrativa non abbia sollevato alcuna obiezione, fornendo la lista richiesta sulla base della quale il Governo ha effettuato la sua scelta. Lo stesso A. rileva opportunamente come l'indicazione di una cinquina di nomi possa avere delle rilevanti ripercussioni. Infatti, atteso l'esiguo numero di Presidenti di sezione del Consiglio di Stato, quest'ultimi, quando si troveranno a giudicare atti del potere esecutivo «non possono dare, almeno all'apparenza e come immagine, l'assicurazione della loro imparzialità e terzietà, collegati all'indipendenza, per la comprensibile aspirazione a ricoprire la carica di Presidente del Consiglio di Stato, la cui nomina, rimessa al Governo, potrebbe avvenire solo se graditi al potere». Il possibile condizionamento dei Presidenti di sezione non è un aspetto trascurabile, anche in considerazione dell'influenza che esercitano sia nel merito che in sede cautelare per la loro autorevolezza.

¹⁸³ Dall'entrata in vigore della l. 27 aprile 1982, n. 186.

il superamento della natura unipersonale dell'indicazione proveniente dal C.p.g.a. può determinare uno sbilanciamento dei delicati equilibri tra esecutivo e giurisdizione amministrativa.

Un ruolo importante ai fini del mantenimento di tale equilibrio deve, pertanto, essere attribuito alla natura vincolante all'indicazione uninominale del Consiglio di presidenza, riconoscendo di fatto a quest'ultimo il potere di nomina del Presidente del Consiglio di Stato¹⁸⁴. In tale contesto la richiesta non di un solo nominativo ma di una pluralità di candidati tra cui scegliere il Presidente del C.d.S. porterebbe a collocare in capo al Consiglio dei Ministri il potere di nomina in questione, con possibili dubbi di legittimità costituzionale¹⁸⁵.

¹⁸⁴ E. DE FRANCISCO, H. SIMONETTI, *La nomina del Presidente del Consiglio di Stato: quello che noi credevamo*, in *giustamm.it*, n. 12/2016, 2, affermano che «per il futuro rimane fortissima l'esigenza di approfondire nuovamente... il problema rappresentato dal potere di scelta del presidente del Consiglio di Stato, che l'art. 22 della legge 186 del 1982 attribuisce testualmente al solo governo... nonché l'ineludibile necessità di ritornare immediatamente a un'applicazione costituzionalmente orientata della norma... all'insegna di un potere di nomina quantomeno duale, ovvero concordato con l'Organo di autogoverno della magistratura amministrativa: il cui parere dovrebbe tornare a essere considerato, d'ora in avanti, non solo obbligatorio, ma anche vincolante per il governo». In merito cfr. anche R. CHIEPPA, M. BRANCA, *La nomina del Presidente del Consiglio di Stato tra prassi e innovazione*, in *Giur. cost.*, n. 1/2016, 447 ss.

¹⁸⁵ E. FOLLIERI, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, cit., 38 ss., sottolinea opportunamente che vi è stata una pesante "invasione di campo" del Governo nei confronti del Consiglio di Stato, infrangendo così una prassi garantista dell'indipendenza del giudice. Lo stesso A. sottolinea anche che la giurisdizione amministrativa «è sotto attacco da parte del potere politico che pare quasi aver preparato la strada allo strappo istituzionale che è intervenuto con la nomina del Presidente del Consiglio di Stato». Ciò ha avuto inizio con l'articolo ("Abolire TAR e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia") che Romano Prodi l'11 agosto 2013 ha pubblicato su tre testate giornalistiche nazionali. Nella stessa direzione si è posto anche il Presidente attuale del Consiglio dei Ministri, Matteo Renzi, il quale in più occasioni si è lamentato del fatto che i TAR decidano su tutto, bloccando lo sviluppo dell'economia nazionale e, addirittura, asserendo che l'abolizione dei giudici amministrativi, con l'unificazione delle giurisdizioni, potrebbe comportare il recupero di due punti di PIL: cfr. Servizio pubblico, *La7*, 8 novembre 2013; *Matteo Renzi alla guerra dei TAR* in www.formiche.net 22 aprile 2014. L'A. conclude sottolineando come il succitato atto abbia di fatto intimorito il giudice amministrativo, che ha accettato «supinamente» il duro colpo inferto all'indipendenza del Consiglio di Stato.

A ciò deve aggiungersi l'ulteriore elemento di dissonanza dato dalla difficoltà di trovare una giustificazione alla difformità tra il procedimento di nomina del Presidente della Corte di Cassazione e quello del Presidente del Consiglio di Stato: quest'ultimo procedimento, infatti, era stato costruito sulla falsariga del primo, proprio in considerazione della sopraindicata necessità di garanzia di indipendenza, comune ai due procedimenti¹⁸⁶.

Un contributo al superamento dei sopraindicati profili di criticità, anche per evitare i succitati dubbi di legittimità costituzionale, potrebbe venire da un auspicabile intervento legislativo che consenta il ritorno alla prassi precedente, analogamente a quanto si è verificato per la procedura di nomina del Presidente della Corte dei conti. Pure in relazione a tale ultima procedura, il Governo in passato ritenne di superare una consolidata prassi contraria, introducendo la possibilità di nominare al vertice della magistratura contabile un giudice estraneo a tale magistratura. A tale situazione ha posto rimedio la l. 21 luglio 2000 n. 202, che ha reintrodotta il criterio in base al quale solo un magistrato appartenente al ruolo della Corte dei conti può essere nominato Presidente di quest'ultima.

Ulteriore auspicio è che diventi elettiva la nomina del Presidente del C.p.g.a., evitando l'attribuzione di tale carica a chi ricopre il ruolo di Presidente del C.d.S. analogamente a quanto previsto dal corrispondente organo di autogoverno del giudice ordinario: ciò anche in considerazione del fatto che compete al Presidente del Consiglio di Stato, all'inizio di ogni anno, determinare la composizione delle sezioni sulla base dei criteri fissati dal Consiglio di presidenza per consentire l'avvicinamento dei magistrati fra le sezioni consultive e le sezioni giurisdizionali.

Sarebbe pure auspicabile che la nomina del Presidente del C.d.S. ed il potere di individuazione dei magistrati a cui conferire incarichi extragiudiziari venissero attribuiti in via esclusiva al Consiglio di presidenza¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Del resto, non può revocarsi in dubbio che tanto al giudice ordinario quanto a quello amministrativo fa capo la funzione giurisdizionale.

¹⁸⁷ Cfr. E. FOLLIERI, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, cit. 40, secondo cui, considerando che non è ancora intervenuto il generale riordino dell'ordina-

Le considerazioni in precedenza accennate fanno emergere l'esistenza di inequivocabili "zone d'ombra", che, tuttavia, ad avviso di chi scrive, non arrivano ad avere una rilevanza tale da escludere l'indipendenza del Consiglio di Stato. Sotto quest'ultimo profilo sono certamente auspicabili alcuni interventi diretti a migliorare e consolidare il sistema sotto il profilo in esame, ma se (o fino a quando) non vengono adottati tali interventi non può fondatamente parlarsi di mancanza di indipendenza del Consiglio di Stato.

In definitiva, nonostante gli accennati aspetti di criticità¹⁸⁸ – alcuni dei quali richiederebbero un'ulteriore correzione da parte del legislatore ordinario – si può sostenere che i sopraindicati interventi da quest'ultimo già predisposti e gli artt. 100, comma 3, e 108, comma 2, Cost. – oltre che i principi indicati nelle succitate sentenze della Consulta e le norme costituzionali riguardanti in generale la magistratura e, conseguentemente, indirizzate anche alle giurisdizioni speciali – delineano¹⁸⁹, in relazione allo specifico ambito in esame¹⁹⁰, un adeguato sistema di tutela dei requisiti di indipendenza del g.a.¹⁹¹.

mento della giustizia amministrativa annunziato con la legge 21 luglio 2000, si deve sperare di superare l'orientamento della Corte costituzionale (poco sensibile al problema dell'indipendenza del giudice amministrativo) con l'intervento delle Corti Europee.

¹⁸⁸ A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2/2011, 505 ss., rileva una contraddizione tra ruolo attuale del Consiglio di Stato e principi costituzionali, tra cui la soggezione del giudice alla legge. Secondo A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005, per ovviare al problema è necessario valorizzare la portata degli artt. 24 e 111 Cost., che accomunano le due giurisdizioni, ordinaria e speciale. Cfr. anche G. SCARSELLI, *La terzietà e l'indipendenza dei giudici*, cit., 269 ss.

¹⁸⁹ Comunque, alcuni aspetti – come per ogni sistema perfettibile – ancora sembrano richiedere un ulteriore potenziamento da parte del legislatore ordinario.

¹⁹⁰ R. VILLATA, *op. cit.*, 286, non solo sottolinea il grado di tutela assicurato dai giudici amministrativi, pure prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice, ma anche rileva come «basti per un verso non dimenticare l'art. 100 della Costituzione e il ruolo ivi riconosciuto all'attività consultiva del Consiglio di Stato, e per altro verso scrutinare l'attuale organigramma del Ministero della giustizia».

¹⁹¹ S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 67, rileva «un – sia pur lento e ancora non completato – percorso di avvicinamento delle garanzie di indipendenza della magistratura amministrativa rispetto a quelle della magistratura ordinaria. Si tratta di un percorso compiuto dal legisla-

Da tutto ciò non può che desumersi un ulteriore rafforzamento del giudizio di non condivisione dell'idea di giurisdizione unica e del connesso orientamento favorevole alla (ri)abolizione del già consolidato sistema di giustizia amministrativa.

11. – Un'analisi critica degli argomenti addotti dai fautori del ritorno alla giurisdizione unica non può che partire dalla norma costituzionale.

Un dato di analisi imprescindibile è costituito dalla significativa opzione della nostra Costituzione per il sistema incentrato sulla necessaria pluralità di giurisdizioni, all'interno del quale è indissolubilmente collocato il g.a. come giudice specializzato¹⁹². È chiaro che solo un giudice con una specifica competenza è in grado, da un lato, di assicurare il controllo giurisdizionale su un sistema necessariamente strutturato su una differente regolamentazione tra rapporti di tipo privatistico e potere amministrativo¹⁹³; dall'altro lato, di garantire l'ambito tradizionalmente riservato alla discrezionalità della pubblica amministrazione anche in quei settori dell'economia (come, ad esempio, quelli concernenti le Autorità indipendenti¹⁹⁴, il funzionamento del

tore e insieme dalla Corte costituzionale, la quale ha finito per valorizzare i principi monistici presenti nel tessuto costituzionale e, su tali basi, tende ora a ricondurre anche il giudice amministrativo entro un quadro comune di garanzie di indipendenza della funzione giurisdizionale».

¹⁹² L. TORCHIA, *La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo alla prova dell'evoluzione*, in *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, a cura di P.L. PORTALURI, Napoli, 2016, 133, rileva che «l'esigenza di una tutela effettiva nei confronti del potere pubblico è all'origine della nascita della giurisdizione amministrativa. L'abolizione del contenzioso amministrativo, lungi dal porre sullo stesso piano potere pubblico e diritti privati, mostrò subito l'insufficienza della tutela affidata al giudice ordinario, sia per la limitatezza dei poteri attribuiti a quest'ultimo, limitati alla disapplicazione dell'atto, sia per la deferenza che la giurisdizione ordinaria ha tradizionalmente mostrato – e ancora oggi frequentemente mostra – nei confronti del potere pubblico».

¹⁹³ Cfr. E. FOLLIERI, *Il sindacato della Corte di Cassazione*, cit., 3 ss.

¹⁹⁴ Più in generale cfr. M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010; M. RENNA, *Autorità indipendenti: passato, presente e futuro*, in *Il sistema delle autorità indipendenti: problemi aperti e prospettive*, *Rassegna Sindacale*, supplemento al n. 22/2009, 46 ss.;

mercato e l'osservanza del principio di libera concorrenza¹⁹⁵), nei quali frequentemente nascono controversie molto complesse, attribuite – proprio perché presuppongono competenze specifiche – alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹⁹⁶.

Ciò ha contribuito ad acquisire da parte di quest'ultimo il ruolo¹⁹⁷ di giudice naturale dell'economia, in un contesto in cui la giurisdizione amministrativa va gradualmente acquisendo dimensione di servizio più che di potere.

Tale ruolo, però, è stato da alcuni molto criticato per gli aspetti negativi asseritamente prodotti sugli investimenti esteri¹⁹⁸ e, più in generale, sullo sviluppo economico del nostro Paese.

Tuttavia, queste critiche sono in insanabile contrasto con tutti i sopraindicati aspetti giuridico-istituzionali relativi all'imprescindibilità di un controllo giurisdizionale, che dall'Ottocento si pone come fondamento del sistema liberal-democratico: il primo comma dell'art. 103

Id., *Mercato delle comunicazioni e autorità indipendenti*, in AA.Vv. (a cura di), *Le normative per il mercato multimediale*, Milano, 1996, 33 ss.

¹⁹⁵ Più in generale cfr. M. D'ALBERTI, *Diritto della concorrenza e regolazione in una prospettiva ultranazionale*, in C.R. BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *Venti anni di antitrust*, t. II, Torino, 2010, 753; ID., *Lo Stato regolatore e la concorrenza*, in A. MEGALE, B. LAPADULA (a cura di), *La crisi: quale nuovo intervento pubblico?*, Roma, 2010, 53; ID., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008.

¹⁹⁶ Cfr. S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 90 ss.

¹⁹⁷ Rileva M.R. SPASIANO, *Il giudice amministrativo mediatore dei conflitti tra interessi pubblici*, cit., 2, che dall'art. 111 Cost. e dal codice del processo amministrativo, relativamente a modalità e limiti della funzione giurisdizionale del g.a., si evincono chiare indicazioni sulla specificità e sul riconoscimento del ruolo centrale del giudice amministrativo quale tutore di situazioni giuridiche, siano esse qualificabili come interesse o come diritto soggettivo.

¹⁹⁸ Si pongono in tal direzione i citati interventi di R. Prodi e di A. Liberati. Anche F. VOLPE, *Sulle ipotesi di riforma*, cit., 6, parla di imprenditore «destinato a sicuro fallimento, perché, mentre il suo ricorso giace muto e apatico negli archivi del tribunale amministrativo, egli deve nel frattempo pagare stipendi e sostenere oneri finanziari. Pertanto, di fronte a questa prospettiva, l'imprenditore non promuoverà il ricorso. Se riuscirà, egli investirà le proprie risorse altrove; se non potrà non le investirà affatto e terrà inutilizzati il proprio capitale e le proprie energie (con danno per la società, la quale non potrà così avvalersi delle ricadute in termini di occupazione e diffusione della ricchezza)».

Cost.¹⁹⁹ e quanto in precedenza detto in riferimento agli artt. 24, 100, 108 e 113 Cost. non lasciano alcun dubbio.

Nella stessa direzione si colloca la circostanza che l'effettivo rispetto del principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost. non può assolutamente prescindere dal presidio della giustizia nell'amministrazione, tenendo presente che la giustizia nell'azione della p.a. presuppone, anzitutto, un sistema di controllo giurisdizionale degli atti amministrativi.

Del resto, non può non condividersi che il diritto a una "buona amministrazione" – come consacrato dalla Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – presuppone «il diritto (di tutti e non solo dei più abbienti) a reagire contro le sue violazioni con modalità idonee ad impedire che esse raggiungano i loro effetti, a danno dell'intera collettività: il libero accesso alla giustizia e l'atipicità delle azioni sono garanzie insopprimibili di uno Stato democratico»²⁰⁰. Gli eventuali ostacoli che la giustizia può frapporre all'esercizio dell'azione amministrativa non devono indurre a ridimensionare la tutela, ma devono piuttosto portare a cercare di migliorarne ulteriormente le modalità di esercizio, semplificando il tessuto normativo, in modo da offrire all'amministrazione e ai giudici regole chiare e certe²⁰¹.

¹⁹⁹ Sottolinea A. POLICE, *La mitologia della «specialità» e i problemi reali della giustizia amministrativa*, cit., 178, che il margine di apprezzamento discrezionale contenuto nell'art. 103 Cost. e lasciato dal Costituente al legislatore ordinario nella delimitazione delle "particolari materie" di giurisdizione esclusiva ha creato le condizioni perché Corte costituzionale venisse ad occuparsi, a più riprese, dell'ambito e dell'estensione della giurisdizione amministrativa: «mai si è 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 declinato, nella Carta costituzionale, in termini di unicità». Cfr. anche R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, cit., 287; ID., *Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 324 ss.

²⁰⁰ In questi termini si esprime M.A. SANDULLI, nell'intervento riportato sul Forum (*Ipotesi di riforma della giustizia amministrativa*) presente sul sito istituzionale dell'A.I.P.D.A.

²⁰¹ Afferma M. CLARICH, *Quello sterile pressing sulla giustizia amministrativa*, cit., 4-5, che «la sfida è piuttosto quella di far funzionare meglio i processi e, se

A ciò si aggiunga che l'irrinunciabilità di una siffatta prospettiva è una logica conseguenza non solo dell'evidente sovvertimento dell'ordine costituzionale che – in caso contrario – ne deriverebbe, ma anche del fatto che potrebbe essere il presupposto per la successiva abolizione anche dei controlli amministrativi, in parte già eliminati in nome di una semplificazione, che in non rari casi ha determinato – più che l'accelerazione dell'agire amministrativo – l'ingolfamento del contenzioso²⁰².

Pertanto, non sembra meritevole di accoglimento l'orientamento²⁰³, anche recente²⁰⁴, incline a valorizzare il potere di annullamento degli atti amministrativi da parte del giudice ordinario (v. *retro* par. 3), pre-

mai, di introdurre strumenti di deflazione del contenzioso, attraverso meccanismi di *alternative dispute resolution* (ADR) utilizzati in altri Paesi anche per le liti amministrative. Sotto il profilo dell'organizzazione, il problema è soprattutto quello dei carichi di lavoro, delle carenze di organico, dell'informatizzazione del processo e della maggior efficienza degli uffici giudiziari. La giustizia va vista in realtà anche come un pezzo della pubblica amministrazione, con tutte le virtù (che pur ci sono, nonostante le tante critiche) e tutti i vizi».

²⁰² Sul punto cfr. R. FERRARA, *Lo stato di diritto fa bene all'economia. Alcune note in margine alla c.d. legge Madia in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, nel Forum (*Lo Stato di diritto fa bene all'economia*) presente sul sito istituzionale dell'A.I.P.D.A.; F. MERUSI, *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, intervento svolto al convegno tenuto presso l'Università di Teramo l'8 maggio 2015 su "*Gli atti di iniziativa del privato fra autorità e libertà*". Secondo tale ultimo Autore l'iniziativa del privato con riserva di provvedimento inibitorio, comprensiva, nella sostanza, anche del silenzio assenso, è un istituto disciplinante l'iniziativa privata che il legislatore ha generalizzato nella convinzione che servisse a "muovere" l'economia. Tuttavia, l'Autore rileva che il nuovo istituto, a contatto con la realtà normativa ed istituzionale preesistente, ha creato problemi particolari: «fino a che punto è possibile seguire il legislatore quando le sue prescrizioni confliggono con la logica istituzionale? Ed i casi di conflitto, come abbiamo visto, non sono pochi. In qualche caso riconosciuti a posteriori dallo stesso legislatore».

²⁰³ Cfr. G. BERTI, *Artt. 103 e 113 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1987; I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007, 94 ss.; A. PROTO PISANI, *Tre note sulla recente giurisprudenza delle sezioni unite sul processo civile*, in *Foro it.* 2011, V, 79-80 e *Brevi premesse in tema di situazioni soggettive fra diritto sostanziale, processi e giurisdizione*, *ivi*, 97-98.

²⁰⁴ A. PROTO PISANI, *L'art. 113, comma 3°, Cost.*, cit., 186 ss.

visto dal terzo comma dell'art. 113 Cost.²⁰⁵: in senso contrario è stato efficacemente rilevato che tale potere «presuppone l'esistenza della giurisdizione, non fonda la stessa»²⁰⁶.

Del pari inaccettabile è la prospettazione teorica che, sulla base della sentenza n. 377/2008 della Corte costituzionale, sottolinea come dal particolare inquadramento – operato da tale pronuncia – del potere di valutazione del legislatore in materia di riparto di giurisdizione sarebbe derivata la possibilità di attribuire al giudice ordinario controversie in materia di interessi legittimi²⁰⁷.

In senso contrario non si può non rilevare che nella sopraindicata sentenza della Consulta il riconoscimento della scelta legislativa a favore del giudice ordinario è giustificata dalla sussistenza di controversie relative – in buona sostanza – a diritti soggettivi.

Ma ciò che ha un'incidenza ancora maggiore è la circostanza che la Corte costituzionale con la nota sentenza n. 204/2004²⁰⁸ ha impresso un autorevole sigillo sulla natura di modello dualistico del no-

²⁰⁵ In merito al rapporto tra il sopraindicato art. 113, comma 3, Cost. e la giurisprudenza costituzionale, cfr. M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo*, cit., 146.

²⁰⁶ In questi termini R. VILLATA, *Giustizia amministrativa*, cit., 287: non possono, quindi, trarsi validi argomenti dall'art. 113 Cost. in considerazione delle valutazioni indicate nel testo.

²⁰⁷ Cfr. Cass., S.U., 14 aprile 2011, n. 8487, in *Giur. it.* 2011, 2668, con nota di M. ESPOSITO, *La «naturale capacità espansiva» della giurisdizione ordinaria*. Secondo tale Autore la tendenza storica del processo amministrativo, a fronte dell'estensione degli ambiti della giurisdizione ordinaria, ad assumere le forme del processo civile di cognizione ordinaria, costituisce una circostanza estremamente significativa e di sapore quasi confessorio. M. PROTTO, *La riforma del contentieux administratif*, in *Foro amm.*, 1996, I, 2117 ss., sottolinea la tendenza alla «giurisdizionalizzazione» e alla «soggettivazione» della giustizia amministrativa che oggi costituisce un elemento di convergenza tra gli ordinamenti giuridici europei: tale processo di convergenza non avviene solo in conseguenza di interventi legislativi – seppure questi richiamino maggiormente l'attenzione del giurista straniero – ma anche per effetto dell'opera meno risonante della giurisprudenza.

²⁰⁸ Sul punto cfr. R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale, con una Postilla*, in *Problemi attuali della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2009, 1 ss. In relazione a quanto indicato nel testo cfr. anche Corte cost., 28 luglio 2004, n. 281; Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191 e Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77.

stro sistema di giustizia amministrativa²⁰⁹ incentrato sulla differenziazione tra diritto soggettivo e interesse legittimo²¹⁰.

I principi, poi, enunciati nella stessa sentenza n. 204/2004 sembrano deporre anche per l'infondatezza della ricostruzione teorica che, svuotando di contenuto il primo comma dell'art. 103 Cost.²¹¹, qualifica come «inutile e in qualche caso fuorviante»²¹² il criterio di

²⁰⁹ Cfr. S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 93 ss. In particolare, l'A. rileva che «in Italia vige oggi un principio costituzionale in base al quale, a fronte di poteri amministrativi, le pretese dei cittadini al rispetto delle relative regole di esercizio possono essere fatte valere dinanzi ad un giudice specializzato, che deve tuttavia rispondere a tutti gli standards di indipendenza strutturale ed effettività funzionale, che risultano imposti dalle norme costituzionali nazionali e sovranazionali in materia di tutela giurisdizionale dei diritti»: *op. cit.*, 95.

²¹⁰ Sottolinea R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, cit., 287, che la sopraindicata sentenza n. 204/2004 del giudice delle leggi «conferma un dato non revocabile in dubbio se ci si vuol attenere all'ordinamento costituzionale vigente: il sistema di giustizia amministrativa italiano è un sistema dualistico nel quale il criterio di riparto poggia sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi».

²¹¹ Sottolinea A. POLICE, *La mitologia della «specialità» e i problemi reali della giustizia amministrativa*, cit., 182, che la Corte costituzionale «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"²³ e che militano per un ritorno al sistema monistico ed alla unicità dell'ordine che esercita la funzione giurisdizionale».

²¹² Così G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, 143; ID., *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2012, 30-31; ID., *È ancora in vita l'art. 103, comma 1, Cost.?*, in *Foro it.*, 2008, I, 435 ss. Afferma, invece, M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 149, che «la configurabilità di un interesse legittimo è e rimane il criterio fondamentale che incardina ogni articolazione della giurisdizione amministrativa». Cfr. anche S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 93-94; R. VILLATA, *Spigolature «stravaganti» sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 857 ss.; S. GIACCHETTI, *Il «potere amministrativo» nell'art. 7 del codice di procedura: i nuovi confini e i probabili confini futuri della giurisdizione amministrativa*, in *Giurisd. amm.*, 2011, IV, 253 ss.; A. CACCIARI, *In difesa dell'interesse legittimo*, in *Foro amm-tar*, 2012, 4065 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1005 ss.; G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A.*, Torino, 2012, 4 ss.

riparto fondato sulla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo²¹³.

Insomma, l'idea di una giurisdizione unica è, ad avviso di chi scrive, assolutamente improponibile, almeno a Costituzione invariata²¹⁴.

In definitiva, i principi di diritto costituzionale ed europeo (UE e CEDU) – oltre che elementari esigenze di legalità derivanti da un sempre crescente bisogno di contrastare la corruzione – non consentono ulteriori “avventure” istituzionali²¹⁵.

La ricostruzione storico-culturale fatta in precedenza (par. 2-5) induce a ritenere che con l'orientamento abolizionista vengono a crearsi le condizioni per una pericolosa riedizione dello stesso scenario storico e politico che portò alla L.A.C.: oggi, come allora, una precoc-

²¹³ Afferma R. VILLATA, *Giustizia amministrativa*, cit., 288, che «l'aggancio della giurisdizione amministrativa a situazioni soggettive diverse dai diritti è ribadito con tutta chiarezza proprio nella sentenza n. 204/2004 cit.». L'Autore rileva anche che «va confermata e difesa, contro ogni critica, la validità della nozione di interesse legittimo, formula che individua le situazioni soggettive protette che si confrontano con il potere formativo altrui e che, pure con denominazione differente, si ritrovano in molti ordinamenti, non escluso quello della Unione europea».

²¹⁴ Evidenzia R. VILLATA, *Giustizia amministrativa*, cit., 286, che «il rispettabile obiettivo di un'unità della giurisdizione che vada oltre il profilo funzionale è incompatibile con la Costituzione vigente e con la scelta dualistica ivi consapevolmente effettuata». Nello stesso senso M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, Napoli, 2008, 16, ss., il quale sottolinea come la Costituzione vigente ha effettuato un'inequivocabile scelta «che conferma l'assetto strutturale della giurisdizione in senso dualista il che, piaccia o non piaccia, in qualsiasi ricostruzione del sistema non può essere elusa». Inoltre, del medesimo Autore cfr. *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice*, cit., 143 ss.; *Riparto di giurisdizione, rapporti collegati e concentrazione delle tutele*, in *Giur. it.*, 2012, 1424 ss.; *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1677 ss.

²¹⁵ Secondo M. CLARICH nell'editoriale (*Quello sterile pressing sulla giustizia amministrativa che elude la sfida di far funzionare meglio i processi*) pubblicato in *Guida al Diritto – Il Sole 24 Ore*, 17 maggio 2014, n. 21, «la riforma della giustizia amministrativa può essere a Costituzione invariata oppure può richiedere una modifica della Costituzione vigente. Se si esclude la percorribilità politica di quest'ultima strada, resta intoccabile l'impianto generale attuale fondato sulla presenza di un giudice ordinario e di un giudice amministrativo nelle controversie tra cittadini e pubblica amministrazione».

cupante corruzione²¹⁶ e l'esigenza di un potere esecutivo "forte" tendono a riversare sulla magistratura amministrativa responsabilità che vanno ricercate altrove²¹⁷.

Anche la storia più recente fa comprendere come siano del tutto ingiustificati i sempre più frequenti interventi diretti ad auspicare addirittura la soppressione del giudice amministrativo. Infatti, tali interventi spesso traggono origine da pronunce da quest'ultimo adottate ed assurte agli onori della cronaca, come – ad esempio – le pronunce relative al transito delle grandi navi nella laguna di Venezia, agli appalti per i lavori sul torrente di Bisanzio in Liguria relativamente ai disastri provocati dalle inondazioni ecc. Ebbene, spesso le motivazioni

²¹⁶ Più in generale cfr. M. D'ALBERTI, *Lotta alla corruzione e crescita economica*, in L. PAGANETTO (a cura di), *Giustizia sociale, occupazione e crescita*, Roma, 2013, 65 ss.; ID., *Possono i poteri pubblici contrastare il dominio del denaro?*, in F. FELICE, G. TAJANI (a cura di), *Il denaro deve servire e non governare*, Città del Vaticano, Lateran University Press, 2014, 73 s.; M. IMMORDINO, *Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano*, in *Nuove Aut.*, 2014, 395 ss.

²¹⁷ Afferma L. Torchia, nell'editoriale (*Giustizia ed economia*) pubblicato sul *Giornale diritto amministrativo*, 4, 2014, che riservare sulla giustizia amministrativa la responsabilità dell'incertezza e dell'inefficienza che caratterizzano il sistema italiano e della sua incapacità di uscire dalla crisi «è un bell'esempio di inversione del rapporto tra causa ed effetto». La stessa Autrice indica le due principali ragioni per le quali molte decisioni dell'amministrazione pubblica italiana vengono portate davanti al giudice amministrativo: il numero eccessivo di norme contraddittorie e spesso incomprensibili; l'inadeguatezza dell'amministrazione italiana a svolgere le sue attività in tempi compatibili con il mondo moderno. In tale contesto è inevitabile che sul processo amministrativo vengano a scaricarsi le tensioni del sistema: «Non si può pretendere di eliminare queste tensioni cominciando dalla fine, né si può fare finta che la giustizia amministrativa sia una istituzione peculiarmente italiana. Tutti i maggiori paesi europei – Francia, Germania, Spagna, Belgio – hanno un giudice amministrativo accanto al giudice ordinario. Anche nel Regno Unito, patria della c.d. *common law*, la giustizia amministrativa si sta da tempo sviluppando, perché si è riconosciuto che il rapporto fra amministrazione e privati è diverso dal rapporto fra i privati e richiede una giurisdizione specializzata, a garanzia innanzitutto del diritto di difesa contro le decisioni del potere pubblico. È il rapporto tra queste decisioni e l'economia che occorrerebbe studiare e riformare, senza vagheggiare impossibili immunità che, esse sì, sarebbero di ostacolo allo sviluppo economico. Un potere pubblico non sottoposto al sindacato giurisdizionale non è più efficiente, è solo più arbitrario» (*op. cit.*, 3).

di tali pronunce non sono nemmeno conosciute da chi assume il succitato orientamento critico²¹⁸, arrivando ad ignorare del tutto anche il precedente comportamento della p.a., che non di rado è la vera ed unica causa dell'evento negativo enfatizzato dai mass-media²¹⁹.

Si deve, pertanto, prendere atto di un'ingenerosa avversione nei confronti della figura del giudice amministrativo. Le ragioni di tale situazione non sono facilmente individuabili: il dubbio è che alla base ci possa essere un'insofferenza per i controlli²²⁰ da parte di interessi economici forti e i dubbi si acquiscono quando il sopraindicato atteggiamento critico risulta provenire da chi riveste anche la carica di amministratore pubblico. Si ritorna, allora, al problema a cui si è accennato in precedenza: quello relativo alla complessa ricerca del giusto punto di equilibrio tra controllo giurisdizione ed ambito riservato alla discrezionalità amministrativa.

12. – Anche di recente è stato riproposto l'orientamento favorevole al superamento della distinzione tra la giurisdizione ordinaria e

²¹⁸ Inoltre, non si considera che non di rado si tratta di procedure regolate da norme assai spesso aperte a interpretazioni non univoche.

²¹⁹ V. Caputi Jambrenghi nel relativo intervento presente nel *Forum (Ipotesi di riforma del sistema di giustizia amministrativa)* presente sul sito istituzionale dell'A.I.P.D.A., sottolinea opportunamente che «un giudice amministrativo che “dà fastidio” al Governo della Repubblica e fa lavorare più avvocati che operai negli appalti è un buon giudice di una funzione amministrativa troppo spesso esercitata assai male... Per fare cose serie, tuttavia, è necessario collegarsi con la Commissione dell'Unione europea e promuovere un suo intervento che valga ad ampliare il dibattito, ponendo limiti comunitari alle scelte governative. C'è da riformare qualcosa in casa nostra, beninteso: ma è ordinaria amministrazione. Nessuno tocchi il giudice amministrativo».

²²⁰ S. CASSESE, *Nuovi paradigmi per la giustizia amministrativa*, cit., 7-8, evidenzia efficacemente: «noi abbiamo oggi un problema della giustizia amministrativa che è meno rilevante, ma abbiamo un problema del diritto amministrativo che è più rilevante. Questo in parte deriva da una mancata comprensione del modo in cui si è svolta la storia del diritto amministrativo, da protettore dei governi a protettore dei cittadini nei confronti dei governi; in parte deriva da un atteggiamento di insoddisfazione, di reazione un po' superficiale, di insofferenza nei confronti dei TAR; e in parte deriva anche da alcuni difetti del nostro diritto amministrativo, che ha bisogno non di essere abbandonato, ma di essere riconcettualizzato in chiave moderna».

quella amministrativa, sostenendo l'obsolescenza della disciplina sul riparto e la conseguente evaporazione della differenza tra "attribuzione" e "ripartizione"²²¹.

Secondo tale prospettazione teorica, avrebbe acquisito concretezza l'idea, avallata anche dalla Corte costituzionale, della equiordinazione delle varie magistrature: insomma, la qualifica di "ordinaria" che accompagna la magistratura civile e penale avrebbe perso il suo significato originario, in quanto «non significa più un giudice potenzialmente in grado di decidere qualsiasi controversia»²²². Ciò comporterebbe che la giurisdizione del giudice amministrativo viene oggi a connotarsi come un potere specifico da esercitare nell'ambito dell'unitaria funzione giurisdizionale. Alla base di tale ricostruzione teorica viene collocata l'asserita perdita di significato del criterio di riparto²²³ tra g.o. e g.a. incentrato sulla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo: ciò sarebbe la conseguenza anche dell'acquisita dimensione sostanziale dell'interesse legittimo, inteso come pretesa ad un bene della vita e non più come riflesso sul piano sostanziale del potere di agire in via di annullamento²²⁴.

Per evitare, però, il crearsi di pericolose precondizioni di un'inaccettabile deriva abolizionista è opportuno chiarire che, ad avviso di chi scrive, è possibile parlare di unità della giurisdizione esclusivamente sotto il profilo funzionale, assicurando in questo modo, da un

²²¹ In tal senso G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 827 ss., il quale afferma che «non esiste un giudice sovraordinato e dotato di competenza generale e onnicomprensiva da cui siano distaccati segmenti ben definiti, e di tipo eccezionale, attribuiti a giudici speciali, e più ancora cedevole è l'idea che questi ultimi siano giudici subordinati».

²²² Così G. VERDE, *op. cit.*, 834, secondo cui la relazione tra g.o. e g.a. è sempre meno un problema di attribuzione e sempre più un problema di ripartizione.

²²³ Cfr. S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 84 ss.

²²⁴ Sottolinea F. MERUSI, *Sulla giustizia amministrativa come servizio*, cit., 343, che «se si tratta semplicemente di un diritto soggettivo ad oggetto diverso, valeva la pena di impiantare un riparto di giurisdizione sulla distinzione fra diritto soggettivo ed interesse legittimo, risultato inevitabile dell'aggiunta di un giudice di cassazione dell'atto amministrativo al giudice ordinario dei diritti previsto dalla legge abolitrice del contenzioso? Non bastava attribuire la tutela anche di "questo diritto del cittadino" al giudice ordinario?».

lato, la permanenza della differenziazione tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria, dall'altro lato, la possibilità di condizioni di indipendenza comuni agli appartenenti a tutte le magistrature.

Già in sede di Assemblea Costituente questi aspetti vennero prospettati dal Mortati in aperto contrasto con l'idea della giurisdizione unica²²⁵ patrocinata dal Calamandrei, secondo cui il principio di unicità della giurisdizione sarebbe il solo strumento capace non solo di contemperare i principi di indipendenza e autonomia della magistratura, ma anche di essere funzionale alla certezza del diritto. Alla base di tale prospettiva teorica – ripresa, come detto, di recente ed arricchita di nuovi argomenti²²⁶ – si pone una non condivisibile ricostruzione della giurisdizione speciale²²⁷ e un'idea di giurisdizione unica rigidamente concepita come indefettibile unità organica.

Sembra – però – possibile, nell'ambito in esame, un approccio incentrato su una dimensione meramente funzionale, che, da un lato, presuppone una ripartizione dei diversi ordini di giudici in autonomi

²²⁵ A. POLICE, *La mitologia della «specialità» e i problemi reali della giustizia amministrativa*, cit., 174, sottolinea che «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». L'A. rileva che ciò emerge dal portato dell'art. 103 Cost.

²²⁶ Cfr. A. PROTO PISANI, *L'art. 113, 3° comma, Cost.*, cit., 186 ss.

²²⁷ A. ANGIULI, nell'intervento (*Unità della giurisdizione, giustizia amministrativa e controllo della potere autoritativo*) riportato nel Forum (*Ipotesi di riforma della giustizia amministrativa*) presente sul sito istituzionale dell'A.I.P.D.A., afferma che l'orientamento favorevole alla giurisdizione unica si incentra «per un verso, su un concetto di “giurisdizione speciale” strutturato sull'idea di “deroga” rispetto ai principi essenziali che contraddistinguono l'organizzazione e l'esercizio della funzione statale di risoluzione dei conflitti intersoggettivi di interesse (quasi che il “modello atipico” della giurisdizione speciale si attesti sempre e comunque su varianti più o meno riconducibili allo spettro dei tribunali militari in tempo di guerra); per l'altro, su un'idea monolitica di “unicità della giurisdizione” che presuppone la necessità indefettibile dell'“unità organica” quale condizione imprescindibile dell'attuazione del valore sotteso alla corrispondente formula espressiva». La stessa Autrice rileva anche che in sede di Assemblea Costituente, in ossequio a concezioni di tipo sostanzialistico, prevalse un'idea di “unità della giurisdizione” considerata da un punto di vista “funzionale” (e non organizzativo) implicante la necessaria divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi ed autonomi.

e distinti sistemi di giustizia²²⁸, dall'altro lato, invece, rifugge l'idea di una giurisdizione unica da un punto di vista organizzativo.

In questa prospettiva l'aspetto principale è senza dubbio rappresentato dall'identità di regole e principi (in particolare quello del giusto processo), che accompagnano l'esercizio della funzione giurisdizionale: è su questi aspetti, più che sull'abolizione o sulla specialità del g.a., che dovrebbe essere soffermata l'attenzione. In altri termini, rispetto alla teoria abolizionista si assiste ad uno spostamento del punto di osservazione dal piano statico della mera struttura organizzativa al piano dinamico della dimensione oggettivamente funzionale: la preminenza, più che a questo o quel tipo di modello processuale, deve essere riconosciuta al fatto che tale modello sia connotato – in relazione all'esercizio della funzione giurisdizionale – dalle fondamentali regole del giusto processo e dalla garanzia dell'effettività e pienezza della tutela. Ciò trova una sostanziale concretezza proprio nell'ambito della giurisdizione amministrativa che, rispetto a quella ordinaria, ha una sua peculiarità e specificità anche da un punto di vista storico. Infatti, fin dall'inizio, l'aspetto peculiare del nostro sistema di giustizia amministrativo è stato senza dubbio la capacità del Consiglio di Stato di esplorare e controllare, attraverso la poliedrica figura dell'eccesso di potere, l'ambito della discrezionalità del potere amministrativo, senza invadere il merito o violare i limiti normativamente imposti. Sotto questo profilo appare evidente come lo spazio conquistato dal C.d.S. non sia stato sottratto al giudice ordinario, ma sia – invece – stato recuperato, ampliando o creando forme più incisive di tutela del cittadino nei confronti degli abusi dell'amministrazione pubblica.

Si tratta di aspetti che già in sede di Assemblea Costituente hanno avuto un notevole peso²²⁹, non diversamente da quanto è accaduto

²²⁸ È opportuno rilevare che conflitti interpretativi delle stesse norme possono nascere anche tra giudici diversi appartenenti allo stesso ordine giudiziario e persino tra Sezioni del medesimo organo giudicante, nonostante le opportune tecniche di nomofilachia. Su tale ultimo aspetto cfr. E. FOLLIERI, *La nomofilachia del Consiglio di Stato*, relazione al convegno su *Rilevanza del ruolo del giudice amministrativo a 150 anni della L.A.C.* tenutosi il 14 maggio 2015 presso l'Università degli Studi Niccolò Cusano Telematica Roma.

²²⁹ Le sopraindicate considerazioni relative alle "ragioni storiche" della conser-

per i “meriti storici” del Consiglio di Stato: infatti, quest’ultimo – come già accennato nel precedente par. 9 – ha dato ampia prova di prestigio, capacità e imparzialità pure durante il periodo fascista²³⁰, in cui lo stesso organo «è stato esempio di indipendenza di giudizio, presidio e garanzia di giustizia»²³¹.

Anche l’argomento della specializzazione dei giudici amministrativi è stato ampiamente messo in luce nell’ambito dell’Assemblea Co-

vazione del Consiglio di Stato ebbero un particolare rilievo nel dibattito in sede di Assemblea Costituente: infatti, era ben noto non solo il fallimento del modello di giurisdizione unica indicata nel testo, ma anche l’importanza della conseguente reintroduzione dei tribunali amministrativi al fine di proteggere le posizioni individuali lese dalla pubblica amministrazione. In particolare LEONE (Assemblea Costituente, 21 novembre 1947, 2334) ricordò che «i due grossi tronchi della giustizia amministrativa erano sorti non come usurpazione del giudice ordinario di particolari attribuzioni, ma come conquista da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione»: nello stesso senso cfr. RUINI, Assemblea Costituente, 21 novembre 1947, 2336-2338. In precedenza, V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1901, 741, in merito alla competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato per vizio di illegittimità, aveva affermato: «appare davvero come un’integrazione della difesa giurisdizionale, nei punti in cui questa, per ragioni di fatto, si era dimostrata insufficiente». Lo stesso Autore (*ivi*, 635 ss.) adduceva come vera causa del fallimento del sistema di giurisdizione unica voluto nel 1865 in Italia l’assenza di indipendenza della magistratura ordinaria, che si era mostrata troppo timida e deferente nei confronti del potere esecutivo e della pubblica amministrazione.

²³⁰ Rileva incisivamente M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo*, cit., 147, che il giudice amministrativo italiano «seppe dare prova di grande indipendenza nel contesto problematico della dittatura fascista. Anzi, una prova spesso superiore a quella dei giudici ordinari, come mostra l’esempio dell’applicazione delle leggi razziali, dove il Consiglio di Stato, a differenza dell’autorità giudiziaria, operò sempre in vista di una interpretazione restrittiva della portata delle discriminazioni».

²³¹ Così CASTIGLIA, Seconda sezione della seconda Sottocommissione, 6 dicembre 1946, 12. In Assemblea costituente si affermò anche che il Consiglio di Stato «aveva funzionato bene... poteva considerarsi benemerita nel Paese»: in questi termini AMBROSINI, Seconda sezione della seconda Sottocommissione, 19 dicembre 1946, 56. Inoltre, il Presidente Ruini, per rispondere alle critiche di dipendenza del Consiglio di Stato dal potere esecutivo, ricorda la fondamentale attività di controllo del C.d.S. sugli atti dell’amministrazione del Governo, che aveva contribuito ad arginare non pochi abusi.

stituyente, sottolineando come tale specializzazione sarebbe stata inevitabilmente compromessa con la giurisdizione unica.

Tutti questi argomenti, discussi in sede di redazione della Costituzione, conservano – ancora oggi²³², a distanza di tanto tempo – intatta tutta la loro capacità di confutazione della teoria favorevole al ritorno del modello monistico.

È opportuno rilevare come la sopraindicata ricostruzione (della giurisdizione unica solo sotto il profilo funzionale) non possa essere validamente smentita da quell'orientamento che arriva a teorizzare la necessità dell'unità della giurisdizione²³³ da un punto di vista organizzativo per effetto del venir meno della ragion d'essere della giurisdizione speciale amministrativa come conseguenza dell'asserita crisi del potere autoritativo e del ridimensionamento dell'uso di poteri amministrativi nell'ambito dell'esercizio della funzione pubblica.

Se, da un lato, è vero che in alcuni casi (come ad esempio, nell'ipotesi di liberalizzazione, di semplificazione, di ricorso a moduli consensuali ecc.) il carattere dell'autoritatività ha subito una dequotazione, dall'altro lato, è altrettanto vero che anche in queste ipotesi il potere si manifesta in altre forme: in tali casi, cioè, l'interesse pubblico viene realizzato attraverso un potere esercitato dalla p.a. in altro modo, ma non viene sicuramente meno.

Conseguentemente, ancora oggi non è possibile prescindere sia

²³² A. ANGIULI, *Unità della giurisdizione*, cit., 6, sottolinea opportunamente che sarebbe contrario ad ogni principio di razionalità annullare un patrimonio di specializzazione di controllo giurisdizionale nell'ambito dell'esercizio del potere effettuato da più di un secolo senza invadere il merito: ciò «dequoterebbe la tutela giurisdizionale delle situazioni di interesse del cittadino rispetto all'esercizio o mancato esercizio del pubblico potere, restituirebbe, per forza di cose, antistorici spazi di immunità al potere amministrativo».

²³³ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, cit., 35, asserisce che l'unità della giurisdizione e l'unità dell'ordinamento giuridico sono legate inscindibilmente: «ciò sia dal punto di vista oggettivo, in quanto la coerenza dell'intero sistema normativo presuppone che l'interpretazione sia affidata ad un corpo omogeneo e unitario di soggetti e ad un complesso di organi dotato di un unico vertice abilitato a pronunciarsi sulla diversità di orientamenti; ma anche, e soprattutto, dal punto di vista soggettivo, in quanto solo un complesso unitario e omogeneo di giudici può essere garanzia di uguaglianza».

dalla stretta relazione tra autoritatività e g.a., sia dal rapporto tra riconoscimento di potere amministrativo e previsione di tutela nei confronti del cattivo uso di tale potere.

In definitiva, non si può assolutamente fare a meno della giurisdizione speciale amministrativa²³⁴, la quale, anche in tale contesto, è chiamata dalla Costituzione a garantire una tutela piena ed effettiva.

Orientarsi diversamente (optando, in particolare, per la giurisdizione unica sotto il profilo organizzativo) ed affidare le controversie, connotate dalla presenza dell'esercizio di una funzione pubblica, al giudice ordinario, non può che comportare un grande rischio: quello che quest'ultimo – per la sua diversa formazione – si attesti su una tipologia di controllo non così incisiva come quella affinata dal giudice amministrativo, da più di un secolo, attraverso la tecnica di scandaglio del potere discrezionale²³⁵.

Il rischio è ancora più concreto non solo perché è proprio attraverso l'esercizio di tale potere discrezionale che possono trovare piena

²³⁴ D. DE PRETIS, *intervento*, in *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, a cura di P.L. PORTALURI, Napoli, 2016, 207, rileva che gli attacchi alla giustizia amministrativa non sono attacchi alla specialità, ma alla giurisdizione *tout court*: «Chi eserciterebbe la funzione che oggi svolge il giudice amministrativo, se nel nostro sistema un giudice amministrativo non ci fosse? La dovrebbe esercitare un altro giudice, il giudice ordinario, se non vi fosse un giudice speciale. Quindi, se l'accusa è che il PIL cala per colpa dei TAR che concedono le sospensive e che poi annullano gli atti di gara, è difficile immaginare che il problema possa essere risolto eliminando i TAR».

²³⁵ Già in sede di Assemblea Costituente si era affermato che il giudice amministrativo, rispetto a quello ordinario, era maggiormente attrezzato e sensibile a conoscere e a far valere non solo l'interesse pubblico, ma anche l'interesse dei privati, proprio poiché un «giudice proveniente dall'amministrazione ha viva la sensibilità di tanti interessi contrastanti e dell'interesse collettivo in specie»: così ADONNINO, Assemblea Costituente, 20 novembre 1947, 3937. In coerenza con tale impostazione, RUINI definì i giudici amministrativi «giudici speciali ordinari» in ragione della loro competenza particolare e specifica, che si differenzia dalla competenza generale del giudice ordinario. Inoltre RUINI, Assemblea Costituente, 21 novembre 1947, 2337, sottolineò anche la capacità del Consiglio di Stato di intervenire dove il giudice ordinario non era attrezzato, sia per ragioni legate alla sua formazione, sia per ragioni storiche, sia per la specificità del ruolo svolto dal Consiglio di Stato stesso sino ad allora, quale organo della giustizia “nella” amministrazione.

attuazione le finalità imposte dall'art. 97 Cost. alla p.a., ma anche perché c'è il pericolo che si produca l'effetto perverso del rafforzamento della tutela per i poteri forti e dell'indebolimento per i più deboli²³⁶.

Di non poco momento, poi, è la circostanza che, sotto l'impulso di una sempre incombente "minaccia" di riespansione della giurisdizione ordinaria, il giudice amministrativo «da un lato, ha mantenuto e incrementato il proprio vantaggio comparativo sul piano (funzionale) dell'effettività della tutela e, dall'altro lato, ha anche progressivamente ridotto la propria specialità sul piano strutturale, acquisendo maggiore autonomia e indipendenza rispetto all'esecutivo e avvicinandosi, nello *status*, alla magistratura ordinaria»²³⁷.

²³⁶ A. ANGIULI, *Unità della giurisdizione*, cit., 10-11, evidenzia che di fronte alla "globalizzazione" dell'economia e di gran parte dei rapporti, sostenere la soppressione o la limitazione delle garanzie di benessere, che devono offrire gli uffici amministrativi attraverso poteri pubblici esercitando anche poteri autoritativi, «equivale a rinunciare ad una tutela forte perché specifica e particolarmente esperta contro le azioni plurioffensive che, in un ordinamento tuttora ben lontano dalla paritarietà delle posizioni giuridiche sostanziali, proliferano sotto la spinta degli interessi privati, che non possono essere imbrigliati né limitati fino a quando non abbiano leso, in occasione della loro attuazione, diritti soggettivi tutelati direttamente, più ancora di quelli dell'offensore o almeno quanto quelli dell'offensore. Inoltre, a consegnare ai c.d. poteri "forti", poiché scaturenti da una fonte che non può essere osservata, verificata e controllata da tutti (e ciò in quanto non è pubblica, ma autoreferenziale e derivante dal mercato, luogo dal quale è esclusa la maggior parte dei cittadini e che perciò non offre alcuna concreta garanzia alla generalità), senza più il freno e la deterrenza di un riequilibrio affidato ad un giudice del potere pubblico, forte ma ben controllabile, le scelte che continueremo a definire di interesse generale, perché riguardanti tutti i cittadini e che, tuttavia, sarebbero spesso commisurate alla convenienza soltanto di alcuni, del mercato, delle forze economiche».

²³⁷ Così S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 50, il quale rileva anche che «la concezione monista ha agito come fattore propulsivo dell'evoluzione del sistema dualista, imponendo, sotto la sempre latente prospettiva di una riespansione della giurisdizione ordinaria anche nella sfera delle controversie di diritto pubblico, dapprima, che, per queste controversie, venisse creato un giudice in grado di sindacare l'esercizio del potere pubblico; poi, che tale giudice via via acquisisse, nei confronti dell'amministrazione, un grado di indipendenza avvicinabile a quello che caratterizza la posizione del giudice comune nelle controversie fra privati; infine, che il giudice in questione divenisse pienamente autosufficiente nell'assicurare piena tutela a tutte le situazioni soggettive del cittadino nell'ambito delle controversie di diritto pubblico, rendendo così

Ed allora, per un verso, l'ormai irreversibile assetto in cui il potere giurisdizionale appare ripartito tra le diverse sedi di giustizia (entro le quali si assiste ad una crescente tendenza a favorire la c.d. *translatio*²³⁸), per altro verso, l'imprescindibile bisogno di specializzazione delle magistrature, a causa della complessità sempre crescente delle controversie da amministrare, sembrano negare ogni fondamento della teoria abolizionista.

Nello stesso senso, infine, depone anche la significativa sottrazione – prevista dall'ottavo comma dell'art. 111 Cost. – delle sentenze del Consiglio di Stato al sindacato di legittimità della Corte di Cassazione²³⁹.

Tutto quanto sopra accennato dà un senso dell'assoluta antistoricità di un ritorno alla giurisdizione unica²⁴⁰. Comunque, un approc-

inutile, in tale ambito, la supplenza, ancorché potenziale, del giudice ordinario». Punto di arrivo di tale percorso ancora in itinere potrebbe essere rappresentato dall'affermazione di un "giudice ordinario dell'esercizio del potere amministrativo": *op. cit.*, 51).

²³⁸ E. FOLIERI, *Il sindacato della Corte di Cassazione*, cit., 5, evidenzia che «il profilo di criticità del nostro dualismo era rappresentato dalla incomunicabilità tra le due giurisdizioni, per cui l'errore nell'individuazione del giudice poteva comportare anche la impossibilità di ottenere soddisfazione dell'interesse leso, ma, ormai, quando viene declinata la giurisdizione sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda se il processo è riproposto innanzi al giudice indicato nella pronuncia che declina la giurisdizione e, inoltre, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova».

²³⁹ Asserisce A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, cit., 137-138, che la sopraindicata sottrazione dalla funzione di nomofilachia viene normalmente spiegata come logica conseguenza della specialità derogatoria del sistema di giustizia amministrativa. Lo stesso Autore afferma, inoltre, che se si ritiene fondata la ricostruzione del sistema costituzionale che muove «dal principio individualistico e dall'unità della funzione giurisdizionale e si sviluppa nell'affermazione della omogeneità di natura delle situazioni giuridiche soggettive, nel principio di parità sostanziale e processuale tra le parti di ogni rapporto giuridico e nella necessaria effettività della tutela, l'insindacabilità in Cassazione non può più considerarsi come chiave di volta di un monumento recepito nella Costituzione, ma viceversa appare come un vistoso rudere di un passato che non esiste più» (*op. cit.*, 186-187).

²⁴⁰ M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio*, cit., 909-910, parla di «imperituro provincialismo della cultura giuridica italiana (purtroppo anche amministrativistica), ancora aggroppata al mito della giurisdizione unica».

cio concreto e realistico al contesto in esame non può non indurre a dare una sottolineatura maggiore alla problematica relativa al modo di esercizio della giurisdizione amministrativa rispetto alla problematica relativa all'abolizione o alla specialità del g.a.²⁴¹.

13. – Il rilevante contributo della Cassazione all'espansione della giurisdizione ordinaria ed all'erosione di quella amministrativa²⁴² (già oggetto di critica da parte del Salandra più di un secolo fa²⁴³) può essere fondatamente inquadrato come un vero e proprio tentativo di introdurre in via di fatto – senza le preventive necessarie riforme costituzionali – una giurisdizione unica anche sotto il profilo strutturale-organizzativo (v. *retro* par. 6)²⁴⁴.

Si è opportunamente affermato che si tratta di un tentativo ricol-

²⁴¹ Rileva A. POLICE, *La mitologia della «specialità» e i problemi reali della giustizia amministrativa*, cit., 199 ss., che rispetto alle problematiche relative alla necessità o meno di abolire il giudice amministrativo ed alla sua specialità, un tema oggi più significativo è il modo di esercizio della giurisdizione amministrativa.

²⁴² L. TORCHIA, *La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo alla prova dell'evoluzione*, cit., 116, rileva che «la Corte di Cassazione, nella sua funzione di corte regolatrice, non può sottrarre al giudice amministrativo le controversie che abbiano ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo o comunque siano connesse ad esso».

²⁴³ Cfr. A. SALANDRA, *Risoluzione delle controversie circa la competenza giurisdizionale e amministrativa*, in questa *Rivista*, 2007, 310, secondo cui «questa tendenza della reazione contro l'attribuzione esclusiva della risoluzione dei conflitti di competenza alla suprema Corte di Cassazione a sezioni unite è giustificata anche dal fatto che effettivamente la Corte di Cassazione si mostrò e si mostra tuttora gelosa della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, cercando sempre di allargare le competenze della giurisdizione ordinaria a danno di quella amministrativa. così mentre prima i giuristi deploravano gli abusi dell'autorità amministrativa in riguardo all'attribuzione delle competenze, oggi siamo quindi alle deplorazioni opposte».

²⁴⁴ R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, cit., 286, sottolinea che l'obiettivo della giurisdizione unica è incompatibile con la Costituzione vigente e con la relativa scelta dualistica. Nello stesso senso M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 16, ss.; ID., *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice*, cit., 143 ss.; ID., *Riparto di giurisdizione, rapporti collegati e concentrazione delle tutele*, in *Giur. it.*, 2012, 1424 ss.; ID., *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit., 1677 ss.; ID.; *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio*, cit., 910.

legabile ad una eccessiva enfattizzazione dei principi della ragionevole durata del processo e dell'effettività della tutela giurisdizionale²⁴⁵: in tale ambito un ruolo di assoluta centralità è ricoperto dalla due note sentenze delle Sezioni Unite n. 2483²⁴⁶ e n. 3024²⁴⁷ del 2008, incentrate proprio sui due sopraindicati principi. Il succitato tentativo ha trovato di recente una sua concreta espressione («quasi a mo' di bilanciamento» della tendenza legislativa di ampliare in alcuni casi la giurisdizione amministrativa²⁴⁸) in una serie di ulteriori sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁴⁹, tra le quali la decisione

²⁴⁵ In merito R. VILLATA, *op. cit.*, 289 ss., il quale mette in guardia dai pericoli dell'eccessiva enfattizzazione dei due succitati principi. In merito cfr. G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 505 ss. Cfr. anche A. PROTO PISANI, *Tre note sulla recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, cit., V, 79, secondo cui la ragionevole durata del processo sembra essere diventato un *passpartout* per ogni interpretazione equitativa del caso singolo, e soprattutto per esimere la Corte di Cassazione da indagini, talvolta complesse, di carattere logico-giuridico. Inoltre, cfr. M. BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2011, 72; F. BILE, *Interpretare e giudicare: tecnica e valori in tre vicende esemplari*, in *Giust. civ.* 2011, I, 115 ss. Anche C. CAVALLINI, *Verso una giustizia «processuale»: il tradimento della tradizione*, in *Riv. dir. proc.* 2013, 367, parla di un'ingiustificata enfattizzazione della ragionevole durata del processo.

²⁴⁶ La sentenza indicata nel testo, sulla base del citato principio della ragionevole durata del processo, in sostanza ha abrogato l'art. 37 cod. proc. civ. nella parte in cui prevedeva la rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione in ogni stato e grado di giudizio. Tale sentenza è reperibile in *Giur. it.*, 2009, 406 ss., con note di R. VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, e di A.M. SOCCI, *Il difetto o conflitto di attribuzione (o di giurisdizione) del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali non può essere eccepito o rilevato in Cassazione per la prima volta*.

²⁴⁷ Questa sentenza – che, sulla base dei due principi citati nel testo, ha annullato la pronuncia n. 12/2007 dell'Adunanza Plenaria del C.d.S. in tema di pregiudiziale amministrativa – è reperibile sia in *Dir. proc. amm.*, 2009, 452 ss., con nota di G. GRECO, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo. Pregresso o regresso del sistema?*, sia in *Foro it.*, 2009, I, 2721 ss. con nota di I. PAGNI, *La responsabilità della pubblica amministrazione e l'assetto dei rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l'intervento delle sezioni unite della Cassazione*.

²⁴⁸ Così si esprime G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali*, cit., 835, nota 13.

²⁴⁹ R. VILLATA, *Giustizia amministrativa*, cit., 296 ss., riporta come esempi del

n. 11025/2014 in precedenza analizzata (v. par. 6). Ebbene, emerge da tali pronunce che in non rari casi la Corte di Cassazione nella sua più elevata composizione è arrivata ad avallare ricostruzioni ermeneutiche in aperto contrasto con dati normativi, dando adito a dubbi di operazioni – più che di interpretazione – di creazione normativa.

citato tentativo di pervenire di fatto ad una giurisdizione unica le seguenti pronunce della Suprema Corte: Cass., S.U., 17 febbraio 2012, n. 2312 (in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1583 ss., con nota sia di B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio le Sezioni Unite riscrivono l'art. 111 della Costituzione*, sia di M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*; in *Urb. app.*, 2012, 750 ss., con nota di L. DE PAULI, *Esclusione dalla gara per grave negligenza e mala fede e giurisdizione del g.a.*) che ha disposto l'annullamento di una sentenza del Consiglio di Stato per violazione del divieto previsto dalla legge di sostituirsi da parte del g.a. nelle valutazioni di opportunità e convenienza riservate alla p.a.; Cass., S.U., 5 aprile 2012, n. 5446 (in *Giur. it.*, 2012, 2166 ss., con nota di M. MAZZAMUTO, *Riparto di giurisdizione. Rapporti tra Ssn e strutture private accreditate. Procedura di evidenza pubblica e contratto*; in *Urb. app.*, 2012, 877 ss., con nota di A. REGGIO D'ACI, *Le patologie negoziali derivanti da illegittimità della procedura di gara quali limiti alla valutazione incidentale postuma del g.a.?*) secondo cui al giudice civile apparterrebbero tutte le questioni concernenti le patologie del contratto, comprese anche quelle derivanti da vizi di legittimità della procedura amministrativa di evidenza pubblica, accertabili incidentalmente senza necessità del previo annullamento ad opera del giudice amministrativo, violando – così – la norma che attribuisce allo stesso g.a. la giurisdizione sulla sorte del contratto all'esito della necessaria impugnativa dell'aggiudicazione: per un'approfondita analisi critica della sentenza cfr. A. TRAVI, *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria: la disciplina del c.p.a.*, in *Urb. app.*, 2012, 1150 ss.; Cass. S.U., 30 settembre 2013, n. 23317 (in *Urb. app.*, 2013, 1268 ss., con nota di D. PONTE, *La Cassazione e il risarcimento del danno verso la p.a.: la difficoltà di trovare un equilibrio definitivo*), secondo cui, in tema di azioni risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione, la giurisdizione in materia di diritti soggettivi, qual è certamente quello al risarcimento del danno, compete di regola al giudice ordinario, salvo che non ricorra uno dei casi di giurisdizione esclusiva. Con questa sentenza, secondo R. VILLATA, *op. cit.*, 298-299, ancora una volta la Corte Cassazione «disinvolatamente contraddice una norma di legge, per di più condivisa dalla Corte costituzionale: ben noto infatti è che l'art. 7 del c.p.a. attribuisce al giudice amministrativo l'azione risarcitoria da provvedimento illegittimo anche nelle controversie relative a interessi legittimi e non solo in sede di giurisdizione esclusiva, riprendendo una disposizione che aveva appunto superato, sia pure con una motivazione discutibile, il vaglio di costituzionalità».

Anche sotto questo aspetto deve ritenersi di particolare rilievo il chiaro orientamento della Consulta diretto a concentrare presso il g.a. tutte le controversie relative al legittimo esercizio dei poteri amministrativi, «in tal modo allineando il criterio di riparto italiano a quello dei principali sistemi dualistici europei, e al tempo stesso sottraendo quel criterio alla disponibilità della Corte di Cassazione»²⁵⁰. In tale contesto, desta non poche perplessità il fatto che né le chiare indicazioni sul rilievo costituzionale del giudice amministrativo e sulla sua specialità contenute nella sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, né l'esplicito riconoscimento del g.a. come giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica, operato dalle sentenze nn. 191/2006 e 140/2007, sembrano essere in grado di contrastare il sopraindicato tentativo delle Sezioni Unite di scardinare l'attuale modello dualistico²⁵¹ senza che venga seguita la strada delle riforme istituzionali, l'unica percorribile per l'eventuale (re)introduzione della giurisdizione unica.

Ulteriore e più insidioso effetto delle succitate sentenze è quello di dilatare il concetto di giurisdizione, arrivando a sindacare non solo l'*an* ma anche il *quomodo* dell'esercizio della giurisdizione da parte del g.a.²⁵². In pratica, le sopraindicate sentenze hanno di fatto rele-

²⁵⁰ In questi termini S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, cit., 96, il quale sottolinea anche che «l'antico monismo si appresta, forse, ad essere al fine rimosso. Ma l'ideale monistico non sarà stato affatto sconfitto. Al contrario, potrà dirsi che esso abbia esaurito con successo la propria funzione, che è stata quella di trainare il sistema verso standards più elevati di effettività e indipendenza della tutela offerta, stimolando e accompagnando la progressiva trasformazione dello stesso giudice amministrativo da giudice speciale a giudice ordinario specializzato: indipendente quanto il giudice ordinario, ma al tempo stesso "interferente" quanto solo un giudice *ab origine* non inibito dal principio di separazione dei poteri può riuscire ad essere»: op. cit., 97.

²⁵¹ M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, cit., 143, evidenzia come nel nostro sistema sia necessario un giudice speciale (o specializzato) del diritto pubblico.

²⁵² Sottolinea opportunamente E. FOLLIERI, *Il sindacato della Corte di Cassazione*, cit., 2, che la Cassazione si presenta non di rado «come un freno allo svolgimento della giurisdizione del giudice amministrativo, in una visione angusta del processo e delle funzioni del giudice». Lo stesso A. sottolinea anche come la diversa formazione del giudice amministrativo e del giudice ordinario condiziona l'e-

gato il rimedio previsto dall'ultimo comma dell'art. 111 Cost. al ruolo di strumento non già per la risoluzione di un conflitto, ma per il controllo dell'effettività della tutela giurisdizionale in concreto disposta dal giudice amministrativo²⁵³. In altre parole, si è in presenza non solo di una dequotazione del conflitto tra giudici, ma soprattutto di un'inaccettabile tendenza ad ammettere un penetrante controllo della Corte di Cassazione su come venga in concreto esercitato il potere giurisdizionale da parte del g.a.

A tutto ciò, poi, si aggiungano i non pochi problemi che si pongono in ordine all'individuazione dei possibili rimedi, *de iure condito*, per limitare i succitati tentativi di erosione della giurisdizione del g.a. da parte della Corte di Cassazione²⁵⁴.

Tali tentativi sono diretti anche a controbilanciare la propensione del nostro sistema di giustizia amministrativa verso una piena giuri-

esercizio della giurisdizione ed è gioco forza che, quando uno dei due ordini giurisdizionali decida sulla giurisdizione dell'altro, applichi il proprio parametro di giudizio. Il giudice ordinario che regola la giurisdizione del giudice amministrativo comporta, per la giurisdizione cognitoria piena del giudice amministrativo, un vulnus all'effettività della tutela ed alle garanzie del cittadino» (*op. cit.*, 4).

²⁵³ Sul punto cfr. G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 369. In questo modo, secondo l'Autore (*op. cit.*, 377), alla Corte di Cassazione risulterebbe attribuito, nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato, una specie di «sindacato ridotto» della violazione di legge.

²⁵⁴ E. FOLLIERI, *Il sindacato della Corte di Cassazione*, cit., 6, afferma che «la soluzione più prudente ed auspicabile, allo stato, sarebbe un concordato giurisprudenziale sull'esempio di quanto avvenuto negli anni trenta del secolo scorso». M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, cit., 1703, per preservare la giurisdizione del giudice amministrativo dalle invasioni di campo da parte della Corte di Cassazione ha indicato come rimedio quello di dichiarare *tamquam non esset* la pronuncia della Cassazione, come fatto nel 1965 dalle Sezioni Riunite della Corte dei Conti a proposito di una pronuncia della Cassazione che aveva ritenuto possibile il regolamento preventivo di giurisdizione, pur non essendo previsto per i giudizi innanzi alla Corte dei Conti. Altro rimedio è stato indicato nel conflitto di attribuzioni denunciabile davanti alla Corte costituzionale perché in violazione della riserva costituzionale di giurisdizione attribuita al giudice amministrativo. Su tali possibili rimedi cfr. V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 23 ss.

sdizione, da tempo manifestatasi²⁵⁵ e consacrata dalla sopraindicata giurisprudenza costituzionale²⁵⁶, chiaramente orientata ad escludere ogni opzione di specialità del giudice amministrativo, intesa nel senso di una ridotta garanzia di indipendenza e imparzialità²⁵⁷. La Consulta, infatti, ha chiarito come la particolarità delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva²⁵⁸ richieda che tali materie debbano partecipare della medesima natura di quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità. In tale ambito, ciò che giustifica ancora oggi la specialità del giudice amministrativo risiede nella configurazione costituzionale di quest'ultimo come il giudice del pubblico potere²⁵⁹.

In ultima analisi, è un fuor d'opera richiamare la citata specialità per giustificare la teoria abolizionista ed il ritorno alla giurisdizione unica: come accennato in precedenza, ciò che in concreto rileva è l'unicità sotto il profilo della regola di esercizio della funzione giurisdizionale e non l'unicità sotto il profilo della giurisdizione.

Per cercare di arginare la situazione sopra delineata, la strada mi-

²⁵⁵ Cfr. 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.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. I, Padova, 2000, 3 ss.

²⁵⁶ La giurisprudenza indicata nel testo costituisce – come detto in precedenza – anche un valido argine ad ogni eventuale tentativo di ritorno al passato.

²⁵⁷ D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in *Diritto amministrativo comparato*, a cura di G. Napolitano, Milano, 2007, 284, afferma: «è il riconoscimento della specialità che consente di elaborare e di affinare tecniche di sindacato ad hoc in funzione di una migliore protezione dell'individuo». La stessa A. rileva anche: «la *deference* che connota l'atteggiamento delle corti ordinarie nei confronti del potere esecutivo fa sì che solo con il tempo e non sempre pienamente questo patrimonio passi anche all'esperienza del giudice non speciale».

²⁵⁸ Più in generale, sulla giurisdizione esclusiva cfr. R. FERRARA, *Giurisdizione esclusiva e tutela dei diritti soggettivi non patrimoniali*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 77 ss.

²⁵⁹ A. POLICE, *La mitologia della «specialità» e i problemi reali della giustizia amministrativa*, cit., 195-196, afferma che: «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 controverte 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».

gliore sembra essere quella di un intervento del legislatore diretto ad attribuire il potere della corretta individuazione della giurisdizione ad un organo a composizione mista, superando così anche gli inevitabili dubbi che si pongono quando si indica come "arbitro" una delle parti in gioco.

Può ritenersi che tale intervento sia in grado di produrre l'effetto di mediare, almeno in parte, tra le recenti spinte abolizioniste e l'impossibilità di superare – a Costituzione invariata – l'attuale sistema dualistico.

Ulteriore giustificazione della necessità del summenzionato intervento è riconducibile al fatto che ormai è venuto meno l'elemento su cui si fonda l'attribuzione alle S.U. del potere di decidere sulla giurisdizione²⁶⁰. Infatti, la scelta della Corte di Cassazione come controllore delle sentenze del giudice amministrativo per motivi inerenti alla giurisdizione presuppone che la depositaria della giurisdizione sia la magistratura ordinaria, la quale ha una legittimazione tendenzialmente onnicomprensiva, in grado di consentirle di controllare se talune competenze le siano state legittimamente sottratte: tale presupposto sembra non sussistere più²⁶¹.

²⁶⁰ S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia; un dualismo a trazione monista*, cit., 65, rileva che la Corte di Cassazione ha assunto il ruolo di «garante di ultima istanza: egli lascia spazio al giudice amministrativo, secondo l'idea dualista, ma al tempo stesso, esercitando il governo della giurisdizione sulla base di un criterio elastico, si riserva di espandere la propria giurisdizione secondo la prospettiva monista, se e quando ritenga insufficiente o incompleta la tutela assicurata dal giudice amministrativo nei confronti del potere amministrativo».

²⁶¹ Il presupposto indicato nel testo è venuto meno, in quanto «la funzione giurisdizionale è frazionata fra giudici forniti di pari legittimazione, così che neppure ha più senso di parlare di una magistratura "ordinaria" in contrapposizione alle magistrature "speciali" e neppure ha senso che all'apice delle magistrature sia posto l'organo di vertice di una delle magistrature esistenti e operanti a pari titolo nel nostro sistema di giustizia»: così G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali*, cit., 842. Tale Autore rileva anche che sotto il profilo indicato nel testo sussiste un certo grado di obsolescenza dell'impianto della Costituzione, che appare non del tutto adeguato. Lo stesso Autore, in *La Corte di Cassazione i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, cit., 373, afferma: «La Corte di Cassazione da giudice regolatore dei conflitti fra giudici si è andata trasformando in organo di vertice delle magistrature, creando le premesse non solo di perniciosi conflitti, ma anche di ri-

Si pone, quindi, la seguente inevitabile alternativa: prevedere un giudice dei conflitti a composizione mista²⁶² ovvero prevedere – nel caso di ricorso *ex art. 111 Cost.*, ultimo comma – l'integrazione del collegio giudicante (presso la Corte di Cassazione) con componenti della magistratura amministrativa. Evidenti esigenze di terzietà sembrerebbero far propendere per la prima opzione. Tuttavia, poiché quest'ultima richiederebbe una specifica riforma costituzionale, con tempi particolarmente lunghi, la scelta obbligata non può che essere la seconda opzione, che sembrerebbe richiedere il meno impegnativo intervento del legislatore ordinario.

In tale ultimo senso depone inequivocabilmente anche il fatto che la sopraindicata esigenza di cambiamento dell'organo chiamato a risolvere i conflitti di giurisdizione – avvertita già in passato da autorevoli studiosi (Mortara²⁶³, Santi Romano²⁶⁴, Salandra²⁶⁵, Cam-

vendicazioni perché si intervenga sull'assetto che alle varie giurisdizioni è stato dato dalla Costituzione».

²⁶² A. POLICE, *La mitologia della «specialità» e i problemi reali della giustizia amministrativa*, cit., 204 ss., parla di «organo comune, che garantisca la nomofilia, un organo comune, che peraltro consentirebbe molto facilmente di rendere più vicini i giudici, avvicinare le culture e dimostrare quanto più apparente che reale sia la diversità delle lingue». G. MONTEDORO, *intervento*, in Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, a cura di P.L. PORTALURI, Napoli, 2016, 168, propone la costituzione di un'alta Corte disciplinare sul modello della Corte costituzionale. Siccome ciò richiede una modifica costituzionale, l'A. propone di «chiamare una quota di giudici amministrativi in Cassazione a comporre le sezioni Unite; questo si può fare con legge ordinaria e aiuterebbe moltissimo al dialogo, naturalmente il giudice amministrativo deve essere in minoranza, a costituzione vigente non è ammissibile una composizione paritetica delle Sezioni Unite che assomiglierebbe troppo al Tribunale dei conflitti di modello francese del 1848».

²⁶³ L. MORTARA, *Per l'istituzione di un Tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Mon. Trib.*, 1899, 245, propone un organo misto: si tratta di proposta avente valenza molto particolare perché fatta da chi ha autorevolmente ricoperto la carica di Presidente della Corte di Cassazione.

²⁶⁴ S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, III, Milano, 1901, 1256.

²⁶⁵ A. SALANDRA, *Risoluzione delle controversie circa la competenza giurisdizionale e amministrativa*, in questa *Rivista.*, 2007, 310, proponeva l'istituzione di un «Tribunale supremo chiamato a risolvere i conflitti di attribuzione di competenze...

meo²⁶⁶) – ha assunto, oggi, una connotazione tale da essere ormai non più differibile.

Abstract

Il lavoro muove le mosse dall'individuazione delle ragioni per le quali, a più di 150 anni dalla promulgazione della legge abolitrice n. 2248/1865, un approfondimento del relativo sistema può contribuire ad un corretto inquadramento di alcune fondamentali ed attuali problematiche di giustizia amministrativa, come – ad esempio – quella relativa alla opportunità della vigenza di un modello di tutela dualistico (incentrato sulla presenza, oltre che del giudice ordinario, anche del giudice amministrativo) o come quella relativa al complesso rapporto esistente tra controllo giurisdizionale ed attività della p.a., rapporto che ancora oggi necessita di un adeguato assestamento. Si sottolinea, in particolare, come un ritorno alle origini del nostro sistema di giustizia amministrativa, attraverso la disamina delle ragioni storico-culturali e giuridiche che portarono alla scelta di un modello dualistico ispirato al principio del pluralismo organizzativo delle magistrature, costituisca un passaggio metodologicamente ineliminabile per un corretto approccio alla mai sopita disputa sull'opportunità del ritorno alla giurisdizione unica, disputa che è riemersa nel recente dibattito sulle riforme del nostro Paese.

Si indicano pure i motivi per i quali, anche dopo la svolta “epocale” dell'approvazione del codice del processo amministrativo, non sembra ancora aver raggiunto uno stabile assetto quel delicato sistema di equilibrio relativo ai rapporti tra autorità giudiziaria e pubblica amministrazione e, quindi, tra l'esigenza di predisporre un ampio ed esaustivo sistema di tutela del cittadino nei confronti della p.a. e la contrapposta ma complementare esigenza di assicurare il mantenimento di quell'ambito tradizionalmente riservato alla discrezionalità amministrativa, in nome della quale si è arrivato anche a teorizzare la necessità di un sistema monistico di tutela affidato al solo giudice ordinario.

Secondo l'Autore, se da un lato, non può esservi alcun dubbio sull'imprescindibilità della figura del giudice amministrativo, dall'altro lato, è altrettanto indubitabile sia che il sindacato giurisdizionale rappresenta una pre-

costituito da rappresentanti della giurisdizione ordinaria e della giurisdizione amministrativa».

²⁶⁶ F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910, 369.

rogativa ineliminabile di ogni sistema democratico, sia anche che non può essere attribuito un rilievo minore all'esigenza di preservare quell'area riservata alla discrezionalità della pubblica amministrazione.

Più in generale, il lavoro cerca di dimostrare l'infondatezza dell'orientamento che ritiene che si vada verso il superamento dei cc.dd. criteri di riparto e della differenza tra "attribuzione" e "ripartizione", oltre che della distinzione tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa, confutando anche l'opinione di chi sostiene che quest'ultima viene, oggi, a connotarsi come un potere specifico esercitabile nell'ambito dell'unitaria funzione giurisdizionale.

Vengono, poi, indicate le ragioni per le quali non si ritiene meritevole di accoglimento l'opinione di chi ha sostenuto, anche di recente, che sia auspicabile un'unità della giurisdizione da un punto di vista non solo funzionale ma anche organizzativo. Tali ragioni vengono indicate analizzando, nell'ambito della sempre mutevole fisionomia del contesto socio-economico, il crescente fenomeno dell'espansione della giurisdizione del giudice ordinario – a cui ha dato un rilevante contributo la Corte di Cassazione per effetto di un'interpretazione dei criteri di riparto della giurisdizione non di rado incentrata su valutazioni opinabili – sia nella direzione dell'ampliamento del controllo sull'attività amministrativa sia nella direzione della crescente erosione della giurisdizione del g.a. Viene, in particolare, approfondita la disamina del relativo orientamento favorevole all'eliminazione della figura del giudice amministrativo, confutandone – con argomentazioni sia di carattere storico sia di natura giuridica – le ragioni addotte a sostegno. Per respingere, poi, alcune criticità dell'indipendenza del g.a. (criticità richiamate insistentemente dai fautori della giurisdizione unica), si espongono i motivi per i quali si ritiene che la Costituzione ed il legislatore ordinario abbiano delineato un adeguato sistema di tutela dell'indipendenza del giudice amministrativo. Lo studio, inoltre, cerca di dimostrare, da un lato, che di unità della giurisdizione tutt'al più si può parlare solo sotto il profilo funzionale e non anche sotto quello organizzativo, dall'altro lato, che la tendenza all'espansione della giurisdizione ordinaria costituisce, in definitiva, un vero e proprio tentativo della Corte di Cassazione, nella sua più elevata composizione, di introdurre in via di fatto – senza le imprescindibili preventive riforme costituzionali e sulla base di una non condivisibile trasformazione del ricorso in Cassazione *ex art. 111 Cost.*, ultimo comma, da rimedio per la risoluzione di uno specifico conflitto a strumento di controllo dell'effettività della tutela giurisdizionale in concreto attuata dal g.a. – una giurisdizione unica anche sotto il profilo organizzativo-strutturale, nonostante la Consulta abbia fatto inequivocabili statuizioni sul rilievo costituzionale del giudice amministrativo e sulla sua specialità (sentenza n. 204/2004) ed ab-

bia espressamente riconosciuto lo stesso g.a. come giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica (sentenze n. 191/2006 e n. 140/2007).

Infine, l'Autore indica le considerazioni in base alle quali un rilevante contributo alla soluzione di quanto sopra accennato può venire dal superamento della scelta ormai anacronistica della Corte di Cassazione come giudice dei conflitti, prevedendo in tal caso un organo a composizione mista.

The work starts from the identification of the reasons for which, in more than 150 years after the promulgation of the law no. 2248 of 1865, a deepening of the system can contribute to a correct diagnosis of some fundamental and current issues of administrative justice, as – for example – that of the opportunity of the validity of a model of double protection (focused on the presence, in addition to the ordinary courts, also of the administrative judge) or as that related to the complex relationship between judicial review and public administration activities.

The paper highlights, in particular, by examining the historical-cultural and legal reasons which led to the choice of a dual model inspired by the organizational principle of pluralism of the judiciary, that a return to the origins of our system of administrative justice is an indispensable methodological step for a correct approach to the debate still relevant as regards the opportunity of returning to the single judge. This is a dispute that resurfaced in the recent debate on reforms of our Nation.

The work also indicates the grounds on which, even after the revolution caused by the approval of the code of the administrative process, the delicate equilibrium system concerning relations between judicial authorities and public administration still seems unstable, and, hence, between the need for a broad and comprehensive system of protection of the citizen against the public administration and the opposite but complementary need to ensure maintenance of that scope traditionally reserved for administrative discretionary. According to it, a system of protection involving a single ordinary courts has been theorized as necessary.

The author, on the one hand, supports the absolute indispensability of the figure of the administrative judge; on the other hand, he believes that judicial review is a indispensable prerogative of every democratic system; and he also believes that the need to preserve that area reserved to the discretionary of the public administration is equally important.

More generally, the work seeks to demonstrate the groundlessness of the orientation which involves overcoming cc.dd. criteria for allocating and the difference between «attribution» and “division”, in addition to the distinction between ordinary and administrative jurisdiction: thus. the con-

tion that the latter, today, represents a power exercisable under the unitary judicial function is challenged.

The work, then, examines the grounds on which the opinion of those who support a unity of jurisdiction from a functional and organizational point of view is not acceptable. These reasons are indicated by analyzing, in the context of the changing social and economic system, the growing phenomenon of the expansion of the jurisdiction of the ordinary courts – to this end, the Supreme Court has made a great contribution, due to an interpretation of the criteria for allocating jurisdiction sometimes based on questionable appraisals – both towards the extension of control over administrative activity, both towards the increasing erosion of the jurisdiction of the administrative judge. In particular, the script examines the move towards the elimination of the administrative judge, criticizing – with both historical and legal arguments – the reasons given in support. In order to repel, then, some problems of the independence of the administrative judge (criticality recalled insistently by proponents of jurisdiction only), the work examines the reasons upon which the Constitution and the ordinary legislator have outlined an adequate system of protection of the independence of the administrative judge. The study also seeks to demonstrate, first, that the unity of jurisdiction exists only from a functional perspective and not organizational; on the other hand, the work shows that the trend towards an expansion of the ordinary jurisdiction is, ultimately, a real attempt by the Court of Cassation, in its highest composition, to introduce a unique jurisdiction also in organizational and structural perspective – without the preventive constitutional reforms and based on a transformation of the appeal in Cassation under art. 111, last paragraph, from remedy to resolve a specific conflict to tool of controlling the effectiveness of the judicial protection specifically implemented by the administrative judge –, although the Constitutional Court has issued rulings on constitutional relevance of administrative judge and his specialty (judgment no. 204/2004) and it has expressly recognized the same administrative judge as natural judge the legitimacy of the exercise for the public function (judgment no. 191/2006 and no. 140/2007).

Finally, the Author considers that a significant contribution to the solution of the above mentioned can come from overcoming the anachronistic choice of the Supreme Court as a judge of conflicts, foreseeing in this case an authority in mixed composition.